

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -



كلية الحقوق والعلوم السياسية

ضمانة حماية الحقوق والحريات العامة بين  
الرقابة الدستورية والرقابة القضائية (دراسة  
مقارنة)

أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم  
تخصص قانون عام

إعداد الطالب:

أسود ياسين

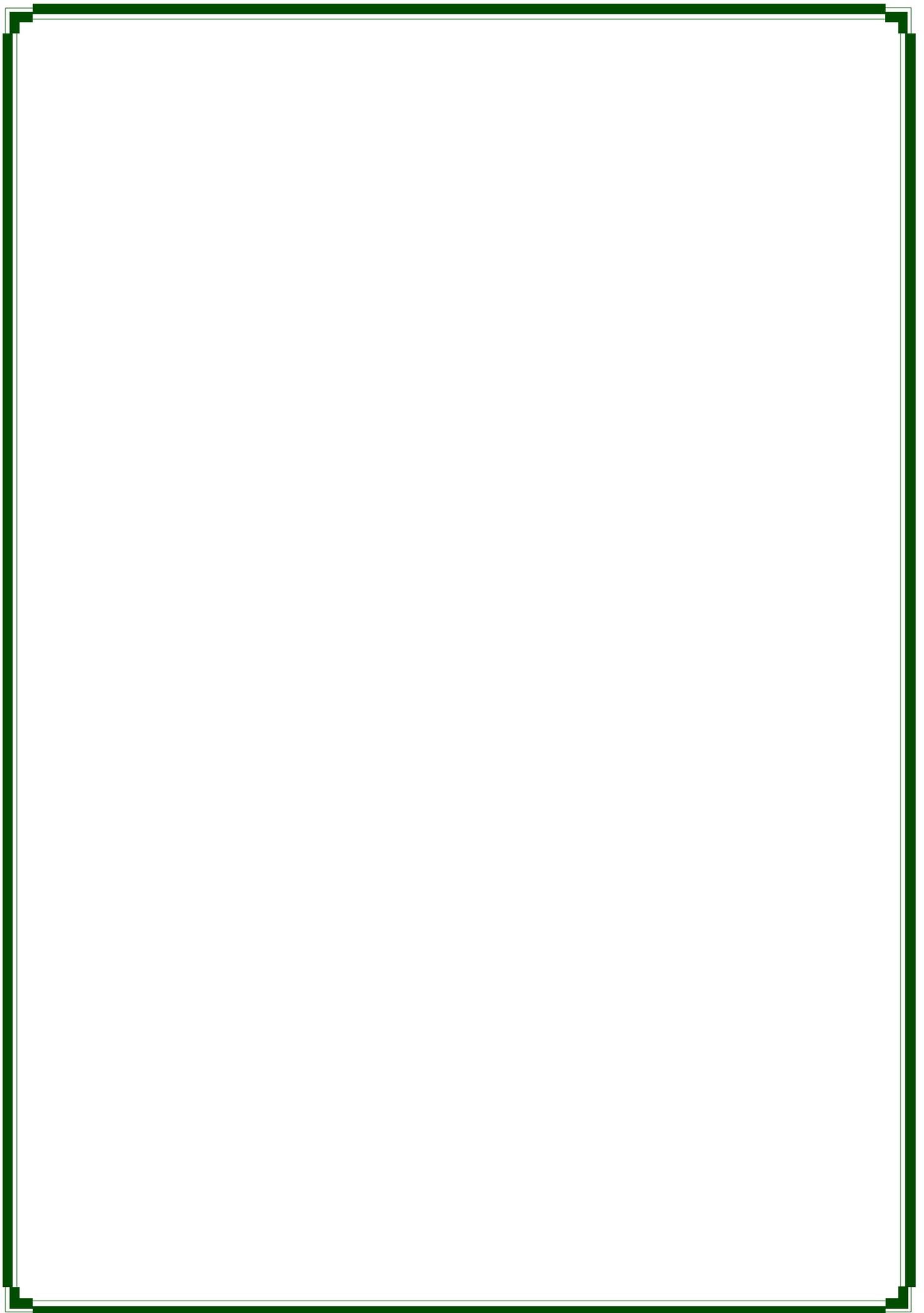
إشراف:

أ.د. دايم بلقاسم

أعضاء لجنة المناقشة

رئيساً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ رايس محمد
مشرفاً ومقرراً	جامعة تلمسان	أستاذ التعليم العالي	أ.د/ دايم بلقاسم
عضواً مناقشاً	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	د/ هامل هواري
عضواً مناقشاً	جامعة سعيدة	أستاذ محاضر "أ"	د/ ساسي محمد فيصل

السنة الجامعية: 2016 م/2017 م



# إهداء

يقول أصدق الخلق نبينا محمد صلوات الله وسلامه عليه وعلى اله وسلم " لايشكر الله من لا يشكر الناس " .

كما يقول رسول الله عليه الصلاة و السلام: "من سلك طريقا يبتغي به علما سهل الله له به طريقا إلى الجنة"

إن هذا البحث الذي بين أيديكم و الذي وفقني الله تعالى إلى إنجازه و هو جهد المقل، كان من ورائه أشخاص لهم الفضل بعد الله في إنجازه بطريق مباشر و غير مباشر، ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أهدي إليهم باكورة جهدي و ثمرة عملي.

- أهذي هذا العمل إلى إسم و روح والدي الذي كان أول نور في حياتي و كان نعم القدوة لي سواء في الحياة أم فوق منبره حيث كان يدعو إلى الله بالحكمة و الموعظة الحسنة.

- أهذي هذا العمل إلى أمي التي كان لها بالغ الأثر في حياتي.

- إلى زوجتي التي طالما شاركتني الجهد الشاق و لو كان على حسابها، فقد كانت تنكر ذاتها.

- إلى أولادي الذين تحملوا انشغالي عنهم لتحصيل العلم و العكوف على البحث.

- إلى أخي و صديقي الأستاذ الدكتور أسود محمد الأمين مدير مخبر حقوق الإنسان و حرياته الأساسية بجامعة سعيدة لما قدمه من جهد في كتابة و تنسيق هذا البحث .

والحمد لله من قبل ومن وأصلي و أسلم على سيدنا محمد و على اله و صحبه أجمعين.

## شكر وتقدير

لا يسعني بعد إتمام هذا البحث إلا أن أتقدم بوافر الشكر و عظيم الامتنان إلى أستاذي الدكتور دايم بلقاسم المشرف على هذه الرسالة، لما قدمه من عطاء و جهد ساهم في إنجاز ذا العمل، له مني كل الاحترام و التقدير.

كما أتقدم بخالص الشكر و العرفان للسيد الأستاذ الدكتور رايس محمد رئيس المجلس العلمي لقبوله المشاركة في لجنة المناقشة و الحكم بالرغم من المهام الجسام الملقاة على عاتقه.

كما أتقدم أيضا بالشكر و التقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لدورهم في إثراء هذه الرسالة.

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ



إذا رجعنا إلى التاريخ وتأملنا في نشأة المجتمعات وقيام السلطة لتبين لنا أن نضال الشعوب، وجهود قادتها ومفكريها، قد لعب دورا أكبر من ذلك الدور الذي لعبته المذاهب والنظريات السياسية.

و لقد وعى هؤلاء القادة والمفكرون تلك القاعدة البديهية التي تقول بضرورة الحرية للإنسان وضرورة السلطة أيضا، كي يمكن للإنسان أن يعيش في حياة مستقرة ومجتمع منظم، وأن هناك صراعا دائما بين كل من السلطة والحرية. وكان ذلك الصراع أمرا طبيعيا، ذلك لأن استتباب النظام وهو مهام السلطة لا يمكن أن يتم بدون تحديد لحرية الأفراد، لأن السماح للأفراد بأن يفعلوا ما يرغبون فيه بكل حرية يعني انهيار الدولة<sup>1</sup> و لا تكاد تخلو فترة من فترات التاريخ من محاولة بعض الناس على الأقل أكثرهم إدراكا تأكيد حريتهم في مواجهة السلطة ولقد أثمر نضال الشعوب فيما أثمر فصل السلطة عن شخص الحاكم، ثم فصل إرادة الحاكم عن القانون وبالتالي التزامه بالقانون.

ولم يكف أن تظل تلك الانتصارات دون هيكل يضمها وتنظيم يشملها، ويخرجها لنا صورة منسقة ومتسقة لحياة أفضل وأسعد يستقر فيها النظام وينعم فيها الأفراد بالحرية، وكان ذلك الهيكل والتنظيم هو التنظيم القانوني بحيث لا يكفي أن تتأكد سيادة القانون في شأن العلاقات بين الأفراد بعضهم البعض فحسب بل في علاقة الأفراد بالسلطة.

و فيسبيل تحقيق التنظيم القانوني، كانت آراء المفكرين حول الديمقراطية وحكم الشعب لذاته وتوزيع السلطة بين هيئات مختلفة درءا للاستبداد وتحقيقا للمساواة والحرية وتعددت الآراء والمذاهب والنظريات السياسية حول نظم الحكم وضمانات قيامها على أسس سليمة، إلا أنها كانت تتخذ من الديمقراطية شعارا فمن الديمقراطية الغربية - أو الكلاسيكية - إلى ما يسمى بالديمقراطيات الشعبية، وليس لهذه الأخيرة من الديمقراطية سوى التسمية.

ولقد كان للديمقراطية الغربية والنظام النيابي البرلماني بوجه خاص مبادئها الدستورية العامة من سيادة الأمة إلى مبدأ الحكومة إلى مبدأ النيابية إلى مبدأ الحقوق الفردية ومبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ علو الدستور وسيادة القانون، وكانت هذه المبادئ محل تقدير وتأبيد رجال الفقه والمفكرين عامة.

إلا أن مهام النقد قد انهالت من جانب كثير من رجال الفقه الدستوري المقارن على تطبيقات الديمقراطية في الحياة السياسية، وعلى أهم أسسها وهي \*نظرية سيادة الأمة\*، وكانت تلك الانتقادات هي ما أطلق عليها "أزمة الأنظمة الديمقراطية".

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، دون دار النشر، القاهرة، الجزء الأول، 1952 - ص 230.

و لقد تعددت المؤلفات الفقهية التي تناولت تلك الأزمة، والانتقادات الموجهة لمعظم أسس ومميزات الديمقراطية وتطبيقاتها في الحياة السياسية<sup>1</sup>، و يكفي هنا أن نورد ما قاله "دوجي" Duguit: إن القرن التاسع عشر يدين بفكرتين: الأولى أنه كان يعتقد أن الخير كل الخير في تقرير مبدأ أن السلطة مصدرها الشعب وكذلك إنشاء برلمان منتخب مباشرة من الشعب، والثانية هي أن النظام الجمهوري هو الوسيلة التي تكفل إقامة الحرية على أسس وطيدة الأركان، ولكن الحوادث قد أثبتت بصورة بينة خطأ هاتين الفكرتين"، ولا مجال هنا لتناول الخصائص أو الأسس التي تتميز بها الديمقراطية الغربية والنظام النيابي البرلماني، والانتقادات التي وجهت لبعضها ولتطبيقاتها فذلك مما يجاوز نطاق بحثنا، ويهمننا الآن أن نبرز النقاط الآتية:

أولاً - لقد كان الدافع الأول لنضال الشعوب وجهود المفكرين في إبدائهم لآرائهم حول الديمقراطية هو المساواة والحرية للأفراد في ظل حكم قانوني سليم، وصيانة تلك الحرية ضد استبداد السلطة.

ثانياً - أن الانتقادات الموجهة إلى الديمقراطية ومبادئها الدستورية العامة ليست موجهة إليها لذاتها كما يقول الدكتور عبد الحميد متولى - بل توجه إلى ما يحدث من إساءة لتطبيقات الديمقراطية، أو كما يقول بيردو Burdeau " الواقع أن سهام الانتقادات التي وجهت إلى الحكومة النيابية إنما كانت تصيب تطبيقاتها المشوهة أكثر مما كانت تصيب طبيعتها<sup>2</sup>.

ثالثاً - يلاحظ أن سهام النقد قد وجهت إلى المبادئ الدستورية العامة للديمقراطية الغربية ما عدا مبدأ واحداً هو مبدأ " علو الدستور"، فقد ظل هذا المبدأ راسخاً في أذهان الفقهاء الذين انتقدوا المبادئ الأخرى، وقد لا نبالغ إذا قلنا أنه ازداد رسوخاً في أذهانهم كضمانة حقيقية للديمقراطية والحرية، وأساس ثابت للنظام الدستوري والبنيان القانوني السليم، فعلو الدستور هو القاعدة الأساسية لمعظم الديمقراطيات الحرة.

وسيتضح من خلال بحثنا عامة أن مبدأ علو الدساتير الذي يعتبر ضمانة للديمقراطية ولمبدأ الشرعية يحتاج هو ذاته إلى ضمان لأعماله ووسيلة فعالة لإنقاذه، ذلك الضمان هو الرقابة على دستورية القوانين، وبذلك تتضح أهمية الرقابة على دستورية القوانين أن هدف الديمقراطية هو الحرية والمساواة<sup>3</sup>، وأن القاعدة الأساسية للديمقراطية الحرة هو مبدأ علو الدستور، فإن من أهم وسائل تحقيق ذلك المبدأ هو تطبيق الرقابة على دستورية القوانين على الوجه الصحيح.

<sup>1</sup> عبد الحميد متولى، المفصل في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 202.

<sup>2</sup> عبد الحميد متولى، أزمة الأنظمة الديمقراطية دون دار النشر، 1964، ص 71.

<sup>3</sup> عبد الحميد متولى، المفصل في القانون الدستوري، المرجع اعلاه، ص 297.

فلم يعد يكفي لضمان الحقوق والحريات أن تتضمن الدساتير نصوصاً بشأنها. فالدساتير تترك للقوانين أمر تنظيم أغلب هذه الحقوق والحريات. وفي ظل تدخل الدولة ووفرة التشريعات فإنه من اليسير مخالفة تلك الحريات أو الانتقاص منها انتقاصاً كبيراً، ذلك أنه لا يمكن تعريف معاني تلك الحريات في الدستور، ويتعين وضع القوانين التي توضحها وتنظمها. وقد يتعسف المشرع في قيامه بتلك المهمة وعلى ذلك فإن أحسن وسيلة لتفادي أن يصبح القانون أداة تعسف كما هو كفالة مراقبة دستورية أحكامه.

رابعا - أن مبدأ علو الدستور بذراعه القوية وهي الرقابة على دستورية القوانين، لم يظل راسخاً ويزداد رسوخاً كضمان للديمقراطية فحسب، بل كانت له وللرقابة أهمية كبرى من جهة أخرى. فلقد كان فيهما العلاج إلى حد لما ظهر من عيوب وأوجه ضعف في المبادئ الدستورية وتطبيقاتها في الحياة السياسية.

خامسا - ولئن كانت الديمقراطية بمبادئها الدستورية العامة تعاني أزمة شديدة نتيجة عدم تحقيق هدفها في كفالة المساواة والحرية للأفراد على الوجه الأكمل، فلقد ازدادت تلك الأزمة بسبب التطور الذي مرت به وظائف الدولة حالياً من الدولة الحارسة إلى الدولة الحديثة التي نعيشها، و دون أن ننكر أن عالم أمس يختلف عن عالم اليوم، وأن هذا التطور في وظائف الدولة يستتج زيادة في أعبائها وبالتالي زيادة في سلطاتها. إلا أننا نؤيد الرأي القائل أن العلم الدستوري لا يعني كثيراً بمضمون نشاط السلطات العامة، بقدر ما تعنيه الرسائل التي يتم بها هذا النشاط ومدى التزامها حدود الإطار القانوني الذي يقيد الحكام والمحكومين على حد سواء ولهذا فالخوف كبير أن يؤدي هذا التوسع، في تدخل الدولة إلى انكماش المبدأ الكبير الذي يقوم عليها العلم الدستوري وهو مبدأ الشرعية والحكومة المقيدة<sup>1</sup>. ولاشك أن الرقابة على دستورية القوانين من أهم الرسائل التي تخص مبدأ الشرعية، باحترام السلطات العامة وخاصة السلطة التشريعية للدستور وما يتضمنه من حماية الحريات وحقوق الأفراد.

سادسا - أنه وأن كان أغلب رجال الفقه مع مبدأ الرقابة، ويبدو ذلك واضحاً لدى كبار الفقهاء " أمثال " Hauriou M هوريو ودوجي Duguit ورولانوميسبير وغيرهم " إلا أن هناك البعض الآخر الذي لا يتحمس للرقابة أو يتشكك في جدواها مثل " بيردو " Burdeau والبعض الثالث يرى عدم الأخذ بها وخاصة الرقابة القضائية - أمثال الفقيه النمساوي " جلينيك " والفقيه الألماني " لاباند " laband والفقيهين الفرنسيين "ازمن" A.Esmein و " كاريه دملبرج " carré de Malberg.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد ، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري ، دون دار النشر، القاهرة، 1960، ص 8

سابعاً - إن أهمية الرقابة على دستورية القوانين تتبع كذلك من أهمية عملية " الرقابة ذاتها " على أي عمل باشره الإنسان في المجالين الخاصوالعام. فالإنسان بطبيعته محل للرقابة منذ الرقابة الإلهية. والإنسان عندما يكون جزءاً من السلطة مهما تكن أهمية مركزه فيها لا يمكن أن ينفصل عن طبيعته الأولى المحتاجة للرقابة. وهكذا تعددت صور الرقابة في المجال العام من رقابة على دستورية القوانين، إلى رقابة على المشروعية بالنسبة للوائح والقرارات الفردية في نطاق الدستور والقانون، وإلى رقابة إدارية في نطاق السلطة التنفيذية، إلى رقابة سياسية يباشرها البرلمان على أعمال الحكومة، إلى رقابة للرأي العام على جميع السلطات.

إن هذا الصراع الأبدي بين السلطة والحرية كان ولا زال قائماً، فالحاكم يسعى دائماً إلى توسيع سلطته لمواجهة الشعب، والشعب يكافح دائماً في سبيل تحقيق أكبر قدر من الحقوق والحريات العامة، إن هذا الصراع المرير أنتج لنا ثورات شهدها التاريخ الإنساني أهمها الثورة الإنجليزية والأمريكية والفرنسية، في نهاية هذا الصراع أعطى لنا الدستور الذي يضمن التعايش السلمي بين السلطة والحرية ولهذا نجد الفقه الفرنسي يعرف الدستور "أنه تقنية التعايش بين السلطة والحرية". إن كل الدساتير دون استثناء تحتوي في مقدمتها اعتراف دستوري صريح لأهم الحقوق والحريات العامة التي يتمتع بها الأفراد داخل الدولة، وبالمقابل توزيع السلطات على الهيئات الثلاث في الدولة، وعلى هذا الأساس تكون الدساتير تبنت مبدأ دولة القانون.

إن مبدأ دولة القانون لا يتجسد دون خلق في صلب الدستور آليات دستورية لضمانه، وهذا كله لضمان التعايش بين السلطة والحرية وأهمها الرقابة الدستورية على القوانين التي تعتبر ركيزة أساسية لتجسيد مبدأ علو وسمو الدستور. كما أن الرقابة القضائية على أعمال الإدارة تجسد آلية فعالة لاحترام مبدأ المشروعية وسلاح فعال في يد الأفراد لمواجهة الإدارة "بعض أعمال السلطة التنفيذية". من هنا إشكالية الموضوع كانت: ما هي الآليات الدستورية الفعالة لضمان الحقوق والحريات العامة للأفراد في مواجهة أعمال السلطة التشريعية والتنفيذية؟ والمفاضلة بين الرقابة الدستورية و القضائية لصيانة هذه الحقوق و الحريات العامة؟

إن الإجابة على هذه الإشكالية تلزمنا أن نوضح دور الرقابة الدستورية سواء كانت سياسية أو قضائية لمواجهة أعمال السلطة التشريعية وبعض أعمال السلطة التنفيذية هذا من جهة.

ومن جهة ثانية إبراز دور الرقابة القضائية لمواجهة أعمال الإدارة وبعض أعمال السلطة التنفيذية.

إن هذا الدور يصب كله لمصلحة حماية الحقوق والحريات العامة للأفراد. من هنا كان موضوع بحثنا هو: "ضمانة حماية الحقوق والحريات العامة بين الرقابة الدستورية والرقابة القضائية"

إن أسباب اختياري لهذا الموضوع هو بصفة أساسية إيماننا العميق بأن دولة القانون لا يتأكد إلا بتمتع الأفراد داخل الدولة بكل الحقوق الأساسية والحريات العامة، كما أن ضمانها لا يتحقق إلا بفضل تبنى عملية الرقابة على دستورية القوانين اتجاه أعمال السلطة التشريعية وبعض أعمال السلطة التنفيذية. وضرورة تمكين القضاء من سلطة الرقابة على أعمال الإدارة لتطبيق مبدأ المشروعية. إن هذه الدراسة هي في الحقيقة محاولة لتسليط الضوء على أهم الاتجاهات الدستورية المقارنة لعملية الرقابة على دستورية القوانين وموقف الدساتير الجزائرية من هذه العملية لنصل إلى النتائج الدستورية الجزائري في هذا المجال. ودراسة تطور عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لتأكيد مبدأ المشروعية الضامن لسير الإدارة وحامي للحقوق والحريات العامة.

إن معالجة هذا الموضوع يتطلب منا الأخذ بكل من المنهج التاريخي و المنهج التحليلي و المنهج المقارن وهذا لعرض النظريات الفقهية وموقف كل مشرع سواء في فرنسا أو في الولايات المتحدة الأمريكية أو في إنجلترا أو في مصر أو في الجزائر وإيماننا أن هذين المنهجين يغذيان الدراسة والبحث بقدر كبير من خلال الوقوف على التجارب التي مرت بها تلك الدول معتمداً بذلك على مصادر لفقهاء وباحثين كتبوا في هذا المجال، والذين يقومون على استقراء الأحكام الدستورية والقانونية، وكذلك دراسة الجانب التطبيقي للرقابة القضائية دراسة تعتمد على تسجيل الوقائع وعلى الأسس التي وضعت عملياً في ممارسة عملية الرقابة هذه، وكل ذلك محاولة للخروج بنتيجة لحدودها الواقعية والانتهاج إلى أفضل السبل في توفير أكبر قدر من الحماية للحقوق والحريات بين الرقابة الدستورية والرقابة القضائية من جهة أخرى.

كما أن ضرورة البحث تلزمنا الاستعانة بالمنهج النقدي وذلك من خلال التطرق لأهم الانتقادات الموجهة لنمط الرقابة الدستورية التي تبنتها الدساتير الجزائرية والوقوف على الفراغ الدستوري للنصوص والنقص الذي اعتراها وذلك بإبداء أهم الاقتراحات الدستورية لملى ذلك الفراغ الذي اعترى القاعدة الدستورية أو الغموض الذي اكتنفها هذا من جهة، كما الرقابة القضائية على أعمال الإدارة لضمان مبدأ المشروعية في النظام القضائي الجزائري هي حديثة النشأة وبالتالي ضرورة البحث تلزمنا أن نستعين بالمنهج التاريخي والمقارن والنقدي لتوضيح القصور الذي اعترى النصوص القانونية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري .

وسأتناول هذا الموضوع من خلال تقسيمه إلى:

**الباب التمهيدي:** الإطار الدستوري والقانوني لحماية الحقوق والحريات العامة.

**الباب الأول:** دور الرقابة على دستورية القوانين في حماية الحقوق والحريات العامة.

**الباب الثاني:** الرقابة القضائية ودورها في حماية الحقوق والحريات العامة.

ففي **الباب التمهيدي** الذي أقسمه إلى فصلين **الفصل الأول** أتطرق فيه إلى الطبيعة الدستورية للحقوق والحريات العامة وهو بدوره قسمته إلى مبحثين **المبحث الأول** تناولت تعريف الحقوق والحريات العامة وأنواعها سواء الحقوق والحريات الشخصية أو الحريات الفكرية أو المعنوية أو الحريات الاقتصادية أو مبدأ المساواة، أما **المبحث الثاني** أتناول فيه التطور التاريخي للحقوق والحريات العامة وأتناول في المطلب الأول الحقوق والحريات إبان الثورة الانجليزية ثم في المطلب الثاني الحقوق والحريات إبان الثورة الأمريكية أما في المطلب الثالث فأتطرق إلى الحقوق والحريات إبان الثورة الفرنسية ثم بعد ذلك أعالج في **المبحث الثالث** الحقوق والحريات في الاتفاقيات الدولية وهو بدوره أقسمه إلى مطلبين **المطلب الأول** الاتفاقيات الدولية العالمية وفي المطلب الثاني أناقش الاتفاقيات الدولية الإقليمية أما في **الفصل الثاني** فأتطرق إلى الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات العامة، حيث أقسمه إلى مبحثين، في **المبحث الأول** الضمانات العامة وفيها أعالج سيادة الدستور في مواجهة الرقابة ثم مبدأ سيادة القانون ثم مبدأ الفصل بين السلطات ثم نظرية سيادة الأمة والشعب، أما **المبحث الثاني** أتناول فيها الضمانات الدستورية الخاصة بداية بنصوص الدستورية المتعلقة بتعديل الحقوق والحريات العامة ثم سمو المعاهدات والمواثيق الدولية على القانون الداخلي بموجب الدستور ثم النصوص الدستورية المنظمة لدور الأفراد والهيئات في ضمان الحقوق والحريات العامة.

أما **الباب الأول** فأخصه إلى دور الرقابة على دستورية القوانين في ضمان الحقوق والحريات العامة وأقسم هذا الباب إلى فصلين في **الفصل الأول** دور الرقابة السياسية والقضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة وأبين أن الفقه يقسم الرقابة إلى صورتين أساسيتين الرقابة السياسية والرقابة القضائية ففي **المبحث الأول** أعالج دور الرقابة السياسية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة حيث أبدأ إلى وجهة نظر الفقه بالنسبة للرقابة السياسية ثم أذهب إلى تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية بدءاً بدستور 1799 إلى دستور 1958 ثم في **المبحث الثاني** أتطرق إلى الدور القضاء الدستوري في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة وقسمته إلى مطلبين **المطلب الأول** الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية وفيها بدأت بنشأة هذه الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية، العامل الفيدرالي هو العامل الرئيسي في نشأتها ثم أعالج

المحكمة العليا وجهودها في نشأة الرقابة القضائية ثم بعد ذلك أتطرق إلى صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية من أسلوب الدفع الفرعي إلى أسلوب أوامر المنع إلى أسلوب الأحكام التقريرية أما في المطلب الثاني فأذهب إلى الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر وأتناول الرقابة القضائية قبل إنشاء المحكمة العليا ثم بعد إنشاء المحكمة العليا ثم بعد ذلك أتطرق إلى تشكيل المحكمة الدستورية العليا أما في **الفصل الثاني** أتطرق إلى دور الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير الجزائرية وقسمته إلى مبحثين **المبحث الأول** المجلس الدستوري ما قبل 1989 ثم في **المبحث الثاني** المجلس الدستوري ما بعد 1989.

**أما الباب الثاني** والموسوم بدور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة، فأقسمه إلى فصلين، **الفصل الأول** دور مبدأ المشروعية كضمانة لحماية الحقوق والحريات العامة وفيه أعالج مفهوم مبدأ المشروعية في **المبحث الأول**، أما في **المبحث الثاني** فألجأ إلى تنظيم الرقابة القضائية على أعمال مبدأ المشروعية بدءاً بمفهوم مبدأ وحدانية القانون والقضاء في النظام الانجليزي والأمريكي ثم مفهوم مبدأ ازدواجية القانون والقضاء في فرنسا وفي مصر ثم إلى موقف النظام القضائي الجزائري من النظم القضائية المقارنة، أما في **الفصل الثاني** فعالية الرقابة القضائية على مدى مشروعية القرارات الإدارية في مجال الحقوق و الحريات العامة وأقسمه إلى مبحثين في **المبحث الأول** تحديد مفهوم القرار الإداري وأبرز المقومات الأساسية للقرار الإداري وأنواع القرارات الإدارية سواء من حيث تكوين أو من حيث الرقابة القضائية أو من حيث العمومية والتجريد أما في **المبحث الثاني** أوجه رقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في مجال الحقوق و الحريات العامة سواء من ركن الاختصاص أو من ركن الشكل أو من ركن المحل أو من ركن السبب أو من ركن الغاية.

## الباب التمهيدي: الإطار الدستوري والقانوني للحقوق والحريات العامة

إن قضية حقوق الإنسان قديمة قدم الإنسان ذاته، فمنذ بدأ الأفراد يقاومون الحكام دفاعاً عن حرياتهم أو بحثاً عن حقوقهم المسلوبة، كما عرفت حقوق الإنسان انتكاسات على مر العصور، وتفاوتت من المجتمع لآخر ومن مرحلة الأخرى تبعا لفساد الحكم أو صلاحه ورغم ذلك عاشت الجماعات البشرية، وخاصة في ظل الأديان السماوية حقبا ناصعة، تمتعت بها بقسط وافر من الحقوق والحريات.

وفي وقت لاحق تبين أن مجرد النص على الحقوق والحريات في دستور الدولة وقوانينها الداخلية، ووضع ضمانات لحمايتها، لم يعد كافيا لتمتع الإنسان فعلا بحقوقه، ومن هذا المنطلق بدت ضرورة الاعتماد على ضمانات دولية أخرى بإمكانها أن تحقق حماية فعالة لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

وكانت أول مظاهر المجهودات التي بذلت من أجل ذلك في القانون الدولي تتمثل في تدعيم الشخصية القانونية للفرد عنصر تحريم الاتجار بالرقيق مند مؤتمر برلين عام 1855 الذي أدى إلى إبرام اتفاقية برلين التي جعلت من تجارة الرقيق عملا غير مشروع في القانون الدولي العام<sup>1</sup>.

وفي هذه الأثناء كانت الرسائل السماوية تنزل هنا وهناك تذكر الناس أصلهم الواحد ورسالتهم السامية ومهمتهم المشتركة التي تتمثل في الخضوع جميعا على قدم المساواة، لحكم الله والقيام بعبادته<sup>2</sup> وتنبههم إلى التكريم الإلهي لسائر بني آدم وقبل هذا كانت معاهدات باريس للسلام سنة 1815 و1814 وإعلان مؤتمر فيينا سنة 1815 وإعلان نيرفرون سنة 1822 قد تضمنت مبدأ عاما، مفاده أن تجارة الرقيق تنتافي وتتعارض مع مبادئ العدالة الإنسانية<sup>3</sup>، كذلك من بين هذه المظاهر أيضا، منع الاتجار في المخدرات منذ 1912، ومكافحة الأمراض والأوبئة عام 1903 حيث أنشئ مكتب الصحة الدولي، وقمع الاتجار بالنساء والأطفال وتجسد ذلك في اتفاقية الدولية المعتمدة في لاهاي عام 1902 بشأن التضارب بين القوانين الوطنية المتعلقة بالزواج والطلاق والوصاية على القصر، والاتفاقيتين الدوليتين بشأن قمع الاتجار بالنساء والأطفال المعتمدين عام 1904 و1910 بباريس على التوالي في 16 و4 ماي<sup>4</sup>، وتعد الحرية من القيم القليلة التي أجمعت البشرية في مراحل تطور تاريخها على الإيمان بها ومع ذلك فلم يصل الفقهاء إلى تعريف موحد لها وهو ما حدا بالأستاذ الدكتور: عبد الحميد المتولي إلى وصف هذه المشكلة بأنها إحدى عجائب الدنيا

<sup>1</sup> عبد العزيز محمد سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1966، ص 10

<sup>2</sup> حمود حميلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية والشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995، ص 3

<sup>3</sup> عمر إسماعيل سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 69

<sup>4</sup> عمر إسماعيل سعد الله، المرجع نفسه، ص 70

بقوله " إن عجائب العالم السبع أو لها بناء الأهرام ويبدو لي أنها ثمان وأعجبها مشكلة الحرية " والواقع أنها لا تنطوي على عجيبة واحدة بل على السلسلة متصلة الحلقات من عجائب متعدّات، فالحرية عجيبة حتى في تعريفها وحتى في مضمونها، وحتى في تطورها وفي تاريخها<sup>1</sup>، وقال عنها مونتيسيكيو أنه لا توجد كلمة ذلت على معان مختلفة ككلمة الحرية.

ومن تعريفات الفقه المصري للحقوق والحريات تعريف الدكتورة سعاد الشرقاوي للحرية بأنها "ذلك الخير الذي يمكننا من التمتع بجميع الخيرات الأخرى، وهي تعني قدرة الإنسان على اختيار سلوكه بنفسه"<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> محمود صبحي علي السيد، الرقابة على دستورية اللوائح دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والكويت، الطبعة الأولى 2011، ص 566  
<sup>2</sup> سعاد شرقاوي، نسبية الحريات العامة، وانعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية القاهرة، 1979، ص 3

## الفصل الأول: الطبيعة الدستورية للحقوق والحريات العامة

من مبادئ المسلم بها في النظم الديمقراطية أن يمثل الدستور الوثيقة القانونية العليا واجبة الاحترام من السلطات الأساسية الثلاث في الدولة، بحكم أن الدستور يتضمن المبادئ القانونية التي تتعلق بشكل الدولة ونظام لحكم فيها وعلاقته بالمواطنين، ينظم السلطات العامة في الدولة وحقوق وحريات الأفراد، ويعد الدستور أعلى التشريعات في الدولة ويقع في قمة الهرم القانوني ويسمو على القواعد القانونية الأخرى جميعاً.

ولقد تعددت تقسيمات أو تصنيفات الفقه للحقوق والحريات ن فقد ذهب اسميان إلى أن حقوق الأفراد وحرياتهم تتضمن فرعين رئيسيين هما:<sup>1</sup>

**الفرع الأول: الحريات ذات المضمون المادي:** وهي تلك التي تتعلق بمصالح الأفراد المادية ومنها حرية الأمن، والتنقل والملكية، والمسكن، والتجارة، والصناعة.

**أما الفرع الثاني: الحريات ذات المضمون المعنوي:** وهي تلك الحريات التي تتضمن حرية العقيدة، والعبادة، وحرية الصحافة ن وحرية الاجتماع، وحرية التعليم، وحرية تكوين الجمعيات كما يميز دوجي بين نوعين من الحريات أيضاً هما: النوع الأول الحريات السلبية وهي التي تظهر في صورة قيود على السلطة الدولة والنوع الثاني: الحريات الإيجابية وهي التي تتضمن خدمات إيجابية تقدمها الدولة للأفراد.

غير أنه ينبغي أن تلتزم السلطات لدولة جميعها بالتقيد بأحكامه وإلا عدت تصرفاتها غير مشروعة، فالسلطة التنفيذية تلتزم بقواعد الدستور ولا يحق لها مخالفتها في أعمالها إذ أن ذلك يعرض أعمالها للإلغاء والتعويض عما تسببه من ضرر أما السلطة التشريعية المتمثلة بالبرلمان تتقيد هي الأخرى أن تحترم تشريعاتها القواعد الدستورية وإلا كانت عرضة للإلغاء استناداً إلى مخالفتها لمبدأ المشروعية. ولقد حرصت الوثائق الدستورية المختلفة على أن تتضمن في جانب منها الحقوق والحريات التقليدية لاسيما تلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية وفي جانب آخر الحقوق والحريات ذات المضامين الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

ولم يقف المشرع الدستوري عند حد تسجيل هذه الحقوق والحريات بل عمل على كفالة احترامها وتقدير ضمانات ممارستها ووضع القيود التي تحد من تقييد السلطات العامة لها<sup>2</sup>، بشرط أن تبقى في حدود عدم مساسها بحقوق وحريات الآخرين وعدم الإضرار بالمصالح الأخرى للمجتمع، ولم يتبع المشرع الدستوري في اغلب الدول العربية أسلوب تقرير الحقوق

<sup>1</sup> محمود صبحي علي السيد، المرجع نفسه، ص 570

مازن ليلو راضي و حيدر ادهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، دون السنة، ص 224<sup>2</sup>

والحريات العامة في إعلانات الحقوق أو في ديباجة دساتيره ولعل في ذلك تجنب لما قد يثار بشأن القيمة القانونية لهذه الإعلانات كما لم يتبع ما نصت عليه بعض الدول من تقرير هذه الحقوق في قوانينها العادية، كما هو الحال في إنجلترا وما قد يؤدي إليه هذا الأمر من إمكانية المشرح العادي في تعديل هذه الحقوق بالزيادة أو بالنقصان.

## المبحث الأول: ماهية الحقوق والحريات العامة

أطلق على الحقوق والحريات تسمية الحقوق والحريات الفردية في عصر ازدهار المذهب الفردي على أساس أنها مقررة لتمتع الفرد بها، تم إطلاق عليها بعد ذلك الحقوق المدنية للدلالة على مضمونها، باعتبار أن الفرد عضو في جماعة مدنية منظمة، إلا أن الأكثر استخداما في الفقه وفي الدساتير الحديثة هي الحقوق والحريات العامة، وتعلل هذه التسمية في مواجهة السلطة العامة من ناحية، وتمتع جميع الأفراد بها بصفة عامة على قدم المساواة، وبدون تفرقة أو تمييز بين المواطنين والأجانب من ناحية أخرى.

## المطلب الأول: تعريف الحقوق والحريات العامة

من الصعوبة وضع تعريف شامل محدد للحقوق والحريات العامة، ذلك أن مفهوم الحرية اختلف باختلاف الزمان والمكان، وهناك عدة مفاهيم تستخدم للدلالة عليه، فمن الفقهاء من يستخدم مفهوم الحقوق الأساسية للفرد كما يقرر الأستاذ كوليار أن الفرد كان خاضعا للدولة في كل شيء دونما شروط أو قيود وكانت سلطة الدولة إزاء حقوق الأفراد، سلطة استبدادية مطلقة لا يحدها حد أو قيد، ومع ذلك فقد كان اليوناني يعد نفسه حرا في ذلك الوقت، لا شيء لأن مفهوم الحرية كان يعني في ذلك الوقت أن الفرد يتمتع بالحرية إذا كان تصرف الدولة لا يميز بين الأفراد بصدد تطبيق أو تنفيذ قاعدة عامة وضعت لجميع الأفراد على السواء، فقد كان هذا التعريف للحرية كما يقرر العميد ديجي مشتق من المساواة<sup>1</sup>، حتى الدساتير اختلفت في التسمية، ففي الجزائر<sup>1</sup> مثلا: استخدام مفهوم " الحقوق الأساسية في دستور 1963 م، أما دستور 1976م فقد استخدم مصطلح " الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن "، أما دستور 1989 م والذي تم تعديله سنة 1996 م، فقد استخدم مصطلح "الحقوق والحريات". في حين عبر عنها الدستور المصري لسنة 1971م بمصطلح "الحريات والحقوق والواجبات العامة".

ويقابل كلمة "الحرية" في اللغة الفرنسية كلمة "Liberté" وفي الإنجليزية كلمة "Liberty"، "Freedom"، وأصلها في اللاتينية كلمة "Libertas"، وقد عرفها القاموس الفلسفي على أنها " خاصة الموجود الخالص من الشوائب، والحر من الأشياء أفضلها، ومن القول والفعل أحسنه"<sup>2</sup>، ومن هنا يأخذ معنى الحرية جملة من الأبعاد منها:

البعد السياسي والاجتماعي للكلمة، ويعني بهذا قسمين: الحرية النسبية والحرية المطلقة.

<sup>1</sup> جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية دار الحامد للنشر والتوزيع، 2008، ص38

<sup>2</sup> سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى الجزائري، 1993.

<sup>2</sup> سليم بركات، مفهوم الحرية في الفكر العربي الحديث، الطبعة الثانية، دار دمشق، دون سنة، ص 30.

**فالحرية النسبية:** هي الخلاص من القسر والإكراه الاجتماعي، والحر هو الذي ياتمر بما أمر به القانون، ويمتنع عما نهي عنه، والغرض من التقيد بالقانون ضمان الاعتراف بحقوق الغير، واحترام حرياته وتحقيق ما يقتضيه النظام العام من شروط عادلة.

**أما الحرية المطلقة فهي:** حق الفرد في الاستقلال بالفعل، بل المراد منها الإقرار بهذا الاستقلال واستحسانه وتقديره واعتباره قيمة خلقية مطلقة<sup>1</sup>، والحرية قد تولد أحيانا حقا من الحقوق بالمعنى الاصطلاحي الدقيق إذا وقع عليها اعتداء، وحينئذ تنشأ رابطة قانونية تخول الشخص المعتدى عليه تسلطا أو اقتضاء على سبيل الانفراد<sup>2</sup>.

**أما الحرية السياسية:** كحرية الفكر والرأي والضمير والدين والتعبير وحرية الاشتراك في الجمعيات، وحرية الإسهام في إدارة شؤون الدولة مباشرة أو بواسطة ممثلين يختارهم المواطن اختيارا حرا.

**أما الحق:**

برغم استقرار وجود فكرة الحق لدى الغالبية العظمى من الفقهاء ولدى سائر التشريعات فإن الخلاف مع ذلك موجود وبشكل واسع النطاق في شأن تعريف الحق هناك من أقام التعريف بالنظر إلى شخص صاحب الحق، ففي إرادة هذا الشخص يكمن العنصر الجوهرى في الحق، وهناك من نظر إلى محل الحق وموضوعه أو ما يخوله للشخص من مصلحة، بينما وجدت اتجاهات أخرى تجمع بين العنصرين معا في تعريف الحق، عنصر الإرادة وعنصر المصلحة مع خلاف بينهما في تغليب عنصر على آخر<sup>3</sup> كما ظهرت النظرية الحديثة في تعريف الحق للفقهاء دابان.

### الفرع الأول: المذهب الشخصي

ترجمه الفقيه الألماني "سافيني" "Savigny" ودافع عن تطوره الفقيه "وينشيد" "Winsheid"، يعرف هذا المذهب الحق على أنه: قدرة أو سلطة إرادية Un pouvoir de volonté وبهذا فإن القدرة أو السلطة الإرادية تستمد من القانون وتنشأ في كنفه، فالقواعد القانونية عند تطبيقها على علاقات الأفراد في المجتمع وتنظيمها لنشاطهم فيه تحدد لكل شخص نطاقا معلوما لتسود فيه إرادته مستقلة عن أية إرادة أخرى، فالإرادة حرة في استعمال أو عدم استعمال الميزة أو المكنة التي منحها إياها القانون<sup>4</sup>، وعليه فإن هذا القدرة أو السلطة الإرادية لا يمنحها الشخص لنفسه وإنما يمنحها له القانون، فالقانون قد يضع قاعدة قانونية

<sup>2</sup> سليم بركات، المرجع نفسه، ص 30

<sup>2</sup> عبد الحكيم حسان العيلي، الحريات العامة في الفكر والنظام السياسي في الإسلام، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1974، ص 176

<sup>3</sup> رمضان أبو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، دون دار الطبع و السنة و البلد، ص 14

<sup>4</sup> نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الجزء الثاني، نظرية الحق، دار المعرفة الجامعية، 2000، ص 24

معينة تقضي مثلاً بأن حق الملكية ينشأ بوسائل معينة وينتقل بوسائل معينة، كما أن هناك وسائل تحمي هذا الحق، فإذا أراد الشخص أن ينشأ حق ملكية أو ينقله أو يحميه فعليه إتباع الوسائل التي حددها القانون، معنى ذلك أن هذه القدرة الإرادية لا تفهم على أنها قدرة ذاتية أو محضة للشخص خارج نطاق القانون وإنما تعني القدرة المنفقة مع حكم القانون<sup>1</sup>.

**النقد:** انتقد هذا الرأي وقيل عنه ما يلي:

1- ربط وجود الحق بالإرادة فيه قصور، لأنه سيؤدي إلى حرمان تام لبعض الأشخاص من كل حق، خاصة الأشخاص الذي تتعدم لديهم الإرادة كالصبي غير المميز والمجنون.

2- قد لا يكون الشخص عديم الإرادة، ولكنه يكتسب حقاً دون علمه، أو دون تدخل من إرادته، كالأغائب والمؤمن له والوارث.

فهذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقية لها.

3- إن هذا التعريف يخلط بين الحق واستعماله، أو بين وجود الحق وبين مباشرته، فالحق يوجد ولو دون تدخل من الإرادة. ولكن مباشرة هذا الحق أو استعماله يستلزم وجود هذه الإرادة، فالإرادة ليست شرطاً لقيام الحق ولكن قد تكون شرطاً لمجرد مباشرته، ومنه فالإرادة لا تلزم حتى لاستعمال الحق في بعض الأحيان. ومنه فهذا التعريف ينصب على أمر خارج عن الحق، ولا حق لوجوده وهو مباشرة الحق<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: المذهب الموضوعي

يتمثل هذا المذهب في نظرية المصلحة بزعامة الفقيه الألماني " إهرنج " ويرى هذا الفقيه أن الحق ليس إلا مصلحة يحميها القانون، وبهذا تفادي ذكر دور الإرادة كلية في تعريف الحق، ويركز على موضوعه والغاية منه، فالغاية هي الفائدة أو المنفعة سواء كانت مادية أو معنوية، بالإضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة، وهي الحماية القانونية، أي الدعوى، فمجموع هذين العنصرين: يمثل الحق<sup>3</sup>، ويرى هذا الاتجاه أنه إذا كان للإرادة الحرية في الاحتفاظ بالحق أو النزول عنه، فإن ذلك لا يكون إلا على أساس ما يمثله الحق من مصلحته لصاحبه، وإذا كان للإرادة أن تتخذ ما يلزم نحو حماية الحق من الاعتداء عليه فإن ذلك لكي تستفيد وتتفقع به وأيضاً إذا كان لإرادة صاحب الحق أن تتخير وجه استعمال

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 15

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق)، مكتبة مكاوي، 1975، ص 448-و ما بعدها

<sup>3</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 27

الحق، فإن ذلك يكون لتحقيق الفائدة المرجوة من هذا الاستعمال. معنى ذلك أن الإرادة لا تتدخل في الحق، إلا بناءً وتبعاً للمصلحة. ولذلك ولا تعد الإرادة من عناصر الحق<sup>1</sup>.

#### الانتقادات:

1- هذا التعريف يعتبر أن المصلحة معياراً لوجود الحق، بينما هي ليست كذلك دائماً. كما أنه من الناحية المنطقية نجد أن المصلحة في حد ذاتها ليست إلا مجرد واقعة لكي تصبح حقاً يجب أن تكفل لها الحماية. هذا التركيب غير مقنع، فكيف نفسر أن تدخل الحماية وهي ليست إلا مجرد وسيلة، يمكن أن يكون لها هذا الأثر من حيث هذا التغيير الجوهرى في تحول المصلحة، من مجرد واقعة إلى حق.

2- يرى الفقيه أن المصلحة لا تكون حقاً إلا أنها محمية، بينما العكس هو الصحيح، فالمصلحة محمية لأنها معترف بها كحق يستأهل هذه الحماية، فوسيلة حماية الحق تكون تالية لنشوئه، ولا يمكن اعتبارها شرطاً أو عنصراً لوجوده، وإنما هي أثر لهذا الوجود، فالحق لا يعتبر حقاً لأن القانون يحميه بدعوى، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق.

3- هذا الاتجاه يعجز عن تقديم تعريف دقيق للحق يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية، لأنه يعتمد في تعريفه على أشياء خارجية، وبهذا فإن تعريف "إهرنج" يدور حول فكرة الحق دون أن يصل إلى جوهرها، فهذه النظرية تحدد الهدف (أحد الحق) وهو إشباع مصلحة معينة، ثم بين كيف يمكن عن طريق حماية الدولة بلوغ هذا الهدف<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: المذهب المختلط

هذا المذهب نشأ نتيجة الانتقادات التي وجهت إلى المذهبين السابقين وتلتقي فيه الإرادة (السلطة) بالمصلحة ومن أنصار هذه النظرية المختلطة "سالي" و"ميشور" و"قرازا"، إلا أن الجمع بين السلطة والإرادة من ناحية والمصلحة من ناحية أخرى، لم يكن على نفس المستوى لدى من جمعوا بينهما، وإنما تفرقوا في ذلك إلى اتجاهين: اتجاه يغلب الإرادة أو السلطة على المصلحة ويقدمها عليها، واتجاه آخر يقدم المصلحة على السلطة أو الإرادة ويغلبها عليها.

#### الاتجاه الأول:

يغلب هذا الاتجاه السلطة الإرادية على المصلحة، فيرى أن الحق هو سلطة تقوم على خدمة مصلحة ذات قيمة اجتماعية، أو هو تلك القدرة الإرادية التي يتعرف بها القانون ويحميها، والتي يكون محلها مالا معيناً أو مصلحة معينة. ويظهر تغليب هذا الاتجاه للسلطة

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، المرجع نفسه، ص 16

<sup>2</sup> نبيل إبراهيم سعد، المرجع نفسه، ص 28

أو الإرادة على المصلحة في أنه على الرغم من أن المصلحة تحكم السلطة أو الإرادة، فإن جوهر الحق يكمن في تلك السلطة أو الإرادة وليس في المصلحة التي تحركها. وقد اتجه الفقيه سالي إلى الوقوف عند فكرة السلطة دون أن يربطها بالإرادة فجوهر الحق في نظر الفقيه سالي هو سلطة كامنة تتميز عن الإرادة التي تضعها موضع التنفيذ، ولقد حدد سالي مفهوم تلك السلطة باعتبار الشخص متسلطا على موضوع الحق ونسبة كافة آثار هذا التسلط إليه، حتى ولو لم يمارسه بنفسه وبذلك كان سالي أول من وجه الأنظار إلى فكرة التسلط، وأدى ذلك إلى ظهور نظرية الاستثناء والتسلط.

### الاتجاه الثاني:

يغلب هذا الاتجاه المصلحة على الإرادة ويظهر هذا التغليب في موقفه من كل من المصلحة والإرادة الذين جمع بينهما، فالمصلحة وفقا لهذا الاتجاه تظل هي جوهر الحق بحيث يعد من تعود عليه الفائدة هو صاحب الحق، أما الإرادة فينظر إليها على أنها تالية للمصلحة لتعمل من الباطن كوسيلة لازمة لتحقيق المصلحة، ولهذا يعرف البعض الحق بأنه مصلحة شخص يحميها القانون وتقوم على تحقيقها والدفاع عنه سلطة معترف بها لإرادة ما<sup>1</sup>.

### النقد:

وجه النقد لهذه النظرية على أساس أنه لم يعرف الحق نفسه وبيّن جوهره فالحق ليس الإرادة وليس المصلحة، كما أنه ليس كلاهما معا<sup>2</sup> مما أدى إلى ظهور النظرية الحديثة.

### الفرع الرابع: النظرية الحديثة

صاحب هذه النظرية هو الفقيه دابان، ويرى أن الحق يتضمن عناصر أربعة، عنصران داخليان هما الاستثناء والتسلط. فالحق هو استثناء للشخص على قيمة معينة على سبيل التخصيص والانفراد ويحقق الاستثناء المصلحة المقصودة (الانتفاع) ولكنه ليست المصلحة، المالك يستأثر بقيمة الشيء بهدف الحصول على مزاياه كما قد ينتفع شخص غير مالك بشيء فالمغتصب أو السارق ينتفع بالمال دون أن يكون صاحب الاختصاص به ومن ثم فإن العبرة بالاستثناء وليس بالمصلحة، ولا يوجد ارتباط، بين الاستثناء والإرادة إذ قد يثبت الاستثناء لشخص لا تتوفر لديه الإرادة كالمجنون أو الطفل كما يثبت الاستثناء للغائب، كما يكون للشخص حق التسلط وتعني حرية التصرف لصاحب الحق سواء كان تصرفا ماديا أو قانونيا في الشيء أو باستعمال أو بعدم استعماله ويثبت التسلط لصاحب الحق ولو وجد مانع يحول بينه وبين مباشرته كنقص أو انعدام تمييز وبالإضافة إلى العنصران الداخليان يوجد

<sup>1</sup> جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم: الحقوق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 28

<sup>2</sup> توفيق حسن فرج، المرجع نفسه، ص 454

عنصران خارجيان هما ثبوت الحق في مواجهة الغير والحماية القانونية، ويقصد بثبوت الحق في مواجهة الغير التزام أفراد المجتمع بالامتناع عن كل ما من شأنه المساس باستثنائ صاحب الحق وتسلطه عليه كما أن الحماية القانونية ضرورية ولا تكون إلا إذا قامت السلطة العامة بحماية الحق وتنظيمه فتكمن صاحب الحق من الدعوى أي حق التقاضي حتى يضمن احترام الغير له.<sup>1</sup>

وقد وجهت إلى هذه النظرية عدة انتقادات منها:

1- إذا كان تعريف الحق كاستثنائ وتسلط يتفق تماما مع الملكية إلا أنه يحتاج لبعض المجهود ليتلاءم مع بعض الحقوق، وبصفة خاصة عنصر التسلط باعتباره سلطة التصرف الحر في الشيء محل الحق، حيث يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أي نوع من أنواع التصرف، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص، كالحق في الحياة أو الحريات.

2- إن فكرة الاستثنائ والتسلط كما عرضها دايان تؤدي في الواقع إلى فكرة موسعة للحق، ويبدو أن هذا هو السبب في الصعوبات التي واجهت تطبيق هذه النظرية.

وقد اختلف الرأي حول الفرق بين الحرية والحق، فقيل أن الحق حرية اعترف بها القانون أي أن الحرية أرحب نطاقا من الحق، وقيل أن كلمة الحق أو سع مدلولا من كلمة الحرية، لأن الكلمة تشمل الحقوق الشخصية المتبادلة بين الناس كحقوق الدائنية التي يقابل الحق فيها دين.<sup>2</sup>

إلا أن جمهور الفقهاء، يرى أن الكلمتين قد أصبحتا تعبيرين متلازمين في الوقت الحاضر، فيقول الدكتور يحيى الجمل في هذا الصدد: "والحقيقة أن التفرقة بين الحريات والحقوق هي تفرقة شكلية جاري فيها منطوق النصوص الدستورية نفسها، حيث عبر الدستور أحيانا بلفظ الحرية وعبر أحيانا بلفظ الحق، ومما يوضح ذلك تماما ويبين أن ما تحدثنا عنه في الحريات، وما سنتحدث عنه من حقوق، إنما ترتد إلى طبيعة واحدة، ما نص عليه الدستور في المادة ( 54) من حق المواطنين في الاجتماع الخاص في هدوء، فهذا الحق هو مظهر أساسي من مظاهر الحرية الشخصية"<sup>3</sup>

أما الدكتور محمد الشافعي أبوراس فيقول أن: " الحقوق الفردية مرادفة لاصطلاح الحريات العامة، ومن هنا فإن شرح أحد الاصطلاحين يعني وضع تعريف للآخر، فإذا كنا بصدد اصطلاح (الحريات العامة) وجدناه اصطلاحا مكون من كلمتين

<sup>1</sup> محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الدار الجامعية، 2000، دون البلد، ص 17 و ما بعدها

<sup>2</sup> ماجد راجب الحلو، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 816

<sup>3</sup> يحيى الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1974 ص 144

(الحريات) و(العامة) ومن ثم فإن شرح الاصطلاح تمهيدا لتحديد مفهومه، يقتضي التعرف للكلمتين في استقلال، ثم في رابطة جعلت منهما اصطلاحا وعنوانا على موضوعات متعددة<sup>1</sup>.

وعليه فكلمة الحق وكلمة الحرية هما مترادفان، وهذا ما نلاحظه في كتب الفقه والمواثيق الدولية والداستير، فكلاهما يرتد إلى طبيعة واحدة، وهي إمكان ممارسة الشخص للنشاط الذي نص عليه الدستور، فهو له الحق في ممارسته، وهو حر في ألا يمارسه، وسواء اعترفت الدولة بهذه الحقوق أو أهملتها عن عمد أو عن غير عمد<sup>2</sup>.

بعد تناولنا لتعريف الحرية والحق بصفة عامة ننتقل الآن إلى تعريف حقوق الإنسان وتعريف الحقوق والحريات العامة في الفقه، و الواقع أن تعريف حقوق الإنسان وتحديد ماهيتها، وأصل نشأتها، التي ترتبط ارتباطا وثيقا بالقيمة القانونية لهذه الحقوق.

فقد ورد تعريف لحقوق الإنسان في إحدى نشرات الأمم المتحدة بأنها: " الحقوق المتصلة في طبيعتها، والتي لا يتسنى غيرها أن تعين عيشة البشر، فهي الحقوق التي تكفل لنا كامل إمكانيات تنمية واستثمار ما نتمتع به من صفات البشر، وما وهبنا من ذكاء ومواهب وضمير من أجل تلبية احتياجاتنا الروحية وغير الروحية، وهي تستند إلى تطلع الإنسان المستمر إلى حياة تتميز باحترام وحماية الكرامة المتأصلة في كل إنسان وقدرة"<sup>3</sup>.

أما الفقيه "رينيه كاسان" "Renecassin" مؤسس معهد حقوق الإنسان بستراسبورغ بفرنسا فيرى أن حقوق الإنسان هي: "فرع خاص من فروع العلوم الاجتماعية يختص بتحديد الحقوق والرخص الضرورية التي تتيح ازدهار شخصية كل فرد في المجتمع استنادا إلى كرامته الإنسانية"<sup>4</sup>، وبهذا فإن "رينيه كاسان" يرفض الخلط بين حقوق الإنسان والحريات العامة. وذلك نظرا إلى ظهور الحرية دائما في شكل القدرة على عمل شيء أو الامتناع عن عمله، أو القيام بتصرف ما، أو بتقرير عدم القيام به، أما الحقوق فإنها تأخذ من فكرة الحق. والحق يأخذ معنى أو سع من الحرية، بل إنه يشمل الحرية. وخير دليل على ذلك أن هناك حقوقا لا يمكن القول بأنها تشكل حرية ما، كالحق في التأمين الاجتماعي، وذلك على الرغم من أن كافة الحريات تتضمن بالضرورة حقا ما، وهو الحق في الحرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد الشافعي أبوراس، نظم الحكم المعاصرة، النظرية العامة في النظم السياسية، ج 1، عالم الكتب، دون البلد و السنة، ص 486  
<sup>2</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: حقوق الإنسان وحرياته العامة وفقا لأحدث الدساتير العالمية والمواثيق الدولية، دراسة مقارنة، ط 1، 2005، دار النهضة العربية - القاهرة، ص 38  
<sup>3</sup> علي عاشور الفار، دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، 1993، ص 4-5  
<sup>4</sup> السيد عبد الحميد فوده، حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية والشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 4  
<sup>5</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 32-33

كما يعرفها الأستاذ إبراهيم الشيخ: " أن الإنسان كونه بشرا " être humain " فإنه يتمتع بمجموعة من الحقوق اللازمة واللصيقة به، وذلك بغض النظر عن جنسيته وديانته أو أصله القومي أو وضعه الاجتماعي أو الاقتصادي"<sup>1</sup>.

كما تعددت تعاريف الحقوق والحريات العامة، وهذا راجع لاختلاف نظرة الفقه الغربي عن نظرة الفقه الشرقي لمفهوم الحرية، فالفقه الغربي ربط في تعريفه للحقوق والحريات العامة بين الحرية وسلطة الحق، أما الفقه الشرقي فإنه نظر إلى السلطة على أنها اقتصادية لا سياسية، أي أنها في جوهرها سيطرة اجتماعية تفرضها الطبقة المالكة الاقتصادية، ولا تقوم بذاتها.

ففي الفقه الغربي يعرف " مونتسكيو " الحرية بأنها: " الحق فيما يسمح به القانون، والمواطن الذي يبيح لنفسه ما لم يبحه القانون لن يتمتع بحريته، لأن باقي المواطنين سيكون لهم نفس القوة"<sup>2</sup>.

أما " هوريو " فيعرف الحرية بأنها: " مجموعة الحقوق المعترف بها والتي تعتبر أساسية عند مستوى حضاري معين، بما يلقي على الدولة واجب حمايتها حماية قانونية خاصة، وضمان عدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها"<sup>3</sup>.

أما الفقه الشرقي يرى أن المعنى الوحيد للحرية هو معناها المنظور إليه من زاوية السيطرة الاجتماعية، وأن الحرية بالتحديد في نظره هي: انتقاء استغلال الإنسان للإنسان، وأنه لا قيام للحرية الحقيقية إلا في ظل النظام الشيوعي الذي تلغى فيه الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج، فتختفي نتيجة لهذا الإلغاء الطبقات وأدوات القمع، ووسائل التعذيب، وقوانين الطوارئ... الخ. والتي نشأت نتيجة لتقسيم المجتمع إلى طبقات، ولغرض السيطرة الاجتماعية.

فإن الحرية الحقيقية في نظر الفقه الشرقي هي: " الحرية كمعنى اجتماعي، أي التحرر من الاستغلال، وهي لن تحقق إلا إذا قضي عليه وعلى مصدر الشر، ألا وهي السيطرة الاجتماعية التي تحققها الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج لأصحابها "<sup>4</sup>.

وقد سار الفقه المصري على منحنى الفقه الغربي حيث يعرف الدكتور ماجد راغب الحلو، الحقوق والحريات العامة بأنها: " هي إمكانيات يتمتع بها الفرد بسبب طبيعته البشرية، وبسبب عضويته في المجتمع، وهذه الحريات كثيرا ما يطلق عليه الحقوق الفردية"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> إبراهيم بدوي الشيخ، حقوق الإنسان بين المجتمع الدولي والمجتمعات القومية، 1978، دون دار النشر و البلد، ص 267

<sup>2</sup> كريم يوسف أحمد كشاكش: الحرية العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1987، ص 25

<sup>3</sup> أحمد حافظ نجم: حقوق الإنسان بين القرآن والإعلان، دار الفكر العربي، دون السنة و البلد، ص 44

<sup>4</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ، المرجع نفسه، ص 44- ما بعدها

<sup>5</sup> ماجد راغب الحلو ، المرجع نفسه، ص 816

ويعرفها الدكتور صالح حسن سميع بأنها: " قدرة الإنسان على اختيار سلوكه بنفسه في إطار مذهبي متوازن قادر على ضبط الحركة الاجتماعية - في مفهومها الواسع - بين الفرد والجماعة، بلا إفراط أو تفريط " <sup>1</sup>، أما الدكتور عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد فيعرف الحقوق والحريات العامة بأنها: " الحقوق والحريات الأساسية، والمعترف بها دستوريا وتشريعيا، والتي لا يستغنى عنها الإنسان في حياته، وتكلفها الدولة وتحميها وتنظمها " <sup>2</sup>.

أما تعريف الدكتورة سعاد الشرقاوي هو "ذلك الخير الذي يمكننا من التمتع بجميع الخيارات الأخرى، وهي تعني قدرة الإنسان على اختيار سلوكه بنفسه" <sup>3</sup>.

والى جانب التعريفات الفقهية لحقوق الإنسان هناك المفهوم الشائع اليوم بين مختلف الدول، وهو أن حقوق الإنسان الأساسية هي قيد على سلطات الدولة، فإذا كانت للدولة كافة الصلاحيات والوسائل للقيام بالتصرفات والمتابعات ضد الأفراد، فإن هؤلاء لا يملكون إلا هذه الحقوق وتلك الحريات للوقوف في وجه السلطة ذلك أن القانون الدولي لحقوق الإنسان أصبح من خلال آليات مختلفة يتدخل لضمان هذه الحقوق، فقد تطرق الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 عن الأمم المتحدة إلى الحق في حرية الرأي والتعبير، والحق في حرية الانتقال، والحق في حرية التفكير والضمير والدين، والحقوق ذاتها نجدها في العهدين الدوليين الخاصين بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وبالحقوق المدنية والسياسية الصادرين عام 1966.

### المطلب الثاني: أنواع الحقوق والحريات العامة

محور هذه الحقوق والحريات، هو الفرد سواء في كيانه وشخصه، أو في تفكيره واعتقاده أو في نشاطه وعمله، وقد كانت هذه الحقوق أسبق ظهورا في بلدان الغرب نظرا للظروف التاريخية والخلفيات التي ذكرنا أهمها في المقدمة، وقد كان من أولويات المذهب الفردي والمدارس المتعددة التي غذته، ضمان تحرر الفرد وانطلاق هو سيادته، والدعوة إلى إتاحة الاستمتاع بكل الحريات نظريا وقانونيا للجميع على قدم المساواة وهكذا تنوعت هذه الحريات إلى:

1- الحقوق والحريات الشخصية. *droit personnels et libertés.*

2- الحريات الفكرية والمعنوية. *libertés interlectuelles.*

3- الحريات الاقتصادية *libertés économiques*

<sup>1</sup> صالح حسن سميع، أزمة الحريات السياسية في الوطن العربي، ط 1، الزهراء للإعلام العربي، 1988، دون البلد، ص 20

<sup>2</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 58

<sup>3</sup> محمود صبحي علي السيد، المرجع نفسه، ص 570

4- حق المساواة Droit a l'égalité

5- سرية المراسلات confidentialité de la corresponce

### الفرع الأول: الحقوق والحريات الشخصية Les libertés de la personne

تتصل هذه الحريات بشخص الإنسان<sup>1</sup>، وضمانها هو عنوان تحقق كرامة الإنسان إلى حد بعيد، وهي من أهم الحريات لاتصالها بكيان الفرد، وبمقدار تمتعه بها، بقدر ما يمكنه مباشرة الحقوق والحريات الأخرى وذلك بما توفره له من أمن في ذاته، وحرية في تنقله وحرمة لمسكنه ومراسلاته، وهذه هي أهم مشتقات الحريات الشخصية، بالترتيب التالي:

- حق الأمن droit de sécurité

- حرية التنقل la liberté de mouvement.

- حرمة المساكن le caractère sacre du logement

### البند الأول: حق الأمن la sucrette

وهو حق الإنسان في السلامة، والحماية من الاعتداء، بالقبض عليه أو حبسه أو تقييده تعسفياً، فوق حقه في أن يكون حراً من كل استرقاق<sup>2</sup>، ويعتبر هذا الحق أصلاً وأساساً تستند إليه كافة الحريات الأخرى، لأن ممارسة هذه الأخيرة مرهونة بالسلامة والأمن وانتفاء القيود والعبودية، ومن أولى الوثائق القانونية الوضعية التي عنيت بهذا الحق ما يدعى Habeas Corpus act الذي صدر في إنجلترا سنة 1679 وضمن للمواطن الإنجليزي سلامته البدنية بفرض شروط دقيقة وسجنه ومحاكمته. . . . ثم تطورت النظرية حتى أخذت شكلها القانوني الحاضر في الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن 1789<sup>3</sup> حيث جاء في المادة 2) (إن الهدف لكل مجتمع سياسي إنما هو في المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا يصيبها التقادم بالزمن، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والسلامة والحق في الأحوال المحددة في القانون وبمقتضى الأصول التي ينص عليها هذا القانون)

وهكذا فإن الضرورات الاجتماعية تفرض أحيانا المساس بهذا الحق بالنسبة لبعض الأشخاص، فتتخذ قبلهم إجراءات سالبة للحرية سواء من قبل السلطات الإدارية أو السلطات القضائية، ومن ذلك ما يعرف بالتوقيف الاحتياطي الذي تفرضه عمليات التحقيق والتعرف على المشبوهين والمتهمين وكذا عند الحكم بالسجن، أو يتعرضون إلى المساس بسلامتهم

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص 251

<sup>2</sup> حسن ملحم، محاضرات في نظرية الحريات العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 50

<sup>3</sup> سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 685

البدنية كما في تنفيذ حكم الإعدام، والإصابات التي تلحقهم من طرف رجال الأمن حال قيام أعمال الشغب والمواجهة.

ويضاف إلى ما سبق أعمال تفرضها المحافظة على الصحة العامة كما في فرض التطعيم الإلزامي أو يفرضها النظام العام كما في أخذ عينة من الدم من تسبب في حادث مرور للتحقيق فيما إذا كان يقود سيارته وهو تحت تأثير الكحول<sup>1</sup>، لكن الواجب حتى لا تتعارض هذه الأعمال مع الحق السابق-الالتزام بالضمانات التي تكفل عدم التعسف وتمنع التجاوز، والضمانة الكبرى هي وجوب التقيد بالقانون والحدود التي ترسمها وعادة ما يشمل هذا الأخير على ضمانات عملية شتى منها التقيد بإجراءات وآجال معينة، ومنها أن يكون القبض والحجز موكولا إلى موظفين محددين تتوافر فيهم ضمانات خاصة تكفل استقلالهم وهم عادة القضاة ورجال النيابة العمومية، مع تقرير عقوبات على من يخالف ذلك ومن هذه الضمانات أيضا: مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية، وافتراس البراءة في المتهم حتى يثبت العكس وحق المتهم في الدفاع. . . الخ<sup>2</sup>، وتبقى بعض الاعتداءات على بدن الإنسان غير مشروعة في نصوص القانون الدولي- في كل الأحوال - كالتعذيب والاسترقاق وأعمال السخرة.

وقد عني الإعلان العالمي بهذا الحق وأكد حمايته في نصوص كثيرة كما أشار إلى بعض الضمانات السابقة، وما جاء فيه:

المادة 3: لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه.

المادة 4: لا يجوز استرقاق أو استعباد أي شخص، ويحظر الاسترقاق وتجارة الرقيق بكافة أوضاعها.

المادة 5: لا يعرض أي إنسان للتعذيب ولا للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الماسة بالكرامة.

المادة 9: لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفا.

المادة 11: كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا إلا أن تثبت إدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له الضمانات الضرورية للدفاع عنه.

ب- لا يدان أي شخص من جراء أداء عمل أو الامتناع عن أداء عمل إلا إذا كان ذلك يعتبر جرما وفقا للقانون الوطني أو الدولي وقت ارتكابه، كذلك لا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكابه الجريمة. كما عنيت الاتفاقية الدولية بشأن

<sup>1</sup> حسن ملحم، المرجع نفسه، ص 53

<sup>2</sup> عثمان خليل، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة 1956، ص 143 و ما بعدها

الحالة المدنية والسياسية بهذا الحق على نحو أكثر تفصيلا وبيانا في المواد (6-11) مع فقراتها المتعددة.

كما عُنيت بهذا الحق لخطورته كثير من الدساتير، ومنها الدستور الجزائري، حيث خصص لهد عدة مواد في الفصل الرابع الخاص بالحقوق والحريات، وحدد له جملة من الضمانات، بل ونص على معاقبة القانون " على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات وعلى ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية " المادة 41 كذلك أيضا مما جاء في هذا الفصل من الضمانات:

المادة 56: كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته، مع كل الضمانات التي يتطلبها القانون.

المادة 58: لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم<sup>1</sup>.

المادة 59: لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون والأشكال التي نص عليها.

المادة 60: يخضع التوقيف للنظر في مجال التحريات الجزائية للرقابة القضائية، ولا يمكن أن يتجاوز مدة ثمان وأربعين ساعة.

يملك الشخص الذي يوقف للنظر حق الاتصال فورا بأسرته.

يجب اعلام الشخص الذي يوقف للنظر بحقه أيضا في الاتصال بمحاميه، ويمكن القاضي أن يحد من ممارسة هذا الحق في إطار ظروف استثنائية ينص عليها القانون

ولا يمكن تمديد مدة التوقيف للنظر إلا استثناء ووفقا للشروط المحددة بالقانون. ولدى انتهاء مدة التوقيف للنظر، يجب أن يجري فحص طبي على الشخص الموقوف، إن طلب ذلك، على أن يعلم بهذه الإمكانية<sup>2</sup>.

المادة 61: يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة. ويحدد القانون شروط التعويض وكيفيته<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> كما تنص م 1 من قانون العقوبات: " لا جريمة ولا عقوبة أو تدبير أمن بغير قانون" وم 2: " لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة " أي إلا إذا كان أصلح للمتهم.

<sup>2</sup> راجع قانون الإجراءات الجنائية لتفصيل ما سبق خاصة الباب 1 و2 و3 فيما يتعلق بالضبط والتحقيق والحبس الاحتياطي  
<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997، ص 275.

## البند الثاني: حرية التنقل. la liberté de mouvement.

يقصد بهذه الحرية أن يكون لكل فرد حق الانتقال من مكان لآخر، سواء داخل الدولة الواحدة أو من دولة إلى أخرى، غير خاضع في ذلك لأي مانع أو قيد إلا ما يفرضه القانون<sup>2</sup>، وكل القوانين تتضمن بعض القيود على هذه الحرية بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة خاصة في العصر الحديث حيث صار كل شيء خاضعا للتنظيم وقابلا للتقييد بحسب ما تراه المجتمعات محققا لمصلحة الجموع. لهذا وجدت قيود شتى وراءها أسباب مختلفة، على رأسها الأسباب الأمنية (أمن الدولة أو الأفراد)، والأسباب المتعلقة بالصحة العامة، والأسباب الاقتصادية والسياسية. . . الخ

وبالنسبة للمواطن داخل إقليم دولته، فالقاعدة العامة أن حقه في التنقل مطلق لكنه قابل للتقييد كعقوبة تبيعية في بعض الجرائم، وكما يحث أيضا في حالة إعلان الطوارئ أو انتشار الأوبئة. . . الخ، ومن جهة أخرى فإن التنقل الذي يكون بواسطة وسائل المواصلات الحديثة - حتى داخل الدولة الواحدة وفي حق مواطنيها - يخضع لقيود وشروط مثل ما هو معروف من اشتراط رخصة السياقة وما يلزم لوسائل النقل من وثائق إدارية، ومثل القيود الناتجة عن تنظيم المرور كمنع السير على طريق ما أو التوقف في أمكنة ما. . الخ، أما بالنسبة للأجانب فيخضعون عادة لإجراءات معينة كحمل جواز السفر، والحصول على تأشيرة الدولة الأجنبية منهم عند العبور إليها، ثم يخضعون لإجراءات وخص أخرى عند إقامتهم على أرضها.

وهنا نلاحظ أن هذه الإجراءات قد تختلف بحسب الدولة التي يتبعها الأجنبي وذلك لاعتبارات سياسية، ووجود اتفاقيات ومعاهدات دولية بين بعض الأطراف تنص أحيانا على معاملات متميزة متبادلة فيحق كل من رعايا الدول الأطراف<sup>1</sup> وخروج المواطن من دولته، حق مقرر للجميع كقاعدة عامة، إلا ما كان في الدول الاشتراكية إلى عهد قريب من تقييد وتشديد في هذا الأمر، وما يقع في الدول المتسلطة عموما، أو التي تخشى على مواطنيها من بعض الآفات عند خروجهم إلى دولة معينة.

وقد تضمن الإعلان العالمي النص على هذه الحرية في المادتين 13 و14

المادة 13: أ- لكل فرد حرية التنقل واختيار محل إقامته داخل حدود كل دولة.

ب- يحق لكل فرد أن يغادر راية بلاد بما في ذلك بلده كما يحق له العودة إليه.

المادة 14: أ- لكل فرد الحق أن يلجأ إلى بلاد أخرى أو يحاول الالتجاء إليها هربا من الاضطهاد

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، مطابع السعداني، دون البلد، 2004، ص 626

ب- لا ينتفع بهذا الحق من قدم للمحاكمة في جرائم غير سياسية أو لأعمال تناقض أغراض الأمم المتحدة ومبادئها.

كما أشار إليه الدستور الجزائري لسنة 2016 في المادة 55: - يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن ينتقل عبر التراب الوطني.

- حق الدخول إلى التراب الوطني والخروج منه مضمون له.

البند الثالث: حرمة المساكن le caractère sacre du logement

العبرة في المساكن - في مدى تمتعها بالحرمة- ليست بحجمها أو نوعها، وإنما مدى إقامة الشخص فيها. فيدخل فيها كل مكان يقيم فيه الشخص، سواء بصفة دائمة أو عرضية، وسواء كان مالكا له أو مستأجرا إياه أو يقيم فيه على سبيل التسامح من مالكه. فتعتبر الحجرة في الفندق مسكنا- وفقا لهذا التعريف - ولو استأجرها المسافر ليوم واحد<sup>1</sup>.

ويقصد بحرمتها عدم جواز اقتحامها أو تفتيشها رغما عن صاحبها إلا في الحدود التي يسمح بها القانون ومع احترام الإجراءات التي يقررها<sup>2</sup>، والقانون يقرر مثل هذه الأفعال ويبيحها لرجال السلطة العامة، كإجراء استثنائي تقتضيه إقامة العدالة كالقبض على المتهم الهارب، أو على المجرمين الفارين، أو معاينة أدوات أو مكان الجريمة، خاصة في بعض الجرائم كالدعارة ولعب القمار. . . الخ.

وكما هو الحال بالنسبة للمحضرين عند توقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين لمصلحة الدائن الحاجز. كما يبيح القانون هذه الأفعال حين تقتضيها ضرورات الحياة، كما في حالات الحريق، وكما في حالة الدخول إلى مسكن الغير لإنقاذه من محاولة الانتحار.

وتبقى هذه الأفعال استثناءات يحيطها المشرع بضمانات وقيود تمنع التعسف وتكفل للمساكن حرمتها إلا في الضرورات القصوى، كأن يحدد أو قات معينة لتفتيش المسكن، أو يقيد ذلك بحضور المتهم أو من ينوبه في بعض الحالات أو يقيد دخول المسكن بإذن من النيابة العامة أو قاضي التحقيق<sup>3</sup>. . . الخ كما يعاقب على انتهاكها بدون مبرر.

وقد نصت المادة 12 من الإعلان العالمي على هذا الحق وغيره بقولها ( لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لهجمات تنتاول شرفه و سمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الهجمات )

البند الرابع: سرية المراسلات confidentialité de la correspondance

ومضمونها عدم جواز مصادرة أو اغتيال سرية المراسلات بين الأفراد لما يتضمنه ذلك من اعتداء على حق ملكية الخطابات المتضمنة لهذه المراسلات ولما في ذلك من انتهاك لحرية الفكر<sup>4</sup> واحترام الحياة الخاصة للأفراد وأسرارهم، ويلحق بالمراسلات الكتابية كل وسيلة تقوم مقامها كالمكالمات الهاتفية حيث يحظر التصنت عليها كقاعدة عامة.

<sup>1</sup> أو اليزيد علي المتي،النظم السياسية والحريات العامة ، المكتب الجامعي الحديث الإسكندرية ط 4 / 1984 ص 233

<sup>2</sup> ثروت بدوي، النظم السياسية، النظرية العامة، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة 1970، ص385  
<sup>3</sup> تراجع المواد الواردة في " الانتقال والتفتيش والقبض " تحت الفصل الأول من الباب الثالث من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.  
<sup>4</sup> ثروت بدوي ، المرجع نفسه، ص 386

لكن للضرورات الاجتماعية والمصلحة العامة هنا أيضا أثرها في المساس بهذا الحق في بعض الحالات، وأهمها عندما يكون أمن البلد مهددا كما في حالة الحرب والفتن، وكذلك في حالة التحقيق القضائي، وكذلك في المؤسسات العقابية حيث يكون للإدارة أن تراقب الوسائل الواردة إلى المسجونين والصادرة عنهم<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الحريات الفكرية أو المعنوية. *libertés intellectuelles*.

ويقصد بهذه الحريات عدم الحجز على الفرد في أن يؤمن بما يشاء من دين أو عقيدة، وفي أن يتبنى ما يشاء من الآراء والأفكار، وأن يتمكن من تعلمها، ومن التعبير عنها.

وتشتمل هذه الحريات على جملة من الحريات الفرعية:

حرية العقيدة والعبادة (أو الديانة) *la liberté de religion et deculte*

حرية التعليم *la liberté de l'éducation*

حرية الصحافة والكتابة ووسائل الإعلام والتعبير *la liberté de la presse l'écriture des medias et de lescpresssion*.

قلنا أن لهذه الحريات مدلول واسع يضم عدة أنواع من الحريات الفرعية، يجمعها الارتباط بالفكر والنظر. وتعني انتقاء القيود والحجر على أعمال ملكة الفكر والنظر، والآراء والمعتقدات، والتعبير عنها بمختلف الوسائل والأشكال، أو ممارستها العملية إن كانت من شؤون العبادات، وتتفاوت الدول والأنظمة في السماح بهذه الحريات، ولكنها جميعا تعرف حدودا معينة لا تقبل لأحد تجاوزها ويعبر عن ذلك بالنظام العام.

وقد تضمن الإعلام العالمي هذه الحقوق على النحو التالي:

المادة 18: لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين، ويشمل هذا الحق حرية تغيير ديانته وعقيدته، وحرية الإعراب (التعبير) عنهما بالتعليم والممارسة وإقامة الشعائر، ومراعاتها، سواء كان ذلك سرا أم مع الجماعة.

المادة 19: لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحق حرية اعتناق الآراء دون أي تدخل، واستقاء الأنباء والأفكار وتلقيها وإذاعتها بأية وسيلة كانت دون تقيد بالحدود الجغرافية.

المادة 27/2: لكل فرد الحق في حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجه العلمي أو الأدبي أو الفني.

<sup>1</sup> حسن ملحم، المرجع نفسه، ص 51

أما الدستور الجزائري، فأشار إلى ذلك في المادة 36 " لا مساس بحرمة حرية المعتقد وحرمة حرية الرأي " .

المادة 38: حرية الابتكار الفكري والفني والعلمي مضمونة للمواطن.  
حقوق المؤلف يحميها القانون.

لا يجوز حجز أي مطبوع أو تسجيل أو أية وسيلة أخرى من وسائل التبليغ والإعلام إلا بمقتضى أمر قضائي.

هذا وقد درج فقهاء القانون العام على حريات الفكر إلى حرية العقيدة والديانة (أو العبادة) وحرية التعليم، وحرية الصحافة ووسائل الإعلام وحرية الرأي. وفيما يلي تعريف موجز عن هذه الحريات مع حدودها.

#### البند الأول: حرية العقيدة والديانة

ومقتضى هذه الحرية أن يكون من حق الشخص اعتناق أي دين أو مبدأ يريده، وأن يكون من حقه ممارسة شعائر ذلك الدين ومراسيمه وطقوسه سواء في الخفاء أو العلانية تماما كما يكون من حقه<sup>1</sup>، ألا يعتقد في أي دين، وألا يفرض عليه دين معين أو يجبر على مباشرة شعائره، كذلك تقتضي هذه الحرية أن يكون للشخص حق تغيير دينه أو عقيدته، أو الخروج عنهما إلى الإلحاد، لكن الأنظمة المختلفة تقيد ذلك كله بحدود النظام العام وحسن الآداب<sup>2</sup> وبيان ذلك يحتاج إلى شيء من التفصيل:

فالعقيدة، مادامت في قراره نفس صاحبها فإنه له بشأنها حرية مطلقة أما إذا كان يدعو إلى هذه العقيدة، فهنا يجئ قيد "النظام العام" الذي يحول بين المواطنين وبين الدعوة إلى ما يخالف النظام العام، ففكرة النظام العام مقررة في كل دول العالم<sup>3</sup> وقد يحدد المشروع بعض معالمها، ولكنها متروكة للقضاء ليضع حدودها المرنة بما يتلاءم وتطور المجتمع وبناء على ما تقدم فإنه لا يجوز في البلاد الإسلامية الحالية الدعوة إلى الإلحاد، وإنكار الشرائع السماوية أو المطالبة بإلغاء نظام الأسرة أو الملكية الخاصة أو عدم احترام قوانين الدولة قبل أن تعدل.

أما الحرية الدينية، إذا كانت قد صارت اليوم أمرا مقرا في العالم كله، في الحدود السابقة، فإنها لم تكن كذلك في كل العصور وفي ظل جميع الدول فلقد كانت شبه منعدمة

<sup>1</sup> إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظم السياسية القانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 512

<sup>2</sup> ثروت بدوي، المرجع نفسه، ص 386

<sup>3</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص 354

في بعضها أو مقيدة إلى حد بعيدا جدا. ونخص بالذكر حالتين: أولاها في أوروبا قبل قرنين من الزمان<sup>1</sup>.

### البند الثاني: حرية التعليم

ترتبط حرية التعليم منطقيا وتاريخيا بحرية الفكر والتعبير، وتتضمن أمورا ثلاثة: حق الفرد في أن يلحق العلم للآخرين، وحقه في أن ينهل من العلم ما يشاء ويقدر، وحقه في أن يختار لنفسه ولأولاده من المعلمين والمناهج ما يشاء<sup>2</sup>، وإذا كان القصد من إقرار هذه الحرية، إطلاق العنان للمواهب وإفساح المجال للبحث الحر، ومنع كل صور الحجر على العقول، فلا يتصور أن تكون هذه الحرية مطلقة، وإلا انقلبت إلى فوضى ولم تحقق شيئا من الأغراض والمطامح التي صارت تناط بالعلم والتعليم، خاصة مع التطور الذي أفرزته العهود الأخيرة وبالنظر كذلك إلى الارتباط الوثيق بين التعليم وقيم المجتمع ونظامه العام، ولقد نصت المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لكل شخص الحق في التعلم في المراحل الأولى والأساسية على الأقل بالمجان، وأن يكون التعليم الأولي إلزاميا، وينبغي أن يعمم التعليم الفني والمهني، وأن يسير القبول للتعليم العالي على قدم المساواة التامة للجميع وعلى أساس الكفاءة<sup>1</sup>.

ولهذا فإن الدولة في ظل أي مذهب أو نظام هي التي تضع برامج التعليم، وتقرر المناهج وتشرف على تعيين القائمين بالتعليم وفق النظريات والمبادئ التي تراها متوافقة - في عمومها مع مجتمعها وعموما فإن التطور الجاري اليوم، قد أخذ يميل بهذه الحرية إلى وجهة الحق، خاصة مع تعقد عمليات التعليم، وما تتطلبه الآن من إمكانات تنوء بها جهود الأفراد غالبا، وكذلك مع الدور الخطير الذي يؤديه التعليم على مستقبل النشء ومصير الوطن. بالإضافة إلى تغير الخلفية التاريخية التي كانت تتمثل بالأمس عند الأوروبيين في الحرص على إقرار هذه الحرية والتأكيد عليها لمواجهة الكنيسة وقيودها الثقيلة وتحرير المواطنين من فرض تعاليمها، وهو تزامن وتوافق مع الاختيار العلماني آنذاك ومع الطابع الشكلي للحريات الفردية.

ولم يبق وجود تقريبا لهذه المشكلة التي اختفت لتحل محلها مشكلة أخرى تمس الجانب الواقعي والعملي لحرية التعليم، وضرورة تحقيق تكافؤ الفرص والتكفل بتسيير التعليم عمليا وبالمجان، لشتى فئات الشعب وهو ما غدا من اهتمامات سائر الدول، وانعكس على

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 276.

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 277.

المواثيق والنصوص الدستورية المتعلقة بهذا الجانب<sup>1</sup> الأمر الذي نقل هذه الحرية إلى خانة الحقوق الاجتماعية.

### البند الثالث: حرية الرأي

ترتد الحريات الفكرية السابقة جميعا إلى فكرة حرية الرأي والتعبير عنه سواء عن طريق ممارسة الشعائر الدينية (في شؤون العبادات) أو عن طريق التعليم، أو عن طريق الصحافة أو الإذاعة، أو المسرح أو السينما أو بالنشر في الكتب، مما يمكن القول معه أن هذه الحريات هي أشكال ومظاهر للجوهر الذي هو الرأي.

وحرية الرأي تعني أن يكون لكل إنسان رأي خاص به وله أن يعبر عن أفكاره ووجهات نظره الخاصة ونشر هذه الآراء بوسائل النشر المختلفة<sup>2</sup>، وقد جاء في المادة 15 من الإعلان العالمي أن لكل إنسان الحق في حرية الرأي والتعبير عنه بما يتضمنه ذلك من حرية اعتناق الآراء بمنأى عن التدخل، وحرية التماس المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها بمختلف الوسائل دون تقييد بحدود الدولة.

كما أكد الدستور الجزائري حرمة حرية المعتقد والرأي في المادة 36 وحرية الابتكار الفني والفكري والعلمي، وحماية الحقوق المؤلف في المادة 38، وإذا كانت حرية الرأي والتعبير من الحريات الأساسية المسلم بها في العالم الحر، فإن ذلك " مشروط بأن يتم في نطاق التنظيم التشريعي المقرر، وفي نطاق النظام العام بطبيعة الحال " <sup>3</sup>، ولا تخلو دولة ما من قيود تتفاوت بينها سعة وضيقا، وإن كان الملاحظ أن التقييد يزيد ويشد كلما كانت الدولة قائمة على أساس عقائدي أو مذهبي السائدين، وكذا في الأنظمة المتسلطة حيث لا يباح نقد الحكام أو التعرض لهم، كما يشد هذا التقييد أيضا في حق موظفي الدولة حيث أن " كل الأنظمة السياسية - حتى الديمقراطية - لا تقبل أن يتمتع موظفوها بنفس حرية الرأي التي يتمتع بها مواطن آخر " .

وتضمنت المادة 19 من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية: " 1- لكل فرد الحق في اتخاذ الآراء دون التدخل. 2- لكل فرد الحق في حرية التعبير، وهذا الحق يشمل حرية البحث عن المعلومات أو الأفكار من أي نوع واستسلامها ونقلها بغض النظر عن الحدود وذلك إما شفاهة أو كتابة وسواء كان ذلك في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها".

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري المرجع السابق، ص 277

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري المرجع السابق، ص 277  
<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة عين شمس، القاهرة 1988، ص 427

### الفرع الثالث: الحريات الاقتصادية Les libertés économique

وقد كانت هذه الحريات موضوع خلاف جذري بين الأنظمة الفردية الليبرالية التي كانت قائمة أساسا على حرية المبادرة الفردية وفقا للشعائر المشهور دعه يفعل يمر *laisser passer, laisser faire* والأنظمة الشيوعية التي لا تعترف بالملكية الخاصة لوسائل الإنتاج والثروات العامة، وتدخل هذه الأخيرة في الملكية العامة للمجتمع بأسره<sup>1</sup>، ومن ثم تقيم نظامها الاقتصادي ( وكل أنظمتها الأخرى) على أساس التخطيط الموجه، وتدخل الدولة في كل الشؤون واستيعابها لكل الأيدي العاملة، وقد حدث في كلا النظامين، ما نعرفه من تطورات خففت من حدة نظرتهما إلى الموضوع، وأيا ما كان الأمر، فإن هذه الحريات الاقتصادية تدرس من خلال مكوناتها الأساسية التي هي:

- حرية أو حق التملك *Droit de propriété*
- حرية العمل والتجارة والصناعة، *liberté de commerce d'échange et d'industrie.*

#### - البند الأول: حق الملكية أو حرية التملك *Droit de propriété*

وتعد من أبرز الحريات التي أحيطت بتقديس كبير في بداية المذهب الفردي<sup>1</sup>، حيث وصفت في إعلان الثورة الفرنسية " بالحق المقدس الذي لا يمكن انتهاكه ولا يجوز حرمان صاحبه منه إلا إذا قضت بذلك ضرورة المصلحة العامة - التي تثبت قانونا- وبشرط تعويض عادل يدفع مسبقا" ( المادة 17 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن) وتكرر الوصف بالقداسة وعدم جواز الانتهاك في الدستور الفرنسي لسنة 1791 في المادة 87 منه.

وقد عكس التقنين المدني الفرنسي الأول هذه النزعة في م 544 حين عرف الملكية بأنها " الحق في الانتفاع بالشيء والتصرف فيه على نحو أشد ما يكون إطلاقا، بشرط ألا يستعمل الشيء يحرمه القانون واللوائح " <sup>2</sup>، ومع أن الإعلان نفسه ( المادة 17) قد سمح بنزع الملكية الفردية لضرورة المصلحة العامة مقابل تعويض عال ومسبق، وقيد التقنين المدني حق الانتفاع والتصرف بعدم مخالفته للقانون واللوائح، إلا أن الاستثناءات التي كانت ترد على حق الملكية سواء بالنوع أو بالتقييد والمنع كانت قليلة نادرة، حتى بدأت النظرة تتغير شيئا فشيئا وصار ينظر إلى الملكية الفردية باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية، ومن ثم صارت تقبل مزيدا من القيود والاستثناءات بلغت حد قبول التأميم.

<sup>1</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 356  
<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون السنة، الجزء الثامن، ص 483

و لقد قوي هذا الاتجاه مع ظهور مدرسة التضامن الاجتماعي والنزعات الاشتراكية وظهر مبدأ التدخل والزام الدولة بأدوار ايجابية متعددة في المجالات الاقتصادية والاجتماعية قصد تحقيق الرفاهية للجميع أو لأكبر عدد، فلم يعد المالك حرا في أن يتصرف في ملكه كيف يشاء، ولا المؤجر حرا في أن يطرد المستأجر متى شاء.. الخ وزادت القيود خاصة في ملكية الأرض والعقارات، وبدا ذلك واضحا من تعريف حق الملكية في مختلف القوانين التي هجرت وصف القداسة، والإطلاق إلى غيرها من الأوصاف التي تتفق مع التوجهات الجديدة، لكن الدول الليبرالية مع ذلك مازالت تعرف حرية التملك على نطاق واسع وتقرر ضمانات معتبرة تحول دون انتقاصها أو الاعتداء عليها دون مبرر، بخلاف الحال في الأنظمة الاشتراكية التي كانت تختلف نظرتها جذريا إلى هذا الموضوع، حيث لا تعترف أساسا بالملكية الفردية لوسائل الإنتاج، وترى في تملك الأفراد لها، استغلالا لجهود العمال والثراء على حسابهم، ومن ثم يجب أن تكون ملكيتها للجميع، ويبقى للأفراد حق الملكية الشخصية فقط، أي ما يعد من أموال الاستهلاك لإشباع الحاجات المادية والمعنوية.

وقد نص الإعلان العالمي على هذا الحق في المادة 17:

(1)- لكل شخص حق التملك بمفرده أو بالاشتراك مع غيره.

(2)- لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا.

#### البند الثاني: حرية العمل والتجارة والصناعة

ومقتضى هذه الحرية ألا يمنع شخص من مزاوله أي عمل يشاء لوحده أو مشتركا مع الغير، مع تمتعه بحق الاختيار للمجال والوقت الذي يعمل فيه، والكيفية التي يباشر بها تجارته أو صناعته<sup>1</sup>، وفتح الباب أمام المنافسة الحرة والمبادرات الفردية الخاصة وحدها كذلك تقتضي هذه الحرية منع أعمال السخرة وإجبار الشخص على عمل لا يرضاه.

وهذه الحرية هي الأخرى خضعت لتطورات شبيهة بالتي حصلت لحرية الملكية، فعلى حين البداية مع شعار " دعه يفعل، دعه يمر " *laisser passer , laisser faire*، وكان ممنوعا على الدولة أن تتنافس الأفراد في النشاطات التجارية والصناعية، فضلا عن أن تقيدهم أو توجههم، انتهى الأمر - مع التطورات التي ذكرناها سابقا - إلى فرض قيود كثيرة، كاشتراط تحصيل بعض المؤهلات لممارسة بعض الأعمال، وكإخضاع بعض النشاطات لرخص تمنحها الدولة، ومنع بعض الصناعات على الأفراد، أو احتكار بعض المشاريع من طرف الدولة... الخ

و هو بينته المادة 23 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان حق العمل وفروعه:

<sup>1</sup> أو صد يق فوزي، الحقوق الحريات العامة دراسة دستورية تحليلية، منشورات دار النبا الجزائري، 1997، ص 13

1- لكل شخص الحق في العمل، وحرية اختياره له، له حق العمل في ظروف عادلة ملائمة، وحق الحماية من التعطل.

2- لكل من يعمل الحق في أن يتقاضوا أجورا متكافئة من الأعمال المتكافئة دون أي تمييز بينهم.

3- لكل من يعمل الحق في أن يتقاضى عن عمله أجرا عادلا مناسباً يكفل له ولأسرته حياة كريمة، ويضاف إلى هذا الأجر وسائل الحماية الاجتماعية آدا اقتضى الأمر.

4- لكل شخص حق تكوين النقابات والانضمام إليها لحماية مصالحه.

#### الفرع الرابع: مبدأ المساواة

إن التطورات فرضت التحول إلى مبدأ المساواة، وصار هذا الأخير أساساً لممارسة الحقوق والحريات العامة بل أنه " اعتبر حجر الزاوية في كل تنظيم ديمقراطي فهو من الديمقراطية بمثابة الروح من الجسد، بغيره ينتفي معنى الديمقراطية، وينهار كل مدلول للحرية " <sup>1</sup>، لذلك تقرر في الأنظمة المعاصرة قاعدة: عمومية وتجريد القاعدة القانونية خاصة في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة.

ولقد اهتم الإعلان العالمي بهذا المبدأ في مادته الأولى التي نصت على أنه " يولد جميع الناس متساوين في الكرامة والحقوق، وقد وهبوا عقلاً وضميراً وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء "، وكذلك في مادته السابعة التي نصت على أن " كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة منه دون أية تفرقة كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان وضد أي تحريض على تمييز كهذا " هذا عدا مواد أخرى منعت التمييز بكل أشكاله (كالمادة 2) وابتداءً أغلب المواد الأخرى بعبارات تفيد المساواة (لكل فرد. . . كل شخص. . . الخ )، تتجلى المساواة في عدة مظاهر، تضمنتها مختلف التشريعات، واستقر عليها الفقه والقضاء. ويمكن تصنيفها فيما يلي <sup>2</sup>:

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 251

<sup>2</sup> ثروت بدوي، المرجع نفسه، ص 402

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص 252

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 255

### البند الأول: المساواة أمام القانون

ومعنى ذلك أن يصاغ القانون على نحو يخاطب الأفراد بالنظر إلى ظروفهم ومراكزهم ويسوي بينهم على أساس ذلك وهذا ما يتحقق من عمومية وتجريد القاعدة القانونية، وهذه المساواة التي أخذت بها الديمقراطية الغربية في ظل المذهب الفردي الحر بطابعين أساسيين، ألهما الطابع القانوني لهذه المساواة، وثانيهما أنها مساواة سلبية، بمعنى أنه يكفي أن تمتنع الدولة عن وضع أية نفقة قانونية بين المواطنين لكي يصبحوا متساويين<sup>2</sup>.

وكما جاء في المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أن "كل الناس سواسية أمام القانون ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة دون أية تفرقة، كما لهم جميعا الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز يخل بهذا الإعلان، وضد أي تحريض على تمييز كهذا"، وهو ما عنه جون لوك عام 1690 عن المساواة أمام القانون<sup>3</sup> بقوله "أنهم يجب أنهم يجب أن يحكموا طبقا لقوانين مستقرة نشرت على الناس، لا تتغير طبقا لحالة معينة، أد يجب أن يكون هناك قاعدة تطبق على الجميع، لا فرق بين غني وفقير، ودي حظوة عند الأمير، وفلاح وراء محراثه"، وعلى ذلك فإنه ليس مما يتنافى مع هذا المبدأ أن يتضمن القانون ضوابط وشروط موضوعية عند مخاطبته للأفراد، طالما أنه لا يعينهم بأشخاصهم ودواتهم أو بطبقاتهم... الخ كما كان الحال عليه مثلا في فرنسا قبل الثورة حيث كان الأشراف والنبلاء في وضع متميز من حيث أن القانون لم يكن واحدا، ينطبق على جميع المواطنين دون تمييز.

### البند الثاني: المساواة أمام القضاء

هو ممارسة جميع الأفراد لحق التقاضي على قدم المساواة بدون التفرقة بينهم بسبب الأصل أو الجنس أو اللون أو اللغة أو الآراء الشخصية أو غيرها ذلك من الأسباب كما يتمتعون بنفس الضمانات والحقوق متى اتخذت ظروفهم على خلاف ما كان في فرنسا مثلا قبل الثورة بالنسبة لمحاكم الأشراف، والمحاكم الاستثنائية والتي ألغيت بعد ذلك.

وقد نصت المادة العاشرة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على كفالة حق التقاضي بقولها "لكل شخص الحق أن يلجا إلى المحاكم الوطنية لإنصافه من أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون" ويقتضي مضمون مبدأ المساواة أمام القضاء وحدة القضاء، أي أن يتقاضى الجميع أمام محكمة واحدة، بحيث لا تختلف باختلاف الأشخاص أو الطبقات الاجتماعية<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 262

ويظل مبدأ المساواة محترماً طالما أن النظام القضائي لا يقوم على أساس التفرقة بين الأشخاص بسبب أو صافهم العنصرية أو طبقاتهم الاجتماعية، أو أنه ينشئ امتيازاً لأفراد على غيرهم، وعلى ذلك فلا يتنافى هذا المبدأ مع وجود محاكم مختلفة باختلاف أنواع المنازعات أو بحسب طبيعة الجرائم (كالمحاكم العسكرية أو المحاكم الخاصة بالأحداث الخ).

### البند الثالث: المساواة أمام الوظائف العامة

وتعني إتاحة الفرصة للالتحاق بالوظائف العامة أمام كل من تتوفر فيه الشروط والمؤهلات اللازمة فلا يكون لغير معيار الصلاحية والكفاءة دخل في التمييز بين الناس بشأن هذا الأمر، وهو ما نصت عليه المادة 21 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ي فقرتها الثانية على أن "لكل شخص نفس الحق الذي لغيره في تقلد الوظائف العامة في البلاد"، ولقد وجدت في مختلف التشريعات حالات خاصة بمثابة استثناءات من هذا المبدأ لكن الفقه والقضاء مستقران على أنها غير منافية لمبدأ المساواة وذلك ما يعرف بالوظائف المحجوزة (التي تخصص لمعطوبي الحرب الخ. .) وتخصيص بعض الوظائف للرجال دون النساء والعكس، بشرط أن تقتضي المصلحة العامة ذلك.

وبذلك تتفرع المساواة أمام الوظائف العامة إلى ثلاثة فروع: المساواة بين المترشحين لدخول الوظائف العامة من ناحية، والمساواة بين الموظفين العموميين في المزايا والتزامات العامة من ناحية ثانية، وأخيراً المساواة بين الرجل والمرأة في تولي الوظيفة العامة.

فبالنسبة للمسألة الأولى: هناك إجماع على أنه لا مساواة إلا بعد توافر الشروط التي حددها القانون في المرشحين تتنوع من الجنسية إلى الشروط الصحية، حسن السلوك، وتحديد السن، أيضاً الخدمة الوطنية بالإضافة الحصول على مؤهلات العلمية لشغل هذه الوظيفة العامة.

أما بالنسبة للمسألة الثانية فإنه يجب تحقق المساواة التامة بين الموظفين العموميين<sup>1</sup> الذين يحتلون نفس الدرجة الوظيفية ويخضعون لنظام وظيفي واحد في جميع الحقوق والالتزامات منذ دخولهم إلى الحياة الوظيفية إلى خروجهم منها.

أما المساواة في الحقوق الوظيفية، كالمساواة في الحماية القانونية، وفي المزايا المالية، وفي الترقية، وفي الإجازات، وفي الضمانات التأديبية، وفي الاستقالة أو الإحالة إلى المعاش أو إلى الإحالة إلى الاستيداع، أو إلى الفصل أو غيرها من الطرق.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 259

### البند الرابع: المساواة في الانتفاع بالمرافق العامة

وذلك لا يكون إلا بتمكين جميع الأفراد من الحصول على خدمات المرافق العامة متى توافرت فيهم الشروط التي يتطلبها القانون لممارسة هذا الحق وينطبق المبدأ بهذا المعنى على جميع المرافق العامة في الدولة بكافة أنواعها، الإدارية أو الصناعية أو الاجتماعية.

كذلك يقتضي هذا المبدأ أن تحترم قاعدة المساواة فيما يتعلق بمبالغ الرسوم المقررة، وكيفية الانتفاع ومقداره وكلما تساوت الظروف وتماثلت الأسس التي قدر عليها الرسم والكيفية، وعلى هذا الأساس فإن أي قانون يخرج على مبدأ المساواة أمام المرفق العامة، ويقرر تفرقة بين الأفراد المنتفعين بخدمات المرافق العامة هو قانون غير دستوري.

### البند الخامس: المساواة في التكاليف والأعباء العامة

لا ينطبق مبدأ المساواة في مجال الحقوق العامة فقط، بل في نطاق التكاليف العامة كذلك، لا نهبدون المساواة أمام الأعباء والتكاليف تتحول المساواة في الحقوق إلى مساواة نظرية بحثة، من هذا المنطلق فإن قاعدة المساواة أمام التكاليف العامة تنطبق في مجالين أساسيين أو على ضريبتين، ضريبة الدم، وضريبة المال، أي المساواة أمام الأعباء السكرية من ناحية، وأمام التكاليف الضريبية من ناحية الأخرى.

أ- المساواة أمام الضرائب: ويعني ذلك أن يتساوى الأفراد في تحمل عبء الضريبة حسب دخلهم وثروتهم فلا يفرض على شخص أكثر مما يفرض على شخص آخر يتحد معه في مقدار الثروة وفي الظروف الاجتماعية، ولما كانت المساواة المطلقة في هذا المجال قد تؤدي إلى مظالم اجتماعية، فقد تقررت استثناءات تبررها العدالة، وقد تبررها أيضا قاعدة المساواة إذا نظرنا إليها من زاويتها النسبية وأخذنا في الاعتبار فكرة المساواة في التضحية من الناحية النفسية لأن هدف كل ضرائبي هو تحقيق العدالة الضريبية.

ويحكم المساواة أمام الضرائب مبدئين أساسيين: الأول منهما هو مبدأ مشروعية أو قانونية الضرائب الذي يحكم مسألة فرض الضرائب أي لا ضريبة بدون قانون أو بناء على قانون، كما يجب أن تصدر القوانين الضريبية وتنفذ على المستقبل، وإلا تتسحب على الماضي كقاعدة عامة، طبقا لقاعدة عدم رجعية القوانين إلا بصفة استثنائية لحماية مصلحة عليا تتعلق بالنظام العام.

أما المبدأ الثاني هو عالمية الضريبة الذي يعني انطباقها على جميع أفراد المواطنين والأجانب ماداموا يعيشون فوق إقليم الدولة، وعلى جميع الأموال الموجودة في الدولة.

وأهم هذه الاستثناءات المقبولة: حالات الإعفاء التي يستفيد منها ذو الدخل الضعيفة والأعباء العائلية وكذا تصاعد الضريبة الذي يعتبر احد الوسائل الهامة لتحقيق شخصية

الضريبة، شريطة أن تكون قواعدهما وشروطهما واحدة للجميع دون تمييز بين شخص وآخر وإلا كان ذلك خرقاً لمبدأ المساواة.

ب- المساواة في أداء الخدمة العسكرية: ويعني ذلك أن يساهم جميع المواطنين في الخدمة العسكرية، متى توافرت فيهم الشروط الصحية واللياقة البدنية، وأن تكون مساهمتهم متساوية من حيث المدة والسن وسائر الظروف الأساسية متى تماثلت ظروفهم وذلك وفق قواعد وشروط موضوعية يحددها القانون، لذلك صار من غير المقبول أن يعفى بعض الأشخاص بسبب انتمائهم إلى طبقة معينة أو لكونهم من جنس أو دين معين أو نظير مبلغ مالي يقدمونه للدولة<sup>11</sup> وعلى عكس ذلك لا يعتبر إخلالاً بهذا المبدأ، وما تقرره القوانين من إعفاء لبعض الأشخاص من ذوي الظروف الاجتماعية الخاصة التي تقتضي من حيث العدالة والمصلحة، الابن الوحيد المعيل لوالديه شريطة أن يكون هذا الإعفاء مقررًا بقواعد عامة ومجردة.

---

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 265

## المبحث الثاني: التطور التاريخي للحقوق والحريات العامة

أسهمت الثورات العالمية في بلورة مبادئ حقوق الإنسان فصدر العديد من الدساتير والمواثيق الوطنية لضمان تطبيق هذه المبادئ، واتسمت هذه الإعلانات بتأثيرها بنظرية الحقوق الطبيعية للإنسان التي تعد الحرية والكرامة والمساواة حقوقاً مرتبطة بالنفس البشرية والتي لا يجوز المساس بها، ولقد عرفت أوروبا في بداية عصر النهضة، حركة علمية وفلسفة كبيرة، فقد راحت نظرية القانون الطبيعي على يد عدة كتاب أهمهم "جروسيوس" الذي يرى أن طبيعة الإنسان تعكس صفاتها القاعدية على العقل الأمر وأن هذه القاعدة يستمدّها الإنسان من قواعد وعدالة عالمية لازمة<sup>1</sup>، وتحت تأثير هذه الفكرة ونظرية العقد الاجتماعي، التي قررت أن هناك حقوقاً يملكها الأفراد قبل دخولهم أي مجتمع منظم ساد الاعتقاد أن الفرد يمكن أن يعتبر موضوعاً للحقوق والواجبات بمقتضى القانون الدولي<sup>2</sup>.

وهكذا يتبين لنا أن القواعد التي تعني بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية لم تكن سوى وليدة نضال شاق من شعوب الأرض التي لا تزال تناضل من أجل ضمان تمتع أفراد الجنس البشري بالأمن والسلام والاستقرار والمساواة، فقد حظيت مسألة حقوق الإنسان باهتمام المجتمع الدولي<sup>3</sup>، وكان لثورات الكبرى كالثورة الفرنسية والأمريكية والإنجليزية والروسية، وما جرى العمل في بريطانيا وألمانيا الدور المؤثر في قيام حقوق الإنسان.

### المطلب الأول: الحقوق والحريات العامة إبان الثورة الإنجليزية

تظهر الشرعة الإنجليزية كأنها اتفاقات جرت بين الملك والبارونات المنتقذين ضده أو مع البرلمانات التمثيلية<sup>4</sup> العهد الأعظم أو الماكناركارتا الصادر عن الملك جان بدون أرض في 21 فبراير 1215<sup>5</sup> عريضة الحقوق الصادرة في 7 جوان 1628 مذكرة الهابياسكوربوس لعام 1679، تم تولى الملك بعده "جيمس الثاني" الذي كان متشبثاً بنظرية "الحق الإلهي" وأدى الصراع بينه وبين البرلمان إلى فراره وتولي "وليام أرونج" مكانه وانتزح البرلمان الفرصة فأقر عام 1689 "قانون الحقوق" الذي صبت الملكية بموجبه مقيدة وليست مطلقة<sup>6</sup> وتعلن هذه النصوص قبل كل شيء مبادئ وحرّيات تقدم ضمانات لحماية امتيازات البرلمان من التعسف السلطوية الملكية وقتئذ، أي أن هذه النصوص لم تكن أداة للحد من السلطة الدولة لصالح الفرد، ولكن أداة حماية في مواجهة سوء استعمال السلطة من قبل الملك

1 محمد طلعت الغنيمي، قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية 1970، ص 98

2 علي عاشور الفار، دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1993، ص 22

3 سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة، 2007، دون البلد، ص 41

4 احمد سليم سعيقان، الحريات العامة لحقوق الإنسان، منشورات الحلبي 2010، لبنان، ص 157

5 نبيل فرقرور، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي والإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، دار الجامعة الجديدة 2010، القاهرة، ص 74

6 ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان والمكان، المكتب الجامعي الحديث، دون البلد الطبعة الثانية 1998. 232

مأموريه<sup>1</sup> وهي لا تستند إلى عقيدة سياسية حقيقية بالرغم من أن أفكار جون لوك كان لها اثر وأن مفكرين آخرين أمثال Blackstone<sup>2</sup> في كتابه " شروحات حول القانون الانجليزي لعام 1765 قدموا الحريات الانجليزية على أساس أنها الحريات الفردية ولكن النظريات الفقهية لهؤلاء المفكرين أتت متأخرة وتبقى غريبة عن أصول نشأة وبلورة الشريعة الانجليزية المختلفة.

**الفرع الأول: الماكناكرتا أو العهد الأعظم لعام 1215:**

اتسم التاريخ الإنجليزي، وحتى مراحل متقدمة، بالصراع شبه مستمر بين الملكية والشعب إذ كان الملوك، دائماً يحكمون، حكم البلاد بصورة استبدادية على حساب قادة المناطق، من نبلاء وبرجوازيين في المدن والأرياف الأمر الذي كان يدفع هؤلاء للتحرك بوجه الملك للحد من طغيانه<sup>3</sup>، كما أكد الميثاق على عدم جواز إصدار الضرائب بصورة استثنائية لا يوافق عليها المجلس ويمكن ملاحظة ذلك من خلال مواده وهي:<sup>4</sup>

#### المادة الأولى: حق الكنيسة في انتخابات حرة

**المادة الثالثة عشرة:** ستمتع لندن: كما هو الحال بالنسبة للقصبات والموانئ البحرية للعمل والتحرك بشكل مجاني.

**المادة العشرون:** أكدت على العدالة في الغرامات التي تفرض إما يجب أن تتناسب والفعل وبالشكل الذي لا يمنع من إعاقة عائلية، والتاجر بأن لا تهدر تجارته والفلاح أن لا يفقد أدواته.

**المادة الثالثة والعشرون:** وجاءت بتحريم أعمال السخرة وتتص على عدم أجبار الناس أو البلدان على بناء الجسور.

**المادة التاسعة والعشرون:** ونصت على عدم جواز سجن رجل حراً واستيلاء على ممتلكاته أو نفيه إلا بقانون.

**المادة أربعون:** أكدت على الحرية التنقل ونصت على الحرية التجارة، والتجار أحرار في عملهم وتنقلهم و يعملون من دون خوف أمين.

**المادة الثانية وأربعون:** ونصت على حق كل إنسان في التنقل داخل المملكة، وإلى بلد آخر على أن لا يكون في الحرب مع إنجلترا.

<sup>1</sup> بومدين محمد، حقوق الإنسان بين السلطة الوطنية والسلطة الدولية، الجزائر، ط1 2011، ص 28

<sup>2</sup> ساسي سالم الحاج، المرجع نفسه، ص233

<sup>3</sup> خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة وحقوق الإنسان، المؤسسات الحديثة للكتاب، لبنان 2008، ص 97

<sup>4</sup> علي عبد الرزاق الزبيدي- حسان محمد شفيق، حقوق الإنسان، دار الباروزي، ط2009 ص23

**المادة الخامسة والخمسون:** حيث نص على أن الغرامات التي أعطيت للملك وما يتعلق بالأرض وكان الغرامات التي انتزعت بشكل ظالم ستعاد.

**المادة الثالثة والتسعون:** وقد جاءت لتؤكد على حق لكنيسة بالعمل بكل حرية كما يستمتع الرجال في المملكة بكل الحقوق والحريات وفي كل الأماكن وإلى الأبد.

وبرغم المحاولات إلغائها من قبل الملك، بعد إصدارها بقليل فإن هذه الشرعة أصبحت، مع غيرها من الشرعة اللاحقة مصدر العديد من القواعد الضامنة للممارسة هذه الحريات وأساسا للقانون العام في جميع الأقطار التي استعمرها البريطانيون ونشروا فيها مبادئ القانون الإنجليزي<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: عريضة الحقوق 1628

هذه اللائحة فتحت مجال التشريع الضريبي وخصت البرلمان وحده بتحديد الضريبة<sup>2</sup>، وصدرت هذه العريضة في 7 جوان 1628 بعد صراع مباشر بين الملك والبرلمان، فالملك شارل الأول حاول فرض ضرائب جديدة على الشعب، دون الحصول على موافقة البرلمان واضطر الملك للمصادقة عليها،<sup>3</sup> ووجد نفسه في مواجهة حادة مع هذه الهيئة التشريعية التي كانت تتكون من رجال الدين والنبلاء والبرجوازيين<sup>4</sup>، والعريضة التي هي عبارة عن مذكور تفصيلية بحقوق وحريات المواطنين وجهت إلى الملك لتذكيره مباشرة بالعهود والمواثيق التي كان قد أعلنها أسلافه وذلك على شكل التالي:

أن اللوردات الروحيين، والشرفيين والكومونات المجتمعين في هيئة البرلمان، يذكرون بكل تواضع جلالة الملك بأنه منذ عهد الملك أدوار الأول كان قد تم الإعلان بأن الملك أو ورثته لا يفرضون ضريبة، أو مساعدة مالية في المملكة، دون موافقة رجال الدين والنبلاء البرجوازيين، وأنه قد تم إعلان في السنة الخامسة والعشرين من عدة ادوار الثالث، بأن لا أحد سيكون مجبرا في المستقبل، ورغمًا عن إرادته على تقديم قروض الملك، باعتبار أن مثل هذا الإجبار مخالف لفكر وحريات البلاد ولأن قوانين المملكة تمنع فرض ضرائب، أو مساعدات معروفة باسم الهبات الاختيارية، أو أية ضرائب أخرى إلا من خلال أنظمة وقوانين المملكة لذلك، نعلمكم بأن رعاياكم لن يقدموا أي ضريبة أو مساعدات، أو غيرها بدون موافقة الأمة التي يعبر عنها البرلمان، ويمكن القول بأنه استطاع التوصل غلى ذلك من خلال وزرائه، ورجال حاشيته الذي راحوا يسيئون معاملتهم للشعب أكثر فأكثر.

<sup>1</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص99

<sup>2</sup> حاشي يوسف، في النظرية الدستورية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2009 لبنان، ص 406

<sup>3</sup> علي عبد الرزاق الزبيدي ، المرجع نفسه، ص24

<sup>4</sup> رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي، حقوق الإنسان والحريات العامة، دون دار الطبع و البلد طبعة 2010، ص 75

هذه التصرفات، وهذا التجاهل لحريات المواطنين الأساسية، أدت كلها إلى الثورة ضد الملك شارل الأول في عام 1642، وقد استطاع البرلمان بمساندة البرجوازية والعمال<sup>1</sup> الانتصار على الملك وإعدامه في سنة 1649 إلا أن قائد الثورة الجديد، اللورد كرومويل، والذي بدا في أوائل عهده ديمقراطياً إذ ألغى الملكية وأعلن الجمهورية في إنجلترا، لن يتوانى عن انقلاب على البرلمان، الذي كان قد ساندته ضد الملك، وممارسة السلطة بأسلوب ديكتاتوري<sup>2</sup> في عام 1660 وبعد وفاة كرومويل، أعيدت الملكية من جديد إلى إنجلترا بشخص شارل الثاني ابن شارل الأول الذي أصدر تصريحاً في 4 أبريل 1660 أعلن فيه احترامه لسلطات البرلمان، ومنع الحرية الدينية للمواطنين.

### الفرع الثالث: قانون الهابياسكوريس:

تعد هذه الوثيقة من أعظم القوانين العامة التي عرفتها بريطانيا لأنها تتضمن القواعد الأساسية لحماية الحرية الشخصية من تعسف السلطة القائمة<sup>3</sup> وقد صدرت بضغط من الشعب في عهد الملك شارل الثاني الذي اعتل العرش على اثر إنهاء ديكتاتورية كرومويل ولقائه حين تجاوز هو ووزيره اللورد كلارندن، حدود الواقع والقوانين في محاولة الانتقام من خصومه وحضور والده شارل الأول الذي اعدم بقطع رأسه في ثورة 1649، وعندئذ صوت البرلمان بالرغم من معارضة الوزراء على هذا القانون، وأهم النتائج التي ترتبت عن هذه الثورة<sup>4</sup> أهمها ما يلي:

- إصدار وثيقة الحقوق لعام 1689 والتي أصبحت جزءاً مهماً مكتوباً من الدستور البريطاني

( الذي يوصف بأنه عرفي).

- تم اعتماد تداول السلطة بين حزبين كبيرين وهما حزب المحافظين وحزب العمال فعندما يتولى احدهما السلطة يقوم الآخر بالمعارضة .

- إنشاء برلمان يتكون من مجلسين وهما مجلس العموم ومجلس اللوردات .

- تأثر هذه الثورة ومبادئها في الكثير من الفلاسفة والمفكرين اللذين بدورهم أثروا بكتاباتهم في الثورة الفرنسية والثورة الأمريكية.

<sup>1</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص 102

<sup>2</sup> محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام، حقوق الإنسان، مكتبة زين الحقوقية، دون البلد، الطبعة الأولى 2012، ص 64

<sup>3</sup> رامز محمد عمار ، المرجع نفسه، ص 75

<sup>4</sup> بومدين محمد ، المرجع نفسه، ص 28

- أصبح التمثيل النيابي في المجالس المنتخبة يقوم على أساس تمثيل المواطنين حسب الدوائر الانتخابية وليس على أساس الانتماءات الطبقية لرجال الدين والنبلاء<sup>1</sup>.
- تأسيس دولة قوية تدعى بريطانيا العظمى والمملكة المتحدة ( التي لا تغيب عليها الشمس) والتي أصبحت من أقوى الدول المؤثرة في العلاقات الدولية وان الدول المؤسسة للأمم المتحدة والعضو الدائم في مجلس الأمن.

### الفرع الرابع: شرعة الحقوق 1689

عمل قانوني صادر عن البرلمان الانجليزي في 13 فيفري 1689 عقب الثورة التي أزاحت عن العرش جيمس الثاني، آخر ملوك سلالة الستيوارت لإبداله بصهره وليام ارف أو رنج وكان موضوعه الأساسي تعداد الحريات السياسية التي يقع على الملك الجديد الالتزام باحترامها مقابل اعتراف البرلمان بحقوق الملك<sup>2</sup>.

وهي أكثر اللوائح والشرائع تفصيلا وتأكيدا على الحقوق وفي مقدمة هذه الحقوق شرعية الضريبة وحرية الانتخابات، حرية التعبير والنقاش البرلماني والتمتع في ذلك بالحصانة القضائية لأفراده<sup>3</sup> وعدم الإفراط في العقوبات والغرامات والرسوم التي تقتضي من الأفراد، وبهذه الوثيقة أرسيت دعائم الحرية الفردية في انجلترا<sup>4</sup> إذ يعتبر إعلان الحقوق في نظر الفقهاء الانجليز دستور انجلترا الحديث.

وفي عام 1701 تم اكتمال هذا القانون بقانون دستوري آخر يحدد قواعد الخلافة على العرش بسبب عقم الأميرة ماري التي توفيت بدون أولاد، ويفرض المذهب الانجليكاني كمذهب رسمي في الدولة، وكشرط للشرعية الملكية كي لا يتكرر خطر عودة الكاثوليكية إلى العرش مرة أخرى كما فعل جيمس الثاني<sup>5</sup>، من هنا يمكن فهم ما أعلنته رئيسة الوزراء بريطانيا مرغريت تاتشر في باريس في 11 جويلية 1989، أي بعد ثلاث قرون من صدور شرعة الحقوق في كلامها الموجه إلى الرئيس الفرنسي فرانسوا ميتران:

" لم تبدأ حقوق الإنسان مع الثورة الفرنسية. إنها ترجع إلى التقليد اليهودي - المسيحي الذي أعلن أهمية الفرد والخاصية المقدسة لشخص الإنسان ولبعض حقوق الأفراد التي لا يمكن لأية حكومة أن تسحبها منهم، كان لدينا العهد الأعظم لعام 1215 وإعلان الحقوق في القرن السابع عشر وثورتنا الهادئة لعام 1688 عندما فرض البرلمان إرادته على الملكية<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> الثورات السياسية في العصور الوسطى - ويكيبيديا، الموسوعة الحرة

<sup>2</sup> احمد سليم سعيقان، المرجع نفسه، ص161

<sup>3</sup> حاشي يوسف ، المرجع نفسه، ص 407

<sup>4</sup> مازن ليلوراضي و حيدر ادهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، ص 112

<sup>5</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص105

<sup>6</sup> احمد سليم سعيقان، المرجع نفسه، ص 161

## المطلب الثاني: الحقوق والحريات العامة إبان الثورة الأمريكية

كانت القارة الأمريكية مستعمرات تابعة للدول الأوروبية<sup>1</sup> وأعلنت استقلالها عن بريطانيا في 4 جويلية 1776<sup>2</sup> وقد أعاد تطور هذه المستعمرات الثلاثة عشر مستعمرة في أو آخر القرن الثامن عشر، وظهور بعض الصناعات الأولية إلى بروز نوع من البرجوازية الوطنية ذات النزعة الاستقلالية<sup>3</sup> وشرع الحقوق التي اعتمدها ثماني مستعمرات عن مستعمرات الإنجليزية الثلاثة عشرة بعد استقلالها من التاج البريطاني شرعة فرجينيا في جوان 1776، شرعة بنسلفانيا في سبتمبر 1776، شرعة ديلأوار في سبتمبر 1776، شرعة مرييلاند في نوفمبر 1776، شرعة كارولينا الشمالية في ديسمبر 1776، شرعة فرمونت في جويلية 1777، شرعة ماسا شونش في مارس 1780، وشرعة تيوهامشير في أكتوبر 1783 والتعديلات الدستورية الفترة الأولى للدستور الحالي لعام 1787 بالإضافة إلى التعديل الرابع عشر عام 1868<sup>4</sup>.

### الفرع الأول: إعلان الاستقلال الأمريكي.

جاء هذا إعلان بعد الثورة الأمريكية حيث عهد الكونغرس بوضعه إلى لجنة المكونة من خمسة أشخاص بينهم جون آدمز وبنيامين فرانكلين وتوماس جيفرسون الذي كان له الأثر الكبير في وضع هذا الإعلان<sup>5</sup> وصدر إعلان في 4 جويلية 1776، أثناء المؤتمر الذي عقد في مدينة فيلاديفيا<sup>6</sup> ونص على انفصال واستقلال كل مستعمرة من المستعمرات الإنجليزية الثلاث عشرة وتحولها إلى دولة مستقلة، وتميز هذا الإعلان الذي حرره توماس جيفرسون، الذي سيصبح الرئيس الثالث للولايات المتحدة الأمريكية في عام 1800، بالأفكار التحريرية التي كانت خليفة الأنوار الأوروبية قد نقلها إلى العقل الغربي<sup>7</sup> بشكل عام، والأمريكي بشكل خاص، ولاسيما أفكار لوك وروسو، وتتمثل الأفكار الواردة في هذا إعلان بما يلي:

1- أن الناس يولدون أحرارا، وأن الخالق عز وجل يمنحهم بعض الحقوق التي لا يمكن التنازل عنها، مثل الحياة، الحرية، والبحث عن السعادة<sup>8</sup>.

2- إن الناس كافة خلقوا متساوين<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> محمد نعيم علوه، المرجع نفسه، ص 58

<sup>2</sup> نبيل قرقور، المرجع نفسه، ص 75

<sup>3</sup> بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993، ص 42

<sup>4</sup> احمد سليم سعيقان ، المرجع نفسه، ص 162

<sup>5</sup> مازن ليلوراضي و حيدر ادهم عبد الهادي ، المرجع نفسه، ص 117

<sup>6</sup> احمد سليم سعيقان ، المرجع نفسه، ص 162

<sup>7</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص 106

<sup>8</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص 106

3- أن البشر يقيمون الحكومات لضمان هذه الحقوق، وهي حكومات تستمد من موافقة رضا المحكومين.

4- أن في كل مرة تصبح فيها سياسة الحكومة مدمرة لهذه الأهداف، فإنه يكون من حق الشعب تبديلها، وإقامة حكم جديد على أساس المبادئ التي تضمن الأمن والسعادة.

### الفرع الثاني: شرع الحقوق الأمريكية.

تعتبر هذه الشرعة بمثابة الإعلانات الأولى للحقوق الفردية، وهي ذات صيغة عقائدية وفلسفية وذات سمة كونية، اعتمدها المستعمرات الإنجليزية بعد استقلالها ووضعتها في مقدمة دساتيرها، وكانت شرعة ولاية فرجينيا أشهرها وأولها من حيث تاريخ النشأة في 12 جوان 1776، وكان جورج ماسون من ولاية فرجينيا وراء إعلان هذه الوثيقة الأولى والشهيرة للحقوق الأمريكية<sup>2</sup> ولهم ما جاء في الإعلان ما يلي:

- المساواة الطبيعية، أن كل الناس يولدون متساوين، ولهم الحق التمتع بالحياة والحرية وحق التملك سعياً وراء سعادتهم وأمانهم<sup>3</sup>.

- انتفاء الامتيازات، لا امتياز لأحد من المواطنين أو مجموعة منهم، وبالتالي فإن مناصب النواب والقضاة والإداريين لا يجوز أن تكون وراثية<sup>4</sup>.

- لاستملاك، لا يجوز تجريد المواطنين من ملكيتهم إلا بإرادتهم الحرة أو بقرار من ممثليهم في المجالس العامة.

- المحاكمات الجزائية لكل منهم الحق بمعرفة التهمة الموجهة إليه وبمجاوبة المدعين عليه وشهودهم، وله حق بتقديم وسائل دفاعه بما فيها الشهود، ولا يبدان المتهم إلا بعد قرار جماعي من الهيئة، ولا يمكن حجز حرية المرء إلا بموجب قانون المحلي أو بحكم من أئداده المحلفين<sup>5</sup>.

- اعتدال العقوبات، أن التأمينات الباهظة والغرامات الفاحشة والعقوبات الوحشية أو غير الاعتيادية كلها محظورة.

<sup>1</sup> علي عبد الرزاق الزبيدي، حسان محمد شفيق، المرجع نفسه، ص 27

<sup>2</sup> ساسي سالم الحاج، المرجع نفسه، ص 233

<sup>3</sup> بن عامر تونسي، المرجع نفسه، ص 41

<sup>4</sup> رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي، المرجع نفسه، ص 79

<sup>5</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص 106

- التفتيش والتوقيف، لا يجوز لأي مسؤول إجراء تفتيش الأماكن ما لم يكن هناك دليل حسي أكيد، ولا يجوز توقيف أي شخص ما لم يرد اسمه صراحة بقرار التوقيف وشرط توافر دليل كاف ضده<sup>1</sup>.

- دعاوى الملكية، في دعاوى الأفراد بشأن الملكية المتنازع عليها يقضي الحفاظ على طريقة المحاكمة بواسطة المحلفين كشيء مقدس.

- لا يجوز التضييق على الصحافة ومصادرة حريتها.

- لا يجوز منع حرية الاعتقاد الديني التي يكون للناس حق ممارستها وفق لضمايرهم.

### الفرع الثالث: التعديلات الدستورية:

تعرض الدستور الأمريكي منذ وضعه في 17 سبتمبر 1787 إلى تعديلات عديدة بلغت ستة وعشرون تعديلا عام 1982 والمتعلق بتخفيض سن الانتخاب من 21 إلى 18 سنة<sup>2</sup> ويميل بعضهم إلى القول أن تعديلات العشرة الأولى بمثابة "وثيقة" أو "شرعة الحقوق" الأمريكية، وهذه التعديلات هي إضافات على أن الدستور صيغت على شكل مبادئ وقواعد قانونية تفرض على الإدارة والقاضي ويستفيد منها الفرد لضمان حقوقه وحرياته بشكل عملي وليس نظري فقط، ففي عام 1791 تزعم جيمس ماديسون حملة في الكونغرس الجديد باقتراح تعديلات على الدستور، وبحلول 15 ديسمبر من نفس السنة كان عدد كاف من الولايات قد وافق على عشرة من أصل اثني عشر تعديلا وجعل جزءا دائما من دستور<sup>3</sup>.

**التعديل الأول:** لا يصدر الكونغرس أي قانون خاص بإقامة دين من الأديان أو يمنع حرية ممارسته، أو يحدد من حرية الكلام أو الصحافة أو من حق الناس في الاجتماع سليما، وفي مطالبة الحكومة بانصرافها من الإجحاف"

**التعديل الثاني:** حيث أن وجود ميليشيا حسنة التنظيم ضروري لأمن أية ولاية حرة، لا يجوز التعرض لحق الناس في اقتناء أسلحة وحملها.

**التعديل الثالث:** لا يجوز لأي جندي في وقت السلم أن يقيم في أي منزل دون رضى المالك، كما لا يجوز له ذلك في وقت الحرب إلا بالكيفية التي يحددها القانون.

**التعديل الرابع:** لا يجوز المساس بحق الناس في أن يكونوا امنين في أشخاصهم ومنازلهم ومستنداتهم ومقتنياتهم من أي تفتيش أو احتجاز غير معقول، ولا يجوز إصدار مذكرة بهذا

<sup>1</sup> احمد سليم سعيغان ، المرجع نفسه، ص 163

<sup>2</sup> رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي ، المرجع نفسه، ص 81

<sup>3</sup> احمد سليم سعيغان ، المرجع نفسه، ص 164

الخصوص إلا في حال وجود سبب معقول أو معزز باليمين أو التوكيد، وتبين بالتحديد المكان المراد تفتيشه والأشخاص والأشياء المراد احتجازها.

**التعديل الخامس:** لا يجوز اعتقال أي شخص لاستجوابه بشأن جنائية، إلا تبعا لصدور قرار اتهامي أو مضبطة، اتهام عن هيئة المحلفين كبرى باستثناء القضايا الحاصلة في القوات البرية والبحرية أو في الميليشيا، عندما تكون هذه القوات في الخدمة الفعلية في وقت الحرب أو الخطر العام، ولا يجوز اتهام أي شخص بنفس الجرم مرتين فتتعرض حياته أو أعضاء جسده للخطر، كما لا يجوز إكراه أي شخص في أية دعوى جنائية على أن يكون شاهدا ضد نفسه ولا أن يحرم من الحياة أو الممتلكات دون إتباع الإجراءات القانونية الأصولية أما لا يجوز نزع أية ملكية خاصة لاستخدامها في سبيل المنفعة العامة بدون تعويض عادل.

**التعديل السادس:** في جميع المحاكمات الجنائية، للمتهم الحق بان يحاكم محاكمة سريعة وعلنية بواسطة هيئة محلفين غير متحيزة تابعة للولاية أو مقاطعة التي تكون الجريمة قد ارتكبت فيها، وتكون المقاطعة قد سبق للقانون تحديدها، وله الحق في أن يبلغ سبب الاتهام وطبيعته، وفي أن يواجه الشهود الذين يشهدون ضده، وفي أن تتوفر له التسهيلات القانونية الارغامية لاستدعاء شهود لمصلحته، وفي أن يستعين بمحام الدفاع عنه.

**التعديل السابع:** في الدعاوى المدنية حيث يزيد القيمة المتنازع عليها على عشرين دولارا يكون حق التقاضي أمام هيئة محلفين مसान أو أية واقعة تكون قد بنثت بها هيئة المحلفين، ولا يجوز خلافا لذلك أن يعاد النظر فيها في أية محكمة من محاكم الولايات المتحدة إلا وفقا لقواعد القانون العام.

**التعديل الثامن:** لا يجوز طلب دفع كفالات باهظة ولا فرض غرامات باهظة ولا إنزال عقوبات قاسية وغير مألوفة.

**التعديل التاسع:** أن تعداد الدستور لحقوق معنية لا يجوز أن يفسر على إنكاره لحقوق أخرى يتمتع بها الشعب أو انتقاصا منها.

**التعديل العاشر:** أن السلطات التي يوليها الدستور للولايات المتحدة ككل ولا يحجبها عن الولايات انفراديا تحفظ لكل من هذه الولايات أو للشعب.

**التعديل الرابع عشر:** جاء هذا التعديل عقب حرب الانفصال عام 1868 إذ اقترح في 13 جوان وتمت الموافقة عليه في 9 جويلية 1868 ونص في فقرته الأول جميع الأشخاص المولودين في الولايات المتحدة والمجنسين بجنسيتها والخاضعين لسلطاتها يعتبرون من مواطني الولايات المتحدة ومواطني الولايات التي يقيمون فيها، ولا يجوز لأية ولاية أن تضع أو تطبق أي قانون ينتقص من امتيازات أو احصاءات مواطني الولايات المتحدة لما لا يجوز

لأية ولاية أن تحرم أي شخص من الحياة والحرية أو الممتلكات دون مراعاة للإجراءات القانونية الأصولية، ولا أن تحرم أي شخص خاضع لسلطاتها من المساواة في حماية القوانين.

### المطلب الثالث: الحقوق والحريات العامة إبان الثورة الفرنسية

تعد التجربة الفرنسية في المجالات إعلان الحقوق من أكثر التجارب الثراء إذ أن مفهوم حقوق الإنسان قد تبلور في تاريخية وارتبطت في ظهورها على مستوى العالمي بالثورة الفرنسية، وكان الدستور العرفي والذي استمر أكثر من عشرة قرون بمثابة السياج للبلاد، فقد عاشت فرنسا بعد الثورة 1789 ولمدة أكثر من ثمانية عقود اضطرابات ثورات عنيفة،<sup>1</sup> وكان لكل مرحلة وثورة دستورها قبل أن يسود الاستقرار في ظل الجمهورية الثالثة في 1875، والتي سقطت في الحرب العالمية الثانية بعد احتلال ألمانيا لفرنسا عام 1940، ولكن بعد هزيمة ألمانيا وزوال الاحتلال نشأت في قرن الجمهورية الرابعة ودستورها لعام 1946، بعد أن انهارت هاته الجمهورية على يد الجنرال ديغول وطلبت الأحزاب عودته إلى الحكم لانقراض فرنسا من الحرب الأهلية وشيكة بسبب الأحداث مع الجزائر.

وكان المجتمع الفرنسي منقسما إلى طبقة النبلاء، وطبقة رجال الدين والطبقة الثالثة، ولقد كانت الطبقة الثالثة فقط هي التي تدفع الضرائب دون أن يكون لها تمثيل مناسب مقارنة بالطبقات الأخرى<sup>2</sup> وكانت العواقب الحتمية لهذا الوضع تتمثل في الانفصال العميق بين الوضع الاجتماعي والمؤسسات والسلطة عام 1889 وقام ممثلوا الطبقة الثالثة بتشكيل جمعية وطنية ونصبوا أنفسهم ممثلين على الشعب وتم إعداد " إعلان حقوق الإنسان والمواطن"

### الفرع الأول: إعلان حقوق الإنسان والمواطن

كان إعلان الفرنسي لحقوق الإنسان متأثرا بنظريات وفلسفات ما قبل الثورة الفرنسية ولاسيما أفكار جون جاك روسو<sup>3</sup>، ومتأثرا بإعلان الاستقلال الأمريكي عام 1770، وسادت أثرهما ولقننيين متتابعين النزعة الوطنية في إصدار المواثيق الوطنية لضمان حماية حقوق الإنسان وتركزت فلسفته على السلطة، وطريقة ممارستها على الطريقة الفردية التي تساهم بتطور المجتمع<sup>4</sup>، فمنذ عام 1762 تصدى روسو في نظرية العقد الاجتماعي لمبدأ ألحق الإلهي في الحكم مشددا على " أن السيادة تكمن أساسا في الأمة، " وأن القانون هو تعبير عن الإرادة العامة وأن من حق المواطنين المشاركة بصنعه " كذلك ذهب فولتير بالدفاع عن الحرية الفردية<sup>5</sup>، وأنتقد ممارسات السلطة الاضطهادية، مركز على مبدأ " براءة المتهم حتى

<sup>1</sup> علي عبد الرزاق الزبيدي ، حسان محمد شفيق ، المرجع نفسه، ص 43

<sup>2</sup> رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي ، المرجع نفسه، ص 83

<sup>3</sup> محمد نعيم علوه ، المرجع نفسه، ص 59

فغول الزهرة، الممارسة الدستورية للحقوق وضوابطها في إطار القانون الداخلي والقانون الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس، 2012

<sup>4</sup> ص 43

<sup>5</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص 109

إثبات أدانته " وأن لا تحب " اتهام أحد أو توقيفه بصورة تعسفية " وسوف تورد بالنص المواد هذا الإعلان المتعلقة بالحقوق العامة السياسية<sup>1</sup>.

المادة 1: أن الناس يولدون أحرارا متساوين في الحقوق، ولا يمكن أن تبقى الفوارق الاجتماعية إلا على المنفعة العامة.

المادة 2: أن الغاية لكل تجمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية والأبدية للإنسان، وهذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ومقاومة الطغيان.

المادة 3: أن مصدر كل سلطة يكمن في الأمن، ولا تستطيع أية هيئة، أو أي شخص فرد، أن يمارس السلطة دون تفويض صريح من الأمة.

المادة 4: أن الحرية تعني تمكين كل مواطن من عمل ما يريد، على ألا يضر عمله بالآخرين، وبالتالي فإن ممارسة الحقوق الطبيعية لا يحدها إلا حد ممارسة الآخرين لنفس الحقوق والحريات، ولا تجوز وضع هذه الحدود الأمن قبل القانون

المادة 5: إن القانون يعبر عن الإرادة العامة. وبالتالي فإنه يحق لكل المواطنين أن يشاركوا بالتشريع، إما مباشرة أو بواسطة ممثليهم، كما أن جميع المواطنين وهم متساوون بنظر القانون، يحق لهم الترشح لكافة وظائف الدولة ومناصبها وفقا لمؤهلاتهم، ودونما تميز.

المادة 6: لا يجوز اتهام أي مواطن وحجز حرية إلا في الحالات المنصوص عليها في القانون ووفقا للإجراءات التي يتضمنها، وكل من يصدر أو ينفذ أو أمر مخالفة لذلك، يتعرض للعقاب، وأن على المواطن أن ينصاغ للإجراءات التي تتخذ وفقا للقانون، وإلا فإنه يعد مقاوما مذنباً.

المادة 7: لا تفرض القانون العقاب إلا في حالات الضرورة الأكيدة، ولا يعاقب أحد إلا بموجب قانون مطبق وصادر قبل وقوع الجرم.

المادة 8: يعد المرء بريئاً حتى صدور حكم بإدانته، وفي حال الاضطرار لتوقيفه تستبعد عنه كل وسائل القسوة.

المادة 9: لا يلاحق أحد بسبب عقائده، حتى الدينية منها، على ألا تؤدي ممارستها إلى خلال بالنظام العام المقرر قانوناً.

المادة 10: أن حرية نشر الأفكار والآراء هي من أهم حريات الإنسان وعليه فلكل مواطن حرية التعبير عن آرائه شفاهة وكتابة طبعاً، إلا أنه يتحمل مسؤولية عن تعسفه باستعمال هذه الحرية في الحالات المعينة في القانون.

<sup>1</sup> رامن محمد عمار و نعمت عبد الله مكي ، المرجع نفسه، ص 85

المادة 11: أن ضمان حريات الإنسان والمواطن سيتوجب وجود قوة عامة. وهذه تنشأ لمصلحة الشعب وليس لإفادة أولئك المؤتمنين عليها.

المادة 12: لا بد من فرض ضريبة عامة لسد نفقات القوة العامة ومصاريف الإدارة، وستكون هذه الضريبة متناسبة مع إمكانيات كل مواطن.

المادة 13: لكل مواطنين الحق بأن يتأكدوا بأنفسهم أو بواسطة ممثليهم من ضرورة فرض الضريبة العامة، ومن صحة استعمال أموالها ووجباتها وتوزيعاتها ومدتها.

المادة 14: للمجتمع الحق في الطلب إلى كل الموظف أن يؤدي حسابا عن إدارته.

المادة 17: الملكية حق مقدس لا يمكن المساس بها فلا يجوز نزع ملكية أحد إلا إذا استلزمت ذلك المصلحة العامة على نحو ثابت شرعا وبشرط التعويض العادل مسبق.

### الفرع الثاني: دستور 3 سبتمبر 1791

هو أول دستور صدر بعد الثورة الفرنسية الكبرى<sup>1</sup> ونص في مقدمة الدستور على إلغاء جميع المؤسسات التي تضر بالحرية والمساواة في الحقوق وعلى الأخص ألقاب النبلاء ومحاكمهم الخاصة، كما ألغى جميع الوظائف وجميع الامتيازات ومنظمات المهن<sup>2</sup>، كما نص على أن السيادة للأمة وهذه الأخيرة تتمتع بشخصية قانونية مستقلة عن شخصية الأفراد المشرفين على شؤون إلا أن الاقتراع لم يكن عاما وشاملا ومباشرا، أي أن الأفراد لم يكونوا يتمتعون بحق شخصي بممارسة الانتخاب، كما أكد على أن مبدأ الفصل بين السلطات هو المبدأ الثاني الذي جاء به الدستور<sup>3</sup> والذي تحدث عنه مونتيسكيو وحسب ما جاء فيه أن هناك ثلاثة وظائف حكومية " التشريع والإدارة والقضاء " ويعهد لكل واحدة من هذه الوظائف إلى هيئة مستقلة وقد كان هذا المبدأ واضحا من خلال الفصل بين الملك والجمعية إذ كانت السلطة التشريعية من اختصاص الجمعية في حين نجد السلطة التنفيذية بين الملك، وكانت السلطة التشريعية والتنفيذية مجردتين من وسائل التأثير من الأحزاب من حيث المبدأ، وقد ألغيت الملكية في 1792/09/21 لتعلن الجمهورية وبالتالي كان لا بد من وضع دستور جديد.

<sup>1</sup> مازن ليلي راضي و حيدر ادهم عبد الهادي ، المرجع نفسه، ص 125

<sup>2</sup> رامز محمد عمار ، نعمت عبد الله مكي ، المرجع نفسه، ص 87

<sup>3</sup> علي عبد الرزاق زبيدي، حسان محمد شفيق ، المرجع نفسه، ص 45

### الفرع الثالث: دستور 24 جوان 1793

وهو الدستور الثاني الذي جاء، في ظل قيادة الجيرونديين، ليعلن نهاية النظام الملكي، وقيام النظام الجمهوري<sup>1</sup> وليتضمن أيضا الإعلان الثاني لحقوق الإنسان والمواطن بعد إضافة مواد جديدة على الإعلان 1789. وتضمن شرحا مفصلا للحريات التي جاء بها الإعلان سنة 1789 / 35 مادة مقابل 17 مادة في الإعلان الأول، إذ تركت نظرية سيادة الأمة مكانها لتحل بدلا عنها نظرية السيادة الشعبية والتي أصبح بموجبها لكل فرد حق بجزء من السيادة<sup>2</sup> وبالتالي يحق له التعبير عن إرادته بكل حرية، إذا ألغيت الشروط التي كانت تقيد الناخب والمرشح، وهي الكفاءة العلمية والمالية لتقتصر على الشروط القانونية المقبولة هي السن والأهلية العقلية وشروط الجنسية. فقد نصب المواد (25، 26) من الدستور على: "أن السيادة تكمن في الشعب. . . وليس لأي قسم من الشعب أن يمارس السلطة الشعب بكامله إلا أن كل فئة من الشعب مجتمعة ذات حق بالتعبير عن إرادتها بكامل حريتها".

وأهم المواد التي تجدر الإشارة إليها في هذا الإعلان هي<sup>3</sup>:

المادة 9: المستكملة بالمواد 33 و34 و35 وجميعها تتعلق بمقاومة الطغيان و تنص على أن القانون يجب أن يتضمن الحرية العامة والفردية ضد طغيان الحكام، وأن الحق في مقاومة الطغيان هو النتيجة اللازمة لسائر حقوق الإنسان فإذا انتهكت الحكومة حقوق الشعب أصبح العصيان بالنسبة للشعب ولكل فئة منه، أقدس الحقوق وألزم الواجبات.

المادة 16: التي تعرف حق الملكية بأن الحق العائد لكل مواطن في التمتع والتصرف وفقا لمشيئته بأمواله و مداخله وثمره عمله وصناعته.

المادة 18: المتعلقة بحرية العمل والتي تنص على أن لكل إنسان أن يتعهد بتقديم خدماته ولكنه لا يستطيع بيع نفسه كمالا يمكن أن يباع لأن شخصيته ليست ملكية قابلة للبيع.

المادة 21: المتعلقة بحق العمل والتي تنص على الإعانات، العامة وهي دين مقدس وعلى المجتمع أن يقوم بإعانة المواطنين الفقراء، إما بأن يتاح لهم العمل أو بتأمين وسائل العيش لغير القادرين على العمل.

المادة 22: وهي تنص على أن التعليم هو حاجة للمجتمع وعلى المجتمع أن ينتج بكل قوة تقدم المعرفة العامة أن يجعل التعليم في متناول الجميع.

<sup>1</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص 113

<sup>2</sup> عبد الرزاق الزبيدي، حسان محمد شفيق ، المرجع نفسه، ص 46

<sup>3</sup> رامن محمد عمار، نعمت عبد الله مكي ، المرجع نفسه، 88

### الفرع الرابع: دستور لسنة 1814

بعد سقوط نظام نابليون نهائياً في معركة واترلوا وإقرار الدول الأوروبية المجتمعة في مؤتمر فيينا<sup>1</sup> وعودة النظام الملكي إلى حكم فرنسا قام الملك الجديد لويس الثامن عشر بإصدار دستور عرف باسم الشريعة، واتخذ صفة المنحة الملكية، التي يقدمها العاهل بكل إرادته للشعب، وقد جاء في المقدمة: " بما أن السلام هو الحاجة الأولى لرعايانا، فإننا ( أي الملك) قد أو ليناها كل اهتمام، وبما أن هذا السلام ضروري لفرنسا، كما لبقية أوروبا، فقد قمنا بتوقيعه " وتضمن الدستور أحكاماً جديدة تتعلق بحقوق المواطنين مثل مساواتهم أمام القانون في المادة الأولى، تكليفهم بضرائب تتناسب مع ثروتهم في المادة الثانية، وضمان حرياتهم الفردية ضد الملاحقة والاعتقال إلا بما يتطلبه القانون في المادة الرابعة وقبولهم جميعاً في الوظائف المدنية والعسكرية في المادة الثالثة، وحرية ممارسة شعائر الدينية في المادة الخامسة والمحافظة على الملكية الخاصة في المادة التاسعة، وعدم استملاكها للمنفعة العامة إلا بعد تعويض مسبق في المادة العاشرة وإعادة ألقاب النبلاء وامتيازاتهم في المادة واحد وثمانون.

### الفرع الخامس: دستور 4 أكتوبر 1848

ثم سن هذا الدستور بعد ثورة 1848 البرجوازية التي قادت إليها مسألة التمسك بالارستقراطية الانتخابية وتم القضاء مرة أخرى على النظام الملكي وما رافقه من ممارسات صنفت بأنها مضادة للديمقراطية ولحقوق الإنسان وحرياته<sup>2</sup> ونشير أن دستور 1848 تميز بجوانب جديدة وهامة لم تكن معروفة في الدساتير السابقة، فهو وبعد أن ألغى الملكية وافر الجمهورية كنظام ديمقراطي لممارسة السلطة وحكم البلاد نص في مقدمته على الاعتراف بالحقوق والواجبات السابقة المتفوقة على القوانين الوضعية، وتمسك من جديد بمبادئ ثورة 1789 في الحرية والمساواة والإخاء<sup>3</sup> وتعهد عدم دخول فرنسا في أية حرب بهدف غزو أراضي الآخرين، أو باستخدام قواتها العسكرية ضد حرية أي شعب كان، كما ابرز مظاهر التجديد التي تضمنها دستور 1848 في التأكيد على الأهداف الاجتماعية لعمل السلطة فإليها يعود " تامين توزيع أكثر عادلاً لأعباء ومنافع المجتمع، زيادة رفاهية كل فرد وإيصال جميع المواطنين دائماً إلى درجة أعلى من الأخلاقية والعيش الرغيد " مقدمة المادة 1 .

كما تطرق الدستور الجديد إلى أوضاع خاصة لم تكن موجودة في دستور لسنة 1789 مثل علاقة أرباب العمل بالعمال، والأولاد المتروكين<sup>4</sup> المعاقين، الشيوخ دون موارد (المادة 13) كما

<sup>1</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص 115

<sup>2</sup> مازن ليلوراضي، حيدر ادم عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 126

<sup>3</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص 116

<sup>4</sup> رامي محمد عمار، نعمت عبد الله مكي، المرجع نفسه، ص 91

أشار في المادة العاشرة إلى مبدأ المساواة ونص الدستور على حق التعليم مع إشراف الدولة على المؤسسات التعليمية كما أشار إلى حق التجمع فضلا عن إلغاء عقوبة الإعدام عن الجرائم السياسية كما أشار الدستور إلى ضرورة أن تقوم الحكومة بتقديم العون والفائدة للمواطنين المحتاجين والعاجزين عن العمل<sup>1</sup>.

### الفرع السادس: دستور الجمهورية الرابعة عام 1946

بعد أن ألغي دستور 1875 في 10 جويلية 1940 تم انتخاب جمعية تأسيسية عام 1945 مهمتها وضع دستور جديد لفرنسا، حيث برز دستور أبريل 1946 والذي وافقت عليه الجمعية التأسيسية في العام نفسه وعرض على الشعب في 5 ماي 1946، إلا أنه رفض بسبب حرية التعليم التي لم يتم الاعتراف بها في نصوص هذا الدستور، تم قامت الجمعية التأسيسية التي انتخبت في 2 جوان 1946 وعالجت مشروع دستور 19 أبريل لكي تكفل له موافقة الشعب<sup>2</sup>، حيث لم تكن هناك تعديلات أساسية تغير من جوهر المشروع السابق فالمبدأ العام هو محاولة إيجاد صيغة توافقية بين الماركسية والأفكار التي يقوم عليها المذهب الآخر، وأهم الحقوق الأساسية التي أقرها الإعلان ما يلي:

- يولد الناس ويظلون أحرار أو متساوين في الحقوق، الاختلافات الاجتماعية لا تؤسس إلا على المنفعة المشتركة<sup>3</sup>

- هدف كل الجمعية سياسية هو المحافظة على الحقوق الطبيعية غير القابلة للتقادم أو المتمثلة في الحرية والملكية والأمن ومقاومة الضغوط أو الاستبداد.

- الأمة هي مصدر كل سلطة. لا يمكن هيئة أو شخص أن يباشر أية سلطة دون تعويض صريح من قبل الأمة.

- على كل فرد واجب العمل وله الحق الحصول على العمل ولا يظلم فرد في عمله أو مهنته بسبب أصله أو آرائه أو معتقداته.<sup>4</sup>

- لا يخطر القانون إلا الأفعال الضارة بالمجتمع، وكل ما لم يخرجه القانون لا يمكن منعه، ولا أحد يجبر على فعل ما لا يأمر به القانون.

- الحق في الأصوات ضمن القوانين المنظمة له.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> مازن ليلي راضي، و حيدر ادهم عبد الهادي، المرجع نفسه، ص 127

<sup>2</sup> مازن ليلي راضي، و حيدر ادهم عبد الهادي ، المرجع نفسه، ص 128

<sup>3</sup> بومدين محمد، المرجع نفسه، ص 39

<sup>4</sup> مازن ليلي راضي، و حيدر ادهم عبد الهادي ، المرجع نفسه، ص 129

<sup>5</sup> عبد الرزاق الزبيدي، حسان محمد شفيق ، المرجع نفسه، ص 47

- على كل فرد واجب العمل وله حق الحصول على العمل ولا يظلم فرد في عمله أو مهنته سبب أصله أو آرائه أو معتقداته<sup>1</sup>.
- حق الاعتصام بتنظيمه قوانين خاصة.
- الحق في المساهمة في إدارة المشروع.
- القانون يعبر عن الإرادة العامة للأمة، ويشترك في وضعه كل مواطن بنفسه، أو عن طريق ممثليه هو واحد بالنسبة إليهم جميعا سواء في حمايتهم أو في معاقبتهم، وهم متساوون أمامه في الكرامة وفي الوظائف العامة كل حسب كفاءته.
- لا أحد يتهم أو يوقف أو يعتقل إلا في الحالات التي يحددها القانون ويجب معاقبة كل من يستعمل الحيلة أو ينفذ قرارات تعسفية<sup>2</sup>.
- لا يضع القانون إلا العقوبات الضرورية فقط، ولا يعاقب أي شخص إلا في قانون ساري المفعول، تم إصدار قبل الفعل المجرم.
- كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت أدانته.
- مبدأ الحرية وهي حرية التعبير عن الأفكار والآراء كما لكل مواطن الحق في الكلام والكتابة وفي الطباعة بحرية إلا إذا أسيء استعمال هذه الحرية وفق الحالات التي يحددها القانون<sup>3</sup>.
- كل مجتمع لا يتحقق فيه ضمان الحقوق ولا تحديد مبدأ الفصل بين السلطات لا دستور له<sup>4</sup>.
- الملكية حق مصان ومقدس ولا تنتزع إلا للضرورة العامة الثابتة قانونا والمحقة فعلا، مع توافر شرطي العدل والتعويض المسبق.

<sup>1</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص118.

<sup>2</sup> ساسي سالم الحاج ، المرجع نفسه، ص237

<sup>3</sup> ساسي سالم الحاج المرجع نفسه، ص236

<sup>4</sup> بومدين محمد ، المرجع نفسه، ص 4

### المبحث الثالث: الحقوق والحريات العامة في الاتفاقيات الدولية

على الرغم من النجاح الذي واكب نشأة الأمم المتحدة من خلال وجود منظمة عالمية تضم جميع الدول من أجل حماية السلم والأمن الدوليين، وحماية حقوق الإنسان، إلا أن هذه النشأة ارتبطت أيضا بوجود معسكرين متناقضين سياسيا واقتصاديا واجتماعيا هما المعسكر الاشتراكي بقيادة الإتحاد السوفياتي، والمعسكر الليبرالي الذي تقوده الولايات المتحدة الأمريكية، إلا أن ذلك لم يمنع دولا في أقاليم ترتبط فيما بينها بروابط عدة منها عامل الجوار، والعامل الاقتصادي والسياسي وحتى الديني كما حصل لدول أوروبا الغربية الذي جاء عام 1949 في صورة تعاون اقتصادي لينتقل إلى التوقيع على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وذلك عام 1950، كما عرفت موسوعة الأمم المتحدة الاتفاقية بأنها " مصطل دولي يعبر عن اتفاق دولي ثنائي أو متعدد الأطراف يمكن أن يكون مفتوحا أو مغلقا للدول الأخرى التي لم تسهم في إعداده"<sup>1</sup>.

وأن الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان تعود جذورها القانونية إلى المبادئ أو الإعلانات الدولية الصادرة قبل اعتماد الاتفاقية إذ تأخذ الاتفاقية الدولية تجسيدا وتفصيلا وتطبيقا لنصوص وثيقة كانت صادرة بصيغة إعلان أو مبادئ. وتأتي الاتفاقية الدولية لتتقل هذه الوثيقة من القانون العرفي غير ملزم للدول إلى القانون التعاهدي الملزم للدول التي تتضمن الاتفاقية، وقد ذكرت المادة 25 من الميثاق " ليس في هذا الميثاق ما يحول دون قيام تنظيمات أو وكالات إقليمية تعالج من الأمور المتعلقة بحفظ السلم والأمن الدوليين ما يكون العمل الإقليمي صالحا فيها ومناسبا ما دامت هذه التنظيمات أو الوكالات الإقليمية ونشاطها متلائمة مع مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها"، وفي مجال العمل لدعم الاعتراف لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية وضمان حمايتها الفعلية، تساهم المنظمات الدولية الإقليمية إلى جانب المنظمات الدولية العالمية سواء بواسطة اشتراكها في كل الأعمال التي تقوم بها منظمة الأمم المتحدة وفروعها المختلفة، أو بواسطة الأجهزة الخاصة لهذه المنظمات<sup>2</sup>.

لمى عبد الباقي محمود العزاوي، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي، الطبعة 2009، ص 86

<sup>2</sup> عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، الجزائر، 2003، ص 119

### المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية العالمية

أثناء إعداد ميثاق الأمم المتحدة، قدمت بعض المقترحات التي تهدف إلى تضمين الميثاق تفصيلاً للحقوق الإنسانية الواجب احترامها، وأن يتضمن نصوصاً صريحة تلزم المنظمة والدول الأعضاء فيها بالعمل على حماية هذه الحقوق لا على مجرد تشجيعها، وأن هناك من اقترح أن تلحق بالميثاق وثيقة تتضمن هذه الحقوق وتعد جزءاً لا يتجزأ منه.

إلا أنه تم التوقيع على الميثاق في مؤتمر سان فرانسيسكو وجاء هذا الميثاق متضمناً إشارات عديدة لحقوق الإنسان، دون أن يتناولها بالتفصيل أو أن يتم بحث الاقتراح الخاص بصياغة وثيقة تتضمن الحقوق الأساسية للأفراد، وكانت الحجة آنذاك هي عدم توافر الوقت، وأوصت اللجنة التحضيرية للأمم المتحدة التي اجتمعت فور انتهاء اللجنة الختامية لمؤتمر سان فرانسيسكو، بأن ينشئ المجلس الاقتصادي والاجتماعي في دورته الأولى - لجنة لتعزيز حقوق الإنسان، وبناء على ذلك أنشأ المجلس لجنة حقوق الإنسان في أوائل عام 1946.

ولم تتوقف الأمم المتحدة عند النصوص التي تضمنها الميثاق، التي تتحدث صراحة عن تعزيز وتشجيع احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً بلا تمييز، بل عمدت المنظمة من خلال لجنة حقوق الإنسان إلى إعداد واعتماد مجموعة من الإعلانات والاتفاقيات المتعلقة بحقوق الإنسان، وكان حجر الأساس في ذلك كله، هو الشريعة الدولية لحقوق الإنسان التي تتألف من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

### الفرع الأول: ميثاق الأمم المتحدة

على العكس من عهد عصبة الأمم، الذي انصرف أساساً إلى تنظيم العلاقات بين الدول، أكد ميثاق الأمم المتحدة العلاقة الوثيقة بين السلام والأمن الدوليين من ناحية والظروف الملائمة للرفاهية الاقتصادية والاجتماعية واحترام الإنسان وحرياته الأساسية من ناحية أخرى، فقد أكدت الديباجة تمسك شعوب الأمم المتحدة "بالحقوق الأساسية للإنسان، وبكرامة الفرد وقدره، والمساواة بين الرجال والنساء في الحقوق. . . ."، وتضيف هذه الديباجة تأكيد عزم هذه الشعوب على أن "تدفع بالرقى الاجتماعي قدماً، وأن ترتقي بمستوى الحياة في جو من الحرية أفسح"، وما ورد في ديباجة الميثاق له أهميته الكبرى، ولا ينبغي الالتفات عنه بحجة أنها مخصصة بطبيعتها لإيراد أحكام عامة تتعلق بمبادئ ومقاصد الأمم المتحدة، ذلك لأن النص على حقوق الإنسان في الديباجة قد جعل منها مبدأً وبرنامج عمل

يمثل حجر الزاوية لتحقيق الهدف الأسمى الذي قامت من اجله الأمم المتحدة وهو حفظ السلم والأمن الدوليين كما انه يعكس فلسفة الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان التي تعتمد على حقيقة أساسية مفادها أن الحرب العالمية الثانية لم تكن سوى كفاح لإعلان كلمة الديمقراطية ضد النظم الشمولية ولإقرار مبدأ المساواة لمواجهة النظم العنصرية<sup>1</sup>، ورغم أن الديباجة لا تتضمن بحكم طبيعتها التزامات محددة في مواجهة الدول الأطراف فإنها تساعد على تفسير هذه الالتزامات وتحديد مضمونها<sup>2</sup>.

بل إن البعض ذهب إلى أن الديباجة لا تختلف من حيث الشكل عن الفصول الأخرى من الميثاق، وانه لا يمكن الدفع من ناحية الموضوع بأنها تقتصر على ذكر المبادئ والاتجاهات العامة التي يتعذر تطبيقها، ذلك أن هذه العمومية لا تنتقص من أهمية الأحكام الواردة فيها وأن الميثاق وحدة متكاملة لا تختلف أحكامه الواردة في الديباجة من حيث قيمتها القانونية عن تلك الواردة في باقي النصوص<sup>3</sup>.

أيا ما كان فان ذكر حقوق الإنسان في الديباجة يعكس رغبة الدول الأعضاء في التمهيد لإقامة صرح تشريعي لحقوق الإنسان، حيث أن العديد من هذه الدول كانت تطمح إلى أن يتضمن الميثاق إعلانا للحقوق يحتوي على مفرداتها وضماناتها<sup>4</sup>.

إلى جانب الديباجة فقد وردت الإشارة إلى حقوق الإنسان في مواضع مختلفة من الميثاق، ففي الفصل الأول منه تم النص عليها لتكون من بين أهداف الأمم المتحدة، فتنص المادة 1/2 على أن من أهداف المنظمة "إنماء العلاقات الودية بين الأمم على أساس احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها حق تقرير مصيرها وكذلك اتخاذ التدابير الأخرى لتعزيز السلم".

وهذه الفقرة من الميثاق تتضمن حق الشعوب في تقرير مصيرها، هذا الحق الذي كان قد حظي باهتمام كبير منذ بداية الحرب العالمية الثانية، ووجد سبيله إلى تصريح الأطنطي الذي أعلنه الرئيس الأمريكي روزفلت ورئيس وزراء بريطانيا تشرشل في 14 أوت 1941، ذلك الذي جاء فيه أنهما لا يسعيان إلى أي توسع إقليمي ويحترمان حق الشعوب في اختيار نظم الحكم التي تروق لها، وورد في إعلان الأمم المتحدة الصادر في 1 يناير 1942، وتصريح موسكو عام 1943<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد السعيد الدقاق، حقوق الإنسان في إطار نظم الأمم المتحدة-1988-الكتاب الثاني، دون دار النشر و البلد-ص9

<sup>1</sup> محمد حافظ غانم-المنظمات للدراسات العليا في العدالة الجنائية-إيطاليا-سيرا كوزا-1988-المجلد الثاني-ص9

<sup>2</sup> محمد حافظ غانم، المنظمات الدولية، دون الطبعة، 1967-ص100

<sup>3</sup> مفيد شهاب، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة-ص204

<sup>4</sup> عصام زنتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص26

<sup>5</sup> صلاح الدين عامر-قانون التنظيم الدولي(النظرية العامة)-دار النهضة العربية، القاهرة-1984-ص266

ولم يكن هذا النص واردا في مقترحات ديمبارتون أو كس، التي اقتضت على الإشارة إلى تقوية العلاقات الودية فقط، غير أن هذا القصور قد تمت معالجته في مؤتمر سان فرانسيسكو، إذا عرض اقتراح بشأنه ولقي قبولا كبيرا، وتم إدراجه ضمن أهداف الأمم المتحدة وأشير إليه أيضا في المواد 55 و 73 و 76 من الميثاق، وتضيف الفقرة 3/1 من الميثاق أن من بين أهداف المنظمة<sup>1</sup>:

"تحقيق التعاون الدولي على حل المسائل ذات الصبغة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والإنسانية، وعلى تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعا والتشجيع على ذلك بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء".

كما أشير إلى حقوق الإنسان في الفصل الرابع الخاص بالجمعية العامة إذ تنص المادة 13 من الميثاق على أن من بين وظائف هذه الجمعية القيام بالدراسات وأن تشير بالتوصيات بقصد: ". . . الإعانة على تحقيق حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء".

وفي الفصل التاسع الخاص بالتعاون الدولي الاقتصادي والاجتماعي، تنص المادة 55 من الميثاق على أنه: رغبة في تهيئة دواعي الاستقرار والرفاهية الضروريين لقيام علاقات سلمية وودية بين الأمم -مؤسسة على احترام المبدأ الذي يقضي بالتسوية في الحقوق بين الشعوب وبأن يكون لكل منها تقرير مصيرها- تعمل الأمم المتحدة على<sup>2</sup>: "أن يشبع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفرق بين الرجال والنساء، ومراعاة تلك الحقوق والحريات فعلا".

كما تنص المادة 56 على أنه: " يتعهد جميع الأعضاء بأن يقوموا منفردين أو مشتركين، بما يجب عليهم من عمل بالتعاون مع الهيئة لإدراك المقاصد المنصوص عليها في المادة الخامسة والخمسين".

وورد الفصل العاشر من الميثاق المخصص للمجلس الاقتصادي والاجتماعي وبالتحديد في المادة 62 منه، أن من بين وظائف المجلس أن يقدم توصيات فيما يختص بإشاعة احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وله أن يعد مشاريع اتفاقات لتعرض على الجمعية العامة، بشأن المسائل التي تدخل في دائرة اختصاصه".

وأخيرا تضمنت المادتان 83 و 86 من الميثاق نصوصا تتعلق بتعزيز واحترام حقوق الإنسان في إطار نظام الوصاية المطبق على الأقاليم غير المتمتعة بالحكم الذاتي.

<sup>1</sup>خضر خضر، المرجع نفسه، ص 134

صلاح عبد الرحمن الحديثي، سلافة طارق الشعلان، حقوق الإنسان بين الامتثال والإكراه في منظمة الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 28

وقد أراد واضعو الميثاق إعطائه أهمية قانونية كبيرة بالمقارنة بغيره من المعاهدات الدولية، وذلك بتقرير أن الالتزامات الواردة فيه لها أولوية على غيرها من المعاهدات الدولية، ولذلك تنص المادة 103 من الميثاق على انه: "إذا تعارضت الالتزامات التي يرتبط بها أعضاء الأمم المتحدة وفقا لأحكام هذا الميثاق مع أي التزام آخر يرتبطون به، فالعبرة بالتزاماتهم المترتبة على هذا الميثاق"<sup>1</sup>، وقد ذهب البعض إلى أن المجتمع الدولي بتوقيعه على الميثاق والتصديق عليه، أقر بأن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية لم تعد ضمن الولاية القضائية الوطنية، بل أنها بالأحرى مسألة قانون دولي، وافترض بناء على ذلك أن الميثاق قد خول الفرد بعض الحقوق الدولية المباشرة، وإن إنكار أي من حقوق الإنسان الأساسية بالنسبة لمواطن من المواطنين لم يعد من الممكن تجاهله خلف ستار السيادة الوطنية الذي لا يمكن اختراقه، وفي حين أن أحكام الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان، ينبغي أن تقرأ مقرونة بأحكام الشريعة الدولية لحقوق الإنسان، إلا أن هذه الأحكام تلقي بذاتها الكثير من الضوء على نطاق حقوق الإنسان في نظام التعزيز والحماية الذي وضعته الأمم المتحدة فهي :

**أولاً:** تقرر مبدأ عالمية هذه الحقوق، بمعنى وجوب كفالتها للناس جميعاً، فلکم طال الأمد الذي ظلت فيه هذه الحقوق حكراً على فئة معينة، وكان معظم الناس ملونى البشرة، أو الذين لا يدينون بالمسيحية، أو المنحدرين من أصل أجنبي مستبعبدين ومحرومين من التمتع بالعديد من هذه الحقوق، فجاء الميثاق وادخل من حيث المبدأ جميع البشر في نطاق حقوق الإنسان، وهذا المفهوم عززته فيما بعد صكوك دولية لاحقة وخاصة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>2</sup>.

**والسمة الثانية المميزة لأحكام الميثاق:** هي تأكيد مبدأ المساواة وعدم التمييز الذي يتجلى في عبارة "بلا تمييز بسبب العنصر أو الجنس أو اللغة أو الدين". ففي ضوء هذه الأحكام أضحى منع التمييز والقضاء عليه هدفاً رئيساً من أهداف أنشطة المنظمة في ميدان حقوق الإنسان، ونتيجة لذلك تم وضع العديد من الصكوك وإنشاء عدد لا ياستهان به من الآليات الإشرافية بهدف مكافحة التمييز<sup>3</sup>.

وأخيراً فإن الميثاق وضع حقوق الإنسان في إطار للتعاون الدولي، وهذا يعني ضمناً أن الحدود الوطنية لا تشكل حدوداً لحقوق الإنسان بل إن هذه الحقوق بحكم طبيعتها تمثل قيماً عابرة للحدود وتعني فكرة التعاون الدولي أيضاً أن حقوق الإنسان هي من الاهتمامات الدولية المشروعة، وأنه يحق للمجتمع الدولي حينما وأينما تتعرض تلك الحقوق لخطر شديد أن يثير هذه القضايا، وعلى أقل تقدير فإن التعاون الدولي ينطوي على التزام من جانب

<sup>1</sup> احمد أبو الوفا محمد-الوسيط في قانون المنظمات الدولية-دار النهضة العربية-القاهرة-1999، ص315

<sup>2</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص136

<sup>3</sup> سعدي محمد الخطيب، أسس حقوق الإنسان في التشريع الديني والدولي، منشورات الحلبي، لبنان، ص25

الدول أن تقي بحسن نية بالتعهدات التي أخذتها على عاتقها بناء على ميثاق الأمم المتحدة وغيره من الصكوك الدولية ذات الصلة.

### القيمة القانونية لنصوص الميثاق

انقسم الرأي حول القيمة القانونية لنصوص الميثاق الخاصة بحقوق الإنسان، وحول مدى الالتزام التي تفرضه على الدول وعلى المنظمة ذاتها. فهناك من يرى أن هذه النصوص ليست لها قيمة قانونية، وذلك لأن الميثاق لم يعرف أو يحدد حقوق الإنسان التي نص عليها، كما أنه لم ينظم وسائل حماية هذه الحقوق ولم يجز للأفراد أن يتظلموا من أي مساس بحقوقهم وهؤلاء الفقهاء ينتهون إلى أن نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان إنما تضع معايير وأهدافا وإنما لا تفرض على الدول واجبات قانونية بأعمال هذه الحقوق<sup>1</sup>.

وفي إطار هذا الاتجاه هناك من ذهب إلى أن نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان تشكل فقط مبادئ إرشادية وليست التزامات قانونية، وأن الأمم المتحدة لا يمكنها اتخاذ إجراءات لحماية هذه الحقوق إلا في حالة ما أن شكل انتهاك حقوق الإنسان خطرا على السلم والأمن الدوليين، وهناك من يؤكد أن اللغة التي استخدمها الميثاق بصدد حقوق الإنسان، لا تسمح بتفسيرها على أنها تضع الأعضاء تحت التزام قانوني بشأن حقوق وحريات رعاياها وأن هذا الالتزام لا يقوم إلا عن طريق تعديل نصوص الميثاق أو اعتماد اتفاقية تحت رعاية الأمم المتحدة والتصديق عليها من الأعضاء، لكن يبدو أن هذه النظرة لا تستقيم ونصوص الميثاق، وذلك لأن المنظمة - كجهاز - ملزمة باتخاذ إجراءات لمراعاة وحماية حقوق الإنسان، وهذا واضح من المادة 55 من الميثاق التي نصت على أن " تعمل المنظمة على أن يشيع في العالم احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز . . . "، فهذا النص يتسم بالطابع الإلزامي. وإذا كانت المنظمة ملزمة بتعزيز هذه الحقوق ومراعاتها فمن غير المنطقي أن يقال أنه لا يمكنها حمايتها، هذا بالإضافة إلى أن الجمعية العامة ملزمة بالقيام بالدراسات، وعمل التوصيات للمساعدة على إدراك حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس كافة بلا تمييز<sup>2</sup>، وكذلك فإن المجلس الاقتصادي والاجتماعي ملزم بإنشاء لجان لتعزيز هذه الحقوق<sup>3</sup>، والطبيعة الإلزامية لوظائف الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان في الواقع يؤكد أنها من أحد الأهداف التي أنشأت من أجلها المنظمة هو التعاون الدولي من أجل تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية، وعليه فإن المنظمة إن أهملت في اتخاذ الإجراءات المناسبة لتنفيذ التزاماتها بموجب الميثاق فإنها تكون قد فشلت جزئيا في تحقيق واجباتها.

<sup>1</sup> خضر خضر ، المرجع نفسه، ص135

<sup>2</sup> المادة 13 فقرة 1/ب من الميثاق

<sup>3</sup> المادة 68 من الميثاق

وعلى نقيض الآراء المذكورة سالفا ذهب معظم الفقهاء إلى أن نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان تفرض التزامات قانونية على عاتق الدول الأعضاء بتعزيز وحماية حقوق الإنسان، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى انه يبدو لأول وهلة أن نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان لا تفرض التزامات قانونية على عاتق الدول الأعضاء في المنظمة، غير أن هذه الالتزامات يمكن استنتاجها بسهولة من نية واضعي الميثاق.

ويرى Brownlie Ian أن الاعتداء على حقوق الإنسان هو اعتداء على عدد معين من نصوص الميثاق، لأن هذا الأخير اعترف بحقوق الإنسان الأساسية وبكرامة وقيمة الفرد البشري، ويؤكد Brownlie أننا إن أردنا تفهم حقيقة الطبيعة القانونية لنصوص الميثاق بشأن حقوق الإنسان، فعندئذ يجب دراسة هذه الحقوق في إطار التقدم العظيم الذي حدث فيما يخص وضع الفرد في القانون الدولي.

وذهب الدكتور عبد العزيز سرحان إلى أن الميثاق يلزم المنظمة والدول الأعضاء باحترام حقوق الإنسان، وهذا الأمر يتعلق بالتزام قانوني لأن مصدره ميثاق الأمم المتحدة بوصفه معاهدة جماعية، وعليه لا تستطيع أية دولة أن تنتفض يدها من موضوع حماية حقوق الإنسان بدعوى أنها حرة في هذا النطاق<sup>1</sup>.

وفي رأينا أن الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى المنطق في تفسير نصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان وإسباغ الطابع الإلزامي عليها، ذلك انه من غير المقبول نفي هذه الصفة عن تلك النصوص بحجة عدم تعريف الميثاق لهذه الحقوق وعدم وجود جهاز للرقابة على ضمانها وحمايتها، فمع التسليم بهذه الحجج إلا أن نية واضعي الميثاق كانت تتجه إلى وجوب كفالة حقوق الإنسان وحمايتها وانه تم إرجاء تحديد مفردات هذه الحقوق وإيجاد الآلية المناسبة للرقابة على احترامها إلى وقت لاحق، وهذا ما حدث بالفعل إذ اعتمدت الأمم المتحدة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وغيره من الصكوك، وكلها تبين بالتفصيل مفردات هذه الحقوق، وكذلك أنشأت الأمم المتحدة لجنة حقوق الإنسان واللجنة الفرعية لمنع التمييز وحماية الأقليات وهما جهازان يهتمان بتعزيز حقوق الإنسان وحمايتها بالنسبة لكل فرد في كل مكان من العالم.

ولقد أكدت محكمة العدل الدولي في رأيها الاستشاري -الصادر بخصوص النتائج المترتبة على استمرار احتلال ناميبيا من قبل جنوب إفريقيا- على الطابع الإلزامي لنصوص الميثاق المتعلقة بحقوق الإنسان، حيث ذكرت: أن اعتماد وتنفيذ تدابير التمييز والاستبعاد وكذا القيود التي تقوم فقط على أساس العنصر أو اللون أو الأصل القومي أو العرقي، التي

عبد العزيز سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي-دراسة مقارنة-الطبعة الأولى1987دون دار الطبع و البلد-

يترتب عليها إنكار حقوق الإنسان الأساسية - كل ذلك يمثل انتهاكا جسيما لأهداف ومبادئ الميثاق.

### الفرع الثاني: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان

الإعلان العالمي هو احد أركان الشريعة الدولية لحقوق الإنسان التي تضم إلى جانبه العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والعهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكولين الاختياريين الملحقين بهذا الأخير<sup>1</sup>، وقد اعتمدت الجمعية العامة هذا الإعلان في دورتها الثالثة بموجب قرارها رقم 217 - الصادر بتاريخ 10 ديسمبر 1948.

### الإطار التاريخي لاعتماد الإعلان

إن فكرة صياغة وثيقة بشأن حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، كانت قائمة ومحل نقاش أثناء إعداد مشروع ميثاق الأمم المتحدة، بما قدم من اقتراحات تهدف إلى إعداد وثيقة تضم هذه الحقوق وإرفاقها بالميثاق وعدّها جزءاً لا يتجزأ منه، يبدو أن الأمر كان يتطلب مزيداً من التفصيلات والدراسة فلم تتح الفرصة لإعدادها والتصديق عليها إبان اعتماد الميثاق في مؤتمر سان فرانسيسكو سنة 1945 وظلت الفكرة قائمة وبناء على ذلك أو صت اللجنة التحضيرية للأمم المتحدة التي اجتمعت فور انتهاء الجلسة الختامية للمؤتمر سالف الذكر بأن ينشئ المجلس الاقتصادي والاجتماعي في دورته الأولى لجنة لتعزيز حقوق الإنسان، وبالفعل أنشأ المجلس لجنة حقوق الإنسان في أوائل عام 1946، وقد بدأت لجنة حقوق الإنسان منذ دورتها الأولى في بحث مسألة وضع مشروع ميثاق دولي لحقوق الإنسان، فكان إن اختلفت الدول حول طبيعة هذا الميثاق من حيث مدى إلزامه من الناحية القانونية، ومفردات الحقوق التي قد يتضمنها والإجراءات الدولية اللازمة لتطبيقه<sup>2</sup>، فاقترحت الدول الغربية الرأسمالية أن يكون الميثاق في شكل معاهدة ملزمة وأن يتضمن الحقوق المدنية والسياسية فحسب، وأن تنشأ أجهزة دولية ذات صلاحية واسعة للإشراف على تطبيقه. غير أن الدول الاشتراكية اتخذت موقفاً منبثقا من الظروف الدولية السائدة آنذاك ومن عقيدتها الماركسية، ففضلت أن تكون الوثيقة في شكل إعلان وليس معاهدة وأن يتضمن الإعلان الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية إلى جاب الحقوق المدنية والسياسية، وعارضت إنشاء أجهزة دولية مستقلة للإشراف على تطبيق حقوق الإنسان. واتخذت دول العالم الثالث، ولم يكن معظمها قد استقلاله آنذاك موقفاً اقرب إلى الدول الغربية منه إلى الدول الاشتراكية.

<sup>1</sup> صلاح عبد الرحمن الحديثي، سلافة طارق الشعلان، المرجع نفسه، ص29.

<sup>2</sup> محمود إسماعيل عمار، حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع، مجد لأوي، 2002، الأردن، ص29

وإزاء هذه الاختلافات قررت لجنة الصياغة إعداد وثيقتين: الأولى تأخذ شكل إعلان يحدد المبادئ والمعايير العامة لحقوق الإنسان. والثانية تأخذ شكل اتفاقية تتضمن حقوقاً محددة. وأحالت هذه اللجنة مشروع الإعلان والاتفاقية إلى لجنة حقوق الإنسان، إذ أنشأت هذه الأخيرة ثلاث فرق عمل: الفريق الأول يتولى دراسة مشروع الإعلان، ويقوم الثاني بدراسة مشروع الاتفاقية، وتتنحصر مهمة فريق العمل الثالث في دراسة الإجراءات اللازمة لتطبيق وتنفيذ الوثائق المقترحة.

وفي الدورة الثالثة للجنة حقوق الإنسان قامت بتتقيح مشروع الإعلان ووضعة في الاعتبار التعليقات الواردة من الحكومات، بيد أنها لم تجد الوقت الكافي للنظر في مشروع الاتفاقية وإجراءات التطبيق، وقامت بإحالة مشروع الإعلان إلى الجمعية العامة عن طريق المجلس الاقتصادي والاجتماعي<sup>1</sup>، وفي 10 ديسمبر 1948 اعتمدت الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان بموافقة 48 دولة وامتناع ثماني دول عن التصويت ولم تعترض عليه أية دولة. وبإصدار الإعلان أصبح يمثل علامة بارزة في تاريخ حقوق الإنسان فالأول مرة تبرز على المستوى الدولي وثيقة دولية لم تعترض عليها أية دولة على الإطلاق<sup>2</sup>.

### مضمون الإعلان

يتكون الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من ديباجة وثلاثين مادة تحدد حقوق الإنسان والحريات الأساسية التي تكفل لجميع الرجال والنساء على السواء في كل مكان في العالم دون تمييز<sup>3</sup>، وتحدد المادة الأولى الفلسفة التي يقوم عليها الإعلان فتتص على أن "جميع الناس يولدون أحراراً ومتساويين في الكرامة والحقوق وقد وهبوا العقل والوجدان وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الإخاء".

فهذه المادة تؤكد مسلمة أساسية يقوم عليها الإعلان وهي أن الحق في الحرية والحق في المساواة يكتسبهما الإنسان بالميلاد ولا يمكن حرمانه منهما، وأن الإنسان بعقله وضميره كائن يختلف عن بقية المخلوقات الأخرى في الأرض، ولذا فمن حقه التمتع بحقوق وحريات معينة لا يتمتع بها غيره من المخلوقات.

أما المادة الثانية " فتحدد المبدأ الأساسي للمساواة وعدم التمييز فيما يتصل بالحقوق والحريات الأساسية للإنسان، فتحظر التمييز من أي نوع ولا سيما التمييز بسبب العنصر أو

<sup>1</sup> محمود إسماعيل عمار ، المرجع نفسه، ص26

<sup>2</sup> عبد الواحد القار، المرجع نفسه، ص57

<sup>3</sup> محمود إسماعيل عمار ، المرجع نفسه، ص26

اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي سياسيا أو غير سياسي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر " <sup>1</sup>.

و تنص المادة الثالثة، وهي حجر الزاوية في الإعلان، على أن لكل فرد الحق في الحياة والحق في الحرية والأمان - وهي حقوق أساسية للتمتع بجميع الحقوق الأخرى.

كما تتناول المواد من 4 إلى 21 الحقوق المدنية والسياسية الأخرى وهي تحريم الرق، وحظر التعذيب والمعاملة أو العقوبة القاسية أو المتنافية مع الكرامة، والحق في الشخصية القانونية، والحق في محاكمة عادلة في المسائل المدنية والجنائية وقرينة البراءة، والنهي عن القبض والاعتقال أو النفي التعسفي، وتحريم سريان القوانين والعقوبات بأثر رجعي، والحق في حماية الخصوصية والملكية الخاصة وحرية الرأي والتعبير، والديانة، والاجتماع، والحق في التنقل والإقامة، والحق في اللجوء والحق في الجنسية، والحق في الزواج وتكوين أسرة وأن يكون الزواج قائما على الرضا، والحق في المشاركة في الحكم مباشرة أو عن طريق الانتخاب الحر لممثلي الشعب واحترام إرادة الشعب والحق في تقلد الوظائف العامة بالتساوي مع الآخرين <sup>2</sup>.

أما المادة 22، فتضع القاعدة العامة للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية. على حين تتولى المواد من 23 إلى 27 تحديد هذه الحقوق وهي: الحق في الضمان الاجتماعي، والحق في العمل وحق المساواة في الأجر بناء على مساواة العمل، والحق في الراحة والإجازة بما في ذلك وضع الحدود القصوى لساعات العمل، والحق في مستوى معيشة كاف للمحافظة على الصحة والرفاهية، والحق في التعليم، والحق في المشاركة في الحياة الثقافية للمجتمع.

وتعترف المواد الختامية، وهي المواد من 28 إلى 30 بأن لكل فرد حق التمتع بنظام اجتماعي دولي يمكن أن تتحقق في ظل حقوق الإنسان والحريات الأساسية المنصوص عليها في الإعلان، وتؤكد الواجبات والمسؤوليات الملقاة على عاتق كل فرد تجاه مجتمعه.

### نطاق مباشرة الحقوق التي وردت في الإعلان

أشار الإعلان في المادة 29 إلى أن الحقوق الواردة فيه ليست مطلقة، ولذا فإنه يسمح للدولة بأن تصدر القوانين التي ترسم حدود هذه الحقوق، بشرط أن يكون الهدف الوحيد من هذه القوانين بما تحتويه من قيود هو ضمان الاعتراف بهذه الحقوق واحترامها واحترام الآداب العامة والنظام العام والرفاهية في مجتمع ديمقراطي <sup>3</sup>، وسلطة الدولة في فرض القيود

<sup>1</sup> أحمد سليم سعيقان، المرجع نفسه، ص252

<sup>2</sup> أحمد سليم سعيقان، المرجع نفسه، ص252

<sup>3</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص150

بمقتضى القوانين على الحقوق والحريات الواردة في الإعلان مقيدة كذلك بالحكم الوارد في المادة 30 منه، التي تمنع الدولة أو أية جماعة أو فرد من القيام بنشاط أو عمل من شأنه التعدي على أي من الحقوق والحريات الواردة في الإعلان<sup>1</sup>، وبناء عليه تكون القوانين التي تصدرها الدولة بقصد تنظيم مباشرة الحقوق والحريات الواردة في الإعلان مخالفة له، إن كانت تتضمن قيوداً غير مشروعة أو كانت من باب أولي تنكر كلياً هذه الحقوق والحريات.

### أهمية الإعلان وقيمه من الناحية القانونية

بإصدار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان في عام 1948، يعد -وبحق- أهم أعمال الأمم المتحدة في ميدان حقوق الإنسان، إذا شكل مصدراً أساسياً يلهم الجهود الوطنية والدولية من أجل تعزيز هذه الحقوق وحمايتها<sup>2</sup>، وقد حدد الاتجاه لكل الأعمال اللاحقة المتعلقة بحقوق الإنسان، بحيث أو جد الفلسفة الأساسية لكثير من الوثائق الدولية الملزمة قانوناً التي تم اعتمادها لاحقاً بهدف حماية حقوق الإنسان والحريات التي تضمنها الإعلان.

وبالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للإعلان نجد أن الرأي بشأن القيمة القانونية للإعلان انقسم إلى اتجاهين: الأول بأن ذهب إلى أن أحكام الإعلان تعد تفسيراً لميثاق الأمم المتحدة، وأنها تردد قواعد واردة في القانون الدولي العرفي والمبادئ القانونية العامة، وبالتالي فهي تقيد الدول في نطاق التشريعات الداخلية التي تصدرها. وعلى وجه الخصوص فقد ذكر مندوب شيلي أن انتهاك أحكام الإعلان تعد في الواقع مخالفة وخرقاً لنصوص الميثاق.

**أما الاتجاه الثاني** فقد تزعمه مندوب الاتحاد السوفياتي ومندوبو دول الكتلة الشرقية، إذ رأوا أن الإعلان لا يلقي أي التزام قانوني على عاتق الدول الأعضاء، والقول بغير ذلك من شأنه أن يخالف مبدأ سيادة الدول ويؤدي إلى خرق المادة 7/2 من الميثاق التي تخرج من اختصاص الأمم المتحدة المسائل التي تدخل في صميم السلطان الداخلي لكل دولة<sup>3</sup>، هذا الخلاف بين الدول أثناء إعداد مشروع الإعلان، تبعه خلاف بين الفقهاء بعد إصداره فقد انقسم الفقه بشأن القيمة القانونية للإعلان، إذ ذهب البعض إلى أن هذا الإعلان غير ملزم قانوناً للدول الأعضاء في الأمم المتحدة وأنه يتمتع فقط بقيمة أدبية ومعنوية كبرى وإن كانت لا ترقى إلى حد خلق الالتزامات القانونية الولية وفقاً للقانون الدولي العام.

وفي إطار الاتجاه السابق يرى البعض أن الإعلان ليست له قيمة إلزامية، فهو لا يعدو أن يكون مجرد توصية صادرة عن الجمعية العامة، والتوصيات بطبيعتها ليست ذات

<sup>1</sup> محمود إسماعيل عمار، المرجع نفسه، ص37

<sup>2</sup> صلاح عبد الرحمن الحديثي، سلافة طارق الشعلان، المرجع نفسه، ص34

<sup>3</sup> حامد سلطان-القانون الدولي العام في وقت السلم- الطبعة السادسة-دار النهضة العربية، القاهرة-يناير 1976-، ص945

قيمة قانونية<sup>1</sup>، وهذا الرأي يربط القيمة القانونية للإعلان بقيمة قرارات المنظمات الدولية كمصدر لها، وفي الواقع فإن القيمة القانونية للإعلان لا ينبغي دراستها عند لحظة صدوره عن الجمعية العامة وطبقا لمعايير شكلية مرتبطة بالأداء العضوي لأجهزة المنظمة أو بالارتكاز على مجرد افصاحات صدرت عن أعضاء لجنة الصياغة أو ممثلي الدول، ذلك لأن البعد الزمني قد أو جد عناصر جديدة إضافية يمكن الاستعانة بها في التدليل على الطبيعة القانونية الملزمة للمبادئ التي وردت في الإعلان فهو على الرغم من تحفظ بعض الدول عليه لحظة إصداره، حاز قوة حقيقية لدى جميع الدول بما في ذلك تلك التي امتنعت عن التصويت، وكذلك لدى المنظمات الحكومية وغير الحكومية الوطنية والدولية، التي تساهم في تشكيل الرأي القانوني العالمي، هذا بالإضافة إلى انه من الوثائق التي حظيت بالنشر والدعاية عن طريق الأمم المتحدة واليونسكو والعديد من الحكومات والمنظمات<sup>2</sup>.

وبالإضافة إلى ذلك ذهب رأي إلى أن الإعلان تضمن "المفهوم المشترك لحقوق الإنسان" ذلك المفهوم الذي تبلور فيما قبل نشأة الأمم المتحدة وتضمنته المبادئ العامة للقانون المعترف بها من قبل الأمم المتحدة، وذهب رأي آخر إلى انه بالرغم من صدور الإعلان في شكل توصية خالية من أية قيمة قانونية إلزامية فإنه اكتسب مع مرور السنين القوة الإلزامية للقانون الدولي العرفي<sup>3</sup>، وفي إعلان طهران الذي اعتمده المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في عام 1968 اتفق المؤتمر على أن "الإعلان العالمي لحقوق الإنسان يمثل تفاهما مشتركا لشعوب العالم فيما يتصل بالحقوق التي لا تتكرر ولا يجوز انتهاكها لجميع أعضاء الأسرة البشرية ويشكل التزاما على كامل أعضاء المجتمع الدولي". وأكد المؤتمر إيمانه بالمبادئ المنصوص عليها في الإعلان، وحث جميع الشعوب والحكومات على "تكريس أنفسهم لهذه المبادئ ومضاعفة جهودهم لكي يوفرُوا لجميع البشر حياة مليئة بالحرية والكرامة تؤدي إلى تحقيق الرفاهية الجسدية والعقلية والاجتماعية والروحية".

### الفرع الثالث: العهدان الدوليان

اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختياري الأول الملحق به في دورتها الحادية والعشرين وذلك بموجب قرارها رقم 2200 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1966، وقد بدأ نفاذ كلا الصكين في 23 مارس 1976<sup>4</sup>، أما البروتوكول الاختياري الثاني الملحق بالعهد الذي يهدف إلى إلغاء

<sup>1</sup> محمد السعيد الدقاق، أصول القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية 1986-ص392

<sup>2</sup> عصام محمد احمد زنتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة العربية، القاهرة 1998-ص68

<sup>3</sup> عبد الرحمن اليوسفي، الأمم المتحدة-الصكوك والآليات، إصدارات المعهد العربي لحقوق الإنسان، بدون سنة و البلد، ص-8

<sup>4</sup> محمود إسماعيل عمار، المرجع نفسه، ص27

عقوبة الإعدام، فقد اعتمده الجمعية العامة بموجب قرارها 128/44 الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 1989 وقد بدأ نفاذه في يولييه 1991، وحتى 2 ماي 2003 كانت هناك 149 دولة قد صدقت على العهد أو انضمت إليه أو أعلنت خلافتها لدول أخرى، وكانت هناك 104 دولة طرفا في البروتوكول الاختياري الأول، وبلغ عدد الدول الأطراف في البروتوكول الاختياري الثاني 49 دولة.

وتتجلى أهمية العهد في انه تناول حقوق الإنسان المدنية والسياسية بكثير من التفصيل والتحديد، وذلك ببيان مفرداتها وعناصرها، ووضع الضمانات التي تحول دون تقييدها بما يتجاوز ما نص عليه العهد، كما انه انتقل بهذه الحقوق من دائرة عدم الإلزام إلى الإلزام القانوني، وأوجب على الدول الأطراف اتخاذ تدابير وإجراءات قومية لكفالة هذه الحقوق، بالإضافة إلى ذلك فان العهد نص على ترتيبات دولية يمكن من خلالها للمجتمع الدولي أن يراقب ما إذا كانت الدول الأطراف تلتزم بنصوصه أم لا، إذا أنشأ اللجنة المعنية بحقوق الإنسان مقرها جنيف ودخلت حيز التنفيذ 1977 التي تتكون من خبراء مستقلين يعملون بصفتهم الشخصية وعهد إلى هذه اللجنة بمهمة متابعة مدى تطبيق العهد عن طريق وسائل معينة نص عليها<sup>1</sup>، في نفس اليوم الذي أصدرت فيه الجمعية العامة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اتخذت قرارا طلبت فيه من المجلس الاقتصادي والاجتماعي أن يكلف لجنة حقوق الإنسان بالاستمرار في إعطاء الأولوية في عملها لإعداد مشروع عهد دولي خاص بحقوق الإنسان، وكذلك مشروع يتعلق بالتدابير اللازمة لتنفيذه<sup>2</sup>.

وبناء على ذلك قامت لجنة حقوق الإنسان في دورتها الخامسة المنعقدة في عام 1949 بدراسة مشروع العهد الذي وضعته لجنة الصياغة التابعة لها في ماي 1948، وفي ذلك الحين وجدت اللجنة نفسها أمام معضلة فهي من ناحية تريد إعداد مشروع عهد يتضمن أفضل الضمانات الخاصة بحقوق الإنسان وحرياته، ومن ناحية أخرى تريد صياغة مشروع يلقى تأييدا واسعا من قبل الدول الأعضاء، وأنها إن غالت في طموحها فقد تقدم عهدا رائعا تقبل قلة من الدول التوقيع أو التصديق عليه، وعلى العكس إن وضعت التصديق نصب عينيه وفي مقدمة اهتمامها فان العهد الذي ينتج من ذلك ربما غدا وثيقة ضعيفة للدفاع عن حقوق الإنسان، وهذه المعضلة كانت قد برزت في مراحل سابقة أثناء إعداد مشروع الإعلان وبعد فراغها من المناقشات قامت اللجنة بإرسال المشروع إلى الدول الأعضاء لكي تقوم بدراسته وتبدي ملاحظتها عليه.

<sup>1</sup> أحمد سليم سعيقان ، المرجع نفسه، ص353

<sup>2</sup> محمود إسماعيل عمار ، المرجع نفسه، ص27

وفي عام 1950 أعلنت الجمعية العامة في قرار لها "أن التمتع بالحريات المدنية والسياسية والتمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أمران متصلان ومترابطان. وعليه قررت أن تدرج في مشروع العهد الخاص بحقوق الإنسان حقوقا اقتصادية واجتماعية وثقافية إلى جانب الحقوق المدنية والسياسية، وأن يتضمن المشروع أيضا اعترفا صريحا بالمساواة بين الرجل والمرأة في الحقوق ذات الصلة وبناء على ذلك قامت لجنة حقوق الإنسان في دورتها السادسة بإعداد مشروع 13 مادة بشأن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية على أساس الاقتراحات المقدمة من الحكومات والوكالات المتخصصة كما وضعت 10 مواد بشأن التدابير الخاصة بالتقارير الدورية التي تلتزم الدول الأطراف بتقديمها كوسيلة للرقابة على تنفيذ هذه الحقوق.

ومن الأهمية الإشارة إلى أن المناقشات التي دارت داخل لجنة حقوق الإنسان، وفيما بعد داخل المجلس الاقتصادي والاجتماعي والجمعية العامة، أظهرت وجود خلاف في الرأي بين الدول حول إدراج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ضمن مشروع العهد، وحول الآليات التي يتعين أن توكل إليها مهمة الرقابة على فئتي الحقوق. وهذه الخلافات ترجع إلى انه بينما كانت الدول الاشتراكية وعدد من الدول النامية ترى أهمية تضمين المشروع نصوصا تتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية نظرا لترابطها مع الحقوق المدنية والسياسية، ولا يمكن ممارسة الأخيرة دون الأولى فان الدول الغربية وأغلبية دول العالم الثالث كانت ترى أن الحقوق المدنية والسياسية قابلة للتنفيذ الفوري ويمكن الرقابة على تطبيقها بواسطة القضاء أما الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية فتقتضي التدرج في تطبيقها، وأن أعمال هذه الحقوق لا يتوقف على إصدار التشريعات بل على عناصر أخرى قد لا تكون في قدرات الدولة ولذلك فان الأمر يستدعي اتخاذ إجراءات تنفيذ مختلفة بالنسبة لفئتي الحقوق، الأمر الذي يترتب عليه من وجهة نظر هذه الدول عدم إدراج الحقوق الاقتصادية والاجتماعية ضمن مشروع العهد.

## المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الإقليمية

كان الإعلان العالمي لحقوق الإنسان رائداً في موضوعه، ومرجعاً في كثير من القضايا التي تعالينا البشرية، ومصدر الهام لاحترام الإنسان وحماية حرياته الأساسية، فتح الباب، والعيون كذلك على جوانب يسعى المجتمع الإنساني إلى تحقيقها ووفر أرضية صالحة، ومرجعية حية للتعامل والتعاطي مع مشكلات قائمة أو متوقعة، وهياً إطاراً فلسفياً لكثير من الاتفاقيات والصكوك الدولية، اشتقت من بنوده ومواده موضوعها، وفكرها وجوهرها

### الفرع الأول: الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

إن الدمار والخراب الذي خلفته الحرب العالمية الثانية، والذي راح ضحيته أكثر من عشرين مليون قتيل في أوروبا، جعل جهود القارة الأوروبية القديمة تتوجه إلى التعاون لوضع أسس تضمن السلام والأمن وحماية حقوق الإنسان التي كانت أول ضحايا الحرب وإلى جانب التعاون الاقتصادي والاجتماعي كان هناك الاهتمام المشترك لحقوق الإنسان، فالمادة الثالثة من ميثاق مجلس أوروبا تنص على " كل عضو في مجلس أوروبا يعترف بمبدأ سلطان القانون، ويحق لكل فرد تحت ولايته التمتع بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية"<sup>1</sup>.

ففي 4 نوفمبر 1950 وقعت دول مجلس أوروبا في روما<sup>2</sup> الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، التي دخلت خير النفاذ في 4 ديسمبر 1953 بعد اكتمال النصاب القانوني من التصديقات المودعة من عشر دول لدى الأمين العام لمجلس أوروبا وذلك طبقاً للمادة 66 من الاتفاقية<sup>3</sup> كما دعمت الاتفاقية وأثريت بعدد عن الاتفاقات الإضافية في شكل بروتوكولات تضمن حقوقاً أخرى تحدد اختصاصات بعض الأجهزة، وبلغت هذه البروتوكولات حتى الآن ثمانية وهي كالتالي:

- البروتوكول الأول: 1970/05/18

- البروتوكول الثاني: 1970/09/21

- البروتوكول الثالث: 1970/09/21

- البروتوكول الرابع: 1970/10/6

- البروتوكول الخامس: 1971/12/10

- البروتوكول السادس: 1983/04/28

<sup>1</sup> عبد الرزاق الزبيدي، حسان محمد شفيق، المرجع نفسه، ص 144  
قد انشأ المجلس أوروبي بتاريخ 1949/05/05 ويضم حالياً 26 دولة، وينص ميثاقه الأساسي في مادته (19-25) على وجوب الضمان الجماعي لحقوق الإنسان

<sup>3</sup> حيدر ادهم عبد الهادي ومازن ليلوراضي، المرجع نفسه، ص 296

- البروتوكول السابع: 1984/11/22

- البروتوكول الثامن: 1988/03/19

ولقد انقضت البروتوكولات الإضافية جميعها باستثناء تلك التي توسع من نطاق وقائمة الحقوق المحمية المعترف بها لحظة دخول البروتوكول الحادي عشر. حيز النفاذ (1998/11/1) وهو البروتوكول الذي أدخل تعديلات جذرية على آلية تنفيذ الاتفاقية أهمها إلغاء اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان أثناء محكمة الأوروبية لحقوق ذات ولاية جبرية<sup>1</sup>

### البند الأول: الحقوق المعترف بها

إن الحقوق التي وردت في الاتفاقية هي في الأصل من طائفة الحقوق الكلاسيكية، أي من طائفة الحقوق الفردية المقررة للفرد بداته وبصفته تلك، وتقتصر الاتفاقية على الحقوق المدنية والسياسية أي حقوق فردية مستمدة من نظرية الحقوق الطبيعية وهي لا تتضمن نصوصاً ذات صلة بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وأن كان هناك تداخل بين الحقوق المقررة في الاتفاقية وبين الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية<sup>2</sup> مثل الحق في الملكية والحق في التربية المادتان 1 و2 من البروتوكول الأول ( وعدم الخضوع للعمل الجبري) (المادة 14) والحق في احترام الحياة الخاصة والعائلية (المادة 8) وحرية التجمع (المادة 11) وتشمل حقوق الإنسان التي وردت في الباب الأول:

- الحق في الحياة وسلامة كيان الشخص البدني ( المواد 1 و2 و3)

- الحق في عدم الخضوع للاسترقاق والعبودية والعمل الجبري أو ألقسري (المادة 4)

- الحق في الحرية والأمان (المادة 5).

- الحق في التقاضي والحق في المحاكمة (المادة 6 و7).

- الحق في حرمة الحياة الخاصة (المادة 8)<sup>3</sup>.

- حرية الفكر والعقيدة والدين وحرية الرأي وحرية الاجتماع السلمي (المادة 9 و10).

ولقد قيدت المادة 10 من الاتفاقية الحريات الواردة فيها وهي حرية الرأي وتبادل الأفكار، عندما قالت في فقرتها الثانية " بأن " ممارسة هذه الحقوق تتضمن واجبات والمسؤوليات تخضع لشروط معنية يحددها القانون " تتعلق بالحفاظ الأمن الوطني والنظام العام.

محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر والوسائل الرقابة، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ص

161<sup>1</sup>

2 محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، المرجع نفسه، ص 162

3 خضر خضر، المرجع نفسه، ص 164

كما أكملت الاتفاقية بعدد من البروتوكولات التي وسعت من قائمة الحقوق المعترف بها أد تعترف بعدد من البروتوكولات، كالبروتوكول الأول الموقع في 1952/3/2 الذي يعترف بحق الملكية والحق في التعليم والحق في الانتخابات الحرة، أما البروتوكول الرابع الموقع في 1963/12/16 فيقر بالحق في عدم حرمان احد من حريته لمجرد عدم قدرته على الوفاء بالتزام تعاقدى وبحرية التنقل واختيار مكان الإقامة ويحرم نفي أو طرد أو ترحيل وطني الدولة ويخطر إبعاد الجماعي للأجانب، ولا يجيز البروتوكول حرمان أي فرد من دخول إقليم دولة هو من رعاياها<sup>1</sup>.

أما البروتوكول الإضافي السابع لعام 1984 والذي دخل حيز النفاذ 1988/11/1 فقد نص على تحريم أبعاد الأجنبي المقيم بصفة قانونية إلا تنفيذاً لقرار صدر وفقاً لقانون، ويحق لكل شخص أدانته محكمة بجريمة جنائية أن يعرض قرار اتهامه أو إدانته على قضاء أعلى حتى يعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه<sup>2</sup> كما يتضمن البروتوكول النص على الحق في التعويض في حالة الخطأ القضائي<sup>3</sup>.

#### البند الثاني: الحقوق المسكوت عنها في الاتفاقية.

تتضمن الاتفاقية وبرتوكولاتها المكملة لها حماية غالبية الحقوق المدنية والسياسية، ولكنها لا تحمي هذه الحقوق كافة، كالحق في اللجوء الذي ورد النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان ليس له ذكر في الاتفاقية، كما لا تتضمن الاتفاقية أية إشارة إلى حقوق الأقليات هذا الأخير راجع إلى فكرة وجوب الاكتفاء باحترام حقوق الإنسان، وبالمساواة وعدم التمييز ذلك أن نص المادة 14 من الاتفاقية المتعلق بالمساواة وعدم التمييز يشير إلى الانتماء إلى الأقلية القومية كسب من أسباب التي خطر التمييز على أساسها أيضاً لم تنص الاتفاقية على حق كل الإنسان في الاعتراف له بالشخصية القانونية المقررة في المادة 16 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

<sup>1</sup> دخل البروتوكول الأول حيز النفاذ عام 1954 والبروتوكول الرابع حيز النفاذ 1968

<sup>2</sup> محمد يوسف علوان، محمد خليل موسى، المرجع نفسه، ص 164

<sup>3</sup> خضر خضر، المرجع نفسه، ص 166

## الفرع الثاني: الاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان وحريات الأساسية.

أقر هذا الإعلان المؤتمر التاسع للدول الأمريكية المنعقد في بوغوتا عام 1948 وهو التاريخ ذاته الذي اعتمد فيه ميثاق المنظمة، وذلك قبل صدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ولكن هذه الحقوق والواجبات لم تعالج بالتفصيل إجراءات متابعة وحماية فعالة للأمن خلال الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان الموقعة في سان خوسيه بكوستاريكا في 22 نوفمبر 1969 والتي دخلت حيز النفاذ عام 1978 وتجد الاتفاقية الأمريكية مصدرها المباشر في القرار رقم 8 صادر عن إجماع مجلس وزراء الخارجية في (سنتا يجو) عام 1959 فقد أوصى القرار مجلس القانونيين بإعداد مشروع الاتفاقية دولية أمريكية لحقوق الإنسان<sup>1</sup>.

### البند الأول: الحقوق المحمية بموجب الاتفاقية

تتضمن الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، ديباجة واثنين وثمانين مادة<sup>2</sup>، وقد اشتملت على حقوق أساسية للإنسان المستمدة في الأصل من الإعلانات والمواثيق الدولية والإقليمية، خاصة الإعلان الأمريكي لحقوق وواجبات الإنسان وتعهد الدولة الأمريكية في هذه الاتفاقية بأن تحترم حقوق الإنسان، وأن تتخذ كافة الإجراءات التشريعية لوضعها موضع التنفيذ<sup>3</sup>، كما توجب الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان احترام عدد من الحقوق المدنية والسياسية<sup>4</sup>. مثل الحق في الشخصية القانونية. والحق في الحياة والمعاملة الإنسانية، والحق الحرية الشخصية، والمحاكمة العادلة، والملكية الخاصة، والتنقل والمشاركة في الشؤون العامة، والمساواة أمام القانون، والحماية القضائية والتجمع والاجتماع، وحرمة الحياة الخاصة، كما نادى الاتفاقية بحرية الضمير والدين والفكر والمسكن وحرية الرأي والتعبير.

واستثنت المادة 27 من الاتفاقية تعطيل حقوق معين في حالة الحرب أو الخطر العام أو الضرورة التي قد تهدد استقلال الدولة وسلامتها على أن لا يمتد هذا التعطيل لحقوق معنية تحت أي ظرف أو طارئ كتعطيل نظم الأمر بإحضار المقبوض عليه المسمى *Habcas corpus*، أيضاً الحق بالاعتراف بالأطفال الذين يولدون خارج نطاق الرابطة الزوجية، أيضاً لكل فرد في جنسية وحق في جنسية الدولة مع عدم السماح بإبعاد أجنبي إلى بلد آخر إذا كان حقه في الحياة قد يتعرض للخطر بسبب جنسية أو جنسيته أو دينه أو وضعه الاجتماعي وأرائه السياسية<sup>5</sup>.

نوارى أحلام، الآليات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان والصعوبات التي تواجهها، مجلة البحوث القانونية والسياسية، جامعة د مولاي الطاهر،

<sup>1</sup> بسعيدة، العدد الثاني 2014، ص323

<sup>2</sup> إبراهيم احمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، الطبعة 2007، ص91

<sup>3</sup> موساوي عبد الحكيم، المركز القانوني للأقليات في القانون الدولي لحقوق الإنسان، جامعة تلمسان 2008، ص 113

<sup>4</sup> محمد نعيم علوه ، المرجع نفسه، ص256

<sup>5</sup> حيدر ادهم عبد الهادي و مازن ليلوراضي ، المرجع نفسه، ص 301

### الفرع الثالث: الميثاق الأفريقي لحماية حقوق الإنسان وحريات الأساسية

إن إفريقيا التي ورثت أنظمة الحكم شبيهة بالأنظمة البرلمانية السائدة في الدول المستعمرة، والتي تبنت في دساتيرها نصوص الحقوق التي جاءت بها دساتيرها الدول المستعمرة، إلا أن هذا التوجه لم يكتب له البقاء بسبب فشله خلال النظام البرلماني ولا دساتير التي وضعت بعدا لاستقلال كانت تعبر عن حقيقة الواقع الإفريقي، وهو ما أدى بدور إلى أن تبرز الحاجة إلى نوع من التنظيم الإقليمي لحقوق الإنسان على مستوى القارة الإفريقية وجاءت أو لإشارة إلى هذا الموضوع في القانون لاغوس الصادر عن المؤتمر دعت إليه اللجنة الدولية للفقهاء<sup>1</sup> في لاغوس عامة نيجريا أم 1961 إذا دعا فيه المؤتمرين الدول الإفريقية إلى دراسة فكرة وضع ميثاق إفريقي لحقوق الإنسان بهدف توفير ضمانات إضافية تحقق الحماية على المستوى العملي.

وتحت مظلة الأمم المتحدة، نظمت حلقة دراسة في سبتمبر 1969 بشأن مدى إمكانية إنشاء لجنة الإقليمية لحقوق الإنسان وبصفة خاصة لجنة إفريقية واجمع المشاركون خلال الحلقة دراسية على ضرورة إنشاء لجنة إفريقية وفي يوليو 1979 اتخذ مؤتمر رؤساء الدول والحكومات قرارا يدعو فيه الأمين العام لعقد اجتماع لخبراء يتولون إعداد مشروع أو لي لميثاق إفريقيا لحقوق الإنسان والشعوب، وبناء على هذا القرار اجتمع الخبراء في دكار خلال 28 نوفمبر 1978 و8 ديسمبر 1978 حيث تم الاتفاق في هذا الاجتماع وضع مشروع تمهيدي للميثاق، وخلال 7-19 يناير 1981 عقدت دورة الثانية لاجتماع الخبراء الحكوميين حيث تمت الموافقة بالإجماع على مشروع الميثاق الذي طرح للتوقيع عليه من جانب حكومات الدول الإفريقية خلال قمة نيروبي في جوان 1981<sup>2</sup>، ودخل الميثاق حيز النفاذ في 21 ديسمبر 1986 وتمت المصادقة عليه من قبل ثلاثين دولة من الدول الأعضاء في المنظمة.

#### البند الأول: الحقوق المحمية بموجب الميثاق.

يتألف الميثاق من مقدمة وثمانية وستين مادة، وقد جاء في الديباجة اقتناع الدول الأطراف في المنظمة بأنه أصبح من الضروري كفالة اهتمام خاص للحق في التنمية، وبأن الحقوق المدنية والسياسية لا يمكن فصلها عن الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية سواء في مفهومها أو في عالميتها وبأن الوفاء الثانية هو الذي يكفل التمتع بالحقوق الأولى. فضلا عن تأكيد الفقرة 8 من الديباجة على التزام الدول الإفريقية بمساعدة الإفريقي. والقضاء على كافة أشكال التمييز العنصري القائم بسبب العنصر أو العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة

<sup>1</sup> حيدر ادهم عبد الهادي، مازن ليلوراضي، المرجع نفسه، ص302

<sup>2</sup> المواد 4-31 06 من الميثاق

أو الدين أو الرأي السياسي، كما أكد الميثاق على الحق في الحياة، والحق في عدم التعرض للاعتقال أو التوقيف التعسفي، والحق في المحاكمة عادلة، والحق في الحرية المعتقد، وتحريم الاسترقاق والاستعباد والتعبيد والحق في الحرية والأمان والحق في التقاضي وفي قرينة البراءة وعدم الرجعية القوانين الجزائية، والحق في التعبير عن الرأي، والحصول على المعلومات والحق في تكوين الجمعيات والانضمام إليها والحق في الاجتماع وفي حرية التنقل والحق في اللجوء<sup>1</sup>.

كما نص الميثاق على الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كالحق في العمل والحق في التمتع بحالة صحة جيدة، والحق في التعليم وفي الاشتراك بحرية في الحياة الثقافية للمجتمع، والحق الأسرة في الحماية، والحق كل امرأة في عدم التمييز، فضلا عن حقوق الأطفال، كبار السن والمعوقين<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> حيدر ادهم عبد الهادي، مازن ليلاراضي، المرجع نفسه، ص304  
<sup>2</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، الحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر والتوزيع 2006، دون البلد، ص 164

## الفصل الثاني: الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات العامة

يثير تعدد الوسائل التي تكفل حقوق الإنسان وتضمن حمايتها صعوبة بالغة إذا ما أريد حصرها، لأن كل من يساهم في كفالة الممارسة الفعلية والحقيقية لأوجه النشاط الإنساني يعد وسيلة لهذه الحماية، ومظهرا من مظاهر الضمان، ولكل لعل من تلك الضمانات بل أهمها على الإطلاق هي الضمانات الدستورية، ذلك أن تعرض الدستور ل ضمانات معينة يجعلها في مرتبة إلزامية أعلى، ويضفي عليها هالة من سمو والاحترام، والضمانات الدستورية على نوعين:

**الأولى:** عامة تصنع مناخا ملائما لكي تتعرض فيه الحقوق والحريات العامة ويعلو تصريحها، وتتمثل في وجود دستور حامد لدولة يسود فيها القانون والمساواة.

**أما الثانية:** فهي ضمانات خاصة تتعلق بالحقوق والحريات العامة مباشرة، من حيث تقريرها في النصوص الدستورية، ومدى إمكانية تعديلها للحقوق والحريات العامة، وكذا النصوص الدستورية المتعلقة بالمعاهدات والمواثيق الدولية المنظمة لحقوق الإنسان وحرياته العامة، وسموها على القانون الداخلي، وأيضا فيما يخص النصوص الدستورية المنظمة لدور الفرد والهيئات في ضمان الحقوق والحريات العامة.

### المبحث الأول: الضمانات الدستورية العامة

منذ أن ظهرت الدساتير كوثائق تعبر عن مطالب الشعوب ورغباتها وتحدد علاقة الحاكم بالمحكوم اتجه الفكر إلى تضمين هذه الوثائق الحقوق والحريات العامة، بوصفها الموقع الطبيعي لها، واكتسبت هذه الحقوق بذلك أول ضمانة وحماية فعالة، ألا وهي الحماية الدستورية. إلا أن هذا التضمين في أبواب أو نصوص في صلب الدستور لا يكفي وحده لتحقيق الضمانة المنشودة والحماية المثلى، وإنما يتعين أن تكون مصحوبة بإقامة سياق من الترابط بين سائر القواعد القانونية لتحقيق ما يمكن تسميته بسيادة القانون أو مبدأ المشروعية، كما يجب أن يكون هناك فصل بين مختلف السلطات في الدولة، حتى يتسنى لكل واحدة منها مراقبة الأخرى، فلا تستبد أي منها، ولا تمس بالحقوق والحريات العامة، ولن يكون لتلك النصوص جدوى إلا إذا نظمها دستور جامد، لدولة تكون السيادة فيها للأمة أو الشعب، فكل ذلك يشكل ضمانا عاما لحماية الحقوق والحريات العامة، ومنه سيكون حديثنا في هذا المبحث عن الضمانات الدستورية العامة وفق التقسيم التالي:

## المطلب الأول: سيادة الدستور

إن الدولة في جميع مظاهر أنشطتها خاضعة لسلطان الدستور سواء تعلق الأمر بنشاطها التشريعي، القضائي أو الإداري، ولاشك أن وجود الدستور والاعتراف له بالسيادة على جميع تصرفات الدولة القانونية والمادية إنما هو هدف يرمي إلى حماية الأفراد وضمان حقوقهم ضد احتمال اعتداء وتحكم سلطات الدولة، غير أن مثل هذا الهدف قد لا يتحقق ولا جدوى منه إذا لم يتسم الدستور بالتفوق والسمو على جميع مؤسسات الدولة<sup>1</sup>، ولذلك يتعين على المشرع الدستوري أن يقرر صراحة بطلان القوانين والأعمال المخالفة لأحكامه، أو تنظيم رقابة على دستورتها وهذا هو الأرجح، فإذا صمت المشرع الدستوري عن ذلك، تعين التسليم للقضاء بالحق في طرح القوانين واللوائح المخالفة للدستور جانبا وتغليب القاعدة الدستورية عليها، وبالتالي تطبيقها في المنازعات المعروضة عليه، استنادا إلى سمو الدستور، ولكن بشرط أن لا يكون هذا الدستور مرنا، وهو ما يستفاد من عدم جواز تعديله إلا وفقا لإجراءات خاصة تختلف عن إجراءات سن القوانين العادية<sup>2</sup> وعليه سنتطرق في هذا الفرع إلى لفرعين:

### الفرع الأول: سمو الدستور

### الفرع الثاني: جمود الدستور.

### الفرع الأول: سمو الدستور

إن مبدأ سمو الدستور يعتبر أحد خصائص الدولة القانوني إذا أنه لا بد من وضع القواعد الدستورية التي تنظم اختصاصات السلطات العامة في مكانة سامية تعلق على جميع هذه السلطات وتخضعها لأحكامها<sup>3</sup>، وقد نص على مبدأ سمو الدستور بعض الدساتير مثل دساتير بعض ولايات الولايات المتحدة الأمريكية كداكوت أو الأريزونا وواشنطن، ودستور تشيكوسلوفاكيا الصادر سنة 1930 والدستور الإيطالي لسنة 1947<sup>4</sup>. وتستند المرتبة العليا للقواعد الدستورية إلى مضمونها أو لا وهو ما يطلق عليه افقه سمو الموضوعي للدستور. كما تستند إلى الشكل الذي يحيط بإنشاء ووضع القواعد الدستورية وهو ما يطلق عليه سمو الشكلي للدستور.

<sup>1</sup> نسيب محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية ج 1، دار الهدى، الجزائر، دون السنة، ص 213  
<sup>2</sup> سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، 2005، الإسكندرية، ص 461-462  
<sup>3</sup> محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتناع على دستورية القوانين، دار الثقافة، عمان، 2012، ص 50  
<sup>4</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري مطابع السعداني، 2004، ص 533

### البند الأول: سمو الموضوعي للدستور

يتحقق سمو القواعد الدستورية وعلوها على ما عداها من القوانين القانونية من الناحية الموضوعية في كون الدستور<sup>1</sup> هو الأصل والمصدر لكل نشاط قانوني في الدولة، فكان من الضروري أن يكون أعلى من جميع أشكال هذا النشاط ويتجلى هذا سمو الموضوعي للدستور في مظهرين أساسيين:

**المظهر الأول:** تحديد الفكرة القانونية السائدة في الدولة: حيث يتولى الدستور وضع فكرة القانون التي تمثل الإطار القانوني العام لجميع أوجه النشاط القانوني في الدولة.

وذلك عن طريق تحديد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية العامة التي يجب أن تعمل في نطاقها وجوه النشاط المختلفة في الدولة سواء الحكومية منها أو الفردية وعلى ذلك فكل نشاط يخرج على حدود هذا الإطار أو يخالفه يعتبر باطلا<sup>2</sup>.

**المظهر الثاني:** إنشاء السلطات وتحديد الاختصاصات<sup>3</sup>: يتولى الدستور إنشاء السلطات والهيئات الحاكمة في الدول، كما يحدد الاختصاصات التي يمنحها لكل منها، ولهذا فهو السند الشرعي لوجود هذه السلطات، ومصدر ما تضطلع به من وظائف واختصاصات تمارسها باسم الدولة ولهذا يجب عليها أن تحترم أحكامه في كل ما يصدر عنها من أعمال وتصرفات بحكم سموه عليها لأنه هو الذي أنشأها ومنحها اختصاصها<sup>4</sup>، ويترتب على سمو الموضوعي للدستور نتيجتين هامتين هما<sup>5</sup>

**النتيجة الأولى:** تدعيم وتوسيع مبدأ المشروعية لأن مبدأ سمو الدستور يتضمن مبدأ المشروعية<sup>6</sup> وذلك لأنه إذا كان مبدأ المشروعية يعني خضوع الحكام والمحكومين لسيطرة أحكام القانون بحيث لا يصدر أي قرار فردي إلا في حدود القانون، وإنه يجب على كل سلطة أن تحترم القانون فإن مبدأ سمو الدستور يدعم ويقوي مبدأ المشروعية ويوسع من نطاقه لأنه يتطلب خضوع الحكام والمحكومين لقواعده من ناحية وخضوع التشريعات واللوائح والقرارات النافذة في الدولة لأحكامه من ناحية أخرى.

**النتيجة الثانية:** تحريم التفويض في الاختصاصات التي منحها الدستور للسلطات والهيئات الحاكمة لا يجوز لها أن تتصرف فيها بالتفويض لأنها لا تمتلك هذه الاختصاصات وإنما لها حق ممارستها فقط، ولو حدث التفويض عد تعديلا في أحكام الدستور الجامد في

نصر الدين بن طيفور، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، جامعة بلعباس، 2003، ص62

<sup>2</sup> محمد عبد الله الشوابكة، المرجع نفسه، ص53

<sup>3</sup> محمد عبد الله الشوابكة، المرجع نفسه، ص55

<sup>4</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، إبراهيم عبد العزيز شبحا: النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية 1998، ص-505

<sup>5</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية، المرجع السابق، ص536

<sup>6</sup> نصر الدين بن طيفور، المرجع نفسه، ص62

مجال توزيع الاختصاصات على السلطة العامة بطريقة غير شرعية، لأنها مخالفة لما رسمه الدستور من أوضاع وإجراءات وتحديد للسلطة التي تملك حق تعديله.

### البند الثاني: سمو الشكلي للدستور

يربط معظم الفقه بين سمو الشكلي وإجراءات وضعه وإجراءات تعديله ومن ثم بجموده حيث يتحقق للدستور سمو الشكلي وجموده<sup>1</sup> إما نتيجة اختلاف الجهة المختصة بتعديله عن تلك المختصة بسن القوانين أو باختلاف الإجراءات الواجب إتباعها لتعديل الدستور عن تلك الخاصة بتعديل القوانين أو بهما معا. لكن يرى الأستاذ الدكتور /سامي جمال الدين أن سمو الشكلي للدستور يرتبط فقط بطريق وضعه، الذي يختلف عن طريق وضع وسن القوانين العادية، أما الجمود فإنه يرتبط أساسا بطريق تعديل الدستور الذي يلزم أن يختلف عن طريق تعديل القوانين بواسطة السلطة التشريعية، وهو الأداة الأساسية لإعطاء القاعدة الدستورية المكانة العليا التي تنفرد بها عن باقي القواعد القانونية الأخرى<sup>2</sup>.

يضاف إلى ذلك حالة تقرير الرقابة على دستورية الأعمال القانونية وخاصة التشريعات منها وكذلك حالة ترتيب البطلان على هذه الأعمال إذا كانت مخالفة للدستور باعتبار ذلك من أهم الآثار المرتبة على سمو الدستور<sup>3</sup>، والسمو الشكلي يشمل جميع القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية سواء كانت قواعد دستورية أو قواعد دستورية شكلية، فالعبرة في هذه الحالة بشكل القاعدة لا بمضمونها<sup>4</sup>.

### الفرع الثاني: جمود الدستور

الدساتير الجامدة هي التي تحدد إجراءات وشروط تعديلها نصوص صريحة داخلها وعموما تمتاز هذه الإجراءات بطولها النسبي بالمقارنة بتعديل القانون العادي، كما تتميز بأن السلطة التي تتولى التعديل تختلف عن السلطة التشريعية العادية في تشكيلها العادي، وتسمى السلطة التأسيسية المنشئة<sup>5</sup> و تكيف على أن الجمود الشكلي للدستور له سمة موضوعية تتصل بصياغة النصوص الدستورية وتفسيرها.

فأساليب الصياغة القانونية والوسائل الفنية المتبعة في إنشاء القواعد القانونية ومن ثم تفسيرها يمكن أن تؤدي إلى جمود القاعدة القانونية بحيث لا يملك أحد حرية التقدير في كيفية تطبيقها أو إلى مرونة هذه القاعدة بحيث يمكن تطويع ما تضمنته من مبادئ أو أحكام لكي تتوافق مع الظروف والمستجدات التي تلحق بالمجتمع دون حاجة إلى تعديلها وذلك من

<sup>1</sup> محمد عبد الله الشوابكة، المرجع نفسه، ص 56

<sup>2</sup> فزومحمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 167

<sup>3</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 467-468

<sup>4</sup> هاني علي الظهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2007، ص 355

<sup>5</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع نفسه، ص 44

خلال إتباع الاتجاهات الحديثة في التفسير على ضوء تطور هذه الظروف والأخذ بمنهج البحث العلمي الحر في التفسير بمراعاة كافة الاعتبارات التي أحاطت بالنص الدستوري سواء عند وضعه أو عند تطبيقه. مع الحفاظ على الحكمة التشريعية التي يتوخاها المشرع الدستوري من تقرير النص<sup>1</sup>.

وبالنسبة للمرونة الشكلية للدستور، يذهب الأستاذ الدكتور/سامي جمال الدين إلى رفض التسليم ما يسمى بالدستور المرن بصفة مطلقة حتى ولو كان الدستور ينص صراحة على جواز تعديله وبنفس إجراءات سن القوانين بما في ذلك من مصادرة لحقوق السلطة التأسيسية في المستقبل ولما يؤدي إليه حتما من اختلال التوازن بين السلطات وفقا لمبدأ الفصل بينها، ولما يسفر عنه من تسلط وتحكم لا مفر منه وبالتالي انهيار كل الضمانات المقررة للحقوق والحريات العامة وزوال أسس الدولة الدستورية<sup>2</sup>.

ونميز بين نوعين من جمود الدستور، الجمود المطلق، الجمود النسبي.

**فالجمود المطلق الكلي الدائم** هناك إجماع فقهي على بطلانه وأن النص عليه لا قيمة له. ويستند الفقه في رفضه لهذا النوع إلى سنيين:

**الأول: سند سياسي:** فمن الناحية السياسية يتنافى الجمود المطلق الكلي للدستور مع سنة التطور لأن دستور أي دولة يحتوي على الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التي تقوم عليها الدولة عند صدوره ولأن هذه الأوضاع تتطور بمرور الزمان فإنه يلزم أن يسايرها الدستور في هذا التطور ولا يعقل أن تتجمد نصوصه دون أي تعديل بصفة أبدية<sup>3</sup>، كما أن الدستور لا بد أن يقبل التعديل بحكم طبيعته لأن عبارة عن قانون وإن لم يحدث التعديل بالطريق القانوني فسيؤدي ذلك إلى الالتجاء إلى الطرق الغير قانونية كالثورة والانقلاب.

**والثاني: سند قانوني:** فمن الناحية القانونية فكرة الجمود المطلق الكلي للدستور تتعارض مع مبدأ سيادة الأمة لأن هذا الجمود إنما يعني أن الأمة قد تنازلت عن سلطاتها التأسيسية بصفة أبدية وحرمت نفسها من ممارسة سيادتها في تعديل الدستور كلياً أو جزئياً<sup>4</sup>.

**أما الجمود النسبي:** فيكتفي المشرع الدستوري بحظر تعديل الدستور كله أو بعض نصوصه خلال فترة زمنية محددة أو في ظل ظروف معينة. قد يكون الهدف منه ضمان الاستقرار للنظام السياسي الذي أتى به المشرع الدستوري سيما إذا أتى بمبادئ اقتصادية واجتماعية جديدة، أو بنظام للحكم مختلف وتم بمقتضاه إنشاء دولة جديدة كدولة اتحادية أو مستقلة.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 478

<sup>2</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 471

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 378

<sup>4</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله: الوسيط في النظم السياسية، المرجع السابق، ص 507-508

ومن أمثلة ذلك حظر تعديل دساتير 1950 في سوريا لمدة سنتين / 1791 في فرنسا لأربع سنوات، 1925 في العراق لخمس سنوات وكذلك دساتير 1962 في الكويت و 1976 في البرتغال.

كما قد يكون حظر على تعديل الدستور خلال ظروف معينة ومثال ذلك ما جاء في دستور 1946 في فرنسا على عدم جواز تعديله في حالة اختلال بعض أو كل إقليم الدولة بواسطة قوات أجنبية لضمان عدم وقوع إرادة السلطة المختصة بالتعديل تحت ضغط الاحتلال بما يحول دون التعبير عن الإرادة الحقيقية لها وهذا ما يسمى بالحظر الزمني.

كما يوجد الحظر الموضوعي وهو تحصين بعض نصوص الدستور أو موضوعاته من التعديل بصورة مطلقة أبدية وذلك إذا رأى المشرع الدستوري أن هناك قيمة خاصة لبعض أحكام الدستور مما لا يجوز معها التضحية بها على الإطلاق كالتحول من النظام الملكي إلى الجمهوري، أو أن يكون ذلك بصدد نظام جديد للحكم يأتي به الدستور<sup>1</sup>.

وقد احتدم الخلاف بين الفقهاء حول القيمة القانونية للحظر النسبي للتعديل حيث ظهرت خمسة اتجاهات<sup>2</sup>.

1- **الاتجاه الأول:** يذهب إلى بطلان كل صور الحظر النسبي قياساً على الحظر المطلق ولذات أسباب رفضه، ويعاب على هذا الاتجاه أنه يغفل الطبيعة القانونية الملزمة للقواعد الدستورية التي تنص على هذا الحظر، وتخطب في ذلك السلطة المختصة بالتعديل، وليس السلطة التأسيسية الأصلية اللاحقة بما يعني المساس بمبدأ سمو الدستور وسيادة القانون.

2- **الاتجاه الثاني:** يرى مشروعية كل صور الحظر النسبي بما مؤداه التزام كل من السلطة التأسيسية الأصلية وكذلك الفرعية بها، لأنه إذا كان صحيحاً أن الأمة مصدر جميع السلطات، إلا أن استعمال هذه السلطات لا يكون إلا على الوجه المبين في الدستور الذي ارتضته الأمة، ولا يقلل ذلك من سيادة الأمة ولا يعد انتقاضاً منها، ومع ذلك يسلم هذا الاتجاه بأن الحظر النسبي غير مرغوب فيه من الناحية السياسية ولا قيمة له من الناحية العملية، سيما إذا طرأت متغيرات ومستجدات تستدعي الإطاحة بهذا الحظر، ولا يعيب هذا الرأي سوى شبهة أنه يقيد السلطة التأسيسية الأصلية بهذه النصوص التي لا يزيلها أو يلغيها إلا الواقع السياسي.

3- **الاتجاه الثالث:** يسلم بمشروعية صور الحظر النسبي كلها مثل الاتجاه السابق، ولكنه يجيز الإطاحة بهذا الحظر من الناحية القانونية بأن يتم تعديل النصوص المتضمنة لحظر

<sup>1</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 473- ما بعدها

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 475- ما بعدها

التعديل، وفقا للإجراءات المنصوص عليها في الدستور، وبالطريق الذي رسمه، على أن يعقب ذلك تعديل النصوص والموضوعات التي كان من المحذور تعديلها قبل الإطاحة بهذا الحظر، وينتقد هذا الاتجاه على أنه يؤدي إلى إهدار إرادة السلطة التأسيسية الأصلية بواسطة السلطة المختصة بالتعديل وهي سلطة منشأة، وتتمثل غالبا في سلطات عامة، ليس لها بالتالي سمو أو علو يسمح لها بمخالفة نصوص الدستور، ومن ثم لا يجوز لسلطة تعديل الدستور إلا أن تمارس سلطتها على النحو المبين في الدستور، وفقا لحدوده وضوابطه، ومنها نصوص الحظر النسبي التي تخاطب أصلا السلطة المختصة بالتعديل، وإلا تحولت إلى سلطة تأسيسية أصلية، واغتصبت بذلك اختصاصاتها.

4- **الاتجاه الرابع:** يميز بين الحظر الزمني والحظر الموضوعي على التعديل، حيث ذهب البعض إلى رفض الحظر الموضوعي لأنه حظر مطلق وإن اقتصر على بعض موضوعات الدستور، ومن ثم يلحق بالحظر المطلق على تعديل الدستور بأكمله، حيث لا فارق بينهما إلا في الدرجة، ويسري عليهما ذات الحجج المؤدية إلى رفضه تماما. أما الحظر الزمني فهو أمر جائز له ما يبرره، ضمانا لشرعية إرادة السلطة المختصة بالتعديل، أو لاستقرار وثبات النظم المستحدثة في الدستور. ويرفض البعض هذا الاتجاه، لكونه يقرر تفرقة تحكيمية لا سند لها، إما مشروعان أو غير مشروعين .

5- **الاتجاه الخامس:** يفرق بين السلطتين التأسيسيتين الأصلية والمنشأة، فالأولي كما نعلم سلطة عليا مطلقة، لا تستمد وجودها من أحد، ومن ثم تملك التعبير عن إرادتها كما تشاء ومتى أرادت، على حين أن الثانية تستمد وجودها وولايتها من الدستور، وبالتالي فهي ليست ملزمة فحسب بإتباع إجراءات التعديل المنصوص عليها في الدستور، وإنما كذلك بنطاق اختصاصها في التعديل، وعليه فإن نصوص الحظر النسبي لا تخاطب السلطة الأصلية، التي تملك تعديل وتغيير كل نصوص الدستور أو بعضها دون أية قيود أو حدود مسبقة، بينما لا تستطيع ذلك السلطة المنشأة أو الفرعية، وإلا كان عملها عدوانا على الدستور واغتصابا للسيادة التي تحظى بها السلطة التأسيسية الأصلية دون غيرها، وبذلك تلتزم السلطة المختصة بالتعديل بنصوص الحظر النسبي التي تخاطبها، باعتبارها قواعد قانونية دستورية آمرة وملزمة لها ولغيرها من السلطات التي أنشأها الدستور، والتي تلتزم بأن تباشر سلطاتها أو اختصاصاتها على الوجه المبين في هذا الدستور، ويساند هذا الاتجاه الأستاذ/سامي جمال الدين.

وعليه أن كفالة سمو الدستور والدولة الدستورية القانونية، تتطلب إقامة التوازن بين الثبات والاستقرار لنصوص الدستور من ناحية والمرونة أو القابلية للتطور من ناحية أخرى، ويتحقق ذلك من خلال الجمود الشكلي أو لا، وذلك بالتشدد في إجراءات تعديل الدستور،

وفرض حظر نسبي موضوعي على تعديل النصوص المتصلة بالحقوق والحريات العامة ومقومات المجتمع الأساسية ما لم يستهدف التعديل تقرير المزيد منها أو من الضمانات المقررة لكفالتها، ثم من المرونة الموضوعية ثانياً، من خلال الصياغة المرنة لنصوص لدستور، وأتباع أساليب التفسير العلمي الحر لها في التطبيق العملي<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مبدأ سيادة القانون

يمكن اعتبار مبدأ الشرعية أو المشروعية أو مبدأ سيطرة أحكام القانون، أي المصطلح المرادف والمستعمل لدى رجال الفقه الفرنسي *le régime de la loi* المعيار الفاصل بين النظام البوليسي أو المستبد من جهة، والنظام الديمقراطي من جهة ثانية، وفحوى هذا المبدأ أن خضوع جميع التصرفات سيكون للقانون بصيغته العامة والمجردة<sup>2</sup>، فهو أكرم للمرء من الخضوع لإرادة الفرد على حد تعبير الفقيه "بيردو" *burdeau*، وقد يتحقق هذا المبدأ من خلال مبدأ من مبدأ سمو الدستور بحكمه التشريع الأعلى في الدولة<sup>3</sup>، وفي ذلك ضمان للحريات العامة والحقوق الفردية التي يكفلها الدستور، وقد يصطلح عليه بالمشروعية الشكلية<sup>4</sup>. ويعد مبدأ المشروعية من نتائج المذهب الحر والفلسفة الفردية باعتباره قمة الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وحرياتهم العامة من عدوان السلطة عليهم، وضرورة للنظام الاجتماعي والسلطة، ولا يتصور وجوده من غيرها. وبهذا يعد مبدأ المشروعية من الركائز الهامة التي تقوم عليها الدولة الحديثة، وهو مبدأ عام وشامل يطبق على الدول كلها بكل ما فيها من حكام ومحكومين، وآيا كانت مكانتهم الاجتماعية أو مستواهم الاقتصادي أو العلمي، وآيا كانت انتماءاتهم العرقية أو الحزبية. وآيا كانت معتقداتهم الدينية، وآيا كانت اتجاهاتهم الفكرية أو السياسية أو الفلسفية<sup>5</sup>، لقد عرف الفقه المصري مبدأ المشروعية بتعريفات عديدة نذكر منها: تعريف الدكتور سليمان الطماوي: مبدأ المشروعية هو " أن تكون جميع تصرفات الإرادة في حدود القانون"<sup>6</sup>.

وبهذا فإن مبدأ المشروعية لا يعني الخضوع للقانون بمفهومه الضيق فحسب، بل بمفهومه الواسع، أي كل قاعدة عامة مجردة سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، وآيا كان مصدرها مع مراعاة التدرج في قوتها: الدستور، القانون العادي، اللائحة، فالقرار الفردي، وآيا كان نوع تصرف الإدارة سواء كان عملها قانونياً أو مادياً، وفي هذا الصدد يعد مبدأ المشروعية ضرورة اجتماعية وضمانة للأفراد لا يستهان بها في مواجهة السلطة العامة،

<sup>1</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 479

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، دار الفكر، الإسكندرية، ص 122

<sup>3</sup> طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1970، ص 15

<sup>4</sup> فوزي أو صديق: دراسات دستورية والعولمة (الجزائر نموذجاً) ط 2، دار الفرقان الجزائر، 2001، ص 35-36

<sup>5</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 489-490

<sup>6</sup> سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، دار النشر، دون البلد، 1987، ص 21

وبمقتضاه بأمن الأفراد من مغبة أن تعدي عليهم الهيئات الحاكمة على خلاف ما يوجبه القانون<sup>1</sup>

أما الدكتور ماجد الحلو فيعرف مبدأ المشروعية بأنه: " هو سيادة القانون أي احترام أحكامه وسرياتها على كل من الحاكم والمحكوم. فالقانون يجب أن يحكم سلوك الأفراد، ليس فقط في علاقاتهم ببعضهم البعض، وإنما كذلك في علاقاتهم بهيئات الحكم في الدولة"<sup>2</sup>

وبهذا فقد أجمع الفقه في مصر على استعمال تعبير سيادة القانون كمرادف لمبدأ المشروعية، فسيادة القانون تعني سيادة أو سيطرة أحكام القانون بالمعنى الواسع، مما يوجب خضوع السلطات العامة للقواعد القانونية القائمة والتزام حدودها، وإن القانون يعلو فوق الجميع ولا يعلو فوقه أحد، وينبغي على الجميع الخضوع له واحترامه والتصرف وفقاً له وعدم مخالفة أحكامه أو الخروج عليها، فطاعته والخضوع له والالتزام بأحكامه واجب على الجميع<sup>3</sup>، ولكن يرفض بعض الفقهاء الدمج بين مبدأ سيادة القانون ومبدأ خضوع الدولة للقانون، إذ يذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار أن مبدأ خضوع الدولة للقانون هو خضوع جميع السلطات في الدولة للقانون وهو مبدأ قانوني قصد به صالح الأفراد وحماية حقوقهم ضد تحكم السلطة، أما مبدأ سيادة القانون فينبع عن فكرة سياسية تتعلق بتنظيم السلطات العامة في الدولة وتهدف إلى منع الجهاز التنفيذي من التصرف إلا تنفيذاً لقانون أو بتحويل من القانون أي خضوع السلطة التنفيذية للبرلمان باعتباره يمثل الإرادة العامة (إرادة الشعب) فتمتد إلى جميع الإجراءات الإدارية فتشمل تلك التي تنتج آثار خاصة اتجاه الأفراد، وحتى التي تخص مجرد التنظيم الداخلي للمرافق الإدارية والتي لا تتعدى آثارها نطاق الجهاز الحكومي أي أن مبدأ سيادة القانون أو سع نطاقاً من مبدأ خضوع الدولة للقانون، أما بالنسبة لخضوع الهيئة التشريعية للدستور، فهو أمر لا منازع فيه غير أنه كان مستقر في فقه القانون العام من التمييز بين الدساتير الجامدة والدساتير المرنة.

والأصل في الدساتير الجامدة أنها دساتير مكتوبة في وثائق رسمية تحيط بها جملة ضمانات شكلية تتعلق بإجراءات صدورها وتعديلها وإلغائها، كما تتعلق بالسلطات المختصة، وهو ما لا يتحقق للدساتير المرنة سواء أكانت دساتير عرفية أو دساتير مكتوبة ولكنها غير جامدة في المعنى المتقدم، ففي هذه الحالة تصبح القواعد الدستورية في قبضة البرلمان الذي يملك حيالها كل السلطة بحيث يمكن أن يجري فيما ما يراه ملائماً من تعديل أو إلغاء أو حذف أو إضافة طبقاً لنفس الإجراءات وبنفس الشروط والإشكال التي يصدر بها القوانين

<sup>1</sup> محسن العبودي، مبدأ المشروعية وحقوق الإنسان (دراسة تحليلية في الفقه والقضاء المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة 1995، ص12-13

<sup>2</sup> ماجد راغب الحلو: القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000، ص10

<sup>3</sup> عبد العظيم عبد السلام، المرجع نفسه، ص496

العادية ويلغيها أو يعدلها<sup>1</sup>، وقد استعمل الدستوري المصري الحالي كلا المصطلحين وهذا ما تضمنته وثيقة إعلان الدستور أن: ص سيادة القانون ليست ضمانا مطلوبيا لحرية الفرد فحسب، لكنها الأساس الوحيد لمشروعة السلطة في نفس الوقت ". كما عنون المشرع الدستوري الباب الرابع بعنوان " سيادة القانون" وفي المادة (64) نص على أن: " سيادة القانون أساس الحكم في الدولة ". وفي المادة (65) نص على أن: " تخضع الدولة للقانون.

وقد قضت المحكمة العليا في أحكامها الصادرة بعد صدور دستور 1971 بأن مبدأ الشرعية وسيادة القانون هو المبدأ الذي يوجب خضوع سلطات الدولة للقانون والتزام حدوده في كافة أعماله أو تصرفاتها ومفاد هذا القرار أن خضوع الدولة للقانون ليس سوى أحد مقتضيات أو نتائج مبدأ سيادة القانون ومبدأ المشروعية، بينما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الدولة القانونية تقوم في مفهومها المعاصر وخاصة في مجال توجيهها نحو الحرية علي مبدأ الحرية مشروعية السلطة مقترنا ومعززا بمبدأ الخضوع للقانون باعتبارهما مبدأن متكاملان لا تقوم بدونهما المشروعية في أكثر جوانبها هو مشروعية السلطة التي لا تتأسس وفقا لما ورد في وثيقة إعلان الدستور إلا علي سيادة القانون، أما الثاني فهو مبدأ خضوع سلطات الدولة للقانون بأن تنقيد في ممارساتها لسلطاتها وكافة مظاهر نشاطها، وأيا كانت طبيعة سلطاتها أو وظائفها أو غايتها، بقواعد قانونية تعلق عليها وتكون بذاتها ضابطا لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، ذلك أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لمن يتولونها ولا هي من صنعهم ولكنها تباشر نيابة عن الجماعة ولصالحها ويؤيد أستاذنا الدكتور سامي جمال الدين ترجيح ما اتجهت إليه المحكمة الدستورية العليا<sup>2</sup>.

والدستور الجزائري الصادر سنة 1989 نص على ضرورة احترام الفرد للقانون واحترامه لحقوق وحريات الأفراد الآخرين، حيث نص في المادة (57) منه على أنه: " يجب على كل شخص أن يحترم الدستور وقوانين الجمهورية "، وتقابلها المادة (60) من التعديل الدستوري لسنة 1996، والمادة 74 من الدستور 2016 وينتج من خلال تطبيق هذا المبدأ عدة مدلولات منها:

1- إن كل قانون أو قرار يجب أن يكون موضوع احترام وهيبة من السلطات لاسيما السلطة التي أصدرته. ما لم يبلغ أو يعدل بالوسائل القانونية المعتمدة، فلا ينبغي أن تلغى قاعدة قانونية، بتلكس أو برقية أو لائحة تنظيمية

<sup>1</sup> طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة، المرجع السابق، ص 17

<sup>2</sup> سامي جمال الدين، القضاء الإداري ورقابة القضاء على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 14

2- إن القيود التي تفرضها الدولة على بعض الحريات والنشاطات لا يمكن إقرارها إلا من خلال المجالس النيابية المنتخبة، وإن وجد قانون يقيد الحقوق فيجب إقراره في مجلس نيابي، وقد يصطلح عليه اللائحة التكميلية.

ويعتبر التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائري من أرقى الدساتير في باب الحقوق والحريات، حيث نص في ديباجته " إن الدستور فوق الجميع، وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية ويحمي مبدأ اختيار الشعب، ويضفي الشرعية على ممارس السلطات، ويكفل الحماية القانونية ورقابة السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية ويتحقق فيه تفتح الإنسان بكل أبعاده". كما تضمنت المادة (34) منه ما يلي: 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 ". كما تعتبر الحريات الأساسية للإنسان تراثا مشتركا بين جميع الجزائريين والجزائريات، واجبه أن ينقلوه من جيل إلى جيل، كما أن الدفاع عنها فرديا أو عن طريق الجمعية يكون مضمونا طبقا للمادة (33) و(34) من التعديل الدستوري. إذن من خلال النصوص الدستورية يتبين لنا مدى تمتع الفرد الجزائري بالحقوق والحريات، ولا يبقى إلا إزالة كل العقبات التي تحول دون تطبيقها.

3- وأخيرا لا يمكن لأية سلطة أو هيئة أن تصدر قرارا فرديا لحالة معينة إلا في حدود القواعد العامة المقررة في الدولة (acte-règle)، أي مساواة جميع المواطنين دون أن يسبب اختلاف الأصل أو الجنس أو اللغة أو الرأي تمييزا في المعاملة، كما لا يجب أن تغيب ضرورة التكفل بالهيئات الاجتماعية الأكثر حرمانا<sup>1</sup> وهذا ما نصت عليه المادة (32) من التعديل الدستوري لسنة 2016.

فالخروج على مبدأ المشروعية يؤدي إلى بطلان كل تصرف قانوني تجرئه السلطة العامة على خلاف القانون، وما يترتب عليه من أثر رجعي والتزام هذه السلطة بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الأفراد من جراء التصرف أو العمل المخالف للقانون<sup>2</sup>.

فوزي أو صديق ، المرجع نفسه، ص 36 و ما بعدها  
2 عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، حقوق الإنسان، المرجع السابق ص 545

### المطلب الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات

في الأزمنة القديمة كانت وظائف الدولة محدودة، وغايتها قريبة، ولذلك كان من المتصور أن تنحصر هذه الوظائف وتلك الغايات لدى جهة واحدة تجمع الأمر كله في يدها<sup>1</sup>، ولكن تطور الحياة السياسية جعل وظائف الدولة تنتشعب، وغاياتها تتعدد، ومن ثم أصبح الجمع بين هذه الوظائف والغايات جميعاً في يد جهة واحدة أمراً متعذراً، فانفصلت السلطة عن أشخاص الحاكمين، وأصبحت ملكاً للدولة يمارسها أشخاص معينون لصفات فيهم، ولكنهم لا يملكون تلك السلطة من ناحية أخرى، وبهذا برزت فكرة الفصل بين السلطات لمنع الاستبداد بالسلطة، وذلك عن طريق توزيعها<sup>2</sup>.

وهذا المبدأ يقترن باسم المفكر الفرنسي مونتيسكيو في كتابه روح الشرائع الذي كان له أثر بالغ في الدساتير الفرنسية بعد الثورة. والحقيقة أن هذا المفكر لم يكن أول من نادى بهذا المبدأ فقد سبقه إليه بعض الفلاسفة الإغريق مثل أرسطو، وكان الفيلسوف الإنجليزي جون لوك أول من عالج هذا الموضوع بشيء من التفصيل والمنطق في كتابه عن "الحكومة المدنية" غير أن براعة مونتيسكيو تكمن في أنه استطاع أن يستوعب ويهضم آراء من سبقه ويعرض المبدأ بشكل واضح ومتوازن ويصوغ أفكاره بقالب بليغ، ويحسن استخراج النتائج العملية<sup>3</sup>، وتتجلى مبررات الأخذ بهذا المبدأ فيما يلي:

1- **منع الاستبداد وصيانة الحريات:** إن تركيز السلطات وتجميعها في يد واحدة يؤدي إلى الاستبداد، الأمر قد يؤدي إلى المساس أو النيل من حقوق الأفراد<sup>4</sup>، فالنفس البشرية تنجح بطبيعتها إلى الاستبداد إذا ما استأثرت بالسلطة وهي تنزع بطبيعتها إلى إساءة استعمالها، وفي ذلك يقول العالم الاجتماعي جوستفالوبون أن "السلطة نشوة تعبت بالرؤوس". فبالفضل بين السلطات توقف السلطة عن طريق ما تملكه كل منها إزاء الأخرى من وسائل الرقابة. وإن وجد رجال الثورة الفرنسية في هذا المبدأ وسيلة من وسائل التخلص من السلطة الاستبدادية للملوك الذي جمعوا في أيديهم السلطات الثلاثة، فإن هذا المبدأ لا يزال له في العصر الحدي جداً وهو الحيلولة دون اعتداء الهيئة النيابية على السلطة التنفيذية أو القضائية، وبمعنى آخر لا يزال هذا المبدأ يعد ضماناً ضد تعسف السلطة وأداة لحماية الحريات الفردية وصيانتها.

2- **تحقيق شرعية الدولة:** فهو وسيلة لكفالة احترام القوانين وحسن تطبيقها لأن اجتماع سلطات الدولة الثلاث في قبضة يد واحدة من شأنه أن يخلع على القانون حيده و

<sup>1</sup> عصام الدبس، النظم السياسية-أسس التنظيم السياسي، دار الثقافة، عمان، 2010، ص 277

<sup>2</sup> يحيى الجمل، المرجع نفسه، ص 126

<sup>3</sup> محمد المجذوب: القانون الدستوري والنظام السياسي، الدار الجامعية، لبنان، 2000، ص 88

<sup>4</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 190

عموميته<sup>1</sup>، فمثلا إذا ما تركزت وظيفتي التشريع والتنفيذ في يد واحدة لكان بإمكان المشرع أن يسن التشريع لحالات فردية بحتة ويسري ذات القول إذا ما تركزت وظيفتي التشريع والقضاء في يد واحدة إذ يكون بمقدور المشرع أن يسن تشريعا بقصد تطبيقه على حالات معروضة أمام القضاء، الأمر الذي يتعارض مع ما يجب أن يكون للقاعدة القانونية من سمات العموم والتجريد، فتوزع السلطات يكفل تحقيق عناصر الدولة القانونية ومن أهم كفالة احترام القانون.

3- **تقسيم العمل وإتقانه:** إذ أن تخصص كل سلطة بالمهام الموكلة لها يؤدي إلى إجابة كل سلطة لعملها وإتقانه، والفصل بين السلطات لم يكن يقصد به مونتيسكيو الفصل التام بين هذه السلطات وإنما قصد به الفصل المشرب بروح التعاون معها<sup>2</sup>.

وقد كان لنظرية مونتيسكيو في الفصل بين السلطات صدى كبير في ميدان القانون الدستوري الوضعي، حيث تناولها الفقه بالتعليق والتفسير وطبقته بعض الدساتير الوضعية، كما غالى في تطبيقها، وفهمها غير صحيح، ومثال ذلك دستور الولايات الأمريكية، والدساتير الأولى الفرنسية بعد الثورة<sup>3</sup> فجاء في إعلان حقوق الإنسان عام 1789 م في المادة (16) بأن: " كل جماعة سياسية تضمن حقوق الأفراد، ولا تفصل بين السلطات لا دستور لها ". وهذا راجع للفصل المطلق بين السلطات، ثم تأثرت الدساتير الفرنسية بمبدأ الفصل بين السلطات بمفهومه المرن ابتداء من دستور 1799 إلى دستور عام 1958، على أن فصل السلطات هو الشرط الأول لكل حكومة حرية<sup>4</sup>، وقد أشارت معظم الدساتير إلى هذا المبدأ صراحة أو ضمنا وذلك عن طريق توزيع عمل سلطات الدولة بين ثلاث سلطات: التشريعية والتنفيذية والقضائية، وعلى أساس ما تقدم عن موقف الدستوريين المصري والجزائري من مبدأ الفصل بين السلطات.

أن الدساتير المصرية لم تعترف صراحة بمبدأ الفصل بين السلطات، بل اعترفت به ضمنا وذلك عندما استعملت اصطلاح السلطات، وأيضا عندما وزعت سلطات الدولة على هيئات مستقلة خصت كلا منها باختصاصات محددة، مع عدم السماح لأي منها بالاعتداء على اختصاصات الهيئات الأخرى. وقد نصت هذه الدساتير على التعاون المتبادل بين الهيئات، إذ نص دستور 1923م في المادة (33) على أن: " جميع السلطات مصدرها الأمة واستعمالها يكون على الوجه المبين في الدستور ". كما تطرق لها دستور 1971م في المادة (3) حيث نص على أن: " السيادة للشعب وحده، وهو مصدر السلطات، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها، ويصون الوحدة الوطنية على الوجه المبين في الدستور ".

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 190

<sup>2</sup> إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية، المرجع نفسه، ص 398 وما بعدها

<sup>3</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 526

<sup>4</sup> صالح جواد كاظم، علي غالب العاني: الأنظمة السياسية، دار الحكمة، بغداد، دون سنة، ص 46

من خلال هاتين المادتين نلاحظ أن دستور 1923 قد جعل الأمة مصدرا لجميع السلطات باعتبارها وحدة مجردة متجانسة، أما دستور 1971 فقد جعل الشعب هو مصدر جميع السلطات باعتباره جماعة مكونة من عدد من الأفراد لكل منهم جزء في السيادة.

وقد تطرق دستور 1923 للسلطة التشريعية في المادة (24) منه حيث نص على أن: " السلطة التشريعية يتولاها الملك بالاشتراك مع مجلس الشيوخ والنواب". في حين نص دستور 1971 في المادة (75) على أن: " يتولى مجلس الشعب سلطة التشريع، ويقر السياسة العامة للدولة والخطة العامة للدولة. . . "

أما عن السلطة التنفيذية فقد حولها دستور 1923 في المادة (9) منه للملك، في حين أن دستور 1971 نظر لها في المادة (137)، حيث تنص على أن: "يتولى رئيس الجمهورية السلطة التنفيذية ويمارسها على الوجه المبين في الدستور " ، وقد تطرق دستور 1923 للسلطة القضائية في المادة (30) منه وخص المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها بمباشرة هذه السلطة، وقد تبعه دستور 1971 في المادة (65) حيث نص على أن: " السلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ".

ومبدأ الفصل بين السلطات في الدستور المصري لسنة 1971 هو فصل مرن، وهذا ما نلاحظه لما "للسلطة التشريعية حق توجيه الأسئلة والاستجابات للحكومة ككل، أو إلى أحد الوزراء بمفرده، وتكوين لجان للتحقيق والرقابة على أعمال السلطة التنفيذية، وحق سحب الثقة من الحكومة أو من أحد الوزراء. والتصديق على بعض المعاهدات الهامة الخاصة بالدولة. وفي مقابل ذلك فللسلطة التنفيذية سلطات هامة تجاه البرلمان، مثل حق دعوتها إلى الانعقاد وحق حل البرلمان قبل انتهاء مدته القانونية، واقتراح القوانين والتصديق عليها، وإصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها، وحق الوزراء في دخول البرلمان " <sup>1</sup>.

أما في دساتير الجزائرية فإن دستور 23 فيفري 1989، المعدل في 28 نوفمبر 1996 والمعدل بموجب الدستور 06 مارس 2016 قد أقر مبدأ عدم تعسف السلطات، حيث نص في المادة (15) منه على أن: " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي و الفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية. المجلس المنتخب هو الإطار الذي يعبر فيه الشعب عن إرادته ويراقب عمل السلطات العمومية "

أما المادة (24) منه فقد نصت على عدم التعسف في استعمال السلطات للضغط أو التأثير: " إن القانون يعاقب على التعسف في استعمال السلطة ". وفي المادة (23) على أنه: " لا يمكن أن تكون الوظائف و العهدة في مؤسسات الدولة مصدرا للثراء، ولا وسيلة

<sup>1</sup> عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد، المرجع نفسه، ص 539

لخدمة المصالح الخاصة، يجب على كل شخص يعين في وظيفة سامية في الدولة أو ينتخب أو يعين في مجلس وطني أو في هيئة وطنية، أن يصرح بممتلكاته في بداية وظيفته أو عهده و في نهايتها، يحدد القانون كليات تطبيق هذه الأحكام "أما المادة (112) فقد تضمنت دور السلطة التشريعية في إعداد القوانين والتصويت عليها بكل سيادة حيث نصت على أنه: " يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين، وهما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه ".

أما السلطة القضائية فهي تحمي المجتمع والحريات وتضمن لكل فرد المحافظة على حقوقه الأساسية طبقاً للمادة (157) من دستور 2016 التي تنص على أن: " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع، ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية "

1- تجاوز السلطة التنفيذية لاختصاصاتها المفوضة لها من السلطة التشريعية في حالة التفويض التشريعي.

2- تجاوز السلطة التنفيذية لاختصاصاتها الممنوحة لها في حالة الظروف الاستثنائية والطوارئ

3- اتخاذ السلطة التنفيذية قرارات تتعلق بالحقوق والحريات مستغلة بذلك غيبة البرلمان، بالرغم من أن الدساتير تنص على ضرورة عرض تلك القرارات على البرلمان خلال مدة معينة.

### المطلب الرابع: نظرية سيادة الأمة والشعب

الدولة هي جماعة من الناس يعيشون دائمة فوق إقليم جغرافي محدد ويخضعون لسلطة سياسة معينة<sup>1</sup>، ومنه فالعناصر التي تتكون منها الدولة هي الشعب والتقليم والنظام السياسي الذي يحكم العلاقات بين أفراد الشعب. ولكن الذي يميز الدولة عن غيرها من التنظيمات والجماعات في المجتمع ليس بتوافر أركانها بل تمتعها بالسيادة التي لا يعلوها أحد سواء على الصعيد الداخلي أو الخارجي<sup>2</sup>، وتجدر الإشارة إلى عدم الخلط بين السلطة السياسية وممارستها، فالسلطة السياسية أساسها الدولة وهذه السلطة تكون عن الأشخاص الممارسين لها وهم طبقة الحكام وليس لهؤلاء سوى ممارستها دون أن يكون لأي شخص منهم حق ذاتي أو أساسي في هذه السلطة، بينما السيادة هي صفة للسلطة السياسية، وتعني السيادة أن سلطة الدولة عليا لا توجد سلطة أعلى منها أو موازية فهي تسمو فوق الجميع

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني: الوسيط في النظم السياسية، المرجع السابق، ص 21

<sup>2</sup> محمد عبد العال السنأوي، الأحزاب السياسية والأنظمة السياسية والقضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 237

وتفرض ذاتها. وتعني السيادة كذلك أن سلطة الدولة سلطة أصيلة لا تستمد أصلها من سلطة أخرى ومن ثمة فإن الهيئات الإدارية الموجودة بالدولة محلية كانت أم مرفقية تستمد سلطاتها، من هذه السلطة العليا وهذه السيادة أيضا تجعل من سلطة الدولة وحدة غير قابلة للتجزئة وتبعا لذلك فإذا تعددت السلطات الحاكمة في الدولة لا تتقاسم السلطة فيما بينها وإنما تتقاسم الاختصاصات فقط. كما أن السيادة تعني أن سلطة الدولة سلطة آمرة عليا تستطيع فرض إرادتها على الآخرين بأفعال تصدر من طرفها وحدها وتكون قابلة للنفذ أي دون موافقة المحكومين ويتبدى ذلك في القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والأعمال الإدارية والقرارات الصادرة بنوع الملكية الخاصة للمنفعة العامة. وبالتالي فإن السيادة تجعل من السلطة السياسية سلطة عليا، وسلطة أصيلة، سلطة واحدة غير مجزئة، سلطة آمرة<sup>1</sup>.

ويثور التساؤل عن هو صاحب الفعلي للسيادة، فظهرت النظرية الدينية وهي نظرية الطبيعية الإلهية للحكم ونظرية الحق الإلهي المباشر، ونظرية الحق الإلهي غير المباشر. وتتفق هذه النظريات على أساس أن صاحب السيادة هو الله ولكنها تختلف في تفسير ذلك، وبقيام الثورة الفرنسية ظهرت النظريات الديمقراطية التي ترجع السيادة إلى المحكومين سواء بواسطة نظرية سيادة الأمة أو نظرية سيادة الشعب<sup>2</sup>، وسنتعرض بالتفصيل لشرح النظريات الديمقراطية للسيادة:

### الفرع الأول: نظرية سيادة الأمة:

تنسب نظرية سيادة الأمة إلى جون جاك روسو الذي أوضح في مؤلفة العقد الاجتماعي أن السيادة عبارة عن ممارسة للإرادة العامة وأنها ملك للأمة جمعاء، باعتبارها وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها - وليست ملكا للحاكم وبالتالي فهي وحدة غير قابلة للتجزئة ولا يمكن التصرف فيها أو التنازل عنها وقد اعتقدته الثورة الفرنسية وحولته إلى مبدأ دستوري إذ نص إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر سنة 1789 على أن الأمة هي مصدر كل سيادة<sup>3</sup>، ويترتب على الأخذ بسيادة الأمة النتائج التالية<sup>4</sup>:

1- إن الانتخاب في نظرية سيادة الأمة يعتبر وظيفة، ويتولى القانون تحديد شروط شغل هذه الوظيفة، وقد يتشدد في هذه الشروط اللازم توافرها في الفرد ليحوز صفة الناخب، وبهذه الطريقة تضيق دائرة الناخبين ويقل عدد أفرادها، ومعنى ذلك أن نظرية سيادة الأمة قد تؤدي إلى إتباع مبدأ الاقتراع المقيد، حيث يتطلب القانون في الناخبين شروطا تتعلق بالثروة أو

<sup>1</sup> إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية، المرجع السابق، ص 144-وما بعدها

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية، المرجع السابق، ص 44-52

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية، المرجع نفسه، ص 52

<sup>4</sup> محمد عبد العال السناري، النظرية العامة للقانون الدستوري والنظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 243-وما بعدها

بالعلم. مثل اشتراط أن يكون الناخب من أصحاب الأملاك، أو من الحاصلين على شهادات علمية معينة أو وصل إلى درجة معينة من التعليم.

2- إن النائب في البرلمان يكون ممثلاً للأمة كلها، وليس مجرد ممثل لدائرته الانتخابية أي أنه ليس وكيلاً عن ناخبيه وإنما هو وكيل عن الأمة فلا يتلقى التعليمات من الناخبين التابعين لدائرته الانتخابية، فيتحرى في آرائه مصلحة الأمة لا مصلحة دائرته الانتخابية.

3- حسب نظرية سيادة الأمة، فإن الأمة وحدة واحدة ودائمة مجردة ومستقلة عن أفرادها، وبهذا فهي لا تقتصر على جيل معين في فترة معينة، بل تمثل الجيل الماضي والحاضر والمستقبل، فهية الناخبين عندما تكون نظرتها في فترة معينة غير معبرة عن إرادة الأمة الحقيقية لا يؤخذ برأيها، إلى أن تتضح الإرادة السليمة للأمة وتستمر بحيث تتلاقى مع رأي هيئة الناخبين، وبذلك تتفادى الأهواء والنزوات المعارضة التي قد تبدو من قبل هيئة الناخبين، وتتجلى الفكرة عملياً في الأنظمة التي تأخذ في تشكيل البرلمان بنظام المجلسين فعندما يحدث خلاف في الرأي بين المجلسين بصدد تصرف معين، فإن الدستور ينص عادة على عدم الأخذ بهذا التصرف وتحليل ذلك الموقف الدستوري على أن إرادة الأمة في مثل هذه الحالة الخلافية بين المجلسين لا تعتبر إرادة مستقرة واضحة، ومن ثم فإن الحكمة تقضي بإرجاء الموضوع حتى تستقر الإرادة وتتخذ صورة واضحة لا لبس فيها.

4- إن القانون يمثل السيادة المطلقة والإرادة العليا للأمة، وبالتالي يعتبر انعكاساً لمفاهيم الحق والعدل، ولا يجوز مناقشته من قبل فرد أو هيئة طالما صدر طبقاً للإجراءات التي حددها الدستور في الدولة.

### ووجهت لنظرية سيادة الأمة الانتقادات التالية<sup>1</sup>:

1- يؤدي القول بتميز الأمة على العناصر البشرية المكونة لها إلى الاعتراف للأمة بشخصية معنوية مغايرة لشخصية الدولة وبذلك تكون أمام شخصيتين اعتباريتين تتجاذبان السيادة هما الأمة والدولة. ولا خروج من هذا المأزق إلا بالقول أن الدولة تكتسب السيادة بالتبعية عن طريق الأمة باعتبارها عنصر أساسياً من عناصر تكوينها<sup>2</sup>.

2- جاءت هذه النظرية أصلاً كوسيلة لمكافحة الحكم المطلق المستند إلى نظرية الحق الإلهي، وذلك بتأكيد المعنى السلبي للنظرية وبزوال أنظمة الحكم المطلق والملكيات المستبدة زالت الحاجة إلى النظرية، كما أن الأنظمة المستبدة الحالية لا تعتمد على نظرية الحق الإلهي بل تعتمد على تزييف إرادة الأمة وادعاء القيام على أساسها.

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلوة، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، 2005، ص 72- ما بعدها  
<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 40

3- تشجيع هذه النظرية على الاستبداد إذ لا يجوز حسبها الاعتراض أو التشكيك في أعمال النواب استنادا إلى أن نظرية سيادة الأمة التي يعبر عنها ممثلوها مشروعة بذاتها وهي فوق مستوى النقد أو إعادة النظر لأن مصدرها الأمة وهي معصومة من الخطأ.

4- هذه النظرية لا تقيم نظاما سياسيا معيناً وقد استند إليها أنظمة حكم متعارضة بعضها ديمقراطي وبعضها دكتاتوري أو استبدادي كما طبقت هذه النظرية في دول ملكية وأخرى جمهورية<sup>1</sup>.

5- تتطوي نظرية سيادة الأمة على جانب أكيد من الخيال، وذلك لأنه إذا كان للأمة نوع من الكيان، فإن هذا الكيان إنما ينشأ عن اجتماع عدد من الأفراد يشتركون في عدد عوامل التقارب، كاللغة والدين والتاريخ والحضارة. وهذا الكيان إذا كان له سيادة أو سلطة، فإن هذه السيادة أو تلك السلطة ليست في الحقيقة سوى سيادة أو سلطة الأفراد الأحياء المكونين له مجتمعين. أما من مات فقد فات وانتتهت حقوقه وسيادته، وأما من هو آت فلا يتصور أن يكون له شرك في حكم دولة لم يولد فيها بعد.

#### الفرع الثاني: نظرية سيادة الشعب

إذا كان مبدأ سيادة الأمة بالسيادة في الدولة لمجموع الأفراد باعتبار هذا المجموع وحدة واحدة ومستقلة عن الأفراد المكونين له، فإن مبدأ سيادة الشعب يقر بالسيادة للمجموع أيضا ولكن ليس باعتباره وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين له كما يقضي مبدأ سيادة الأمة، وإنما باعتبار هذا المجموع يتكون من عدد الأفراد، ومن ثم تكون السيادة لكل فرد فيه، ومنها السيادة تكون مجزأة على أفراد الجماعة بحيث يملك كل فرد منها جزء من السيادة<sup>2</sup>.

#### يترتب على الأخذ بنظرية سيادة الشعب النتائج التالية<sup>3</sup>:

1- يكون الانتخاب بمثابة حق للأفراد، ومن ثم لا يجوز تقييده بشروط مالية أو شروط تتصل بالناحية العلمية أو الثقافية فيسود بذلك مبدأ الاقتراع العام.

2- بما أن نظرية سيادة الشعب تقوم على أن السيادة موزعة بين مجموع الأفراد المكونين للشعب، وأن كلا منهم يعد مالكا لجزء من السيادة، فإن النائب في هذه الحالة يكون وكيلاً عن ناخبيه. ومن ثم يكون للناخبين في كل دائرة حق إعطاء تعليمات ملزمة لنائبهم في البرلمان، ويجب على النائب أن يتقيد بهذه التعليمات في تصرفاته البرلمانية لأنه وكيل عن ناخبيه، والوكيل يلتزم باحترام إرادة الموكل وإذا تجاوز حدود هذه الإرادة يجوز عزله وانتخاب وكيل جديد.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 41  
<sup>2</sup> إبراهيم عبد العزيز شيجا، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، ص 154  
<sup>3</sup> محمد عبد العال السنأوي: النظرية العامة للقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 243-وما بعدها

3- في نظرية سيادة الشعب يجب الأخذ برأي الأغلبية دون تعويل على ما إذا كان هذا الرأي يمثل فعلا إرادة الأمة الحقيقية أم لا.

4- إن القانون (التشريع) في نظرية سيادة الشعب هو تعبير عن إرادة الأغلبية، ورأي الأغلبية يسرى على الأقلية ويلزمها، وهذا أمر حتمي لا يخل النظام في الدولة وينهار بنيانها. ولكن في هذه النظرية لا تكون القوانين متمتعة بحصانة مطلقة ومتصفة بالحق والعدل دائما، بل يمكن إثبات عكس ذلك في حالة إثارة الجدل بشأنها، ومن ثم توجد بعض الدول تجيز الطعن في القوانين بعدم الدستورية، ويتقرر هذا الطعن للأفراد أمام الجهات القضائية المختلفة أو أمام محكمة خاصة.

لقد اعتنقت معظم الدساتير هذه النظرية حيث نص الدستور المصري لسنة 1971 في المادة (3) على أن: " السيادة للشعب وحده وهو مصدر السلطات ".

أما التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016 فقد نص عليها في الفصل الثاني في المادة (7) بقوله: " الشعب مصدر كل سلطة، السيادة الوطنية ملك للشعب وحده".

### وقد وجهت لنظرية سيادة الشعب الانتقادات التالية<sup>1</sup>

أ- إن نظرية سيادة الشعب لا تختلف عن نظرية سيادة الأمة فيما يتصل بتعدد الأشخاص المعنوية في الدولة أو ازدواجها، فإذا كانت نظرية سيادة الأمة تؤدي إلى الاعتراف للأمة بالشخصية القانونية المعنوية إلى جانب الشخصية القانونية المعترف بها للدولة على إقليم واحد ينتازعان السلطة فيه مما يؤدي إلى عدم الاستقرار والاضطراب في المعاملات، فإن أعمال نظرية سيادة الشعب سوف يزيد الأمر تعقيدا وسيظل التنزع قائما بين سيادة الدولة من ناحية وسيادة أفراد الشعب من ناحية أخرى.

ب- يترتب على أعمال نظرية سيادة الشعب تبعية النواب لجمهور الناخبين، فالنائب يخاف من عزله بواسطة ناخبيه أو عدم تجديد انتخابه في الانتخابات اللاحقة<sup>2</sup>، وبالتالي خضوعهم لرغبات وتوجيهات وأوامر هؤلاء الناخبين، بغض النظر عن صوابها أو سلامتها، وما إذا كانت تحقق المصلحة العامة للمجتمع أم لا.

غير أن هذا النقد الموجه لا يهدد المصلحة العامة، لأنه أيا كانت اتجاهات الأغلبية في البرلمان والاعتبارات والمصالح التي تتحكم فيها عند التصويت، فإنه من شأن فرض رقابة لاحقة على ما يصدر عنهم من قوانين أن تخفف كثيرا من آثار هذه الاعتبارات، ولاشك في أن الأمين على المصلحة العامة للمجتمع ككل وعلى حقوق وحريات الأفراد فيه هو القانون

<sup>1</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 47-وما بعدها  
<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 44

الدستوري الذي يضع من الضوابط والقيود ما يحد من احتمالات تعسف السلطة التشريعية في الدولة تجاه الحقوق والحريات العامة للمجتمع وأفراده، مما يجعلنا نرى في مبدأ سيادة الشعب المبدأ الأكثر ديمقراطية والأكثر حرصاً على حقوق وحريات الشعب من مبدأ سيادة الأمة، ويتحول ملكية السيادة وحيازتها في الدولة من شخص الحاكم إلى مجموع أفراد الأمة أو الشعب يعد في حد ذاته مطلباً عزيزاً تم التوصل إلى تحقيقه بعد صراع طويل دام بين الحكام من ناحية وأفراد المجتمع في الدولة من ناحية أخرى، ولمنع سلطات الدولة من التحكم والتسلط والاستبداد يعد وجود دستور للدولة هو الضمانة الأولى التي من شأنها الحد من سلطة اختصاصات السلطة العامة فيها وممارستها على نحو يكفل للأفراد حقوقهم وحرياتهم العامة على أن يكون هذا الدستور يتصف بالسمو والجمود واعتناق مبدأ الفصل بين السلطات وتعددتها وتوازنها وتداولها والالتزام بمبدأ المشروعية بشقيه وهما سيادة القانون وخضوع الدولة للقانون والاعتراف بالحقوق العامة والأساسية من ناحية وللمجتمع ككل من ناحية أخرى من شأنه كفالة قيام دولة القانون<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> سامي جمال الدين: النظم السياسية، المرجع السابق، ص 66-وما بعدها

## المبحث الثاني: الضمانات الدستورية الخاصة

حتى تكتسب النصوص التي تتعلق بحماية الحقوق والحريات العامة أهمية وثباتا، لا بد أن تكون بمنأى عن التلاعب والتغيير، وإن كان لا بد من التغيير فبالزيادة لا بالنقصان، ولن يتسنى ذلك إلا بنص في الدستور يحظر تعديل تلك النصوص إلا بالزيادة، كذلك لا بد أن تكون المعاهدات والاتفاقيات التي تنظم الحقوق والحريات مرتبة أعلى من القانون الداخلي للدولة حتى تكفل لها الاحترام، ولن يكون ذلك فعالا إلا إذا أناط الدستور بالأفراد والهيئات دورا مهما في حماية الحقوق والحريات العامة والذود عنها.

## المطلب الأول: النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل الحقوق والحريات العامة

يعكس الدستور صورة و أوضاع المجتمع، وهذه الأوضاع في تغيير مستمر، ولهذا السبب يتعين على الدستور أن يجاري هذه التغييرات ويمنح للشعب إمكانية اختيار القواعد التي تحكمه، فلا يجوز إذن لأية أمة أن ترهن الأجيال القادمة بالأحكام والقواعد التي اختارتها هي لنفسها كنموذج للحكم والحقوق والحريات، ولا توجد بالتالي دساتير أبدية، ولهذا السبب ينبغي أن تخضع تلك الدساتير للتعديلات والإضافات والتكيفات، وعلى صاحب السلطة التأسيسية الأصلية أن يضمن ويدرج في أحكامها الإجراءات التي تمكن من مواكبة النص الدستوري للتحويلات، وتجاوز النقائص المحتملة ولغرض تحقيق ذلك، تتضمن الدساتير الإجراءات والشروط الواجب إتباعها لتعديل الدستور، فتخضع عملية التعديل بالتالي للشروط والإجراءات التي حددها الدستور نفسه وهي المهمة الأساسية التي تتولاها السلطة التأسيسية المشتقة الفرعية.<sup>1</sup>

وقد تميزت الدساتير الجزائرية بالوضوح، فحصرت اهتمامها في تنظيم حقوق وحريات الجزائريين، كما أعلنت في مقدمات الدساتير على حقوق كونية متعاقبة عبر التاريخ، تحمل الطابع الفلسفي تلبية لبيئة اجتماعية معينة، ففي دستوري 1963 و1976 إشارة واضحة للخيار الاشتراكي، بينما نجد دستور 1996 يتكلم عن المكونات الأساسية للشخصية الجزائرية، من إسلام وعروبة و أمازيغية ودورها النضالي لاسترجاع مجدها الماضي<sup>2</sup>، أما دستور 2016 تكلم عن المناصفة بين الرجال و النساء في سوق التشغيل، أيضا المعاملة القاسية أو اللإنسانية أو المهنية يقمعه القانون في المادة 40 من الدستور، أيضا حرية التظاهر السلمي مضمونة للمواطن في إطار القانون الذي يحدد كفاءات ممارستها.

غير أن واقع النصوص الدستورية المنظمة لتعديل الحقوق والحريات القليلة العدد يرينا نمطين من الدساتير بهذا الشأن هي كالاتي:

<sup>1</sup> إدريس بوبكرا: الوجيز في القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003، ص 4  
<sup>2</sup> فوزي أو صديق: دراسات دستورية والعولمة، المرجع السابق، ص 51 وما بعدها

أ) **دساتير تمنع التعديل:** وهي تحرم تعديل المبادئ المنظمة للحقوق والحريات العامة تحريماً مطلقاً، وعلى هذا الأساس، فإن جميع النصوص القانونية التي تحظر التعديل الدستور كله بصفة مؤقتة، أو بعضه بصفة دائمة، أو في أثناء ظروف خاصة نصوص باطلة تحظى بأية قيمة قانونية<sup>1</sup>، وهذا ما نص عليه دستور البحرين عام 1973 حيث نصت المادة (104)فقرة (ج) منه على: ". . . إن مبادئ الحرية والمساواة المقررة في هذا الدستور لا يجوز اقتراح تعديلها بأي حال من الأحوال ". وهذا ما ذهب إليه أيضاً الدستور المصري لسنة 1923 في المادة (165) والدستور الجزائري لسنة 1976 في المادة (195)، فقرة 4، وكذلك نجد ذات النهج في نص المادة (164) من الدستور الجزائري الصادر عام 1989 بأنه: " رأي المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري وحقوق الإنسان والمواطن وحرّياتهما، ولا يمس بأي شيء التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، أمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي متى أحرز ثلاثة أرباع من أصوات أعضاء المجلس الشعبي الوطني ". وتقابلها المادة (176) من التعديل الدستوري لسنة 1996 والتي جاء بدلها موافقة ثلاثة أرباع أصوات أعضاء غرفتي البرلمان. وقد جاء في التعديل الدستوري الجزائر لسنة 2016 في المادة ( 212) منه على أنه: " لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس:

- 1- الطابع الجمهوري للدولة،
- 2- النظام الديمقراطي القائم على التعددية الحزبية،
- 3- الإسلام باعتباره دين الدولة،
- 4- العربية باعتبارها اللغة الوطنية والرسمية،
- 5- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن،
- 6- سلامة التراب الوطني ووحدته "
- 7- العلم الوطني و النشيد الوطني باعتبارهما من رموز الثورة و الجمهورية
- 8- إعادة انتخاب رئيس الجمهورية مرة واحدة فقط

وبهذا فإن قيمة هذه النصوص تتجسد في المقام الأول في ضمان تلك الحقوق في الدساتير، وتحصينها من أي عبث أو تبديل، إلا بما هو أصلح وبإجراءات خاصة ودقيقة.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص391

ب) **دساتير تجيز التعديل بالزيادة:** وهو يجيز تعديل النصوص المنظمة للحقوق والحريات إذا كان الغرض من ذلك زيادة في ضمانات تلك الحقوق، وهذا ما انتهجه الدستور الكويتي الصادر عام 1923 حيث نصت المادة (175) منه على أن: "الأحكام الخاصة بالنظام الأميري للكويت، وبمبادئ الحرية والمساواة المنصوص عليها في هذا الدستور، لا يجوز اقتراح تنقيحها، ما لم يكن التنقيح خاصة بلقب الإمارة وبالمزيد من ضمانات الحرية والمساواة".

فقد استمر الواقع الدستوري للحقوق والحريات العامة في الجزائر على ما هو عليه منذ صدور دستور 1963 إلى غاية صدور دستور 1989 الذي يمثل القطيعة مع المفاهيم السياسية والإيديولوجية والاقتصادية للحقوق العامة، وفق المنظور الاشتراكي، والتعديل الدستوري لسنة 2016 حصل تطوير فيها من النواحي التالية<sup>1</sup>:

1- **من حيث الشكل:** فيه ازدياد في عدد المواد التي تعالج مسألة الحريات العامة في تعديل الدستور بمادتين إذا كانت واحد وثلاثون مادة وأصبحت اثنان و أربعون مادة.

2- **من حيث المضمون:** حيث قام بتقوية بعض الحقوق الموجودة في الدستور السابق، فمسؤولية الدولة كانت قاصرة على أمن مواطنيها، لكن التعديل أكد أنها تمتد لحماية الممتلكات أيضا، خاصة مع ظروف اقتصاد السوق والأزمة الأمنية الظرفية التي مرت بها البلاد، وهذا يتماشى مع الالتزامات الدولية التي وافقت عليها الجزائر، طبقا للمادة (40). كذلك أضاف هذا التعديل حق الكرامة الذي يمكن أن يضم مجموعة كبيرة من الحريات، كحظر أي عنف بدني أو معنوي، ومنع العمل الإجباري والعبودية والاستغلال، ومنع المس بالشعور طبقا للمادة (43)<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: سمو المعاهدات والمواثيق الدولية على القانون الداخلي بموجب الدستور

تشكل هذه النصوص الدستورية ضمانا من الضمانات التي تكفل احترام حقوق الإنسان وحرياته، وهي تتجسد في منح المعاهدات والاتفاقيات الدولية بصفة عامة، والمنظمة لحقوق الإنسان بصفة خاصة، السمة على قوانين الدولة الداخلية، ويرينا واقع النصوص الدستورية نمطين من الدساتير بهذا الشأن على الشكل التالي:

**الفرع الأول:** وهو يمنح المعاهدات الدولية السمة المطلق على قواعد القانون الداخلي، وتكون لهذه المعاهدات قوة الإلزام القانوني المباشر بمجرد التصديق عليها وإعلان نفاذها، ومن ذلك ما نصت عليه المادة (55) من الدستور الفرنسي لعام 1958 على أن: "الاتفاقيات الدولية المبرمة حسب الأصول أو المقبولة لها منذ نشرها سلطة أعلى من سلطة

<sup>1</sup> فوزي أو صديق: دراسات دستورية والعولمة، المرجع السابق، ص 53

<sup>2</sup> بوزيد لزهاري: تعديل 28 نوفمبر 1996 وحقوق الإنسان، مجلة إدارة، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، الجزائر، 1997، ص 92

القانون، بشرط أن يقوم الطرف الآخر بتطبيقها ". فالالتزام بالنشر في فرنسا ضروري بالنسبة إلى كل المعاهدات التي يمكن أن يؤثر تطبيقها على حقوق والتزامات المواطنين<sup>1</sup>.

والراجح أن الفكر المعاصر يجمع على أن المعاهدات الدولية تسمو على قوانين الدولة بمختلف درجاتها، عضوية كانت أم عادية، هذا ما تذهب إليه المادة 27 من الاتفاقية قانون المعاهدات لعام 1969 حيث تنص على أنه "يجوز لأي طرف أن يستظهر بأحكام قانونه الداخلي لتبرير عدم تنفيذ معاهدة. . . ."<sup>2</sup>

هذه القاعدة تضمن عدم تعارض نصوص قانونية من النظام الداخلي مع المعاهدات الدولية بصفة عامة، لكنها لا تضمن سمو المعاهدات الدولية ولا توازنها مع النظام الأساسي الوارد في الدستور الدولة، ولقد انقسم الفقه حول القيمة القانونية للقوانين العضوية، فهناك من لا يعترف لها بقيمة قانونية مساوية للقوانين العادية، يعترف لها بالمقابل البعض الآخر بقيمة أسمى من هذه الأخيرة، فباعتبارها امتداد ماديا للدستور، تكتسب القوانين العضوية قيمة دستورية ويلتزم المشرع العادي باحترامها، تربط بين القوانين العضوية والقوانين العادية حسب البعض علاقة تدرج، أي تسمو القوانين العضوية على القوانين العادية، وباعتبار كليهما تشريع فالقاضي الدستوري هو المختص في الحفاظ على هذا التدرج، يعتبر بالمقابل البعض الآخر من الكتاب أن القوانين العضوية لا يحكمها مبدأ التدرج وإنما يحكمها مبدأ الاختصاص مع الاعتراف هؤلاء بسمو القوانين العضوية على القوانين العادية ولكن هذا السمو لا يمنح لها مرتبة دستورية<sup>3</sup>، أما البعض الآخر اعتبر القوانين العضوية تقع بين الدستور والقانون العادي، ويعتبر القوانين العضوية تتمتع بقيمة قانونية أسمى من التنظيمات ومن النظاميين الداخليين لغرفتي البرلمان بينما سموها على القوانين العادية غير مؤكد رغم اعتراف هؤلاء بإمكانية رجوع القوانين العادية إلى القوانين العضوية وعدم إمكانية حدوث العكس أي عدم رجوع القوانين العضوية إلى القوانين العادية، لم يجدو في هذا التحليل حجة كافية للاعتراف بالقيمة القانونية السامية للقوانين العضوية على القوانين العادية، إنما يكفي يكتفي هؤلاء بإدراجها بين الدستور والقانون العادي.

**الفرع الثاني: وهو يستوجب موافقة السلطة التشريعية، ويجب لنفاذ المعاهدات المنظمة للحقوق والحريات أن تصدر بقانون، وهذا ذهب إليه الدستور الكويتي الصادر عام 1971 في المادة 151 أما المشرع الدستوري الجزائري فلم ينص على مسألة نشر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، إذ نجد أن المادة (42) من دستور 1963 نصت على أنه: " قوم**

<sup>1</sup> عماررزيق: نشر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 13، 2000، جامعة باتنة،

ص 107

<sup>2</sup> بوسلطان محمد، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013، ص 55

<sup>3</sup> نبالي فطيمة، دور المجلس الدستوري في رقابة مطابقة القوانين العضوية للدستور، مجلة القانون، العدد 2، تيزي وزو، 2008 ص 124

رئيس الجمهورية بعد استشارة المجلس الوطني بإمضاء الاتفاقيات والمواثيق الدولية بالمصادقة عليها والعمل على تنفيذها". أما دستور 1976 فقد نص في المادة (159) منه على أن: "الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقاً للأحكام المنصوص عليها في الدستور تكتسب قوة القانون". أما التعديل الدستوري لسنة 2016 فقد نصت المادة (150) منه على أن: "الاتفاقيات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون".

ومن هنا يتضح لنا أنه ليس هناك في المادة (150) ما يشير بطريقة مباشرة أو غير مباشرة إلى مسألة نشر الاتفاقيات الدولية بصفة عامة، على أن غياب شرط النشر ضمن نص المادة (150) لا يعني سوى أمر واحد، وهو أن المشرع الدستوري أراد أن تكون السلطة التنفيذية هي سيدة السياسة الخارجية، وتحفظ بحقها في اختيار الفرصة المناسبة لنشر الاتفاقيات الدولية التي تم التصديق عليها طبقاً للأوضاع الدستورية<sup>1</sup>.

هذا وقد أكد المجلس الدستوري الجزائري بما لا يدع مجالاً للشك مبدأ نشر الاتفاقيات الدولية بشأن حماية حقوق الإنسان، بعد التصديق عليها، وذلك في قراره رقم 1 الصادر في 20 أو ت 1989، والمتعلق بدستورية أحكام قانون الانتخابات رقم 13-89 المؤرخ في 07 أو ت 1989، فمن بين ما تضمنه هذا القرار حجة أن ". . . أية اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تدرج في القانون الوطني. . . وتكتسب سلطة أسمى من القانون. . ." ومن ثمة فإن الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان لا تندرج ذاتها *l'intégration automatique* بعد التصديق عليها في القانون الداخلي، وذلك على أساس أن التصديق عمل يقتصر أثره على الدولة، من حيث أنه يدخل المعاهدة حيز النفاذ ويلزم الدولة بها، وأن الاتفاقية المصادق عليها لا يتعرف بها القانون الداخلي إلا بعد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، فحتى تصبح الاتفاقية ملزمة في النظام القانوني الداخلي يكفي أن تكون الاتفاقية قد صادق عليها رئيس الجمهورية وتم نشرها، وابتداءً من وقت ظهور وثيقة النشر في الجريدة الرسمية، فإن الاتفاقية تندرج في النظام القانوني الجزائري وتبدأ في إنتاج آثارها القانونية، وبإمكان المواطن أن يحتج بها أمام الجهات القضائية. ولكن الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان غير المنشورة في الجريدة الرسمية لا تكون نافذة في النظام القانوني الداخلي، والنتيجة الفورية لعدم نشر الاتفاقية مع مرسوم التصديق، هي أن تطبيق الاتفاقية يصبح مضطرباً، وهذا أمر خطير، لأن المسؤولية الدولية للدولة الجزائرية يمكن إثارتها بسبب عدم احترام القضاء الجزائري للاتفاقيات التي تم التصديق عليها وغير المنشورة، ومن الصعوبة بمكان أن يرد القاضي الجزائري على من يحتج أمامه باتفاقية متعلقة بحماية حقوق

<sup>1</sup> عمار رزيق، المرجع نفسه، ص 107

الإنسان التي تم التصديق عليها طبقاً للأوضاع الدستورية ولكن لم يتم نشرها في الجريدة الرسمية<sup>1</sup>، لذا يجدر تعديل النصوص الدستورية بما يتلاءم وإعطاء القانون الدولي الدور المتميز دون اشتراطها إصدار قوانين لكي تصبح المعاهدات نافذة، والتزام الدولة بالمعاهدات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان.

### المطلب الثالث: النصوص الدستورية المنظمة لدور الأفراد والهيئات في ضمان الحقوق والحريات العامة

لن تكون حماية الحقوق والحريات العامة فعالة إلا إذا سمح الدستور للأفراد والهيئات بممارسة رقابة فعالة على السلطات في هذا المجال، وكذلك الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم أمام القضاء، فلا شك وأن الفرد هو صاحب هذه الحقوق والمتمتع بتلك الحريات، سيكون أحرص من غيره على حمايتها والدفاع عنها، ويمكننا أن نذكر في هذا الصدد الحقوق التالية:

- 1- حق الأفراد والجماعات والنقابات والأشخاص المعنوية في مخاطبة السلطات العامة، وذلك عن طريق تقديم العرائض والشكاوى. ويلاحظ أيضاً أن بعض الدساتير لم تنص على هذا الحق، ولكن الواقع العملي يكشف عن تمتع الأفراد بممارسته.
- 2- حق الأفراد في التخطيط والمساهمة في سياسة الدولة بجوانبها المختلفة، وإن ممارسة الأفراد لهذا الحق ينسجم مع ما نصت عليه الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، فمثلاً نصت المادة (21) فقرة 1 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عام 1948 أن لكل فرد الحق في الاشتراك في إدارة الشؤون العامة لبلاده إما مباشرة أو بواسطة ممثلين مختارين اختياراً حراً، كما نصت عليه المادة (25) من الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية الصادرة عام 1966.

<sup>1</sup> عمار رزيق ، المرجع نفسه، ص 108-وما بعدها

الباب الأول: دور الرقابة على دستورية القوانين في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

تختلف أساليب الرقابة على دستورية القوانين في النظم الدستورية المختلفة، إلا أن تلك الأساليب تتخذ عند غالبية رجال الفقه صورتين رئيسيتين هما: الرقابة السياسية، والرقابة القضائية، ويعتمد هذا التقسيم على الجهة التي يعهد إليها بالرقابة.

غير أن المعنى اللغوي لكلمة رقابة في اللغة الانجليزية control قد حملت أكثر من معنى يدور معظمها حول التفتيش والمراجعة أما في القواميس الفرنسية فلها أكثر من معنى يدور جميعها حول السلطة أو السيادة،<sup>1</sup> أما عن التعريف الاصطلاحي فان آراء الفقهاء قد تعددت حول وضع تعريف جامع مانع للرقابة، لان الرقابة على دستورية القوانين هي إحدى النتائج التي تترتب على مبدأ علوية الدستور لأن الدستور هو الذي يوجد السلطات الأساسية بما فيها التشريعية والتنفيذية والقضائية، و يحدد اختصاصات كل منها، وليس لأي منها إلا أن تمارس الاختصاص في النطاق المرسوم لها أد أن علوية الدستور تعني أن القواعد الدستورية هي أعلى القواعد في الدولة.<sup>2</sup>

كما يقسمون الفقهاء أساليب الرقابة من حيث وقت ممارستها إلى رقابة وقائية أو سابقة على صدور القانون ويربطون بينها دائما وبين الرقابة السياسية، و رقابة لاحقة على صدوره ويربطون بينها دائما وبين الرقابة القضائية، وقد قسمنا الرقابة إلى أسلوبين هما: أسلوب الرقابة السابقة على صدور القانون، والرقابة اللاحقة على صدوره وبيننا أنه لا يوجد ارتباط بين الرقابة الوقائية أو السابقة وبين الرقابة السياسية، فقد تكون الرقابة السابقة رقابة قضائية، كما بينا التشابه الكبير بين الصور التي بعدها الفقهاء من الصور الرقابة السياسية السابقة وبين الصور العادية للرقابة وأسميناها بالرقابة العامة أو العادية وهي التي تمارس في أغلب الدول على مشروعات القوانين خلال عمليات وضعها وذلك للتأكد من عدم مخالفتها لإحكام الدستور.

<sup>1</sup> سلوى أحمد ميدان ألمفرجي، دستورية المعاهدات الدولية والرقابة ليها، دار الحامد، عمان، 2013، ص70

<sup>2</sup> سلوى أحمد ميدان ألمفرجي، المرجع نفسه، ص70

## الفصل الأول: دور الرقابة السياسية والقضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة.

نود أن نشير إلى أن كثير من الفقهاء عندما يتناولون هذا الأسلوب بالتقييم، فإنهم يركزون على أحد نوعيه وهو الرقابة السياسية دون النوع الآخر وهو الرقابة القضائية، ويرجع ذلك إلى ما سبق أن أشرنا إليه من اقتران الرقابة السابقة في كتابات الفقهاء بالرقابة السياسية، وتبعاً لذلك فهم يعقدون المقارنة والمقابلة دائماً بين الرقابة السياسية وبين الرقابة القضائية اللاحقة، وقد يرجع هذا الربط بين الرقابة السابقة وبين صورتها الأولى وهي الرقابة السياسية، و إغفال الصورة الأخرى وهي الرقابة القضائية السابقة، إلى أن بعض النظم التي تتبع أسلوب الرقابة السابقة تجمع بين الصورتين معاً (الرقابة السياسية السابقة)، إلى أن بعض النظم التي تتبع أسلوب الرقابة السابقة تجمع بين الصورتين معاً الرقابة السياسية السابقة والرقابة القضائية، و ذلك مثل النظم التي تتولى فيها الهيئات السياسية كالبرلمان أو لجنة محددة مشكلة من أعضائه أو رئيس الدولة مباشرة الرقابة، فإذا تشككت تلك الهيئات في مخالفة مشروع قانون معين للدستور، أحالت الأمر إلى محكمة معينة أو هيئة قضائية محددة للفصل في أمر دستورية.

و مما لا شك أن للرقابة القضائية السابقة مزايا لا يمكن إنكارها من الناحية النظرية، فهي كنوع من الرقابة القضائية يمكن أن تؤدي إلى الرقابة من خطر صدور قانون غير دستوري وتلك ميزة لا يمكن إنكارها، ذلك أن الرقابة دائماً خير من العلاج، إلا أن تلك الميزة لا يتيسر الحصول عليها دائماً، ذلك لأنه ليس بإمكان تلك الجهات القضائية التي تباشر الرقابة السابقة، مباشرة الرقابة إلا بعد إحالة الأمر إليها من الهيئات السياسية المختصة كالبرلمان أو رئيس الدولة، وبذلك تفقد الرقابة القضائية قدراً كبيراً من الميزة المشار إليها، بل وتتحمل قسطاً وافراً من العيوب التي تنسب إلى الرقابة السياسية.

## المبحث الأول: دور الرقابة السياسية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

يعد موضوع كفالة احترام أحكام الدساتير أو مشكلة الرقابة على دستورية القوانين من أهم الموضوعات الدستورية التي حظيت باهتمام خاص لدى رجال الفقه الدستوري فاحتل هذا الموضوع مكانا بارزا في بطون مؤلفاتهم، بل غدا موضع دراسة تعميقية لرسائل الدكتوراه لما يتسم به من أهمية عملية تفوق أهميته النظرية في دنيا الدولة القانونية.

و إذا كان الدستور يسمو على جميع السلطات في الدولة، فإن سموه يغدو بلا مراء مجرد لفظ أجوف غير ذي مضمون لو كان بمقدور هيئات الدولة انتهاكه دون أن يكون هناك ثمة جزاء يتقرر على ذلك الانتهاك، أد يجب أن يكون هناك ضمانات احترام هذه السلطات العامة لإحكام الدستور، الذي عين لها اختصاصاتها ورسم لها حدود ممارستها وأصولها<sup>1</sup>.

كما ترمز الرقابة القضائية إلى صفة الهيئة التي تباشرها، أي أنها تمارس من قبل هيئة قضائية في فحص دستورية القوانين الصادرة عن البرلمان للتحقق من مطابقتها أو مخالفتها لقواعد الدستور<sup>2</sup>، بحيث لا تقتصر وظيفة القضاء على التحقق من مطابقة العمل الإداري للقانون بل يتناول مطابقة القانون للدستور.

### المطلب الأول: وجهة نظر رجال الفقه بالنسبة للرقابة السياسية.

**1-** تعد الانتقادات التي وجهت للتطبيقات المختلفة لأسلوب الرقابة السياسية في فرنسا، هي الانتقادات الجوهرية التي يمكن أن توجه لأسلوب الرقابة السياسية بوجه عام باعتبار أن فرنسا هي الوطن الأم لأسلوب الرقابة السياسية، عندما أنشأ دستور السنة الثامنة للجمهورية مجلسا خاصا للقيام بهذه المهمة<sup>3</sup>، أو بمعنى آخر إذا كان يمكن أن نعد الانتقادات التي

<sup>1</sup> إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص705

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، رقابة دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، 260

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص412

وجهها الفقهاء للرقابة السياسية انتقادات نظرية، فإنه يمكن أن نعد التجارب المختلفة للرقابة السياسية في فرنسا هي التطبيقات العملية لتلك الانتقادات.

2- يمكن أن يضاف إلى الانتقادات الموجهة إلى أسلوب الرقابة السياسية، عدم تمتع هذا الأسلوب بمميزات أسلوب الرقابة القضائية. فأغلب مميزات الرقابة القضائية تعد عيوباً لأسلوب الرقابة السياسية.

3- لقد وجهت انتقادات إلى أسلوب الرقابة السياسية، إلا أن تلك الانتقادات كانت موجهة إلى تطبيقات الرقابة القضائية، لا إلى الرقابة القضائية ذاتها، وكان مبعث تلك الانتقادات هو محاولة علاج ما ظهر من عيوب أثناء التجارب المختلفة لها، أما الرقابة السياسية فيند أن نجد أحداً فيما نعلم حتى من المعارضين للرقابة القضائية يدافع عن مراقبة دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية. فذلك النوع من أنواع الرقابة يتهم من الجميع بأنه نظام فاشل من حيث أسسه النظرية، وأثبت فشله في عالم الواقع

### الفرع الأول: الانتقادات الموجهة لأسلوب الرقابة السياسية

إن فكرة تكليف هيئة سياسية بالرقابة على دستورية القانون هي فكرة منطقية، فالجهاز الذي يملك الحكم على القوانين هو السيد الحقيقي في الدولة إذ لا يمكن أن يستمر أي تشريع هام بدون موافقته ويترتب على ذلك يكون هذا الجهاز سياسي<sup>1</sup>، ويتم اختيار أعضائها عن طريق البرلمان أو بالاشتراك مع السلطة التنفيذية، أو قد يعهد بتلك المهمة إلى البرلمان ذاته، كما قد تبدو فكرة الرقابة السياسية باعتبار أنها رقابة سابقة على صدور القانون أكثر فائدة، ذلك أنه يتوقى بواسطتها صدور قوانين غير دستورية قبل إصدارها، و قد يتصور أن الرقابة السياسية في تلك الحالة أكثر صلاحية وفائدة من الرقابة اللاحقة، فالرقابة كما يقولون خير من العلاج<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، دون البلد، 2007ص358

<sup>2</sup> حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري، دار الثقافة، دون البلد، 2009، ص119

كما قد تبدو فكرة الرقابة السياسية فكرة تتفق مع المنطق كذلك من واقع أن عملية الرقابة على دستورية القوانين كما يقال هي عملية ذات طبيعة سياسية وقانونية، ولذلك يبدو منطقياً أن تباشر الرقابة بواسطة هيئة سياسية<sup>1</sup> إلا أنه سرعان ما يبدأ تهاوي منطق فكرة الرقابة السياسية عند مناقشة أسسها ونتائجها والانتقادات الموجهة، و قد وجه الفقهاء عدة انتقادات لأسلوب الرقابة السياسية نعرضها على الوجه التالي:

1- سرعان ما تبين خطورة أن تسند مهمة الرقابة إلى هيئة سياسية يمكن أن تخضع للنزوات السياسية والأهواء والأطماع التي يمكن أن تخضع لها الهيئات السياسية الأخرى<sup>2</sup>، مما يؤدي إلى أن يصبح هذا النوع من الرقابة بمثابة إحلال مثل هذه الهيئة المكلفة بالرقابة بما فيها من نزعات، محل نزعات وأهواء الهيئات السياسية الأخرى. كما أن هيئات الرقابة السياسية لن تستطيع إبعاد ذاتها عن التأثير بالتيارات السياسية والحزبية وذلك بحكم طبيعتها السياسية<sup>3</sup>.

2- و يتناول "دوجي" مشكلة كيفية تكوين هيئات الرقابة السياسية<sup>4</sup>:

فهذه الهيئات قد تشكل :

أ- إما بمعرفة السلطة التشريعية (من أعضائها، أو باختيارها لأعضاء هيئات الرقابة) وفي تلك الحالة تكون رقابة تلك الهيئات إما رقابة ذاتية تباشرها السلطة التشريعية على ذاتها، و أما أن تكون امتداداً للسلطة التشريعية تتأثر باتجاهاتها، و تكون تحت رحمتها (مثال ذلك اللجنة الدستورية في دستور سنة 1946 في فرنسا) فكان السلطة التشريعية ستراقب ذاتها بذاتها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ثروت بدوي، القانون الدستوري، بدون دار النشر، القاهرة 1970، ص 123

<sup>2</sup> عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة، عمان، 2011، ص 186

<sup>3</sup> إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 717

<sup>4</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، بدون دار النشر، الطبعة الأولى، القاهرة، 1956 ص 309

<sup>5</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، دار الثقافة، 2009 عمان، ص 312

ب- و إما بمعرفة السلطة التنفيذية، و في تلك الحالة ستكون هيئات الرقابة تابعة لها، الأمر الذي سيؤدي الخروج على الدستور<sup>1</sup>.

و لا شك أن السلطة التشريعية سوف تتشكك دائما في هيئة الرقابة، على أساس أنها امتداد للسلطة التنفيذية، و يمكن أن يؤدي ذلك إلى تصادم مستمر بين هيئة الرقابة وبين السلطة التشريعية، مما قد ينتج حالة من عدم الاستقرار السياسي.

ج- وإما أن تشكل الهيئة بالانتخاب المباشر من الشعب<sup>2</sup>، وعندئذ قد تظن هيئة الرقابة المنتخبة من الشعب أنها تمثله، و إنها تعلقو على الهيئات الأخرى ما دام أن الدستور قد أسند لها حق مراقبة دستورية القوانين التي تضعها السلطة التشريعية، و قد يؤدي مثل ذلك إلى حالة من التنازع بين السلطات العامة<sup>3</sup>.

و من الناحية النظرية، فإنه يمكن تصور افتراضين في تلك الحالة :

- فما دام الشعب قد اختار تلك الهيئة كما اختار البرلمان، فقد تسيطر على الهيئة ذات الميول والاتجاهات السياسية التي تسود البرلمان. ومادام أن هناك توافقا بين الجهتين، فإنه يشك كثيرا في إمكان أن تكون رقابة الهيئة جدية تماما على القوانين التي يضعها البرلمان.

- أو أن تكون الاتجاهات السياسية مختلفة بين هيئة الرقابة وبين البرلمان، فيؤدي ذلك إلى النزاع والتصادم بينهما مما قد يؤدي إلى حالة من الاضطراب السياسي<sup>4</sup>.

كما أن نشأة هيئة الرقابة عن غير أسلوب الانتخاب سوف يكون وضعها غريبا (كما يقول دوجي) يجافى الفهم التقليدي للمبدأ الديمقراطي، فكيف نراقب تلك الهيئة التي لم ينتخبها الشعب البرلمان وهو المنتخب من الشعب والممثل لإرادته العامة.

<sup>1</sup> غسان مدحت خير الدين، الرقابة القضائية على القوانين، دار الراية لبنان، الطبعة الأولى، 2013، ص67

<sup>2</sup> إبراهيم عبد العزيز شحاح، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، 718

<sup>3</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص311

<sup>4</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص67

د- أما إذا شكلت هيئة الرقابة بواسطة الاختيار الذاتي، فإن ذلك يجعل منها هيئة ارسنقراطية لا تتفق مع مبادئ الديمقراطية الحديثة.

3- و إذا قيل أن للرقابة طبيعة سياسية، فإن لها أيضا طبيعة قانونية لا ينكرها أحد، مما يختم أن تقوم بأعبائها عناصر قادة على تفهم المشاكل القانونية، و قد لا تتوفر تلك الخاصة لأعضاء الهيئات السياسية، رغم استلزام توفر العناصر القادرة على تفهم المشاكل القانونية في هيئات الرقابة، إلا أن بعض الفقهاء يرون أن استلزام ذلك يعد ميزة وعبيا في ذات الوقت، بالمخاطر التي قد تنتج عن الأسلوب المقابل وهو الرقابة القضائية، و العقلية المحافظة للقضاة الذين ينظرون للدستور كمجموعة قواعد لا يمكن المساس بها، و يغلبون حرفية النصوص على روحها<sup>1</sup>.

4- إن أسلوب الرقابة السياسية يؤدي غالبا إلى حرمان الأفراد من حق الطعن بعدم الدستورية أمام هيئات الرقابة السياسية<sup>2</sup>.

و بوجه عام فإن أغلب الفقهاء ينتقدون إسناد مهمة الرقابة إلى هيئات سياسية، و فشلها لأنها لا تشكل ضمانة حقيقية لكفالة مبدأ سمو الدستور<sup>3</sup>.

### **الفرع الثاني: مناقشة الانتقادات الموجهة للرقابة السياسية**

بجانب تأييدنا للانتقادات التي وجهت لأسلوب الرقابة السياسية فإننا نود أن نبرز الانتقادات الآتية :

1- إن النقد الأساسي الذي يوجه إلى الرقابة السياسية، يتلخص في خضوع الهيئات السياسية القائمة بالرقابة للنزوات والأهواء السياسية بحكم انتماء أعضاء تلك الهيئات إلى عالم السياسة وهي السلطة التشريعية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص312

<sup>2</sup> هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص363

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص418

<sup>4</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص312

2- نحن وإن كنا نتفق مع الآراء القائلة بهذا النقد، حيث أن المناخ الذي تتكون فيه تلك الهيئات ونوعية أعضائها، يمكن أن يهيئهم للخضوع للأهواء والنزوات السياسية إلى حد كبير، إلا أننا نعتقد أن ذلك النقد قد وجه إلى الرقابة السياسية، من واقع استقراء تجارب الرقابة السياسية في فرنسا.

و على ذلك فينبغي ألا نغفل الجانب الآخر للصورة، و هذا الجانب هو الظروف التي مورس فيها ذلك النوع من الرقابة. وهو الحكم الدكتاتوري في عهد نابليون الأول وعهد نابليون الثالث، و ظروف عدم الاستقراء السياسي وشبه الدكتاتورية البرلمانية في عهد الجمهورية الرابعة، و قوة سلطان السلطة التنفيذية في عهد الجمهورية الخامسة. وإذا كانت الرقابة السياسية فاشلة في حد ذاتها بحكم هيئاتها، فإن فشلها يزيد في ظل الحكم الدكتاتوري أو عدم الاستقرار السياسي والصراعات الحزبية المسيطرة. ففي ظل الحكم الدكتاتوري لا يمكن أن تؤمل خيرا في نظام الرقابة ذاته، و بالتالي في جدوى أي أسلوب من أساليب الرقابة سياسيا كان أم قضائيا. فمن الواجب إذا لتقييم التجارب تقييما صحيحا ألا نغفل الظروف التي تمارس في ظلها تلك التجارب.

و يجد الباحث في أول تجربة للرقابة السياسية في فرنسا في عهد نابليون الأول أن أعضاء هيئة الرقابة، كانوا يختارون بمعرفة الإمبراطور بطريق غير مباشر، و كانوا يعملون في ظل عهد استبدادي، و يتعرضون لعوامل الإغراء والإرهاب، و تحت كل هذه الظروف كانت تحمل هيئة الرقابة فعندما أسقط نابليون جهاز أعضاء الهيئة بما سكتوا عنه من قبل من مخالفات نابليون الدستورية وإصداره قوانين غير دستورية، ولقد يكون في ذلك الجهر إرضاء للحكام الذين خلفوا نابليون، إلا أنه يثبت على كل حال أنهم لم يكونوا يستطيعون القول بتلك المخالفات في عهد نابليون الاستبدادي، فلا يمكن المبالغة في اتهام هيئات الرقابة السياسية بخضوع أعضائها وحدهم حكم تكوينهم للأهواء والنزوات السياسية " وسوف نلاحظ من خلال عرضنا لنظام الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية، أن القضاة هناك ليسوا بعيدين إلى حد كبير عن التأثر بالنزعات السياسية.

و تظهر النظرة الأولى لنشأة الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية، أن الخلاف بين الحزبين الاتحادي والجمهوري، و رغبة الاتحاديين في المحافظة على استمرار بقاء مبادئهم بعد تركهم للحكم، هو الذي دفعهم لتعيين قضاة من إتباعهم وعلى رأسهم رئيس القضاة جون مارشال، و كانت رغبة الحزب الآخر في محاربة هذا الاتجاه هي التي أدت إلى محاولته استبعاد تعيين القضاة المناصرين للحزب الاتحادي، لكي يتسنى له تعيين قضاة يدافعون عن سياسته ومبادئ (و هذا ما يظهر من قضية ماريوري ضد ماديسون كما سنعرضها في حينها)، و يعني ذلك أنه حتى في ظل نظام الرقابة القضائية، فإنه لا يمكن القول بابتعاد القضاة جميعا في كل النظم عن الخضوع لأهواء السياسية<sup>1</sup>.

حقا إن القضاة بحكم تكوينهم وطبيعتهم وضماناتهم يكونون أقرب إلى الحيادة والاستقلال، إلا أننا لا يمكن أن نجردهم من كونهم يعيشون وسط مجتمع، و يتأثرون بما يظل هذا المجتمع من جود ديكتاتوري أو ديمقراطي، و لقد يقال أن الضمانات التي تخص القضاة مثل عدم جواز العزل وغيرها، تحميهم من التأثير بالنزعات السياسية والخضوع لرغبات الحكام، ولكن تلك الضمانات كعدم جواز العزل كانت مقررة أيضا بالنسبة لأعضاء مجلس الشيوخ المحافظ، ومع ذلك فلم تؤدي إلى قيامهم بالرقابة على الوجه الواجب. ولاشك أنه كانت هناك أسباب كثيرة لعدم قيامهم بواجبهم، منها نوعية الأعضاء وقصور النصوص المنظمة لاختصاصاته، إلا أن أهم سبب لذلك هو ظروف الحكم الديكتاتوري الذي مورست الرقابة في ظله.

2- و يترتب على الملاحظة السابقة أن ثمة خطورة تنتج عن إقامة نظام للرقابة في ظل حكم ديكتاتوري " وتبدو تلك الخطورة في أن النظم الديكتاتورية تستر وراء إقامة تنظيمات للرقابة للدعاء بأن نظمها نظما قانونيا، و أن حكمها مقيد بالدستور بدليل وجود هيئات للرقابة على دستورية القوانين. وغالبا ما تتبع تلك النظم الديكتاتورية أسلوب الرقابة السياسية.

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ص 336

3-و هناك خطورة من جهة أخرى تترتب على إتباع أسلوب الرقابة السياسية، ولكن هذه الخطورة تبدو في هذه المرة في ظل النظم الديمقراطية، فقد يتخذ وجود الرقابة السياسية حجة لعدم قيام القضاء ببسط رقابته على دستورية القوانين، مادام الدستور قد نظم الرقابة وأسند أمرها لهيئة سياسة (ومثال ذلك فرنسا حيث يستند القضاء إلى مثل تلك الحجة)

4-و من أهم العيوب التي توجه لأسلوب الرقابة السياسية، إن الأفراد يعزلون في ظلها عن ممارسة حقهم في الطعن بعدم الدستورية<sup>1</sup>، و يظهر بحث النظم المختلفة التي اتبعت أسلوب الرقابة السياسية، إنه لم يسمح للأفراد بذلك إلا في ظل تجربة واحدة كان محكوما عليها بالفشل لأسباب كثيرة ذكرناها في حينها، تلك هي تجربة الرقابة السياسية في عهد نابليون الثالث حيث كان يسمح للأفراد بالطعن في القوانين أمام الهيئة المكلفة بالرقابة.

إلا أن ذلك النقد لا يمكن توجيهه لأسلوب الرقابة السياسية في ذاته، ذلك أنه ليس هناك ما يمنع من تنظيم الرقابة السياسية بشكل يؤدي للسماح للأفراد بالطعن بعدم الدستورية فالأفراد هم الذين يهمهم في المقام الأول ألا تتعارض القوانين مع الدستور، حتى يستطيعون الاطمئنان إلى منع أية محاولة لاستبداد السلطة التشريعية بهم، أو الاعتداء على حرياتهم المنصوص عليها في الدساتير<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي ، المرجع نفسه، ص363

<sup>2</sup> عصام علي الدبس، المرجع نفسه، ص187

**الفرع الثالث: مدى اعتبار الرقابة السابقة رقابة على دستورية القوانين :**

إذا نظرنا إلى الواقع فإنه لا يمكن اعتبار أسلوب الرقابة السابقة وسيلة للرقابة على دستورية " القوانين " فالرقابة على دستورية القوانين تعني أول ما تعني أن تكون القوانين قد صدرت بعد انتهاء جميع الإجراءات الشكلية التي يتطلبها الدستور. أما الرقابة السابقة فإنها تعني الرقابة " السابقة على صدور القانون "، و مع ذلك فهي تعد رقابة على دستورية " مشروع " القانون، لا رقابة على دستورية القانون<sup>1</sup>، و بذلك تنحصر الرقابة على دستورية القوانين في صورة الرقابة السابقة فحسب لذلك اعتبر الفقهاء الرقابة السياسية أنها تمثل صوراً عديدة من الرقابة العامة العادية التي تمارس على مشروعات القوانين في معظم الدول ولا تتميز الصورة الأخيرة عن الصور التي يقول بها رجال الفقه و هذه الرقابة العامة العادية، التي تستهدف ضبط أحكام مشروع القانون ومراجعته حتى لا يتعارض مع أحكام الدستور الموجودة في أغلب النظم، الأمر الذي يؤدي إلى التشكك في وجود أسلوب متميز هو أسلوب الرقابة السابقة، بحيث يوضع بالمقابلة للأسلوب الحقيقي وهو أسلوب الرقابة اللاحقة.

**الفرع الرابع: الرقابة السياسية ليست رقابة في حد ذاتها**

لا نستطيع اعتبار الرقابة السياسية كما طبقت في النظم المختلفة نوعاً من الرقابة. لأن رأي " رقابة - في أي مجال - تستدعي أساسين هما :

- 1- وجود جهتين: جهة تراقب، وجهة تراقب. أي لابد من وجود هئتين منفصلتين.
  - 2- وجود قاعدة عليا تعلق الجهتين، وعلى أساس تلك القاعدة، تراقب إحدى الجهتين الجهة الأخرى من حيث احترامها أو مخالفتها لأحكام تلك القاعدة العليا.
- و يوجد هذان الأساسان في أية صورة من صورة الرقابة:
- ففي الرقابة الإدارية، يراقب الرئيس أو الجهة الرئاسية العليا، المرؤوس أو الجهة الأدنى من حيث التزام القوانين والتعليمات.

<sup>1</sup>محمود صبحي علي السيد، المرجع نفسه، ص27

- و في الرقابة السياسية التي يباشرها البرلمان على الحكومة، يراقب البرلمان (كممثل للشعب) الحكومة من حيث التزامها بالدستور والقوانين<sup>1</sup>.
- و في الرقابة القضائية على مشروعية اللوائح والأعمال الإدارية، يراقب القضاء مشروعية اللوائح والأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية من حيث مدى احترام تلك اللوائح للدستور وللقوانين.
- و بالنسبة للرقابة القضائية على دستورية القوانين، يراقب القضاء دستورية القوانين التي تضعها جهة أخرى هي البرلمان من حيث مدى احترامها للدستور (و هو القانون الأعلى الذي يعلو الجهتين).

فإذا طبقنا هذا المعيار بأساسيه على التجارب التي تمت في حق الرقابة السياسية لوجدنا أن معظم تلك التجارب كانت عبارة عن " رقابة ذاتية " تمارسها السلطة التشريعية على القوانين التي تسنها بصورة مباشرة أو غير مباشرة، سواء بكامل أعضائها أو بعضهم، أو بواسطة لجنة تختارها تلك السلطة، فليست هناك في تلك الصور جهتان منفصلتان، جهة تراقب وجهة تراقب، فالجهتان هما جهة واحدة.

ففي فرنسا مثلا كانت هيئتا الرقابة في ظل كل من التجريبتين الأولى والثانية مشكلتين من أعضاء البرلمان، و في ظل دستور سنة 1946 كانت اللجنة الدستورية امتدادا للبرلمان وتعبيرا عن الأحزاب الفرنسية وكانت أيضا مقيدة بحيث لا يحق لها التدخل للبحث في دستورية القوانين إلا بتوافر شروط وإتباع إجراءات معينة تتمثل أساسا في توجيه طلب إليها من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية بموافقة الأغلبية المطلقة لهذا الأخير<sup>2</sup>، كما أن مجلسي البرلمان في ظل دستور سنة 1958 يختاران ستة من أعضاء المجلس (الدستوري)، كما أنه لم يكن هناك (في أغلب تجارب الرقابة السياسية المختلفة) قاعدة عليا تراقب على أساسها الجهة المراقبة، الجهة الأخرى المراقبة، للتأكد من احترامها أو مخالفتها

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي ، المرجع نفسه ص358د

<sup>2</sup> سعيد بالشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993 الطبعة العاشرة، ص198

لذلك القاعدة العليا، وعليه فإن ما أطلق عليه الفقهاء " الرقابة السياسية ما هي إلا رقابة ذاتية تباشرها من الناحية العملية السلطة التشريعية على ذاتها، وليست رقابة تقوم بها هيئة أخرى مستقلة عنها عليها، و يغدو احترام الدستور في تلك الحالة كما يقول الفقهاء لا ضابط له سوى النوايا الطيبة للمشرع.

ونحن لا نثق كثيرا في جدوى " الرقابة الذاتية " في مجال الرقابة على دستورية القوانين. فالواقع أن الرقابة الذاتية أو القيد الذاتي لا يجدي. أو كما يقول دوجي في مجال نقده لفكرة التقييد الذاتي عموما إن قيادا لا يمكن وضعه أو رفعه أو تعديله إلا وفقا لمشئئة الشخص الذي يوضع ذلك القيد عليه. ليس قيادا، و إن القول بأن الدول يصح وصفها في تلك الحالة بنها مقيدة بالقانون، إنما يعدو ضربا من ضروب النذر، و إن تلك النظرة تؤدي إلى الأخذ بمبدأ مطلق للسلطان<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية

إذا كانت الرقابة القضائية ترتبط بالولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها الوطن الأم لهذا النوع من أنواع الرقابة، فإن الرقابة السياسية ترتبط بفرنسا باعتبارها أنها الوطن الأم لها ولقد أخذت الدساتير الفرنسية بأشكال مختلفة من تلك الرقابة السياسية، و لقد تعرض أسلوب الرقابة السياسية في فرنسا لانتقادات كثيرة من جانب غالبية رجال الفقه الفرنسي، الذين طالبوا بإتباع أسلوب الرقابة القضائية، فإننا سوف نتناول تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية على الوجه التالي :

الفرع الأول: في ظل دستور السنة الثامنة للجمهورية (دستور 13 ديسمبر سنة 1799)

الفرع الثاني : في ظل دستور سنة 1852

الفرع الثالث – في ظل دستور سنة 1946

الفرع الرابع – في ظل دستور سنة 1958

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص622-و ما بعدها

الفرع الأول: الرقابة في ظل دستور السنة الثامنة للجمهورية"دستور 13ديسمبر سنة 1799"

حاول الفقيه الفرنسي " سييس " Siéyes أن يقنع واضعي دستور السنة الثالثة للجمهورية (دستور 22 أوت 1795 أو 5 فريكندور للسنة الثالثة للجمهورية) بإنشاء هيئة محلفين دستورية *jurieconstitutionnaire*<sup>1</sup>، على أن تكون مهمة تلك الهيئة التحق من مطابقة القوانين للدستور<sup>2</sup>، وتملك إلغاء القوانين غير الدستورية، و كان " سييس " Siéyes يرى أن تلك هي النتيجة الطبيعية التي تترتب منطقيا على التميز بين السلطتين التأسيسية والتشريعية.

و لقد انتقد " سييس " بمشروع لتلك الهيئة، يتضمن تكوينها من 108 عضوا ويتم تعيينهم لأول بواسطة الجمعية التأسيسية، ثم تتولى الهيئة بعد تشكيلها الأول تعيين أعضائها بنفسها، على أن تجدد ثلث الأعضاء سنويا وقد أكد " سييس " في مشروعه، أن تلك الهيئة هي هيئة سياسية لا قضائية<sup>3</sup>، و يرجع ذلك إلى الآثار السيئة التي خلفتها البرلمانات القضائية (المحاكم) السابقة على قيام الثورة وقد ووجه مشروع " سييس " Siéyes باعتراضات شديدة من واضعي الدستور<sup>4</sup>، وكان جوهر تلك الاعتراضات أن إنشاء مثل هذه الهيئة السياسية، سوف يفتح الباب لاستبدالها وسيطرتها، و الحقيقة أن الاعتراض لم يكن على الهيئة ذاتها، إنما كان على مبدأ الرقابة ذاته، فقد كان الفقه الفرنسي متشعبا بفكرة علو الإرادة العامة، وعدم إخضاع القوانين وهي التعبير عن الإرادة العامة للرقابة من جانب أي جهة، كما كانت تسيطر عليه الخشية من أن تغدو أي جهة للرقابة سلطة تعلق على كل سلطات الدولة<sup>5</sup>، وقد أخذت الجمعية التأسيسية بالرأي الآخر القائل بتقسيم السلطة التشريعية

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي ، المرجع نفسه، ص359

<sup>2</sup> علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، دار صفاء، 2011، ص313

<sup>3</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص314

<sup>4</sup> قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، 2006، ص171

<sup>5</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص310

إلى مجلسين، يكون كل منهما رقبيا على الآخر، لضمان عدم مخالفة أحدهما للدستور، إلا أن " سييس " Siéyes لم ييأس نتيجة رفض مشروعه، بل انتهر فرصة اشتراكه في وضع الدستور السنة الثامنة في عهد " لويس نابليون " وتقدم بمشروعه ونجح في تحقيق فكرته، وإقامة أول هيئة سياسية، سميت باسم " مجلس الشيوخ المحافظ " <sup>1</sup> أو " المجلس الخاص للدستور "، و كان المجلس يتكون من 80 عضوا، وكانت هناك ضمانات نظرية كثيرة لكل أعضاء لضمان استقلال المجلس، كالعزوية مدى الحياة، وعدم العزل، وعدم الجمع بين عضوية المجلس وأية وظيفة في الدولة، كما أن اختيار الأعضاء الجدد بالمجلس كان مسندا لأعضاء المجلس أنفسهم. فقد كان اختيار أغلبية أعضاء المجلس يتم في المرة الأولى بواسطة نابليون والقنصلين المؤقتين، ثم تختار تلك الأغلبية بقية أعضاء المجلس <sup>2</sup>، كما كانت مهمة المجلس - طبقا للمادة 21 من الدستور - هي " أن يبقى أو يلغي جميع الأعمال التي تطعن الحكومة أو المجلس النيابي أمامه بعدم دستورتيتها " فكانت مهمة المجلس إذا هي المحافظة على الدستور بواسطة التحقق من دستورية القوانين وكذا قرارات ومراسيم السلطة التنفيذية.

### فشل مجلس الشيوخ المحافظ

و الواقع أن ذلك قد فشل في أداء مهمته لأسباب كثيرة بعضها خاص بمدى استقلال أعضاء المجلس، والبعض الآخر خاص بسلطة المجلس :

1- إن أعضاء المجلس لم يتمتعوا بالاستقلال الحقيقي فقد كان تعيينهم يتم في الواقع بواسطة الإمبراطور، و كان على المجلس أن يختار أحد ثلاثة مرشحين (مرشح الإمبراطور ومرشح السلطة التشريعية، و مرشح المجلس النيابي). le Tribunal ونظرا لنفوذ الإمبراطور، فلم يكن أمام مجلس الشيوخ المحافظ إلا اختيار مرشحي نابليون <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي ، المرجع نفسه، ص359

<sup>2</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ص 312

<sup>3</sup> ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، المركز القومي، القاهرة، 2013، ص110

كما وقع أعضاء المجلس تحت تأثير عوامل الإغراء من جانب نابليون المتمثلة في منحهم النياشين والإلقاء والمكافآت. بل إن نابليون بعد مضي عامين على تشكيل المجلس قد عدل نظام المجلس، بحيث يمكن لأعضائه أن يجمعوا بين عضوية المجلس وبين منصب الوزير، و ذلك بالقرار من مجلس الشيوخ في 16 أوت من السنة العاشرة للجمهورية، كما خول القنصل الأول حتى تعيين أعضاء المجلس مباشرة. ومن البديهي فإنه ما كان ليختار إلا أعضاء ليسوا على المستوى المطلوب من الكفاءة وقوة الشخصية مما ساعد على فشل المجلس، و ما كاد المجلس النيابي يحاول مجرد المحاولة أن يتحرر بعض الشيء حتى سارع نابليون بموافقة المجلس المحافظ إلى تطهيره من العناصر المعارضة له. ثم ألغى نابليون المجلس نهائيا في 10 أوت سنة 1807، وأقر المحافظ بدستورية إلغاء نابليون للمجلس النيابي

2- كما أن اختصاص المجلس المحافظ (وإن كان يبدو من الناحية النظرية خطيرا ومهما، مما يؤهل المجلس لأن يكون على قمة جهاز الحكم مع نابليون)، إلا أن تحليل قيام المجلس بممارسة اختصاصه تظهر عكس ذلك، فلم يكن للمجلس حق مباشرة الرقابة من تلقاء ذاته بل كانت تحال إليه القوانين والقرارات، إما من الحكومة أو من المجلس النيابي، وكان الأخيران واقعين تحت تأثير نابليون. وكما أن الحكومة لم تكن لتطعن في أعمالها أو في مشروعات التي تقترحها، فإن المجلس النيابي لم يكن ليطعن أيضا في أعمال الحكومة أو في أعمال السلطة التشريعية، وهو يعرف مقدما أن أي عمل لكليهما إنما هو تعبير عن إرادة نابليون لذلك فالثابت أن المجلس المحافظ لم يبلغ أي قانون أو إجراء مخالف للدستور، بالرغم من أن عدم الدستورية كان واضحا في كثير من القوانين والأعمال<sup>1</sup> لقد خلق المجلس كما يقول " بيردو " - ليكون وديعا فأصبح خادما " .

و عند سقوط نابليون وزوال نفوذه، قام المجلس بإصدار قراره في 3 أبريل سنة 1814 بعزله عن العرش، وبدأ المجلس يتكلم عن جميع المخالفات الدستورية التي تمت في عهد

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص360

نابليون. ولم يكن كلامه لوجه الدستورية وإنما لوجه رجال الحكم الجديد الذي خلف نابليون، ولم تنحصر الأضرار الناتجة عن تجربة المجلس المحافظ في الرقابة على تغاضيه عن القوانين غير الدستورية التي صدرت في عهده ولم يفصل شيئاً تجاهها، بل كان الضرر الكبير هو أن فشل هذه التجربة كان السبب الأساسي في فقد الثقة في فرنسا في الرقابة بواسطة هيئة سياسية<sup>1</sup>، وكانت الثقة مفقودة أصلاً في الرقابة بواسطة القضاء نتيجة للذكريات السيئة للبرلمانات القضائية (المحاكم) قبل الثورة الفرنسية، ووقوف تلك المحاكم في وجه أي إصلاح، و قد ظلت تجربة المجلس المحافظ دليلاً يستدل به القائلون على عدم جدوى الرقابة بواسطة الهيئات السياسية لخضوع أعضاء تلك الهيئات للأهواء السياسية ولسيطرة أحك.

#### الفرع الثاني: الرقابة في ظل دستور 14 يناير سنة 1852

أعيدت تجربة الرقابة السابقة بواسطة هيئة سياسية في ظل دستور 1852 وقد كان ذلك الدستور - كما يقولون - طبعة ثانية من دستور السنة الثامنة. فلقد نص دستور سنة 1852 (بالمواد من 19 إلى 23) على إنشاء مجلس محافظ مشابه للمجلس الأول وكان المجلس المحافظ الجديد ذا اختصاصات واسعة تفوق اختصاصات المجلس الأول<sup>2</sup>:

- فقد كان من حق المجلس أن تحال عليه جميع القوانين قبل إصدارها لكي يتحقق من مطابقتها للدستور، بل إن دور المجلس قد تطور فيما بعد فأصبح من حقه رقابة القوانين من حيث الملائكة كذلك.
- كما كان من حق المجلس إلغاء القوانين التي تثبت عدم دستورتها، كما كان من حقه تعديل الدستور طبقاً لشروط معينة.
- و كان للأفراد أن يطلبوا من المجلس إلغاء القوانين التي يشكون في مخالفتها للدستور، وقد كان منطقياً أن يؤدي النص على حق الأفراد في طلب إلغاء القوانين الدستورية إلى

<sup>1</sup> قزو محمد أكلي، المرجع نفسه، ص171

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص414

تدعيم سلطات المجلس وصلاحيته للقيام بدور فعال في مجال الرقابة. إلا أن أهمية تلك السلطات الواسعة، كانت تقتصر على مجرد الأهمية النظرية لا العملية. فقد أدت سلطة نابليون الثالث في اختيار أعضاء المجلس، وتأثيره عليهم بواسطة المنح والمطايا وكانت عضوية المجلس بلا مقابل هذا ما أدى إلى فشل المجلس ووقوعه تحت سيطرة نابليون الثالث، ولم يعرف عن المجلس قيامه بإلغاء أي قانون عرض عليه لعدم دستورية، بل أصبح المجلس وسيلة نابليون الثالث لتعديل الدستور طبقاً لأهوائه<sup>1</sup>، و قد تحول المجلس كما يقول دوجي من مجلس للرقابة على دستورية القوانين إلى مجلس تشريعي ثان، ولقد كان من نتيجة فشل تلك التجربتين في دستور السنة الثامنة ودستور سنة 1852 أن فقدت الثقة في الرقابة على دستورية القوانين بواسطة هيئة سياسية. ولقد تعددت آراء الفقهاء في نقد المجلسين، حيث لم يفعل شيئاً، ولم يعلن عدم دستورية أي قانون<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: الرقابة في ظل دستور سنة 1946

نص دستور سنة 1946 على إنشاء لجنة دستورية Comite Constitutionnel تختص بالرقابة على دستورية القوانين، و لقد كانت النصوص الخاصة باللجنة الدستورية دليلاً واضحاً على روح التنافر بين نصوص الدستور عامة وعدم وجود روح واحدة تشملها، وكان مرجع ذلك إلى الخلاف الكبير بين الأحزاب الفرنسية التي اشتركت في الجمعية التأسيسية، و المساومات السياسية التي حدثت بين تلك الأحزاب أثناء وضع الدستور<sup>3</sup>، فقد كانت بعض الأحزاب (مثل حزب الحركة الجمهورية التقدمية M. R. P.) التي تقدمت بمشروع الرقابة، ترى في الرقابة تأميناً وحماية لحقوق الأفراد وضماناً للأقليات وحماية لمبدأ علو الدستور، بينما كان الحزب الشيوعي يرى في الرقابة تعارضاً مع الديمقراطية وانتقاصاً لسلطان الجمعية الوطنية، التي تعبر القوانين التي تضعها عن إرادة

<sup>1</sup> سعد عصفور، مقدمة القانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1954، ص116

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص414

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص414

الشعب<sup>1</sup> و كانت الأحزاب ذات النزعة الاشتراكية وذات الأغلبية البرلمانية تعمل على استبعاد أي شكل للرقابة، لأن الرقابة قد تعرقل تحقيق أهدافها في المجال السياسي والاقتصادي والاجتماعي ، و نتيجة لمواقف الأحزاب فقد جاء تشكيل اللجنة الدستورية تشكيلا غيبيا، وجاءت اختصاصات تلك اللجنة أكثر غرابة، مما دعا الفقهاء الفرنسيين إلى انتقاد ذلك كله بشدة.

## تشكيل اللجنة الدستورية :<sup>2</sup>

شكلت اللجنة الدستورية طبقا للمادة 91 برئاسة رئيس الجمهورية، وعضوية رئيس الجمهورية الوطنية، ورئيس مجلس الجمهورية، و سبعة أعضاء تختارهم الجمعية الوطنية من غير أعضائها، وثلاثة أعضاء يختارهم مجلس الجمهورية من غير أعضائه. ويتم ذلك في بداية كل دورة سنوية، على أن يراعي أن يكون تشكيل اللجنة قائمة على أساس التمثيل النسبي للهيئات السياسية ، و بذلك كانت اللجنة امتدادا طبيعيا للبرلمان وللأحزاب السياسية، فأعضاؤها يمكن اختيارهم من بين أعضاء مجلس الجمهورية بواسطة الجمعية الوطنية، ومن بين أعضاء الجمعية الوطنية بواسطة مجلس الجمهورية. فلم يمنع الدستور الجمع بين أحد المجلسين وبين عضوية اللجنة الدستورية، ومما يؤكد ذلك عضوية رئيس المجلسين في اللجنة.

و بذلك تتحول اللجنة - كما يقول لافاريير Laferriere - من هيئة ينبغي أن تتمتع بالاستقلال والحيادة، إلى مجرد هيئة تابعة للبرلمان، يشعر أعضاؤها بأنهم يدينون بمراكزهم للهيئات التي انتخبهم، ومن ثم لا يتصور أن يدينوا القوانين التي تسنها تلك الهيئات، فلم تكون مهمة اللجنة الرقابة على مدى اتفاق أو تعارض مشروع القانون مع الدستور، بل على مدى اتفاق أو تعارض القانون مع آراء الأحزاب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص360

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص414

<sup>3</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، دون دار النشر، 1960 ص572. و سعد عصور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص119

## اختصاص اللجنة<sup>1</sup>

تختص اللجنة طبقاً للمادة 91 ببحث ما إذا كانت القوانين التي وافقت عليها الجمعية الوطنية، تقتضي إجراء تعديل دستوري أم لا، و لا تباشر اللجنة اختصاصها من تلقاء ذاتها، فطبقاً للمادة 92 يجب أن يرفع إليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية (بموافقة الأغلبية المطلقة لأعضاء مجلس الجمهورية). وبناء على هذا الطلب تحاول اللجنة التوفيق بين الجمعية الوطنية وبين مجلس الجمهورية، حتى ولو كان هذا التوفيق على حساب تعارض مشروع القانون مع الدستور، فإذا وافقت اللجنة في ذلك انتهى الأمر، أما إذا فشلت محاولة التوفيق فإنها تبحث مشروع القانون، فإذا وجدته متعارضاً مع الدستور، ردت إلى الجمعية الوطنية لمناقشته من جديد. وفي تلك الحالة إما أن ترجع الجمعية الوطنية عن رأيها وتعديل القانون وإما أن تصر على رأيها فتعدل الدستور بما يتفق مع أحكام مشروع القانون<sup>2</sup>.

كما يقتصر اختصاص اللجنة الدستورية (طبقاً للمادة 12) على بحث " ما إذا كان التشريع الذي وافقت عليه الجمعية الوطنية يقتضي تعديل إحدى مواد الأقسام العشرة الأولى من الدستور ". و بذلك يخرج عن اختصاصها بحث تطابق القانون مع مقدمة الدستور، تلك المقدمة التي تتضمن إعلان الحقوق والحريات.

## الانتقادات الموجهة إلى اللجنة :

يمكن تلخيص الانتقادات الموجهة إلى اللجنة على الوجه التالي :

1- أن أسلوب تشكيل اللجنة يؤدي بها إلى أن تصبح فاقدة لكل استقلال عن السلطة التشريعية، و بالتالي فهي لن تستطيع أن تمارس أي رقابة جادة على ما تبينه تلك السلطة من قوانين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص414

<sup>2</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص316

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص415

- 2- أن اختصاص اللجنة مقيد بعدة قيود تفقدها الكثير من قيمتها :
- فاللجنة لا تملك أن تتصدى للرقابة من تلقاء ذاتها، بل هي مقيدة بضرورة، أن يحال عليها طلب مشترك من رئيس الجمهورية ورئيس الجمهورية، وهذا يعني أنه يمكن إصدار قانون معارض للدستور، إذا اتفق رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الجمهورية على عدم الاعتراض عليه، أو إذا لم يتفقا على طلب بحث دستوريته. إذ لا يمكن لأحدهما أن يعترض بمفرد<sup>1</sup>.
- و اللجنة مقيدة كذلك بعدم بحث أي تعارض بين القانون وبين مقدمة الدستور ويؤدي هذا، أن جميع الحقوق التي قد يتمسك بها الأفراد والتي قد يهددها القانون، واردة في المقدمة لا في نص الدستور، فكل ما تستطيعه اللجنة الدستورية في أحسن الأحوال كفالة احترام الإجراءات الدستورية لا الحقوق الفردية، و قد انتقد الفقهاء الفرنسيون ذلك الأمر انتقادا شديدا، فمن أهم أهداف الرقابة حماية الأفراد من اعتداءات السلطة التشريعية، فأية قيمة للرقابة بل ولمقدمة الدستورية الطويلة التي فصلت حقوق الأفراد وحرياتهم إذا لم تستطيع اللجنة الدستورية بحث أي تعارض بين التشريع وبين مقدمة الدستور<sup>2</sup>.
- 3- و لا تملك اللجنة سلطة للرقابة، فلم يعطها الدستور تلك السلطة، وكان كل دورها ينحصر في محاولة التوفيق والتحكيم داخل البرلمان الفرنسي، حتى ولو انتهت تلك المحاولة إلى توفيقهما على حساب تعارض القانون مع الدستور، فالهدف من رقابة اللجنة إن صح تسمية اختصاصها بأنه رقابة هو جعل الدستور متفقا مع أحكام القانون، أكثر من جعل القانون متلائما مع أحكام الدستور<sup>3</sup>.
- 4- لم يكن هناك أي ضمان لحماية اللجنة الدستورية بل ولحماية الدستور ذاته، فلقد كان في إمكان الجمعية الوطنية أن تعصف بهما، وذلك بتعديل الدستور، مخالفة بذلك نص المادة 90 (التي تنظم إجراءات تعديل الدستور)، دون أن يكون في وسع مجلس الجمهورية

<sup>1</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص316

<sup>2</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق ص 332، و كمال أبو المجد، الرقابة، الرقابة على الدستورية القوانين، المرجع السابق ص 574.

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص415

أن يرفع الأمر إلى اللجنة الدستورية. و كان في كل ذلك تهديدا لعلو الدستور وجعله تحت رحمة السلطة التشريعية<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: الرقابة في ظل دستور 1958

خطى الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 خطوات هامة نحو الحد من التطرف في فهم فكرة الإرادة العامة، ذلك التطرف الذي كان سائدا إلى ما قبل صدور ذلك الدستور والذي كان متمثلا في إطلاق البرلمان في النواحي التشريعية والسياسية. كما خطى الدستور مثل تلك الخطوات نحو العمل على إعادة التوازن الذي كان قد اختل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية بصورة كبيرة، بشكل جعل السلطة التشريعية هي المهيمنة على السلطة التنفيذية، تدير شؤون الحكم وتملي على الحكومة اقتراحاتها<sup>2</sup> ولذلك كانت الفكرة الرئيسية في دستور سنة 1958 هي تقوية السلطة التنفيذية، و قد تأكدت هذه الفكرة عند تعديل الدستور سنة 1962، و بتطبيق الجنرال ديغول لها طوال مدة حكمه، بل ولقد أدى دستور سنة 1958 إلى ترجيح دور السلطة التنفيذية، لا مجرد إعادة التوازن بينها وبين السلطة التشريعية. وقد تجلى ذلك واضحا في تقوية دور رئيس الجمهورية وتقوية دور الرقابة السياسية التي يباشرها المجلس الدستوري على دستورية القوانين التي يضعها البرلمان إلى حد كبير.

كما كان من أهم مظاهر تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية الحد من دور السلطة التشريعية في المجال التشريعي، و تحديد النطاق التشريعي تحديدا دقيقا. فبعد أن كانت سلطة التشريع غير محددة في دستور سنة 1946 حددت المادة 34 من دستور 1958 المجال الذي يشرع فيه البرلمان في عدة مسائل، ثم جاءت المادة 37 ونصت على أن المواد التي لا تدخل في نطاق القانون تكون لها صفة لائحية، فكل ما لا يختص به التشريع يدخل في اختصاص السلطة اللائحية وبذلك أصبح المشرع العادي هو الحكومة بواسطة إصدارها للمراسيم.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص 574

<sup>2</sup> عبد الحميد متولي، الحريات العامة، دون دار النشر و البلد، 1975، ص 124 و ما بعدها

## المجلس الدستوري<sup>1</sup>

عهد هذا الدستور بالرقابة على دستورية القوانين إلى هيئة سياسية أطلق عليها المجلس الدستوري<sup>2</sup> والذي حاولت فرنسا من خلاله تفادي عيوب الهيئات السابقة وهذا بموجب المادة 64 من الدستور الفرنسي.

### أولا - تشكيل المجلس :

نص الدستور الفرنسي على تشكيل واختصاصات المجلس (في المواد من 56 إلى 63 في الباب السابع منه) فبين في المادة 56 أسلوب تشكيل المجلس، و نص على أنه يتكون من نوعين من الأعضاء:

- أعضاء معنيون مدى الحياة، و هم رؤساء الجمهورية. وحكمة تعيينهم هي الاستفادة من خبراتهم السياسية التي اكتسبوها خلال فترات حكمهم.
- أما الأعضاء الآخرون، فهم تسعة أعضاء مدة عضويتهم تسع سنوات غير قابلة للتجديد. ويختار كل من رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس مجلس الشيوخ ثلث عدد الأعضاء، و يتم تجديد ثلث الأعضاء كل ثلاث سنوات ويتولى رئيس الجمهورية تعيين رئيس المجلس الدستوري لمدة تسع سنوات لا تقبل التجديد<sup>3</sup>، حيث أن الدستور ينص على أن لرئيس المجلس الدستوري صوت مرجح عند تعادل الأصوات. و قد أحالت المادة 63 من الدستور إلى القانون الأساسي الذي يصدر منظما للمجلس الدستوري<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص310

<sup>2</sup> إبراهيم عبد العزيز شبحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص712  
مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية، المركز القومي للبحوث، القاهرة،

<sup>3</sup> 2014، ص33

<sup>4</sup> هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص361

## ثانيا - اختصاصات المجلس:

بالإضافة إلى الاختصاصات الأخرى للمجلس<sup>1</sup> فإن اختصاصه في مجال الرقابة على دستورية القوانين ينقسم إلى قسمين:

- رقابة وجوبية: حيث ينص الدستور (في المادة 61 فقرة 1) على وجوب أن تعرض "القوانين الأساسية" على المجلس قبل إصدارها (و كذا لوائح مجلس البرلمان قبل تطبيقها) ليقرر مدى مطابقتها للدستور<sup>2</sup>.

- رقابة جوازية: حيث يجوز أن يعرض كل من رئيس الجمهورية، أو رئيس الوزراء (الوزير الأول) أو رئيس أي من مجلسي الشيوخ والجمعية الوطنية مشروعات القوانين قبل إصدارها على المجلس الدستوري لتقري مدى مطابقتها للدستور (وقد أصبح من حق 60 نائبا أو شيخا من أعضاء الجمعية الوطنية أو مجلس الشيوخ الطعن بعدم الدستورية أمام المجلس .

وعندما يثبت للمجلس الدستوري أن مشروع القانون الذي عرض عليه لا يخالف الدستور فإن نشر قرار المجلس يضع حدا لوقف ميعاد إصداره، و يتعين على رئيس الجمهورية إصداره، أما إذا قرر المجلس عدم دستورية نص يمكن فصله عن النصوص الأخرى من مشروع القانون المعروض عليه، فلا يمكن إصدار القانون، و إذا قرر إمكانية فصل النص المخالف للدستور عن بقية النصوص فلرئيس الجمهورية أن يصدر القانون فيما عدا النص المخالف، أو أن يطلب من البرلمان إعادة النظر فيه<sup>3</sup>

<sup>1</sup> من تلك الاختصاصات الأخرى: الإشراف على سلامة إجراءات انتخاب رئيس الجمهورية وفحص الطعون وإعلان نتائج الاقتراع (طبقا للمادة 58) و الفصل في صحة المنازعات الخاصة بصحة انتخاب نواب والشيوخ (طبقا للمادة 59) و الإشراف على صحة عمليات الاستفتاء وإعلان نتائجه طبقا للمادة (60)

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص415

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص416

### ثالثاً: الانتقادات الموجهة إلى المجلس الدستوري

انتقد بعض الفقهاء الفرنسيين المجلس الدستوري سواء من حيث تشكيله أو من حيث اختصاصاته على الوجه التالي :

1- فمن حيث تشكيل المجلس يقرر البعض أن أغلبية الصفة السياسية في أعضاء المجلس، وكذا تعيينهم بواسطة رئيس الجمهورية ورئيس الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، يؤديان إلى عدم تحقق الاستقلال الكافي للمجلس في أدائه لمهمته الرقابية، كما لا يضمن توافر العناصر ذات الكفاءة القانونية بين أعضاء المجلس ويقترح البعض ضرورة توافر العناصر القانونية والقضائية في المجلس<sup>1</sup>.

2- أما بالنسبة للانتقادات الموجهة إلى اختصاصات المجلس الدستوري فقد وجه الفقهاء الفرنسيون الانتقادات الآتية:

أ- حرمان الأفراد من اللجوء للمجلس: ويؤدي حرمان الأفراد إلى ضعف الرقابة ويقلل من أهميتها كضمانة لاحترام الدستور، ويقارن اندريه هوريو Hauriau بين حق الأفراد في الطعن بعدم الدستورية في كل من أمريكا وفرنسا، مقررًا أن عدم تقرير حق الأفراد في رفع الأمر للمجلس الدستوري في فرنسا، يؤدي إلى أن تكون الرقابة مقررة لصالح المواطنين في أمريكا، بينما هي في فرنسا مقررة لصالح السلطات العامة، ذلك أنه إذا كان الهدف من الرقابة في فرنسا هو حماية الحقوق والحريات للمواطنين، فإنه كان من الواجب عدم حرمانهم من حق اللجوء للمجلس الدستوري، وهذا ما دعا إليه الفقه الفرنسي أن القصد من المجلس الدستوري، هو صد أي محاولة للبرلمان لتعدي القيود المفروضة عليه في التشريع بعد تقييد البرلمان بعدة موضوعات لا يستطيع أن يشرع خارج نطاقها.<sup>2</sup>

ب- عدم اختصاص المجلس النظر من تلقاء ذاته في عدم دستورية القانون.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> حمدي العجمي، المرجع نفسه، ص123

<sup>2</sup> هاني علي الطهر اوي، المرجع نفسه، ص363

<sup>3</sup> حمدي العجمي، المرجع نفسه، ص123

ت- قصر حق العرض على المجلس على رئيس الجمهورية أو رئيس الوزراء ورئيس المجلسين، فلا تملك أية معارضة برلمانية أن تعرض على المجلس قانون تشك في دستورية ما دام، يحظى بموافقة أي من الفئات السابقة.

## المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

تناولنا بالبحث في المبحث السابق أسلوب الرقابة السابقة، وانتهينا إلى فشل هذا الأسلوب سواء من حيث أسسه المنطقية أو من حيث تطبيقاته العملية، كما انتهينا أيضا إلى أن الرقابة الحقيقية على دستورية القوانين هي الرقابة اللاحقة على صدور القوانين، باعتبار أن الرقابة التي تبشر على القوانين قبل صدورها هي رقابة على دستورية مشروعات القوانين<sup>1</sup>، وليست رقابة على دستورية القوانين، ولكن الرقابة اللاحقة قد تكون رقابة سياسية أو رقابة قضائية.

إلا أننا نعتقد أن الرقابة الحقيقية الفعالة على دستورية القوانين هي الرقابة القضائية اللاحقة فحسب ذلك أن المنطق القانوني لا يستسيخ أن يراقب القانون بما قد يترتب على ذلك من اتخاذ قرار ببطلانه أو بإلغائه من جهة غير القضاء، يضاف إلى ذلك أن الرقابة السياسية اللاحقة سوف تتشابه مع الرقابة السياسية السابقة، ولما كانت الولايات المتحدة الأمريكية هي الوطن الأم للرقابة القضائية، فسوف نتناول التجربة الأمريكية.

## المطلب الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

يدلنا بحث تاريخ الرقابة القضائية على أن الولايات المتحدة الأمريكية هي أول من طبق للرقابة على دستورية القوانين بالرغم من أن الدستور الأمريكي لم ينص صراحة على منح هذه الصلاحية للمحاكم، لكن هذا الحق تقرر بواسطة القضاء من جانب وتأيد ألفقه من جانب آخر<sup>2</sup>، وتجدر الإشارة إلى أنه كثيرا ما ترتبط نشأة الرقابة في الولايات المتحدة بالحكم الشهير الذي أصدره رئيس القضاة "جون مارشال" في قضية ماريووري ضد ماديسون في فبراير سنة 1803 وهذا القول صحيح من جهة أن ذلك الحكم كان أول حكم يقرر عدم دستورية قانون اتحادي لمخالفته للدستور الاتحادي، إلا إن هذا لا يعني إغفال حقيقة أن الرقابة قد عرفت قبل ذلك الحكم، فلقد سلمت المحكمة العليا الأمريكية بمبدأ الرقابة عام

<sup>1</sup> سلوى أحمد ميدان المبرجي، المرجع نفسه، ص 80  
<sup>2</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص 322

1896 في قضية هيلتون ضد الولايات المتحدة الأمريكية، وفي قضية كالدور ضد بول لسنة 1798.

صحيح أن المحكمة العليا لم تقض بعدم الدستورية في تلك الأحكام، إلا أنها سلمت بمبدأ الرقابة وباشرت رقابتها على دستورية القوانين<sup>1</sup>، فمبدأ الرقابة على دستورية القوانين وإن كان يرتبط بعام 1803، باعتبار أنه العام الذي قضى فيه بعدم دستورية قانون اتحادي إلا أن الأخذ بهذا المبدأ يسبق من الناحية التاريخية هذا العام بمدة طويلة وهذا التحديد التاريخي مهم بالنسبة للتجربة الأمريكية، وبالنسبة لقيام الرقابة القضائية بصفة عامة.

### الفرع الأول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

يرجع الفقهاء نشأة الرقابة القضائية في الولايات المتحدة الأمريكية إلى عدة عوامل مختلفة<sup>2</sup>، ومن تلك العوامل:

1- الشكل الفيدرالي وما يترتب عليه من توزيع الاختصاصات بين الحكومة المركزية وحكومات الولايات.

2- جمود الدستور الأمريكي وعلوه على القوانين المادية.

3- السوابق التاريخية والدستورية قبل نشأة الاتحاد الأمريكي، وكذا تأثير أفكار بعض الفقهاء كأفكار مونتيسكيو (الخاصة بضرورة وجود سلطة قضائية مستقلة) وأفكار توماس كوك.

4- جهود المحكمة العليا الأمريكية ودورها الكبير في قيام الرقابة القضائية على دستورية القوانين الاتحادية.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 3.  
<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة، 2008، دون البلد ص 33

## البند الأول: الشكل الفيدرالي للدولة

يرجع \*بيدرو\* نشأة الرقابة القضائية وضرورتها إلى الشكل الفيدرالي للدولة الأمريكية، وبعده في المقام الأول بين عوامل نشأت تلك الرقابة ويقرر "بيدرو" أن الرقابة على دستورية القوانين لم تكن لتجد مناخا مناسباً لتفرض ذاتها، لولا الصعوبات التي أثارها النظام الفيدرالي وأن الرقابة لم تنشأ لحماية استقلال الولايات وهذا خطأ كثير الانتشار وإنما نشأت لحماية الاتجاهات المركزية، كما أن المنادين بالرقابة لم يفكروا فيها في بادئ الأمر باعتبارها إدارة للحرية بل كوسيلة لإنجاح تصور سياسي يهدف إلى دعم الاتحاد، ومن جهة أخرى يقرر البعض انه بينما يميل كثير من الكتاب خارج الولايات المتحدة إلى المبالغة في تبسيط مشكلة أسباب نشأة الرقابة وردها جميعاً إلى عامل النظام الاتحادي فإنه ليس وحده سبباً كافياً لنشأتها رغم أن هذا العامل يعد احد العوامل الرئيسية التي ساهمت في نشأة الرقابة وفي تطورها، ومن القائلين بذلك BRYCE الذي يشير إلى خطأ الذين يردون رقابة الدستورية في الولايات المتحدة إلى عامل الاتحاد وحده<sup>1</sup>، ويقضي أمر التفرقة بين عوامل نشأة الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية وبين عوامل نشأة الرقابة على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، فبينما يعد النظام الاتحادي من أهم عوامل نشأة الرقابة في الحالة الأولى، فإنه لا يعد من بين تلك العوامل في الحالة الثانية لأن الرقابة على دستورية القوانين كانت تباشر قبيل نشأة الاتحاد الأمريكي ذاته.

ويبدو أن الآراء التي ترد نشأة الرقابة في الولايات المتحدة إلى العامل الاتحادي، قد تأثرت بالظروف السياسية التي تولى فيها رئيس القضاة "جون مارشال" رئاسة المحكمة العليا، وهي ظروف الصراع بين الحزب الاتحادي وبين الحزب الجمهوري، وقيام الاتحاديين في سبيل المحافظة على الاتجاهات الاتحادية بعد تركهم للحكم بتعيينهم لجون مارشال رئيساً للمحكمة العليا. وكان المعروف عن جون مارشال إيمانه التام بضرورة تقوية الحكومة

<sup>1</sup> . كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 17

المركزية على حساب الولايات و الذي وساعد على تأثر تلك الآراء بتلك الظروف السياسية، أن الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية قد اقترنت بجون مارشال<sup>1</sup>، والحكم الشهير الذي قضى به في قضية ماريوري ضد ماديسون سنة 1803.

إلا أنه ينبغي عند بحث العوامل التي أدت إلى نشأة فكرة الرقابة أن نفرق كما قدمنا بين نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، وبين نشأة الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية ،فإذا كانت الرقابة ترتبط في الحالة الثانية بجون مارشال وجهوده في إقامتها فإن فكرة الرقابة بوجه عام ليست وليدة آراء جون مارشال فلقد كانت الفكرة سابقة عليه، بل إن الحجج التي قال بها مارشال كانت متداولة كما يقول البعض في الفقه الأمريكي وفي الكونجرس من قبل وكان الفقيه الأمريكي "هاملتون" قد فصل في مقالاته تلك الحجج، كما سبق للمحكمة العليا الأمريكية منذ سنة 1796 أي قبل تولي مارشال رئاستها أن سلمت بمبدأ الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية<sup>2</sup>، أما بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين الصادرة في الولايات فقد سبق للمحاكم الأمريكية في بعض الولايات أن طبقت فكرة الرقابة منذ ما قبل نشأة الاتحاد الأمريكي.

<sup>1</sup> ايناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع نفسه، ص130  
<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص3

## البند الثاني: السوابق التاريخية وآراء المفكرين القدامى

كان للسوابق التاريخية قبل قيام الاتحاد الأمريكي آثارها على نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين، فمنذ أن كانت أمريكا مستعمرة تابعة لبريطانيا، اعتادت الصقلية الأمريكية على خضوع القواعد العامة التي تصدرها الهيئات التشريعية بالولايات بمراقبة المجلس المنصوص بانجلترا، ولقد ترتب على تلك العادة أن يشعر الأمريكيون بأن من حقهم أن يطالبوا بإبطال ما يعتبرونه غير دستوري من قوانين الولايات بل تطور هذا الشعور لديهم فعندما اعتبروا أن بعض قوانين البرلمان الانجليزي ذاتها قد اضطرت بهم، وأنها غير دستورية فإنهم لم يقتصروا على القضاء في الولايات بالحكم بعدم دستورتها، بل تمردوا على تلك القوانين<sup>1</sup> ولقد تطور هذا الحق فيما بعد إلى ما يسمى بحق الإلغاء، وهو يعني حق كل ولاية في أن تتأكد من دستورية النصوص القانونية، وإلا تطبق أي نص يخالف الدستور، وقد ظل الحق قائماً بإشكال مختلفة حتى الانفصال الأمريكان، كما تأثر الأمريكيون بأفكار مونتيسكيو عن ضرورة وجود سلطة قضائية مستقلة وكذا بآراء، غيره من المفكرين مثل اللورد توماس كوك في قضية الدكتور بونهام في إنجلترا<sup>2</sup>، وقد مهدت كل من السوابق التاريخية وآراء هؤلاء المفكرين العقلية الأمريكية لتطبيق فكرة رقابة القضاء على دستورية القوانين، وذلك بعد أن الفت تلك العقلية الأمريكية التفرقة بين القوانين العادية والقوانين العليا<sup>3</sup>.

## البند الثالث: جمود الدستور الأمريكي وعلوه وغموضه

إن العامل الحقيقي الذي يؤدي إلى قيام الرقابة القضائية على دستورية القوانين هو جمود الدستور وعلوه ولقد كان الدستور الأمريكي بجموده وعلوه على القوانين العادية وغموضه، هو العامل الحاسم في نشأة الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة.

<sup>1</sup> إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة زين الدين، دون دار النشر و البلد، 1996، ص420

<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 153

<sup>3</sup> سعد عصفور-القانون الدستوري-المرجع السابق، ص 130

فلقد اتجه التفكير بعد فشل تجربة الاتحاد الكونفدرالي بين الولايات الأمريكية وبعد فشل تطبيق الميثاق الذي كان قد صدر في 14 نوفمبر سنة 1777 إلى إنشاء اتحاد قوى متماسك بين الولايات والى وضع دستور جامد يعلو على القوانين<sup>1</sup>.

وقد صدر الدستور الأمريكي في 17 سبتمبر 1787، وهو يعد أقدم دستور مكتوب في العصر الحديث، وقد وصفه الكسيس ديتوكفيل في سنة 1835 بأنه "يعتبر اكتشاف كبيراً للعلم الدستوري في أيامنا الحاضرة"، ويتمتع هذا الدستور باحترام كبير من جانب السلطات والأفراد، حيث يعلن الأفراد كما يقول اندريه هوري رضاهم عن دستورهم وتأكيدهم لنجاحه بشكل عظيم وقد حذفت كثير من دساتير الدول حذو الدستور الأمريكي، العوامل التي أدت إلى وضع دستور جامد

و يمكن تلخيص تلك العوامل على الوجه التالي:

1. يقولون أن فكرة التفرقة بين قوانين الولايات وبين الميثاق الذي صرح بإنشائها والأوامر الملكية والقوانين الانجليزية، كانت هي المثل الذي استهديت به الولايات عند وضع دساتيرها بعد استقلالها عن بريطانيا، وعند وضع الدستور الاتحادي، كما كانت فكرة التفرقة هذه وما يترتب عليها من إمكان الطعن أما المجلس المخصوص في بريطانيا في دستورية قوانين الولايات، هي المثل الذي استهديت به محاكم في إبطال القوانين التي تضعها الهيئات التشريعية في الولايات بالمخالفة لدساتيرها<sup>2</sup>.

2. كما أدى استبداد البرلمان البريطاني الذي عانى منه الأمريكيون كثيرا أثناء فترة الاستعمار، إلى تطلع الأمريكيين بعد الاستقلال إلى عهد جديد من الحرية وعدم استبداد الحكام، فالثورة الأمريكية كانت أصلاً نزاعاً ضد برلمان لندن واحتجاجاً على سلطاته المطلقة وقوانينه التي اعتبرها الأمريكيون غير دستورية<sup>3</sup>. ولقد أدت تلك الحاجة إلى

<sup>1</sup> إسماعيل الغزال، المرجع نفسه، ص 422

<sup>2</sup> إسماعيل الغزال، المرجع نفسه، ص 421

<sup>3</sup> إسماعيل الغزال، المرجع نفسه، ص 421

إيمان الأمريكيين بضرورة وضع دستور جامد يعلو على القوانين والسلطات، وتصورا أنهم بذلك إنما يضعون ضمانا لعدم استبداد الحكام في ظل الدستور الجامد ومبدأ الحكومة المقيدة وهو مبدأ من المبادئ الأساسية الدستورية في أمريكا، ولقد أدت معاناة الأمريكيين من استبداد البرلمان الانجليزي إلى حذرهم من السلطة التشريعية بعد الاستقلال عن بريطانيا. وقد ساعد على هذا الحذر من السلطة التشريعية، شكوى الأمريكيين من المجالس التشريعية في الولايات خلال فترة الاتحاد الكونفدرالي وقد أدى ذلك الحذر من السلطة التشريعية إلى أن يسعى واضعو الدستور إلى إقامة التوازن بين السلطات بحيث يحد بعضها بعضا، وإلى إعلاء كلمة الدستور فوقها جميعا، وإلى إقامة الرقابة القضائية لكي تبطل إثناء قانون أو أي عمل مخالف للدستور ويقرر "هايمز" أن كثيرا من الولايات قد صمت على أن تنص على تقوية السلطة القضائية وتدعيمها حتى تستطيع أن تواجه السلطة التشريعية إذا حاولت تلك الأخيرة تخطي حدودها الدستورية<sup>1</sup>.

3. كما ساعد على اعتناق فكرة علو الدستور، فشل تطبيق ميثاق الاتحاد الكونفدرالي سنة 1777 مما استلزم وضع دستور يعلو على الولايات ويلزم به الجميع فالدستور عقد سياسي بين تلك الولايات وهو يمثل القاعدة القانونية العليا التي تفرق عن كل القواعد الأخرى الفيدرالية والمحلية، وهو بذلك واجب الاحترام من قبل أجهزة الدولة الاتحادية ومن قبل الولايات، ولكن كيف نؤمن هذا العلو الواجب للدستور، ومن الذي يملك تقرير وجود تعارض بينه وبين القوانين؟ لقد رسخ في الفكر الأمريكي أن تكون المحكمة العليا الأمريكية هي الحكم النهائي في المسائل الدستورية باعتبارها الحارسة لمبدأ علو الدستور وقد سبق للفقهاء الأمريكيين -مثل ماديسون- أن طالبوا في كتاباتهم قبل وضع الدستور بإنشاء تلك المحكمة وبضرورتها لكفالة احترام علو الدستور<sup>2</sup>.

4. وتعود فكرة علو الدستور وبالتالي الرقابة على دستورية القوانين إلى اختلاف نظرة الأمريكيين إلى فكرة الدستور عن النظرة الأوروبية فالنظرة الأمريكية -كما يقول بعض

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص 77  
<sup>2</sup> إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، المرجع نفسه، ص 133

الفقهاء لا تعترف بوهم الإرادة العامة وعلوها على الدستور، وبالتالي عدم جواز مراقبة القوانين التي يضعها ممثلو هذه الإرادة العامة وينظر الأمريكيون للدستور على أنه إلى جانب طبيعته السياسية يتميز بطبيعة قانونية واضحة تجعل تنظيم الجزاءات الوضعية لحمايته أمر طبيعياً، وغير مستغرب بينما تنتشر في الفقه الأوربي فكرة علو الإرادة العامة بصور متفاوتة وتعتبر النظرة الأوروبية الدستور وثيقة سياسية ذات قيمة معنوية كبيرة، ولا ترى أن الدستور "قانوناً" بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح، مما يؤدي إلى الاعتماد في حماية الدستور على الرأي العام وأمانة الهيئات العامة ذاتها<sup>1</sup>.

5. ويرى البعض أن واضعي الدستور الأمريكي قد قصدوا المحافظة على ما احتواه الدستور من مبادئ تحترم مصالح الطبقة الاجتماعية التي كانوا يمثلونها وأدى ذلك إلى قيامهم بوضع الدستور جامدا يصعب تعديله، متسما بالعلو حتى يمتنع تطبيق القوانين المخالفة له، والتي قد يصل إلى وضعها أصحاب الأفكار الثورية في المستقبل.

### الفرع الثاني : المحكمة العليا والرقابة القضائية

تشكل المحاكم وقوى الأمن الداخلي وغيرها من الهيئات التنفيذية الوسائل الفاعلة لحماية القوانين في مجتمع ديمقراطي متقدم، وفي دولة رائدها الدستور كالولايات المتحدة تتمتع فيها السلطة القضائية باستقلال تام بممارسة صلاحياتها وحتى بمراقبة أعمال بقية السلطات الحكومية، وحيث توجد دولة القانون أو حكم القانون فالمحاكم هي السلطة الصالحة لحماية حقوق المواطنين وسلطة المحاكم في الولايات المتحدة بهذا الصدد تقدم لظروف الملائمة لتحويل القضايا السياسية إلى مسائل القانونية تقررها المحاكم، و الجهاز القضائي في الولايات المتحدة لا يخلو من التعقيد لجهة تكوينه حيث يوجد محاكم خاصة بالولايات ومحاكم خاصة بالدولة الفيدرالية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص157

<sup>2</sup> إسماعيل الغزال، المرجع نفسه، ص459

## البند الأول: التعريف بالمحكمة العليا الأمريكية

تلعب السلطة القضائية دورا فريدا في النظام الأمريكي، مما يستحق عناية خاصة في أي تحليل لعلاقات بين السلطات في الولايات المتحدة. فلا يقتصر دور القضاء على الفصل في المنازعات بشأن الحدود الفاصلة بين اختصاصات كل من الدولة المركزية والولايات<sup>1</sup>، بل يقومون من حين لآخر بإيجاد التوازن في العلاقات بين الرئيس وبين الكونجرس.

كما يقوم القضاء أخيرا بدور الحكم في المنازعات بين المواطنين وبين السلطات على المستوى الفيدرالي وعلى مستوى الولايات ومن هنا تتضح أهمية الدور الذي يلعبه القضاء الأمريكيون، فهم كما يقول البعض ليسوا أصوات متحررة تتكلم باسم القانون كما في النظم الأخرى وإنما هم رجال تلعب أحكامهم دورا هاما في تحديد السياسة العامة، ولقد ظلت تلك المحكمة العليا الاتحادية محور الاهتمام داخل الولايات المتحدة وخارجها لفترات طويلة بل وقد ترجع الانتقادات التي وجهت إلى الرقابة القضائية بوجه عام من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين على وجه الخصوص إلى الدور الذي قامت به المحكمة العليا الأمريكية في مجال الرقابة، وكما يقول بعض الكتاب، فإن أي مؤلف يكتب عن فرنسا لا يفكر في تخصيص فصل خاص لمحكمة النقض أو المحاكم الفرنسية بينما يختلف الوضع في الولايات المتحدة، حيث تلعب المحاكم وعلى الأخص المحكمة العليا دورا في المقام الأول في الحياة السياسية الأمريكية وعندما يتناول المؤرخون فترة ما من فترات حياة الولايات المتحدة، فإنهم لا بد وان يشاروا إلى ما أسهمت به المحكمة العليا، وترجع أهمية السلطة القضائية في الولايات المتحدة إلى بداية نشأة الدولة الأمريكية ذاتها فيقرر "توكفيل" (منذ ما يقرب من قرن ونصف من الزمان) أن " ما يفهمه الأجنبي بصعوبة في الولايات المتحدة هو نظامها القضائي، وقد لا يوجد أمر سياسي لا يرجع فيه إلى سلطة القاضي<sup>2</sup>، وتباشر السلطة القضائية في الولايات المتحدة محاكم تابعة للولايات، ومحاكم اتحادية على رأسها المحكمة العليا الاتحادية<sup>3</sup>،

<sup>1</sup> إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، دار الكتب، مصر، 2003، ص10

<sup>2</sup> إسماعيل غزال، المرجع نفسه، ص459

<sup>3</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص72

وتتولى هذه المحاكم جميعها الرقابة على دستورية القوانين في حدود اختصاصاتها إلا أن المحكمة العليا الاتحادية هي المرجع الأول وصاحبة السلطة العليا في مجال الرقابة وتلتزم المحاكم الأخرى بما تصدره المحكمة العليا من أحكام طبقا لنظام السوابق القضائية.

#### أولا: إنشاء المحكمة العليا وتشكيلها

تعتبر المحكمة الاتحادية العليا هي المحكمة الأمريكية الوحيدة التي أنشأها الدستور مباشرة<sup>1</sup>، أما سائر المحاكم الاتحادية فقد أنشأها الكونجرس بناء على السلطة المخولة له في الدستور<sup>2</sup>، وذلك طبقا للمادة الثالثة، وقد أنشأت المحكمة العليا سنة 1789 وكانت تتكون من ستة أعضاء بينهم الرئيس وهي مكونة حاليا من تسعة أعضاء بما فيهم رئيس المحكمة ويعين أعضاء المحكمة العليا بناء على اختيار رئيس الجمهورية بشرط موافقة مجلس الشيوخ على هذا الاختيار وتتحكم الاعتبارات السياسية في المقام الأول في عملية اختيار الرئيس لقضاة المحكمة العليا، وفي موافقة مجلس الشيوخ على ذلك الاختبار وتؤخذ بعين الاعتبار آراء المرشحين المحتملة لتولي مناصب رئيس وأعضاء المحكمة العليا كما يقول الأستاذ فيلد وذلك من جانب رئيس الجمهورية<sup>3</sup> ونظرا للدور السياسي الهام الذي تلعبه المحكمة العليا، فإن رئيس الجمهورية يراعي عدة عوامل عند خلو مقعد بالمحكمة العليا. ومن تلك العوامل صورة أن تكون المحكمة متوازنة سياسيا فإذا كان الأعضاء المنتمون لحزب الرئيس يشكلون أقلية بالمحكمة العليا، فإن الرئيس يعين غالبا عضوا من حزبه أو من أنصاره، بل أن الرئيس يفعل ذلك - كما يقول تنك - ولو كان الأعضاء المنتمون لحزبه يشكلون أكثرية أعضاء المحكمة العليا، إلا أن الرؤساء غالبا ما يتبعون بعض التقاليد التي من شأنها إيجاد التوازن في تشكيل المحكمة سواء من الناحية السياسية أو من حيث تمثيل الأقليات العنصرية أو الدينية.

<sup>1</sup> غسان مدحت خير الدين ، المرجع نفسه ، ص73

<sup>2</sup> إبراهيم حسنين، المرجع نفسه، ص10

<sup>3</sup> محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية، دون دار النشر، 1969 - ص62

ومنذ أول تشكيل للمحكمة العليا تأخذ تعيينات أعضاء المحكمة العليا الطابع السياسي فيحاول كل رئيس تقوية فلسفته وفلسفة حزبه بتعيين قضاة يدينون بمذهبه ونظرا لأن القضاة يعينون مدى الحياة، ونظرا لصيغة الدستور العمومية (حيث يستطيع كل قاضي أن يجد فيها ما يوافق عقائده)، فإن الرئيس يضمن بتعيينه قضاة موالين لفلسفته السياسية، أن تستمر تلك الفلسفة حتى بعد تركه للحكم ويظهر ذلك الأمر واضحا في ظروف تعيين جون مارشال رئيسا للمحكمة العليا. فبرغم من هزيمة الاتحاديين في الانتخابات فإن الرئيس "آدمز" قد عين "مارشال" قبل تركه الحكم للديمقراطيين، وسار مارشال على ذات منوال الاتحاديين واتخذت أحكامه الاتجاهات الفيدرالية إلى عام 1835، ولا يحدد الدستور شروطا معينة في قضاة المحكمة العليا، ولذلك فإن أعضاء المحكمة يعينون من أهم الشخصيات السياسية دون اشتراط مستوى معين من الكفاءة القانونية فالمعنى السياسي أكثر أهمية في تعيين أعضاء المحكمة العليا من المعنى القانوني<sup>1</sup>.

### ثانيا: اختصاصات المحكمة العليا

تختص المحكمة العليا بنوعين من الاختصاصات: اختصاصات أصلية وهي المحددة طبقا للمادة الثالثة من الدستور الفدرالي، واختصاصات استئنافية. ويحدد الكونجرس الاختصاص الاستئنافي للمحكمة العليا. وتتنظر المحكمة العليا كقاعدة عامة بصفة نهائية استئنافات المحاكم الاستئنافية الاتحادية عندما يتعلق الأمر بتفسير الدستور أو القوانين الفيدرالية أو المعاهدات الدولية، فإن المحكمة العليا يرجع أمر تفسير الدستور والقوانين الفيدرالية كما يمكن الطعن بالاستئناف أمام المحكمة العليا في أحوال قضاء المحاكم الأدنى بعدم دستورية أحد التشريعات الاتحادية، أو عدم دستورية تشريع صادر في إحدى الولايات بحجة تعارضه مع القانون الاتحادي، وكذلك في الأحكام النهائية للمحاكم العليا للولايات، كما يمكن استئناف أحكام تلك المحاكم عند قضائها بدستورية قانون صادر في إحدى

<sup>1</sup> غسان مدحت خير الدين ، المرجع نفسه ، ص73

الولايات، و تستطيع المحكمة العليا بالإضافة إلى ذلك وبناء على طلب الخصوم إحالة الدعاوى القائمة أمام المحاكم الدنيا أو المحاكم العليا في الولايات إليها لتفصل فيها مباشرة<sup>1</sup>. هذا ويشترط لانعقاد المحكمة العليا أن يشترك ستة أعضاء من أعضائها على الأقل في جلساتها وتصدر الأحكام بموافقة أربعة أعضاء من الحاضرين.

### البند الثاني : جهود المحكمة العليا في نشأة الرقابة القضائية

#### (قضية ماربوري ضد ماديسون)

نتناول في هذا البند الدور الذي قامت به المحكمة العليا في نشأة الرقابة في الولايات المتحدة الأمريكية ذلك أنه تتم رقابة القضاء على دستورية القوانين إما بنص دستوري ينظمها، وإما بناء على قيام القضاء ذاته بمباشرتها بدون نص دستوري يبيحها أو يمنعها، وبالنسبة للرقابة القضائية في الولايات المتحدة، فإن الدستور الأمريكي لم ينص، صراحة على اختصاص القضاء بالرقابة عموماً، ولم يتضمن تنظيمًا لمباشرته لها<sup>2</sup> ويقرر بعض الكتاب أنه لا يوجد في الدستور أي نص صريح يشير إلى سلطة القضاة في الرقابة، وكثيرون منهم اشتهروا في صياغة الدستور الفيدرالي ولم يفكروا في إسناد سلطة القضاء في الرقابة إلى نص دستوري وإنما اكتفوا بالقول بأن تلك السلطة تنبثق عن المبادئ العامة للقانون، ومن وجود دستور جامد، ومحاكم مستقلة مكلفة بالحكم بمقتضى الدستور والقوانين.

كما قد قامت المحاكم الأمريكية ببسط رقابتها على دستورية القوانين بالولايات منذ البداية، أي من قبيل إنشاء الاتحاد الأمريكي،<sup>3</sup> كما أن نص المادة السادسة قد اوجب على القضاة الامتناع عن تطبيق دساتير الولايات أو قوانينها إذا تعارضت مع الدستور أو القوانين الاتحادية ومن باب أولى إذا تعارضت قوانين الولايات مع دساتيرها، هذا من حيث الرقابة على دستورية القوانين غير الاتحادية، أما بالنسبة للرقابة على دستورية القوانين الاتحادية

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص 200 وما بعدها

<sup>2</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص 69

<sup>3</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 128.

وبحث مدى توافقها مع الدستور الاتحادي أو تعارضها معه، فقد سبق أن ذكرنا أن المحكمة العليا الأمريكية سلمت بمبدأ الرقابة على دستورية تلك القوانين الاتحادية منذ حكمها في قضية هلتنون ضد الولايات المتحدة سنة 1796<sup>1</sup>، إلا أن تلك الرقابة ترتبط بحكم رئيس القضاة جون مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون سنة 1803 الذي يعد أول حكم قضى فيه بعدم دستورية قانون اتحادي، وبذلك فإن الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية قد نشأت دون استناد إلى نص دستوري بل بفضل جهود القضاء في مباشرتها، قد استندت إلى بعض نصوص الدستور لبسط رقابتها، كما أخذ أنصار الرقابة وخصومها بعد حكم ماربوري ضد ماديسون في البحث عن الحجج التي تؤيد وجهة نظر كل منهم بين نصوص الدستور، فذهب البعض منهم إلى أن هناك نصوصا دستورية تعد أساسا لحق القضاء في الرقابة، وذهب البعض الآخر إلى أن نصوص الدستور لا تتيح هذا الحق<sup>2</sup>.

### أولا: قضية ماربوري ضد ماديسون ووقائعها<sup>3</sup>

أعد الاتحاديون برنامجا متكاملا للسيطرة على السلطة القضائية، فأصدر الكونغرس في عام 1801 قانونا جديدا لتنظيم هذه السلطة، و تضمن إنشاء ست محاكم إقليمية جديدة، واقتضى هذا الإنشاء تعيين ستة عشر قاضيا للعمل بها، كما خول الكونغرس لرئيس الجمهورية أن يعين عددا آخر من قضاة المحاكم الجزئية، وقبل أن تنتهي فترة رئاسة آدمز، سارع بتعيين اثنين وأربعين قاضيا للصلح لمقاطعتي واشنطن والإسكندرية في إقليم كولومبيا، وقد أقر مجلس الشيوخ الاتحادي هذه التعيينات ووقعت القرارات وختمت بخاتم الدولة، ثم إنهاء لم تكن قد سلمت لأصحابها بعد، وعندما تم تنصيب جيفرسون رئيسا للجمهورية، أمر ماديسون باعتباره وزيرا للخارجية، بتسليم قرارات التعيين لخمس وعشرين شخصا ممن عينهم آدمز، وان توقف القرارات الخاصة بالسبعة عشر الباقين وكان من بين هؤلاء، وليم ماربوري، ودينس رامزي، وروبرت تاونسندهو، وليم هاربر، ولجأ هؤلاء الأربعة إلى المحكمة العليا

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص30.

<sup>2</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص129، وما بعدها

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سلمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر، 1995، ص173

بدعوى يطالبون بأحقيتهم في التعيين، وإصدار أمرها إلى ماديسون بتسليم أوامر التعيين بناء على سلطتها في إصدار هذه الأوامر، وعندما عرض التماس ماربوري وزملاءه على مارشال قضى باختصاص المحكمة بنظره، وفي 11 ديسمبر 1801، أصدر أمره إلى ماديسون بأنه يذكر للمحكمة في دورها المقبل، أسبابا تسوغ عدم إصدار أمرها بتنفيذ طلبات المدعي، لكن سرعان ما ألغى الكونغرس هذا الدور المقبل للمحكمة، وعندما انعقدت المحكمة في فبراير 1803 كانت القضية ما زالت.

كما اعترف مارشال أن يستغل هذه القضية غير الهامة ليؤكد حق المحكمة العليا على دستورية القوانين، وذلك في اللحظة التي يكون فيها هذا الحكم يمثل أمرا جوهريا، على أنه وفي نفس الوقت، وقد كان خبيرا بالأسلوب الذي يمكن جيفرسون في حالة الحكم لصالح ماربوري، وقد أحسنت المحكمة إزاء هذه القضية بالخطر والحرص، فهي إن قضت للمدعين بطلباتهم، اضطرت إلى أن تواجه احتمالا ينال مكانتها، أد المتوقع أن يرفض ماربوري تنفيذ الأمر، فضلا عن أن الجمهوريين قد هددوا صراحة بطرد مارشال و زملائه من المحكمة أن صدر حكمها لصالح ماربوري وعلى الجانب الآخر فان المحكمة إن رفضت طلبات المدعين، أظهرت نفسها بمظهر العاجز عن رقابة تصرفات الحكومة، و خيبت الآمال التي عقدها الاتحاديون عليها.

وتبدوا أهمية دراسة هذه القضية والحكم فيها والملابسات التي أحاطت بذلك الحكم، في

الوجوه التالية:

1. - كان الحكم في هذه القضية أول حكم تصدره المحكمة العليا الأمريكية بعدم دستورية قانون اتحادي، ولذلك فهو يعد الخطوة الايجابية الأولى في مجال الرقابة على دستورية القوانين الصادرة في الولايات منذ فترة، والتي تقضى بعدم دستورية ما كان منها مخالفا لدستور الولاية أو للقوانين الاتحادية أو الدستور الاتحادي إلا أن تلك المحاكم لم تكن لتقضى بعدم دستورية أيقانون اتحادي قبيل صدور الحكم في قضية ماربوري ضد ماديسون.

2- كان لهذا الحكم الفضل في جمع وترتيب الحجج المؤيدة لحق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين، وكان بعض الفقهاء الأمريكيين، مثل ماديسون قد تناولوا تلك الحجج من قبل بالشرح والتعليق والتأييد. إلا أن جون مارشال رئيس المحكمة العليا قد ركز تلك الحجج وجمعها واستند إليها في حكمه في تلك القضية في فبراير سنة 1803.

3- أحاطت ظروف سياسية معينة بتلك القضية وبالحكم فيها<sup>1</sup> وتبدوا أهمية دراسته تلك الظروف والملابسات في أن هذه الدراسة تكشف لنا لا الوجه السياسي للمحكمة العليا الأمريكية، والطبيعة السياسية لرقابتها على دستورية القوانين كما تفسر لنا هذه الدراسة إلى حد بعيد مدى صحة الانتقادات التي وجهت للمحكمة العليا الأمريكية، وإلى فكرة الرقابة القضائية بصفة عامة كما مورست في أمريكا.

4- كما تبدوا أهمية حكم مارشال في هذه القضية، في أنه قد أحدث أصداء واسعة خارج الولايات المتحدة الأمريكية في مجال الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ولقد أدى هذا الحكم إلى تولي القضاة في كثير من الدول مباشرة الرقابة على دستورية القوانين، وإلى مبادرة كثير من الدول بتنظيمها لرقابة القضائية في دساتيرها، وفي ذلك يقر بعض الكتاب "أن هذا الحكم بجانب انه افتتح في الحقيقة عهد الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة. فانه ينظر إليه على انه ذو معنى عالمي.

## ثانياً: حكم مارشال<sup>2</sup>

تنبه مارشال لهذين الخيارين، وكانت براعته انه انتهر الفرصة للإعلان صراحة عن حق القضاء في الرقابة على دستورية القوانين الفيدرالية، وكذلك حتى يمكنه تحقيق هدفه في مباشرة الرقابة على دستورية القوانين التي قد يسنها البرلمان والذي يسيطر عليه الحزب الجمهوري والتي قد تمس الأسس الاتحادية التي أرساها الحزب الاتحادي.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص20 وما بعدها  
<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 24

و قضى مارشال بأنه برغم أحقية ماربوري في التعيين في وظيفة قاضي، فإن المحكمة العليا لا يمكنها إصدار أمر قضائي لماديسون لتسليمه قرار تعيين ماربوري ذلك الفقرة الثالثة عشر من قانون النظام القضائي الصادر عام 1789 التي تخول المحكمة العليا سلطة إصدار مثل تلك الأوامر تعد غير دستورية، فتلك الفقرة تتعارض مع المادة الثالثة من الدستور التي تحدد كل من الاختصاص الابتدائي والاستئنافي للمحكمة العليا على سبيل الحصر، وتسد إليها مهمة إصدار الأوامر القضائية وبذلك تجلت براعة مارشال فلم تكن المحكمة في حاجة لتنفيذ حكمها المذكور في تلك القضية، كما أن مارشال قد تستر وراء رفض المحكمة لتطبيق قانون كان في صالحها ويزيد من اختصاصها بإعطائها الحق في إصدار الأوامر القضائية<sup>1</sup>، و لقد مر التأكيد الايجابي الأول للمحكمة العليا لحقها في تقرير عدم دستورية قانون وضعه الكونجرس، مر دون معارضة كبيرة فلم يؤثر الحكم مباشرة في مصالح الحزب الجمهوري المحبذ لحقوق الولايات ولكن مارشال أراد في حيثيات حكمه أن يذكر الجمهوريين بأنه لو كان القانون الذي يبيح للمحكمة العليا إصدار مثل هذه الأوامر القضائية صحيحا، و كانت المحكمة بالتالي مختصة بإصدارها، لأمرت المحكمة العليا السلطة التنفيذية بتسليم ماربوري قرار تعيينه. ولقد اغضب هذا الجزء الأخير من الحكم الرئيس جيفرسون واعتبره تدخلا لا مبرر له من القضاء في اختصاص السلطة التنفيذية<sup>2</sup>.

1 علي يوسف الشكري، المرجع نفسه، ص324

2 علي يوسف الشكري، المرجع نفسه، ص324

## الفرع الثالث: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية

يباشر القضاء الأمريكي رقابته على دستورية القوانين بواسطة ثلاث صور:

1- صورة أو أسلوب الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين.

2- صورة أوامر المنع.

3- صورة الأحكام التقريرية.

و الملاحظ أنه غالبية الفقهاء القضائية بواسطة أسلوب الدفع الفرعي بما هو متبع في الولايات المتحدة الأمريكية، ويصفون نظام الرقابة الأمريكي بأنه نظام للرقابة بأسلوب الدفع الفرعي إلا أنه ينبغي عدم الاقتصار على هذا الوصف لنظام الرقابة الأمريكي.

فليس أسلوب الدفع هو الأسلوب الوحيد الذي تمارس الرقابة بواسطته في أمريكا، بل يوجد معه أسلوبان آخران هما أوامر المنع والأحكام التقريرية، ثم أسلوب الدفع الفرعي لم يعد أهم تلك الأساليب، بل لم تعد أهميته مساوية لأهمية الأسلوبين الآخرين، فقد زادت أهميتهما نظرا لأنهما - كما يقول بيردو - أكثر فائدة في حماية الحريات الفردية من أسلوب الدفع الفرعي، وقد أدى ذلك إلى القول بأن أسلوب الدفع الفرعي قد فقد الكثير من أهميته بعد أن استعمل الأسلوبان الأخيران.<sup>1</sup>

و من جهة أخرى فإن مفهوم أسلوب الدفع وذلك بالمقابلة لأسلوب الدعوى الأصلية هو أن أحد الأفراد يعتقد أن قانونا ما غير دستوري، فيتريث حتى يطالب خصمه في الدعوى بأن يطبق عليه هذا القانون وعند ذلك يدفع بعدم دستوريته، إلا أن الذي يحدث عملا في مجال الرقابة في الولايات المتحدة لا يتفق تماما مع مفهوم أسلوب الدفع، بل يكاد يقترب إلى حد ما من مفهوم يشابه أسلوب الدعوى الأصلية، وإن كان يأخذ صورة أوامر المنع والأحكام التقريرية فالفرد في هاتين الصورتين يستطيع أن يرفع دعوى تحت ستار نزاع صوري أحيانا

<sup>1</sup> سعد عصفور، مقدمة القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 148

ويكون هدفه الحقيقي منها في الواقع هو الوصول إلى تقرير دستورية قانون ما أو عدم دستوريته، وإذا طبقنا التقسيمات الفقهية لأساليب ونظم الرقابة على النظام الأمريكي فإنه لهما يدعو للتأمل أنه قد يمكن اعتبار نظام الرقابة الأمريكي "نظاما مختلطا" يكاد يتشابه مع كل تلك الأساليب وكل تلك النظم التي يقول بها رجال الفقه، فهو يندرج تحت أسلوب الدعوى الأصلية (بواسطة أسلوب أوامر المنع والأحكام التقريرية)، ويمكن أن ندرج النظام الأمريكي ضمن نظام الرقابة عن طريق المحاكم العادية (لا مركزية الرقابة) فجميع المحاكم الأمريكية يمكنها أن تقضي في الدفوع بعدم الدستورية ويمكن في الوقت ذاته أن ندرج النظام الأمريكي ضمن نظام لا مركزية الرقابة، فالمحكمة العليا من الناحية الواقعية هي الفصل الحقيقي في أمر الرقابة، و تلتزم المحاكم الأخرى بأحكامها طبقا لنظام السوابق القضائية، وطبقا لحق المحكمة العليا في أن تتصدى لأية معروضة أمام المحاكم الأخرى، وتطلب إحالتها إليها لتفصل هي فيها، كما يوجد تشابه كبير من الناحية العملية بين سلطات المحكمة العليا الأمريكية وسلطات أية محكمة دستورية متخصصة في نظام مركزية الرقابة (الذي يعني تركيز أمر الرقابة في يد جهة واحدة وقد تكون هذه الجهة هي المحكمة العليا في النظام القضائي أو محكمة دستورية متخصصة) ويبدو هذا التشابه في الوجوه التالية :

- التزام أحكام المحاكم الأخرى بأحكامها في مجال الرقابة.
- أن الدستور هو الذي أنشأها.
- أن أحكامها بالامتناع عن تطبيق قانون لعدم دستوريته تعني من الناحية العملية نتيجة مقارنة لإلغاء هذا القانون. فالمحاكم الأخرى تمتنع عن تطبيقه، و يبادر المشرع إلى سحبه أو تعديله.

و يبدو أن سبب استمرار إطلاق الفقهاء لاسم أسلوب الدفع الفرعي على نظام الرقابة في الولايات المتحدة، هو أنه كان الأسلوب الأول الذي بوشرت بواسطته الرقابة هناك.

فلقد سبق تطبيق الأسلوبين الآخرين، بل لقد طبق أسلوب الدفع حتى من قبل إنشاء الاتحاد الأمريكي، بينما لم يطبق أسلوب أوامر المنع كوسيلة للرقابة إلا منذ سنة 1824 كما لم تطبق محاكم الولايات أسلوب الأحكام التقريرية إلا منذ سنة 1915 ولم تأخذ به المحكمة العليا إلا في سنة 1927 في قضية سوب<sup>1</sup> Swope.

ويجمع بين تلك الأساليب الثلاثة أنها لم تنشأ بمقتضى نص دستوري صريح، بل نشأت بواسطة القضاء، فقد نشأ أسلوب الدفع الفرعي كنتيجة طبيعية للتفرقة بين القوانين الأساسية والقوانين العادية ونتيجة لاعتبار القضاة أن قيامهم بالفصل في الدفوع بعدم الدستورية ما هو إلا جانب طبيعي من مهمتهم الأصلية وهي الفصل في المنازعات، كما أدى تطور الرقابة إلى نشأة كل من الأسلوبين الآخرين وتطبيقهما بواسطة القضاء<sup>2</sup> وسنتناول فيما يلي الخصائص الرئيسية لكل من أساليب الرقابة في الولايات المتحدة.

### البند الأول: أسلوب الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين

إن المحاكم الأمريكية كانت تطبق هذا الأسلوب قبل نشأة الاتحاد الأمريكي، وقد استمرت المحاكم في تطبيقه بعد نشأة الاتحاد فيما يتعلق برقابتها على دستورية القوانين الصادرة في الولايات، ولقد أقر الدستور الأمريكي مسلك القضاء حين أوجب على القضاة في الولايات الامتناع عن تطبيق أي قانون تصدره الولايات ويكون مخالفا للدستور الاتحادي أو القوانين الاتحادية أو المعاهدات التي تبرمها حكومة الولايات المتحدة<sup>3</sup>، و يتردد كثيرا في الفقه القول بأن الرقابة على دستورية القوانين الاتحادية بواسطة أسلوب الدفع الفرعي قد تقرر بموجب حكم مارشال في قضية ماربوري ضد ماديسون في فبراير سنة 1803<sup>4</sup>، فكيف يقال بأن رقابة القضاء بواسطة أسلوب الدفع الفرعي قد تقرر بمقتضى حكم مارشال في قضية ماربوري سنة 1803 مع أن القضاء الأمريكي قد باشر تلك الرقابة

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق ص 248

<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 206،

<sup>3</sup> سعيد بو الشعير، القانون الدستوري النظم الدستورية، المرجع السابق، ص 176

<sup>4</sup> ثروت بدوي، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 145

بواسطة أسلوب الدفع بالنسبة للقوانين الصادرة في الولايات منذ فترة سابقة، و باشرته المحكمة العليا بالنسبة للقوانين الاتحادية منذ سنة 1796 أثناء نظرها لقضية هيلتون.

ولم يثبت أنه قد طعن قبل حكم مارشال أمام القضاء الأمريكي بعدم دستورية قانون اتحادي، فقضى بعدم اختصاصه بالنظر في ذلك الطعن، ويستدل على ذلك من تسليم المحكمة العليا قبل مارشال بمبدأ الرقابة<sup>1</sup>، بل ويستدل على ذلك أيضا من وصف حكم مارشال في قضية ماربوري بأنه أول حكم يقضي فيه بعدم دستورية قانون اتحادي، ولقد كانت هذه الصفة هي التي سببت شهرة هذا الحكم، بالإضافة إلى الظروف السياسية التي أحاطت به والتي أشرنا عليها من قبل، ذلك أن مفهوم الرقابة بواسطة أسلوب الدفع (في صورته التقليدية)، يتحقق عن وجود دعوى، ثم يدفع أثناءها بعدم دستورية قانون يراد تطبيقه على أحد أطراف الدعوى، والثابت أن ماربوري لم يدفع بعدم دستورية قانون ما، وكان كل ما طلبه هو أن تصدر المحكمة العليا أمرا قضائيا لماديسون ليسلمه (أي يسلم ماربوري) قرار تعيينه، والثابت أيضا أن المحكمة العليا قد نظرت في دستورية القانون (قانون النظام القضائي الصادر سنة 1789) دون دفع من ماربوري، وقضت بعدم دستوريته<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد عبد العزيز سالم، المرجع نفسه، ص 172  
<sup>2</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص 324

## كيفية تطبيق المحاكم لأسلوب الدفع

تباشر جميع المحاكم الأمريكية رقابتها على دستورية القوانين بواسطة أسلوب الدفع، فيمكن للأفراد إثارة دفعهم بعدم دستورية القوانين أثناء نظر دعاوهم أمام المحاكم<sup>1</sup>، وتملك جميع المحاكم من الناحية النظرية الفصل في تلك الدفوع، إلا أنه قلما تساهم المحاكم الدنيا في الولايات من الناحية العملية مساهمة فعالة في الفصل في عدم دستورية قانون ما، بل يرجع الأمر أخيرا إلى المحاكم العليا الاتحادية، وتفصل تلك الأخيرة في موضوع الرقابة طبقا لما جرى عليه قضاء المحكمة العليا الاتحادية<sup>2</sup>، وهكذا يرجع الأمر أخيرا إلى المحكمة العليا الاتحادية فهي صاحبة الكلمة النهائية بالنسبة للرقابة، ويرجع ذلك إلى التزام المحاكم الأمريكية بنظام السوابق القضائية، وإلى سلطة المحكمة العليا الاتحادية في إلغاء أي حكم مخالف عند استئناف تلك الأحكام أمامها أو مباشرتها هي للفصل في الدعوى وذلك عن طريق "قرارات التصدي" والمعروفة باسم *write of certiorar* وتصدر المحكمة العليا الاتحادية بموجب تلك القرارات أوامرها للمحاكم لإرسال أوراق وملفات القضايا إليها لتفصل فيها بمعرفتها<sup>3</sup>، ولا تتطلب المحاكم الأمريكية شروطا معينة خاصة بقبول الدفع بعدم الدستورية أمامها، فتطبق عليه ذات الشروط التي تتطلب في الدعاوى والدفوع الأخرى وهي شرط وجود حقوق موضوعية جدية وشرط المصلحة، إلا أن المحكمة العليا الأمريكية قد تشددت في بعض الفترات في تحديدها لمدلول كل من الشرط بين المذكورين<sup>4</sup>.

كما يتمتع الحكم بعدم الدستورية بحجية نسبية<sup>5</sup>، والمفروض أن ذلك يعني أن يقتصر أثره على الدعوى التي حكم به فيها وعلى الخصوم في تلك الدعوى، بحيث يمكن للمحكمة ذاتها (أو لمحكمة أخرى) أن تقضي بدستورية القانون الذي سبق الحكم بعدم دستوريته، إلا أن المحاكم الأمريكية تلتزم بما تصدره المحاكم العليا من أحكام طبقا للمبادئ التي استقرت في

<sup>1</sup> عيد العزيز محمد سالم، المرجع نفسه، ص178

<sup>2</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص96

<sup>3</sup> كمال أبو المجد -الرقابة على دستورية القوانين-، المرجع السابق، ص177

<sup>4</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص212-وما بعدها

<sup>5</sup> أشرف فايز اللساوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق والحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، المركز القومي

2009، ص20

قضاء المحكمة العليا الاتحادية، وعلى ذلك فإن حكم المحكمة العليا بعدم دستورية قانون معين يعني من الناحية العملية عدم تطبيقه من جانب جميع المحاكم، ويعني كذلك أن يبادر المشرع بإلغاء ذلك القانون<sup>1</sup>.

### البند الثاني: أسلوب أوامر المنع

ترجع نشأة أوامر المنع من الناحية التاريخية إلى التفرقة القديمة في بريطانيا بين قواعد العرفية Common Law وقواعد العدالة<sup>2</sup> Equity، و ينبغي التفرقة بين تطبيق المحكمة العليا والمحاكم الأمريكية لأسلوب أوامر المنع في المنازعات القضائية عموماً، وبين تطبيقها هذا الأسلوب كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين.

1- أما بالنسبة لاستعمال أوامر المنع في المنازعات القضائية بصفة عامة، فقد أسندت التشريعات الصادرة في الولايات إلى المحاكم الاختصاص بإصدار أوامر المنع، وشاع استعمال ذلك الأسلوب منذ أواخر القرن 19 حيث كانت تمارسه جميع المحاكم في الولايات، كما استندت المحكمة العليا إلى المادة الثالثة (الفقرة الثانية) من الدستور لتبرير إصدارها لتلك الأوامر. وتتص تلك الفقرة على أن "السلطة القضائية تمتد إلى جميع المنازعات التي تقوم في ظل القانون أو مبادئ العدالة<sup>3</sup>.

2- أما بالنسبة لاستعمال أوامر المنع كوسيلة للرقابة على دستورية قوانين الولايات، فقد بدأ استعمال هذه الوسيلة للمرة الأولى سنة 1824 في قضية أوسبورن ضد بنك الولايات المتحدة، ثم استعملته المحكمة العليا كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين الفيدرالية سنة 1867 في قضية ميسسبي ضد الرئيس جونسون، حيث طلبت بعض الولايات من المحكمة العليا إصدار أمر منع ضد الرئيس جونسون لمنعه من تنفيذ قوانين التعمير

<sup>1</sup> اشرف فايز اللساوي، المرجع نفسه، ص20  
<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها.

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سالم، المرجع نفسه، ص181

التي أصدرها بعد الحرب الأهلية<sup>1</sup>، ولقد استطاعت المحكمة العليا بمهارة فائقة أن تطور أسلوب أوامر المنع، حتى لا يواجه بالقيود التي أوردتها التعديل الحادي عشر سنة 1798، وأمكنها بذلك أن تتفادى العقبات التي كان ذلك التعديل يقيمها في وجه أوامر المنع<sup>2</sup>، كما أمكنها تفادى الانتقادات الموجهة لأسلوب أوامر المنع، كما سيتضح مما يلي.

### مفهوم الأسلوب:

يفترض في حالة أوامر المنع أن يدعى فرد معين بعدم دستورية قانون، وأن تطبيق هذا القانون عليه سيؤدي إلى إلحاق الضرر به، ويطلب الفرد من المحكمة أن تصدر أمرا إلى الموظفين المكلفين بتنفيذ ذلك القانون لمنعهم من تنفيذ عليه، فإذا أصدرت المحكمة ذلك الأمر وجب على الموظف الصادر إليه الأمر تنفيذه وإلا تعرض لعقوبة جنائية. وقد طورت المحاكم الأمريكية هذه الصورة السابقة لأوامر المنع، وأضافت إليها صورة أخرى<sup>3</sup>، وهي الصورة التي يطلب فيها الفرد من المحكمة إصدار أمر لأحد موظفي السلطة التنفيذية ليقوم بعمل معين لصالح أحد الأفراد، مثل رد رسم إلى ممول كان قد دفعه بناء على قانون قضت المحكمة بعدم دستوريته.

ولقد وجهت الانتقادات للمحكمة العليا والمحاكم الأمريكية لتطبيقها أسلوب أوامر المنع الذي كان محور تلك الانتقادات هو أن إصدار القضاء لأوامر المنع يعد تدخلا في أعمال كل من السلطتين التنفيذية والتشريعية، مما يتعارض مع مبدأ فصل السلطات ولتفادي هذا الاعتراض أنشأت المحكمة العليا تفرقة جديدة بين حالتين: حالة ما إذا كان أمر المنع موجها إلى موظف مكلف خصيصا بتنفيذ عمل معين وفقا لقانون قضت المحكمة بعدم دستوريته، في تلك الحالة لا يعتبر صدور أمر المنع إخلالا بمبدأ فصل السلطات.

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها

<sup>2</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 136

<sup>3</sup> عبد العزيز محمد سالمان، المرجع نفسه، ص 181

والحالة الثانية: هي حالة ما إذا كان أمر المنع موجهًا إلى أي موظف عادي (مكلف بحكم وظيفته بالعمل على تطبيق القوانين بوجه عام). وفي تلك الحالة لا يجوز إصدار أوامر المنع لتعارضها مع مبدأ الفصل<sup>1</sup>.

إلا أن المحكمة العليا قد تخلت منذ عام 1908 (في قضية يونج) عن هذه التفرقة الغامضة. وحررت أوامر المنع من القيود التي كانت تعوقها سواء بمقتضى التعديل الحادي عشر، أو الناتجة عن ادعاء مخالفتها لمبدأ فصل السلطات. وفتحت المحكمة بذلك الباب واسعاً أمام الأفراد للطعن في دستورية القوانين بواسطة هذا الأسلوب، وأصدرت المحاكم عدداً متزايداً من أوامر المنع<sup>2</sup> وبذلك أصبح أمر المنع وسيلة عادية بعد أن كان وسيلة طعن استثنائية في دستورية القوانين وأصبح ينطبق على حالات مختلفة عن بعضها كل الاختلاف، وكان أوسع مجال لتطبيق أوامر المنع هو مجال التشريعات العمالية إلا أنها طبقت أيضاً في مجال قوانين الضرائب والقوانين الخاصة بالتجارة وغيرها<sup>3</sup>.

ونظراً للنتائج المترتبة على الإسراف في استعمال أوامر المنع وتعطيلها لنفاذ القوانين نفذ سن الكونجرس سنة 1910، 1937 قانونين تم بمقتضاهما تحديد محكمة تتألف من ثلاث قضاة تختص وحدها بإصدار أوامر المنع بالنسبة لقوانين الولايات، ثم بالنسبة للقوانين الاتحادية<sup>4</sup>، وكان إسراف كل من المحكمة العليا والمحاكم الدنيا على وجه الخصوص في إصدار أوامر المنع سبباً من أسباب تصاعد الخلاف الذي نشب بين كل من روزفلت والمحكمة العليا<sup>5</sup>، كما حرصت المحكمة العليا بعد ذلك على التزام حدودها الدستورية، وقللت من التجائها إلى أوامر المنع ومنذ ذلك التاريخ قلت أهمية أوامر المنع كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين.

<sup>1</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص 329

<sup>2</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 205

<sup>3</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 205

<sup>4</sup> عبد العزيز محمد سالم، المرجع نفسه، ص 181

<sup>5</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 205

ويفترق أمر المنع عن الدفع بعدم الدستورية في أن أمر المنع عبارة عن إجراء وقائي، يمكن للأفراد بواسطته أن يهاجموا القانون مطالبين بالتحقق من دستوريته دون انتظار لتطبيقه عليهم، وبذلك يمكنهم أن يتلافوا الإضرار التي كان يمكن أن تصيبهم من جراء تنفيذ قانون غير دستوري عليهم، ومن هذه الميزة تبدو أهمية أسلوب المنع بالنسبة للأفراد فهو أكثر فائدة لهم من أسلوب الدفع الفرعي كما يتيح لهم ضمانا يزيد عن الضمان الذي يتيح لهم أسلوب الدفع، ذلك أن الأفراد في حالة استعمالهم لأسلوب الدفع لا يمكنهم إثارة الدفع بعدم دستورية قانون إلا حين يراد تطبيقه عليهم، وفي تلك الحالة يتيح أسلوب الدفع للأفراد منع الإخلال بالحقوق قبل وقوعه وقبل تحقق الأضرار. إلا أنه قد يكون القانون قد طبق، ولحق الضرر بهم وفي تلك الحالة يتيح أسلوب الدفع للأفراد منع الإخلال بالحقوق قبل وقوعه وقبل تحقق الإضرار إلا أنه قد يكون القانون قد طبق، ولحق الضرر بهم وفي تلك الحالة لا يتيح أسلوب الدفع للأفراد سوى تعويضهم عن الأضرار التي لحقت بهم نتيجة تطبيق قانون غير دستوري.

أما أمر المنع فهو يمكن الأفراد من المبادرة بحماية حقوقهم، ومنع الإخلال بالحقوق قبل وقوعه<sup>1</sup>، هذا وتتفرد الولايات المتحدة بتطبيق أسلوب أوامر المنع كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين، والملاحظ أن هذا الأسلوب يقترب إلى حد كبير من أسلوب الدعوى الأصلية من حيث أنه إجراء هجومي ضد القانون، ومن حيث أن نتيجته (وهي عدم تطبيق القانون غير الدستوري) تتشابه مع نتيجة دعوى الإلغاء من الناحية العملية ويبدو ذلك واضحا إذا عرفنا أن الحكم الذي تصدره المحكمة العليا بعدم دستورية قانون يؤدي إلى عدم تطبيق القانون أمام جميع المحاكم كما يؤدي إلى إسراع المشرع بإلغائه<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها  
<sup>2</sup> عبد العزيز محمد سلمان، المرجع نفسه، ص 181

### البند الثالث: أسلوب الأحكام التقريرية

الأسلوب الثالث من أساليب الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة، وهو أسلوب الأحكام التقريرية<sup>1</sup> Declaratory judgment وهو يعد أحدث الأساليب في الولايات المتحدة وقد ترددت المحكمة العليا الأمريكية في قبوله حتى سنة 1936، و هو أصلا أسلوب من أساليب القانون الخاص. وترجع نشأته إلى القانون الاسكتلندي القديم الذي عرفه قبل أن يعرفه النظام الانجليزي، و كانت محاكم الولايات تتردد في إصدار أحكام تقريرية بشأن دستورية القوانين ثم أخذته بعد ذلك تباع، أما المحكمة العليا الأمريكية فقد ترددت في قبول هذا الأسلوب إلى أن سن الكونجرس سنة 1934 قانونا يتيح للمحاكم الاتحادية سلطة استعمال أسلوب الأحكام التقريرية للتحقق من دستورية القوانين<sup>2</sup>.

وتفترض حالة الحكم التقريري كأسلوب الرقابة، أنه عند تطبيق قانون على أحد الأفراد، واعتراض ذلك الفرد مدعيا أن القانون المراد تطبيقه عليه غير دستوري، فإن الموظف المختص يتربث في التنفيذ إلى أن يتقدم الفرد إلى أن يتقدم الفرد إلى المحكمة بطلب إصدار حكم يقرر ما إذا كان القانون دستوريا أو غير دستوري. وعلى أساس حكم المحكمة يقوم الموظف بتنفيذ القانون أو عدم تنفيذه<sup>3</sup> ويختلف أسلوب الحكم التقريري عن أسلوب الدفع بعدم الدستورية، في أنه لا يقدم أثناء نظر دعوى كأسلوب الدفع الفرعي بل هو يرفع استقلالا عن أية دعوى، وهو يشبه في ذلك دعوى الإلغاء إلى حد كبير كما تشبه النتيجة المترتبة على الحكم التقريري في الولايات المتحدة من الناحية العملية النتيجة المترتبة على أسلوب الدعوى الأصلية، فكلا الأسلوبين يؤديان إلى عدم نفاذ القانون، وإن اختلفت النتيجة المترتبة على كلا الأسلوبين من الناحية النظرية.

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دون دار النشر، القاهرة، الطبعة الأولى 1956، ص 339

<sup>2</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص 331

<sup>3</sup> سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الطبعة الثالثة، الجزائر، ص 181

كما يختلف أسلوب الحكم التقريري عن أسلوب أوامر المنع في أنه لا يشترط فيه أن يكون هناك ضرر وشيك الوقوع يراد تفاديه (ويتطلب هذا الشرط في أسلوب أوامر المنع).

كما يختلف الحكم التقريري عن كل من أسلوب الدفع الفرعي وأسلوب أوامر المنع بل وعن الأحكام القضائية عموماً في أنه يخلو من عنصر " الأمر بالتنفيذ" وهو أحد العناصر الأساسية للأحكام القضائية، ولقد كان خلوه من هذه الصفة أحد الأسباب التي أدت إلى تردد المحكمة العليا في الأخذ به، فلقد اعتبرت أنه أقرب ما يكون إلى الآراء الاستشارية، أو أنه لا يقتضي منها الفصل في نزاع أو خصومه، مع أن الوظيفة القضائية كما قالت المحكمة العليا لا تمتد إلى البث في المسائل النظرية المجردة<sup>1</sup>، ويرجع تردد المحكمة العليا في قبول أسلوب الأحكام التقريرية إلى عاملين :

**أولهما:** تمسكها بالأفكار التقليدية الخاصة بوظيفة القضاء والقائلة بأن القاضي لا يحكم خارج نطاق نزاع أو خصومه قائمة فعلاً بين الأفراد، وليست الأحكام التقريرية كذلك.

**ثانيهما:** حرص المحكمة العليا على أن تضيق قدر المستطاع من نطاق رقابتها على دستورية القوانين وذلك كرد فصل للانتقادات التي وجهت إليها بدعوى أنها توسع نطاق الرقابة لتزيد بذلك من سلطاتها<sup>2</sup>.

وقد أدى تردد المحكمة إزاء أسلوب الأحكام التقريرية التي تشدها في تفسير المقصود بشرط الخصومة الحقيقية وشرط المصلحة الشخصية، وهما شرطان لازمان لقبول الدعوى، مما أدى إلى تضيق نطاق استعمال أسلوب الأحكام التقريرية كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين، إلا أن المحكمة قد تخلت عن تردها وقبلت هذا الأسلوب منذ سنة 1936 وذلك نتيجة لصدور قانون سنة 1934 الذي يخول المحاكم الاتحادية استعمال هذا الأسلوب، وكذلك نتيجة لحماس رجال الفقه الأمريكي لهذا الأسلوب واعتبارهم أنه الإجراء الأكثر

<sup>1</sup> كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 279  
<sup>2</sup> علي يوسف شكري، المرجع نفسه، ص 331

مباشرة من أسلوب الدفع بعدم الدستورية والأكثر صراحة من أسلوب أوامر المنع، وأنه يتسم بأنه أكثر صراحة من هذين الأسلوبين حيث أنه يتيح التعرض مباشرة للمشكلة الحقيقية وهي مشكلة دستورية القوانين، ويجهد الكتاب الأمريكيون هذا الأسلوب لأنه يعد في رأيهم أكثر ملائمة مع الحكمة من اختصاص القضاء بالرقابة. فالحكمة من ذلك هو أن يقرر القضاء ما إذا كان القانون المعروض عليه دستوريا أم غير دستوري. ويحقق أسلوب الحكم التقريري هذه الحكمة دون خلف منازعات يقصد منازعات صورية يقصد بها التوصل لمعرفة رأى المحاكم كما يحدث في العمل بالنسبة للأسلوبين الآخرين<sup>1</sup>، فأسلوب الدفع الفرعي يثير هذه المشكلة بصفة عارضة وبمناسبة نزاع حقيقي قائم بين طرفين أما في أسلوب الحكم التقريري فإن الأمر لا يتعلق بدعوى بل بنزاع<sup>2</sup> كما يقول بيردو أحد طرفيه هو الفرد والطرف الآخر هو الدولة، و من أهم العوامل التي دفعت المحكمة العليا إلى قبول هذا الأسلوب، هو أنه قد وجدت أنه قد يؤدي تشدها في قبول الأحكام التقريرية إلى أضعاف مركزها بالنسبة لسلطة إعادة النظر في أحكام محاكم الولايات. فطبقا لقانون تنظيم القضاء الصادر في سنة 1789 تختص المحكمة العليا بإعادة النظر في أحكام الولايات، ولما كانت تلك المحاكم قد أخذت بأسلوب الأحكام التقريرية، فإن إصرار المحكمة العليا على موقفها لتلك الأحكام سوف بحرصها من أية فرصة لمباشرة سلطتها الاستئنافية وبذلك تخرج الرقابة على دستورية قوانين الولايات من سلطتها، إذ سيسارع كل من يريد تجنب الاختصاص الاستئنافي للمحكمة العليا إلى تقديم النزاع إلى القضاء في صورة طلب حكم تقريري.

والواقع أنه يمكن أن نرجع دفاع الفقهاء الأمريكيين عن أسلوب الحكم التقريري كوسيلة للرقابة على دستورية القوانين إلى أن هذا الإجراء يسمح للمحاكم أن تفصل مباشرة في دستورية القوانين في سرعة ويسر، مما يحقق مصالح الأفراد<sup>3</sup>، أما قول هؤلاء الفقهاء بأن أسلوب الحكم المقرر يحقق الحكمة من قيام المحاكم بالرقابة دون خلق منازعات صورية

<sup>1</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 151

<sup>2</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص 99

<sup>3</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص 99

القصد منها معرفة رأى المحاكم كما يحدث بالنسبة للأسلوبين. فإنه يبدو لي أنه لا يمكن الأخذ بهذا القول على إطلاقه، فالحكم التقريبي لا يختلف عن الأسلوبين الآخرين في احتمال خلقه للمنازعات الصورية بل قد يكون الحكم التقريبي هو الأكثر قربا من احتمال خلق المنازعات الصورية بقصد الوصول لمعرفة رأى المحاكم.

## المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر

مما لا ريب فيه أن إسناد مهمة التحقق من مدى مطابقة القوانين المختلفة للدستور إلى القضاء يحقق مزايا عديدة في حالة تولي هيئة سياسية لهذه المهمة، ولقد عرفت مصر الرقابة على دستورية القوانين منذ زمن بعيد، فقد أصر مجلس الدولة منذ إنشائه في عام 1946 على حقه في إجراء هذه الرقابة دون نص خاص للرقابة له ذلك<sup>1</sup>، ففي عام 1969 أنشأت في مصر لأول مرة محكمة خاصة للرقابة الدستورية والتي كانت تجري عن طريق الدفع حيث يتقدم به صاحب المصلحة أمام محكمة الموضوع فادا رأت أن الدفع جدي وان هناك شكوكا جدية حول دستورية النص الذي يراد تطبيقه أوقفت الدعوى أمامها وحددت للخصم صاحب المصلحة مدة معينة يرفع الدعوى خلالها أمام المحكمة العليا.

واقتناعا بمزايا الرقابة القضائية، سواء من حيث أنها هيئة قضائية تتفق في جوهرها في مشكلة الرقابة على دستورية القوانين أو أنها تتميز بالحيادة والاستقلال أو بإتباع القضاء لإجراءات قضائية عادلة في نظر الخصومات حيث تبعث الثقة والاطمئنان لإحكامه مثل : علانية الجلسات أو أنها رقابة لاحقة على صدور القانون ونشره وتطبيقه في الواقع الاجتماعي الحي، فقد اعتنقتها دول عدة، وخاصة بعد أن ثبت عدم جدوى الرقابة السياسية، كما أن الرقابة القضائية ترمز إلى الجهة المختصة القائمة بها وهي القضاء الذي يتوافر فيه ضمانات الجيدة والاستقلال وكالة حق التقاضي مما يجعل الرقابة القضائية وسيلة فعالة لضمان احترام الدستور<sup>2</sup>.

## الفرع الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر قبل إنشاء المحكمة العليا

خلا الدستور المصري سنة 1923 من أي نص يخول القضاء مباشرة الرقابة على دستورية القوانين أو يحظر عليه مباشرتها"، كما خلت الدساتير المصرية المتعاقبة من تنظيم حق القضاء في الرقابة، إلى أن صدر دستور سنة 1971 الذي نص على إنشاء المحكمة

<sup>1</sup> غسان مدحت خير الدين، المرجع نفسه، ص79  
<sup>2</sup> أشرف فايز المساوي، المرجع نفسه، ص17

الدستورية العليا"، وكان قد صدر قرار من رئيس الجمهورية في 31 أوت سنة 1969 بإنشاء المحكمة العليا التي تختص بالرقابة على دستورية القوانين، وبدأت تلك المحكمة عملها في 3 ماي سنة 1970، ولقد ثارت مشكلة قيام القضاء بالرقابة على دستورية القوانين، وتباينت بشأنها وجهات النظر في كل من الفقه والقضاء، وذلك منذ صدور دستور سنة 1923 إلا أن القضاء المصري كان أكد حقه في مباشرة تلك الرقابة منذ صدور حكم محكمة القضاء الإداري في 10 فبراير سنة 1948، وبعد أن أكد القضاء المصري ذلك جرت محاولات لوضع تنظيم دستوري للرقابة وذلك في مشروع لجنة إعداد دستور سنة 1956، وكذلك اللجنة التحضيرية التي شكلت في نهاية ماي سنة 1967 لوضع مشروع دستور جديد<sup>1</sup> كما نص على ضرورة<sup>1</sup> وضع تنظيم دستوري للرقابة بإنشاء محكمة دستورية وذلك في تقرير ميثاق العمل الوطني سنة 1962، وبيان 30 مارس سنة 1968، و لما صدر دستور عام 1971 نص في المادة 192 منه على أن<sup>2</sup> تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة في القانون الصادر بإنشائها، وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا" وأخيرا صدر القانون رقم 48 لسنة 1979 بإنشاء المحكمة الدستورية العليا، تلك المحكمة التي تعتبر طبقا لنص المادة 174 من الدستور هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، مقرها مدينة القاهرة.

### البند الأول: نظرة الفقه والقضاء حول الرقابة

يعد دستور سنة 1923، دستورا جامدا، فلقد نص(في المواد 156-158)، على أسلوب لتعديله يختلف عن أسلوب تعديل القوانين العادية<sup>3</sup> وقد ترتب على ذلك علوه على القوانين العادية<sup>3</sup> وضرورة مطابقة تلك القوانين له وعدم مخالفتها لأحكامه<sup>4</sup> فالسلطة التشريعية شأنها شأن غيرها من السلطات مقيدة بالدستور<sup>4</sup>، تستمد منه سلطاتها وليس لها أن تخرج على أحكامه فيما تسنه من تشريعات<sup>5</sup> وقد نصت المادة 23 من الدستور على أن " جميع

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 464

<sup>2</sup> ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات، الإسكندرية، ص 373

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 455

<sup>4</sup> ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 374

السلطات مصدرها الأمة ويكون استعمالها على الوجه المبين بهذا الدستور "، وكنتيجة طبيعية لجمود الدستور، فلقد كان من المحتم أن تثار مشكلة التعارض بين القوانين والدستور، وهل يملك القضاء بحث دستورية القوانين أم لا يملكها" ولقد ثارت هذه المشكلة في كل من الفقه والقضاء المصريين"

### البند الثاني: موقف الفقه المصري من الرقابة

كانت غالبية الفقه المصري ترى أن للمحاكم حق رقابة دستورية القوانين والامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور في حالة الدفع أمامها بعدم دستورتها" ولم يشذ عن هذا الرأي الذي كاد الإجماع أن ينعقد عليه سوى رأي واحد في الفقه المصري<sup>1</sup> وقد استند الفقهاء المؤيدون لرقابة القضاء إلى ذات الأسانيد التي قال بها الفقهاء الفرنسيون المؤيدون لاختصاص المحاكم الفرنسية بالرقابة.<sup>2</sup>

وقد استند البعض إلى مبدأ الشرعية للقول بأن حرمان القضاء من واجهه في مباشرة الرقابة على دستورية القوانين يعد مخالفة لمبدأ المشروعية، وأنه يتعارض مع مقتضى الحكومة الشرعية" وتعد الحكومة في حالة عدم مباشرة القضاء للرقابة حكومة استبدادية" ويرى الدكتور عبد الحميد متولي أنه لا يصح القول بأن حرمان القضاء ذلك الاختصاص يعد مخالفة لمبدأ المشروعية (أي مبدأ سيطرة أحكام القانون) لأن مثل هذا القول يؤدي إلى وصف نظام الحكم بأنه نظام لحكومة استبدادية" وهو قول يقوم على فهم خاطئ لما يقصد بمبدأ المشروعية ولما يوصف بالحكومة الاستبدادية<sup>3</sup>، ويستند الرأي القائل بعد اختصاص القضاء المصري بالرقابة على دستورية القوانين إلى ذات الحجج التي يستند إليها بعض الفقهاء الفرنسيين المعارضين لقيام المحاكم الفرنسية بالرقابة كما يستند هذا الرأي أيضا إلى أن القضاة المصريين مازالوا خاضعين للسلطة التنفيذية في تعيينهم ونقلهم وأنهم لم يصلوا بعد إلى درجة من الاستقلال تكفي لأن يقوموا بهذه المهمة" كما يستند إلى أن نص المادة 15 من

<sup>1</sup> السيد صبري- مبادئ القانون الدستوري، دون دار النشر، 1949- ص 648.

<sup>2</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 578

<sup>3</sup> السيد صبري، المرجع نفسه، ص 646

لائحة ترتيب المحاكم الأهلية القديمة (والتي تقابلها المادة 18 من قانون نظام القضاء) يقضي بمنح المحاكم من تأويل الأوامر الإدارية أو إيقاف تنفيذها "وإن مقتضى ذلك من باب أولى أن تمتنع المحاكم عن النظر في دستورية القوانين" واستند هذا الرأي كذلك إلى المذكرة التفسيرية للمرسوم بقانون رقم 47 سنة 1934 (الخاص بتعطيل بعض أحكام القانون رقم 26 لسنة 1912 الخاص بلائحة المحاماة أمام المحاكم الأهلية) "فقد ورد بهذه المذكرة التفسيرية أنه ليس لأية هيئة قضائية في مصر حتى الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup>.

وقد تكفل الفقهاء المؤيدون لرقابة القضاء بالرد على تلك الحجج "فبينوا خطأ الاستناد إلى ما يقول به الفقهاء الفرنسيون المعارضون لرقابة القضاء الفرنسي، وذلك لاختلاف الوضع بين كل من النظامين المصري والفرنسي" وبينوا كذلك أنه لا يصح الاستناد إلى المادة 15 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية (والمادة 18 المقابلة لها) لأنه لو أمكن الاستناد إلى تلك المادة لمنع رقابة القضاء الدستورية القوانين لكان من الأولى الاستناد إليها لمنع رقابته على قانونية اللوائح باعتبار أن اللائحة أعلى من الأمر الإداري، وهذا ما لم يأخذ به الفقه والقضاء المصريان اللذان أجمعا على حق المحاكم في بحث قانونية اللوائح.<sup>2</sup>

### البند الثالث: موقف القضاء المصري من الرقابة

بينما كاد إجماع الفقهاء المصريين ينعقد على ضرورة مباشرة القضاء لحقه في الرقابة على دستورية القوانين، كان أغلب القضاء المصري في بداية الأمر مترددا في بسط رقابته "ولعل المحاكم المصرية تأثرت في موقفها بموقف المحاكم الفرنسية في رفضها مباشرة الرقابة على دستورية القوانين" إلا أنه ينبغي ملاحظة أنه بينما كانت المحاكم الفرنسية جميعها تقف هذا الموقف من رفض الرقابة في صراحة وحسم، فإن المحاكم المصرية لم تكن جميعها ترفض مبدأ الرقابة بمثل هذا الحسم بل أن أغلب المحاكم المصرية كانت مترددة في بسط رقابته فحسب، ولم تكنفي أغلب أحكامها صريحة في رفض الرقابة "ولذلك فإن معظم

<sup>1</sup> وحيد رافت و وايت إبراهيم- القانون الدستوري، بدون دار النشر، 1937، ص 14، وحيد رافت، القانون الإداري، بدون دار النشر 1938- ص 359

<sup>2</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 579

الأحكام في بداية الأمر كان يكتنفها الكثير من اللبس والغموض"وقد أدى غموض الأحكام إلى اختلاف تحليل الفقهاء لها، واختلافهم في تأويلها(سواء من كان منهم من المؤيدون الرقابة أو من المعارضين لها)<sup>1</sup>، ولقد ظهر ذلك الاختلاف منذ قضاء المحاكم المختلفة"فبينما كان يرى الدكتور وحيد رأفت في حكم محكمة النقض في 4 يناير 1924 أنه لا يمكن الاستناد إلى هذا الحكم على أساس أن القضاء في مصر يأخذ بالرقابة ذلك أن القانون المطعون فيه لا يتعارض مع الدستور ولا يستفاد حتماً بمفهوم المخالفة من المسلك المحكمة أنها كانت ترفض تطبيق القانون لو اتضح لها أنه مخالف لدستور، وأن حكم محكمة مصر الابتدائية الأهلية في 23 ماي سنة 1929 تعرض لمسألة إلغاء الدستور للقوانين والمراسيم واللوائح السابقة على صدوره<sup>2</sup>، ومهما يكن الأمر بالنسبة لحكم المحكمة المذكورة وكونها قد أخذت بالرقابة أو لم تأخذ بها، فإنه يبدو أنه لا يمكن افتراض فرض معين لم يحدث ثم تصور موقف معين للمحكمة بناء على هذا الافتراض"فلقد عرض على المحكمة طعن بعدم دستورية قانون ما، ولقد حكمت بدستورية هذا القانون"ويكفي مجرد حدوث ذلك للقول بأن المحكمة أو أية محكمة تفعل ذلك قد سلمت بمبدأ الرقابة<sup>3</sup>"ولا يلزم أن تقضي المحكمة بعدم دستورية القانون كي نقرر أنها تأخذ بمبدأ الرقابة".

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 589

<sup>2</sup> وحيد رأفت، المرجع نفسه، ص 15

<sup>3</sup> عثمان خليل عثمان- النظام الدستوري المصري، دون دار النشر، 1942- ص 92

## الفرع الثاني : الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر بعد إنشاء المحكمة العليا

طبقا للمادة 7 يتم تعيين رئيس المحكمة العليا" بقرار من رئيس الجمهورية من بين أعضاء المحكمة العليا أو من غيرهم ممن تتوافر فيهم شروط التعيين" ويجوز تعيين رئيس المحكمة دون تقيد بسن التقاعد"ويكون تعيين نواب رئيس المحكمة ومستشاريها بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية"ويكون تعيين رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد"،أما بالنسبة لضمانات أعضاء المحكمة فتنص المادة 9 على أن "أعضاء المحكمة العليا غير قابلين للعزل" على أنه إذا فقد أحدهم الثقة والاعتبار أو أخل إخلالا جسيما بواجبات أو مقتضيات وظيفته، جاز إحالته إلى المعارض بقرار من رئيس الجمهورية بناء على تحقيق تجريه معه المحكمة"ويعتبر في أجازة حتمية من تاريخ قرار رئيس المحكمة بإحالته إلى التحقيق لحين البث فيه" كما تنص المادة العاشرة على أنه تسري في شأن أعضاء المحكمة العليا جميع الضمانات والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة للمستشارين وفقا لقانون السلطة القضائية".

### البند الأول : تشكيلة المحكمة العليا

نصت المادة الثالثة من قانون المحكمة العليا على أنها تؤلف من رئيس ومن نائب أو أكثر للرئيس، وعدد كاف من المستشارين، وعلى أن أحكامها تصدر من سبعة مستشارين"، كما لم ينص المشرع المصري على تحديد عدد أعضاء المحكمة العليا"وقد اكتفى بالقول بأن أحكامها تصدر من سبعة مستشارين وبأغلبية الآراء (أي بأغلبية السبعة)"وقد يدعو هذا الأسلوب إلى مظنة احتمال قيام السلطة السياسية التي تملك تعيين أعضاء المحكمة وهي رئيس الجمهورية بزيادة عدد أعضاء المحكمة أو إنقاص هذا العدد لتحقيق أهداف سياسية"حقيقة أن الأحكام ستصدر من سبعة مستشارين"إلا أنه يمكن للسلطة السياسية أن تستغل عدم تحديد أعضاء المحكمة لمصلحتها، كأن تعين أعضاء جددا بالمحكمة العليا".

البند الثاني: تعيين رئيس الجمهورية لأعضاء المحكمة العليا ومدى ضمان استقلالها

نصت المادة السابعة من قانون المحكمة العليا، على أن تعيين رئيسها وأعضائها يتم بقرار من رئيس الجمهورية، وأنه يجوز تعيين رئيس المحكمة دون تقيد بسن التقاعد، ويحدد قرار التعيين أقدمية أعضاء المحكمة<sup>1</sup> كما نصت المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية بإصدار قانون المحكمة، على أن يصدر أول تشكيل للمحكمة العليا بقرار من رئيس الجمهورية دون تقيد بإجراءات التعيين أو قواعد الأقدمية<sup>2</sup> وكان من مقتضى المادة الثانية أن التشكيلات اللاحقة لأول تشكيل سوف تتم بوسيلة أخرى غير القرار الجمهوري<sup>3</sup> غير أن المادة السابعة من قانون المحكمة قد نصت على أن أداة التعيين هي القرار الجمهوري<sup>4</sup>، وبالنسبة لتعيين السلطة التنفيذية لقضاة المحاكم بوجه عام، يرى الدكتور كمال أبو المجد<sup>5</sup> أن قيام السلطة التنفيذية في مصر بتعيين القضاة لا ينال من استقلال السلطة القضائية بالدرجة التي يتوهمها الكثيرون<sup>6</sup> ذلك أن التجربة قد دلت في كثير من البلاد على أن العبرة في استقلال القضاة ليست بطريقة اختيارهم ولا بنصب السلطة التنفيذية في المشاركة في هذا الاختيار، وإنما هي بمدى قدرة تلك السلطة على التدخل في شؤونهم بعد تعيينهم<sup>7</sup> فإذا امتنع هذا التدخل لم يكن لطريقة التعيين أثر يذكر على مدى استقلال القضاء<sup>8</sup> وإن استقلال القضاء لا تكفي لتحقيقه النصوص القانونية وحدها، وإنما العبرة أولاً وأخيراً بإدراك الحكام وإدراك القضاة أنفسهم، وإدراك الرأي العام لقيمة هذا الاستقلال وضرورة صيانتة<sup>9</sup>.

و على هذا الأساس فإن انفراد السلطة التنفيذية بتعيين قضاة المحاكم بوجه عام، فإنه لا يمكن مجارته فتلك المحكمة تراقب دستورية القوانين، وعادة ما تصدر القوانين بالاتفاق بين السلطتين التنفيذية والتشريعية بل وبناء على اقتراح السلطة التنفيذية في أغلب الأحيان<sup>10</sup> ولكفالة جدية الرقابة على تلك القوانين فإنه يجب ألا تتفرد أي من السلطتين التشريعية والتنفيذية بتعيين أعضاء المحكمة<sup>11</sup> وتظهر أهمية هذا الأمر في الدول التي لم ترسخ أقدامها بعد في الحياة الديمقراطية الحقيقية، والتي لم تتضج فيها هيئة الناخبين

<sup>1</sup> كمال أبو المجد- الرقابة على دستورية القوانين، المرجع السابق، ص 564

النضوج السياسي الكافي الذي يحول دون انحراف السلطات عند ممارستها لاختصاصاتها" وفي ذلك يقول الفقهاء أن مشكلة تعيين قضاة المحاكم الدستورية يجب أن تحل "ويجب أن يختار القضاة المكلفون بمراقبة دستورية القوانين بوسيلة تكفل لهم كافة ضمانات الاستقلال والحرية، حتى لا يكونوا خاضعين لرجال البرلمان ولا للحكومة"<sup>1</sup>.

ويرى البعض أن يكون اختيار أعضاء المحكمة العليا" موزعا بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، حتى لا تتفرد السلطة التنفيذية بهذا الاختيار" وأنه تكاد تكون جميع الدول التي أخذت بفكرة مركزية الرقابة قد جعلتها من اختصاص محكمة خاصة اشتركت السلطات الثلاث في مهمة اختيار أعضائها، حتى لا تكون المحكمة خاضعة لتأثير إحدى السلطات في الدولة بحيث لا تتوافر لها صفات الجيدة والاستقلال"<sup>2</sup>، ذلك أن المشرع المصري في تشكيله للمحكمة العليا قد أخذ بالاتجاه المؤيد لتشكيل تلك المحكمة من عناصر قانونية وقضائية خالصة" فإنه كان من الأوفق أن يقوم المجلس الأعلى للهيئات القضائية بإعداد قائمة المرشحين لعضوية المحكمة العليا على أن يختار منها كل من رئيس الجمهورية والبرلمان العدد المطلوب فالهيئات القضائية هي الأقدر على ترشيح من ترى أنه أكثر استعدادا وكفاءة لشغل هذا المنصب الهام" ولا يتعلق الأمر بعدم انفراد إحدى السلطات بتعيين أعضاء المحكمة فحسب، بل بضمان اختيار تلك السلطات لأفضل الكفاءات القانونية والقضائية" وهذا الحل يوفق بين عدم انفراد إحدى السلطات بتعيين أعضاء المحكمة العليا وبين اختيار أفضل الكفاءات"، ذلك أن موضوع الرقابة على الدستورية يتميز بطابع قانوني وسياسي، وبالتالي يتطلب أن تتولى فحصه عناصر قانونية وسياسية، هو قول يؤدي إلى كثير من الخلط"القانون والدستور كلاهما قواعد قانونية حتى ولو كانا يعبران عن أفكار سياسية حقا"وبالمثل فإن الرقابة على دستورية القوانين هي عمل قانوني خالص ولو نتجت عن مباشرتها أصداء سياسية"وعلى ذلك فينبغي القول بأن موضوع الرقابة على الدستورية هو موضوع قانوني قد ينتج أصداء سياسية.

<sup>1</sup> عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 328  
<sup>2</sup> محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري، دون دار النشر، 1975، ص 174

البند الثالث: تحديد مدة العضوية وقابليتها للتجديد وضمانات استقلال المحكمة

تقرر كل من المادة العاشرة والحادية عشر من قانون المحكمة عدة ضمانات لاستقلال المحكمة<sup>1</sup> كما تنص المادة التاسعة على عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل<sup>2</sup> إلا أن المادة السابعة من قانون المحكمة قد نصت على أن يكون تعيين كل من رئيس المحكمة العليا ونوابه والمستشارين لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد<sup>3</sup> وهي بذلك قد افتقدت كل الضمانات السابقة ويعترض رجال الفقه المصري على تلك المادة، ويرون أنه مادامت سلطة تعيين أعضاء المحكمة العليا قد وضعت في يد رئيس الجمهورية، فإنه كان من اللازم عدم تحديد المدة بثلاث سنوات، ذلك أن تحديد المدة قد يكون منطقيًا كما يقول البعض في حالة اختيار أعضاء المحكمة بواسطة سلطات مختلفة<sup>4</sup> أما وقد تركزت سلطة التعيين في يد رئيس الجمهورية، فإن النص على تحديد المدة بثلاث سنوات يشكل خطرا كبيرا على استقلال أعضاء المحكمة في مواجهة السلطة التنفيذية<sup>5</sup> وإنه لن يفيد في رفع هذا الخطر ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون من عدم قابلية أعضاء المحكمة للعزل<sup>2</sup>، ويعني نص المادة السابعة أن رئيس الجمهورية يملك تجديد مدة العضوية لمدة ثلاث سنوات أخرى أو عدم تجديدها، وبالتالي فإنه قد يستطيع بهذه الوسيلة التأثير على أعضاء المحكمة<sup>6</sup> وعلى ذلك فإن شرط تحديد المدة وقابليتها للتجديد لا تؤمن الاستقلال الواجب للمستشارين من أعضاء المحكمة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - تنص المادة العاشرة على أنه تسري في شأن أعضاء المحكمة العليا جميع الضمانات والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة للمستشارين وفقا لقانون السلطة القضائية<sup>7</sup> وتنص المادة الحادية عشر على أن تحدد مراتب رئيس وأعضاء المحكمة العليا وفقا للجدول الملحق بهذا القانون ولا يجوز أن يقرر لأحد منهم بصفة شخصية أو أن يعامل معاملة استثنائية بأية صورة .

<sup>2</sup> ثروت بدوي، القانون الدستوري، المرجع السابق، ص 162.

<sup>3</sup> سعد عصفور، القانون الدستوري والنظم السياسية، دون دار النشر، 1976، ص 69.

### الفرع الثالث: المحكمة الدستورية العليا

إن الدستور 1971 هو أول دستور مصري ينص على إنشاء محكمة دستورية كهيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها تتولى دون غيرها مهمة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية،<sup>1</sup> ولقد سبق إقامة محكمة دستورية عليا في مشروع لجنة الخمسين سنة 1953، و مشروع اللجنة التحضيرية للدستور سنة 1968، كما نص على ضرورة إقامة تلك المحكمة في كل من تقرير الميثاق، وبيان 30 مارس سنة 1968، و كان إنشاء المحكمة العليا بالقرار رقم 81 لسنة 1969 يمثل خطوة الأولى أو مرحلة تمهيدية لقيام المحكمة الدستورية العليا بعد ذلك سنة 1979 إعمالاً لنصوص دستور سنة 1971.

### البند الأول: تشكيل المحكمة الدستورية العليا

نصت المادة 174 من الدستور على أن المحكمة الدستورية هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها في جمهورية مصر العربية، و لقد أكدت عبارة "هيئة مستقلة قائمة بذاتها" إن المحكمة لا تعتبر جزءاً من التنظيم القضائي العادي، وإنما هي هيئة مستقلة عن هذا التنظيم وكما حدث بشأن المحكمة العليا عندما نص المشرع على أنها الهيئة القضائية العليا رغم أنها لا تعتبر كذلك في الواقع<sup>2</sup>، كما نص القانون في مادته الثالثة على أن "تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من الأعضاء، وتصدر أحكامها وقراراتها من سبعة أعضاء، ويرأس جلساتها رئيسها أو أقدم أعضائها وعند خلو منصب الرئيس أو غيابه أو وجود مانع لديه يقوم مقامه الأقدم فالأقدم من أعضائها"

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص770  
<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص771

## البند الثاني: شروط العضوية وكيفية التعيين في المحكمة

تضمنت المادة الرابعة من قانون المحكمة الدستورية العليا الشروط التي يجب توافرها فيمن يعين عضواً بالمحكمة على النحو التالي:

**الشرط الأول:** أن يستوفي الشروط العامة اللازمة لتولي منصب القضاء طبقاً لأحكام قانون السلطة القضائية.

**الشرط الثاني:** ألا يقل سنه عن خمس وأربعين سنة ميلادية.

**الشرط الثالث:** أن يكون مختاراً من بين الفئات الآتية:

- 1- أعضاء المحكمة العليا التي كانت قائمة قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا.
- 2- أعضاء الهيئات القضائية الحاليين والسابقين ممن أمضوا وظيفة مستشار أو ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الأقل.
- 3- أساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية ممن أمضوا في وظيفة أستاذ ثماني سنوات متصلة على الأقل.
- 4- المحامين الذين اشتغلوا أمام المحكمة النقض والمحكمة الإدارية العليا عشر سنوات متصلة على الأقل.<sup>1</sup>

**أما عن كيفية التعيين<sup>2</sup>:** فإن المادة الخامسة من قانون المحكمة الدستورية نصت على ما يلي "يعين رئيس المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية، ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح أحدهما الجمعية العامة للمحكمة، و يرشح الآخر رئيس المحكمة، و يجب أن يكون ثلثا عدد أعضاء المحكمة على الأقل من بين أعضاء الهيئات القضائية يحدد قرار التعيين وظيفة العضو وأقدميته بها"

<sup>1</sup> المادة 2 من قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لعام 1979  
<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 772

و يؤدي رئيس وأعضاء المحكمة قبل مباشرة أعمالهم اليمين التالية:

"أقسم بالله العظيم أن أحترم الدستور والقانون، وأن أحكم بالعدل" أما أداء اليمين بالنسبة للأعضاء فيكون أمام الجمعية العامة للمحكمة<sup>1</sup>، و مع ذلك فقد نصت المادة الخامسة من قانون إصدار المحكمة على أنه - مع مراعاة حكم الفترتين الثالثة والرابعة من المادة الخامسة من القانون المرفق يصدر أول تشكيل للمحكمة الدستورية العليا بقرار من رئيس الجمهورية ويتضمن تعيين رئيس المحكمة وأعضائها ممن توافر فيهم الشروط المنصوص عليها في القانون المرافق بعد أخذ رأي المجلس الأعلى للهيئات القضائية بالنسبة للأعضاء، و يؤدي أعضاء المحكمة اليمين المنصوص عليها في المادة السادسة من القانون المرافق أمام رئيس الجمهورية، و لقد انتقد هذا النص الذي استثنى أول تشكيل للمحكمة بعد صدور قانونها من الأحكام التي قررتها المادة الخامسة من قانون المحكمة، على أساس أنه لا يوجد ما يبرر هذا الاستثناء.<sup>2</sup>

### **البند الثالث: حقوق أعضاء المحكمة وواجباتهم**

نصت المادة 177 من الدستور على أن "أعضاء المحكمة الدستورية غير قابلين للعزل وتتولى المحكمة مساءلة أعضائها على الوجه المبين بالقانون"، و تنفيذًا للإحالة على القانون التي نصت عليها المادة 176 من الدستور لبيان حقوق الأعضاء وحصانتهم، أكدت المادة الحادية عشرة من القانون أن أعضاء المحكمة غير قابلين للعزل ولا ينقلون إلى وظائف أخرى إلا بموافقتهم، و لقد قررت المادة الثانية عشر من القانون أنه اذا كان العضو يشغل قبل تعيينه بالمحكمة وظيفة يزيد مرتبها أو البديل المقرر لها عما ورد في الجدول الملحق بالقانون، فإنه يحتفظ بصفة شخصية بما كان يتقاضاه، أما بالنسبة للإجازات فإنه تسري الأحكام المقررة في السلطة القضائية بشأنها على أعضاء المحكمة، على أن تتولى الجمعية العامة للمحكمة اختصاصات المجلس الأعلى للهيئات القضائية في هذا الشأن، ويتولى

<sup>1</sup> المادة السادسة من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم 48 لسنة 1979.  
<sup>2</sup> سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور 1971، منشأة المعارف، بالإسكندرية، 1980، ص 305

رئيس المحكمة اختصاصات وزير العدل.<sup>1</sup>، كما تسري على أعضاء المحكمة الأحكام الخاصة بتقاعد مستشاري محكمة النقض<sup>2</sup>، كما تسري فيشان عدم صلاحية عضو المحكمة، وتنحيته ورده ومخاصمته، الأحكام المقررة بالنسبة إلى مستشاري محكمة النقض، و تفصل المحكمة الدستورية العليا في طلب الرد ودعوى المخاصمة بكامل أعضائها عدا العضو المشار إليه، ومن يقوم لديه عذر، و لا يقبل رد أو مخاصمة جميع أعضاء المحكمة أو بعضهم بحيث يقل عدد الباقين منهم عن سبعة<sup>3</sup>، أما بالنسبة للقواعد الخاصة بالمسؤولية التأديبية لأعضاء المحكمة، فادا نسب إلى أحد الأعضاء أمر من شأنه المساس بالثقة أو الاعتبار أو الإخلال الجسيم بواجبات أو مقتضيات وظيفته، فان رئيس المحكمة يتولى عرض الأمر على لجنة الشؤون الوقتية بالمحكمة، ويدعى العضو لسماع أقواله أمام اللجنة، فادا قررت اللجنة أن هناك محلا للسير في الإجراءات ندبت أحد أعضائها أو اللجنة من ثلاثة منهم للتحقيق، ويعتبر العضو المحال إلى التحقيق في جازة حتمية بمرتب كامل من تاريخ هذا القرار، كما يتم عرض التحقيق على الجمعية العامة المنعقدة في هيئة محكمة تأديبية فيما عدا من شارك من أعضائها في التحقيق أو الاتهام لتصدر حكمها بالبراءة أو بإحالة العضو إلى التقاعد من تاريخ صدور الحكم المذكور، وذلك بعد سماع دفاع العضو وتحقيق دفاعه ويكون الحكم نهائيا غير قابل للطعن بأي طريقة.<sup>4</sup>

#### **البند الرابع: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا**

نصت المادة 175 من الدستور على أن "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح، وتتولى تفسير النصوص التشريعية، و ذلك كله على الوجه المبين في القانون ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة"

<sup>1</sup> المادة 17 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

<sup>2</sup> المادة 14 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

<sup>3</sup> المادة 15 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

<sup>4</sup> المادة 19 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

ولقد نص قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة 25 على أن "تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

**أولاً:** الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح.

**ثانياً:** الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وذلك اذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها ولم تتخل إحداهما عن نظرها أو تخلت كلتاهما عنها.

**ثالثاً:** الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من أية جهة من جهات القضاء أو هيئة ذات اختصاص قضائي والأخر من جهة أخرى منها" كذلك ذهبت المادة 50 من قانون المحكمة أن "تفصل المحكمة دون غيرها في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها، و تسري على هذه المنازعات الأحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص للمحكمة والأوضاع المقررة أمامها ولا يترتب على رفع المنازعة وقف تنفيذ ما لم تأمر المحكمة بذلك حتى الفصل في المنازعة".

فمن خلال هذه النصوص يتضح أن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا تحددت في ثلاثة اختصاصات أساسية: الرقابة على دستورية القوانين واللوائح، ثم تفسير النصوص التشريعية، وأخيراً الفصل في تنازع الاختصاص أو في النزاع بشأن تنفيذ الأحكام القضائية المناقضة، فبالنسبة لاختصاص المحكمة الدستورية العليا بتفسير النصوص التشريعية فقد بينت المادة 26 من القانون أن نطاق هذا الاختصاص يتحدد في "تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بالقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك إذا أثارت خلافاً في التطبيق وكان لها من الأهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها".

ويقدم طلب التفسير من وزير العدل بناء على طلب رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية، ويجب أن يبين في طلب التفسير النص

التشريعي المطلوب تفسيره، وما أثاره من خلاف في التطبيق ومدى أهميته التي تستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه<sup>1</sup>، أما عن الاختصاص بالفصل في تنازع الاختصاص وفي النزاع بشأن تنفيذ الأحكام القضائية المتناقضة، فقد كانت تتولاها محكمة تنازع الاختصاص بمقتضى قانون السلطة القضائية رقم 81 لسنة 1969، وانتقل في النهاية إلى المحكمة الدستورية العليا بعد إنشائها سنة 1979، وقد أجاز قانون المحكمة الدستورية العليا لكل ذي شأن أن يطلب إلى المحكمة تعيين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى في حالة تنازع الاختصاص بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، ويجب أن يبين في الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرت<sup>2</sup>، وما اتخذته كل منها في شأنه، كما أن لكل ذي شأن يطلب إلى المحكمة الدستورية العليا الفصل في النزاع القائم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، ويجب أن يبين في الطلب النزاع القائم حول التنفيذ ووجه التناقض بين الحكمين، ويجوز لرئيس المحكمة أن يأمر بوقف تنفيذ الحكمين أو أحدهما حتى يتم الفصل في النزاع.<sup>3</sup> أما فيما يتعلق باختصاص المحكمة برقابة دستورية القوانين واللوائح، فإن الدساتير المصرية السابقة فان دستور 1971 لم يتعرض لمسألة الرقابة على دستورية القوانين، رغم أنها كانت دساتير جامدة، و نظراً لصفة الجمود تسمو بالدستور وتجعله يحتل مكانة أعلى من منزلة القوانين العادية، فإنه يجب أن تصدر هذه القوانين وفقاً لأحكامه بحيث لا يجوز لها أن تخرج عليها سواء بالمخالفة أو التعديل.

<sup>1</sup> المادة 33 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

<sup>2</sup> المادة 31 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

<sup>3</sup> المادة 32 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

### البند الخامس: اضطلاع المحكمة الدستورية العليا على الرقابة على دستورية القوانين

إن قانون المحكمة حدد ثلاثة طرق لتحريك الدعوى الدستورية : بداية الدفع الفرعي من الخصوم، ثم الإحالة من المحكمة الموضوع، و أخيرا التصدي من المحكمة الدستورية العليا.

#### أولاً: الدفع الفرعي من الخصوم

و هو إذا دفع احد الخصوم أثناء نظر في الدعوى أمام المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدي أجلت النظر في الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لا يتجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى نفاذا لم ترفع الدعوى في الميعاد اعتبر الدفع كان لم يكن<sup>1</sup>، أما طريق الطعن بعدم دستورية القوانين أمام المحاكم جعله المشرع طريق غير مباشر أمام الأفراد بواسطة الدفع الفرعي، وجعله يمر بثلاث خطوات:

**الخطوة الأولى:** قيام احد الخصوم في دعوى قضائية مطروحة أمام إحدى المحاكم القضائية أو هيئة من الهيئات ذات الاختصاص القضائي بالدفع بعدم الدستورية نص تشريعي في قانون أو لائحة.

**أما الخطوة الثانية:** هو الفحص المحكمة لجدية الدفع الذي تم التقدم به بسلطة تقديرية كاملة، فادا اتضح لها عدم جديته رفضته، أما اذا استبان للمحكمة انه دفع جدي فإنها تؤجل نظر الدعوى الموضوعية المطروحة أمامها، و تقوم بتحديد اجل للخصم الذي أثار الدفع ميادا لرفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا في اجل لا يتجاوز ثلاثة أشهر.

**أما الخطوة الأخيرة:** فإنها تتم برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا من جانب الخصم الذي أثار الدفع أمام محكمة الموضوع، فانه يشترط أن يكون ذلك في الميعاد الذي

<sup>1</sup> المادة 29 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

حدده له المحكمة لأنه من النظام العام، بحيث تقضى المحكمة بعدم قبول الدعوى اذا انقضى الميعاد دون رفع الدعوى، و يعتبر الدفع بعدم الدستورية في هذه الحالة كان لم يكن.

### ثانيا: الإحالة من المحكمة الموضوع

يجوز لأي محكمة من المحاكم القضائية أيا كانت درجتها، سواء كانت من محاكم القضاء العادي، أو الإداري، ولأي هيئة ذات اختصاص قضائي أن تحيل أي نص في قانون أو لائحة يكون لها عدم دستورية هذا النص، و يتعين على المحكمة الموضوع في هذه الحالة أن توقف نظر الدعوى المطروحة أمامها أن تأمر بالإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا بدون الرسوم<sup>1</sup>، و أجاز المشرع لمحكمة الموضوع أن تقوم بهذه الحالة لأنها أدري من الخصوم بوجود شبهة عدم الدستورية في النص اللازم تطبيقه للفصل في النزاع من ناحية، وبما أن قاضي الموضوع من ناحية أخرى يقع على عاتقه التزام قانوني بتطبيق القاعدة القانونية الأعلى وترجيحها على الأدنى، فقد تطلب ذلك إعطائه سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا حتى لا يطبق نصا تشريعا يعنقد انه غير دستوري كما ليس لقاضي الموضوع الامتناع عن تطبيق النص القانوني الذي يقدر مخالفته للدستور لأن رقابة الامتناع لا محل لها في ظل مركزية الرقابة على دستورية التشريعات وهو ما نص عليه الدستور في المادة 175.

### ثالثا: التصدي من المحكمة الدستورية العليا

نصت 27 من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه "يجوز للمحكمة في جميع الحالات أن تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون أو لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد إتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوي الدستورية"، كما قضت المادة 47 من قانون المحكمة "تفصل المحكمة من تلقاء نفسها في جميع المسائل الفرعية" وعليه لا يجوز للمحاكم القضائية والهيئات ذات

<sup>1</sup> المادة 29 من القانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم 48 لسنة 1979.

الاختصاص القضائي سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، دون أن تعطي هذه الأخيرة الحق في التصدي، ذلك أن المحكمة هي صاحبة الاختصاص، وعندما تباشر المحكمة الدستورية العليا حق التصدي فإنها تكون ملزمة بإتباع الإجراءات المقررة لتحضير الدعاوى الدستورية، وهذا بإحالة الأوراق الدعوى إلى هيئة المفوضين لتقوم بدورها في تهيئة وإبداء الرأي القانوني.

## الفصل الثاني: دور الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير الجزائرية

إن دراسة الموضوع المجلس الدستوري، كمؤسسة وصلاحيات وانجازات وأفاق إصلاح وتطوير لطرق تدخله ومنهجيات و ميكانيزمات عمله في المستقبل يتطلب ابتداء الشروع في تقديم عرض تاريخي وجيز عن المجلس الدستوري تم التطرق إلى صلاحيات الدستورية ودوره في الاقتراع الرئاسي، وتعود فكرة إنشاء المجلس الدستوري إلى ما بعد الاستقلال مباشرة وتبناها المؤسس الدستوري الذي وضع دستور في 8 سبتمبر 1963 وأغفلها في دستور 1976 وليعود إلى تبنيها في الدستور 1989<sup>1</sup> فالمرحلة الأولى كانت سنة 1963 أين تبني المشرع الدستوري الرقابة على الدستورية القوانين<sup>2</sup> إلا أنها لم تكن فعالة فكان يختص بالنظام في مدى دستورية القوانين والأوامر التشريعية التي تصدر عن رئيس الجمهورية والجمعية الوطنية وبالنظر إلى المادة 63 نجدها تنص على ما يلي " يتألف المجلس الدستوري من: الرئيس الأول للمحكمة العليا، وثلاثة نواب منتخبين من قبل الجمعية الوطنية، وعضو معين من قبل رئيس الجمهورية وينتخب رئيس المجلس الدستوري من بين أعضائه ولا يرجع صوته " ثم جاء الدستور 1976 أغفل مهام الرقابة لتفادي التداخل في اختصاصاتها وعدم فعاليتها (المراقبة من قبل مجلس المحاسبة والمجلس الشعبي الوطني والمفتشات المالية المختلفة)<sup>3</sup> إذ أفان الوضع الذي كان قائما في ظل هاته المرحلة تكرر دستوريا ولم يكن بالإمكان ممارستها.

لكن بالرغم من عدم اعتماد المؤسس الدستوري جهاز مختص في الرقابة، إلا أنه نص على ثلاث أنواع من الرقابة :

(1) الرقابة السياسية تقوم بها الأجهزة القيادية في الحزب والدولة المادة 186 من الدستور.

<sup>1</sup> سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، دار الهدى، 1993، الجزائر ص 405.

<sup>2</sup> سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 414.

<sup>3</sup> سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 417.

(2) رقابة شعبية تقوم بها المجالس الشعبية الوطنية المنتخبة (الولائية والبلدية) (المادة 150).

(3) إضافة إلى أنواع الأخرى من الرقابة تتولاها أجهزة متخصصة، كمجلس المحاسبة المنصوص عليه في (المادة 19)

كما أشارت المادة 111 إلى ضرورة حماية القواعد الدستورية على أن يحمى رئيس الجمهورية الدستور، تم لعبت أحداث أكتوبر 1988 دورا كبيرا في تعبير الحياة السياسية والدستورية حيث اعتنق المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ يسير وفق التعددية الحزبية واحترام الحقوق والحريات الفردية منها، والعامة بإنشاء مجلس دستوري<sup>1</sup> مكلف حسب أحكام المادة 153 بالسهر على احترام أحكام الدستور، وبإبقاء جميع السلطات سواء التنفيذية أو التشريعية أو القضائية للعمل وفق حدود اختصاصاتهم المنصوص عليها في الدستور ثم جاءت المرحلة الأخيرة وهي مرحلة المراجعة الدستورية سنة 1996، وأنشئ المجلس الدستوري بموجب نص دستوري وكلف مهام جوهرية وينص دستوري<sup>2</sup> وتوسعت اختصاصات المجلس إلى فئة قانونية جديدة هي فئة قوانين العضوية وأصبح الأخطار مفتوحا أمام سلطة دستورية جديدة، هي رئيس مجلس الأمة وأن تشكيلة المجلس تغيرت بتمثل الغرفة الثانية للبرلمان وتمثيل جهة قضائية جديدة وهي مجلس الدولة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فريد علوش، آليات حماية القاعدة القانونية الدستورية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، 2010، ص 194.

<sup>2</sup> انظر المادة ص 163، 165 من الدستور 1996

<sup>3</sup> السيد محمد بجاوي، المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، العدد 5، 2004، ص 37

### المبحث الأول: المجلس الدستوري ما قبل 1989.

الجزائر كغيرها من العديد من الدول المتأثرة إلى حد بعيد بالنظام الفرنسي من خلال الجمهورية الخامسة 1985، وهذا ربما راجع إلى الفترة الاستعمارية التي عانت منها الجزائر لمدة طويلة فكان لا بد أن تتجلى آثار هذه الحقبة في النظام القانوني الجزائري وتبين المؤسس الدستوري الجزائري فكرة إنشاء المجلس الدستوري دليل على هذا التأثير، إن أول تطبيق للرقابة على الدستورية القوانين كان على اثر دستور 1989، غير أن هذا لا يعني أن هذه الرقابة لم تكن معروفة قبل هذا الدستور، حيث أن الدستور 1963 تناولها بالتنظيم، من أن تجد تطبيقا في ظله، سبب انتهاء العمل به تم استمر هذا الوضع بعد حركة 19/06/1965 ووجاء دستور 1976 خاليا من تنظيم هذه الرقابة.

### المطلب الأول: المجلس الدستوري في ظل دستور 1963

نص الدستور 1963 على تأسيس المجلس الدستوري الذي يختص بالنظر في مدى دستورية القوانين والأوامر التشريعية<sup>1</sup> التي تصدر عن رئيس الجمهورية والجمعية الوطنية وبناء على طلب احدهما فالمادة 64 من دستور 1963 تنص يتألف المجلس الدستوري من: الرئيس الأول للمحكمة العليا، و رئيس الغرفة المدنية والإدارية لدى المحكمة العليا، و ثلاث نواب منتخبين من قبل الجمعية الوطنية وعضو معين من قبل رئيس الجمهورية، و ينتخب رئيس المجلس الدستوري من بين أعضائه ليرجح صوته<sup>2</sup> من خلال هذه المادة يلاحظ أن اختصاصات المجلس الدستوري يتشكل من سبعة أعضاء موزعين على النحو التالي عضو يعينه رئيس الجمهورية، ثلاث نواب يعينهم المجلس الوطني، وبصفتهم الممثلين السلطة التشريعية أما السلطة القضائية ممثلة من خلال رئيس المحكمة العليا رؤساء الغرفتين المدنية والإدارية، فالتمثيل المتوازن بين السلطات، القضائية (ثلاث

<sup>1</sup> العيفا أويحي، النظام السياسي الجزائري، دار العثمانية 2004، ص 421

<sup>2</sup> المادة 63 من دستور 1963

أعضاء) والسلطة التشريعية (ثلاث أعضاء) على حساب السلطة التنفيذية ممثلة بعضو<sup>1</sup>، هذا لا يعكس طبيعة النظام السياسي الجزائري الذي تسيطر فيه السلطة التنفيذية، كما أن رئيس المجلس الدستوري منتخب من طرف زملائه مثل ما هو معمول به في الأنظمة الدستورية المقارنة.

### اختصاصات المجلس الدستوري.

تنص المادة 65 من الدستوري 1963 "يفصل المجلس الدستوري في الدستورية القوانين والأوامر التشريعية بطلب من رئيس المجلس الوطني " فيلاحظ أن اختصاص المجلس الدستوري الجد مقيد لا يتعدى باقي الاختصاصات الأخرى كمراقبة الاستفتاءات والانتخابات الرئاسية والتشريعية وإعلان النتائج، هذا الاختصاص يقلل من فعالية هذه الرقابة ذلك أن طريقة الأخطار مقيدة للشخصية الثانية للدولة<sup>2</sup> مما يجعل هذه الممارسة هشة، ذلك أن رئيس المجلس الوطني لن يحرك هذه الدعوى الأصلية إلا وفق المادة 51 التي تنص " يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب إلى المجلس الوطني أن يفوض له فترة زمنية محدودة، حق اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية، تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، أو تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

---

<sup>1</sup> فريد علواش، المرجع نفسه، ص. 190

<sup>2</sup> المادة 34 من دستور 1963

## المطلب الثاني: المجلس الدستوري في ظل دستور 1976

أغفل دستور 1976 نهائياً الرقابة على دستورية القوانين متأثراً بالفكر الاشتراكي من جهة، والكون نظام الحكم كان قائماً على الحزب الواحد الذي ابتعد عن مبدأ الفصل بين السلطات واحد بمبدأ وحدة السلطة من جهة أخرى<sup>1</sup>، و بالرجوع لنص المادة 155 من الدستور 1976 نلاحظ أن رئيس الجمهورية يمارس حق الاعتراض على القوانين التي يصوت عليها المجلس الشعبي الوطني، فله أن يطلب قراءة ثانية لنص خلال أجل ثلاثين يوماً من تاريخ استلامه من المجلس الشعبي الوطني، و لعل عدم إقرار فكرة الرقابة الدستورية من طرف دستور 1976 يرجع لطبيعة الدستور ذاته، ذلك أن إجراءات تعديل الدستور مرنة، ذلك أن نص المادة 191 و 192 هو أن يعرض مشروع تعديل الدستور من طرف رئيس الجمهورية على المجلس الشعبي الوطني لموافقة عليه بأغلبية الثلثين.

و بالرجوع لنص المادة 127 من دستور 1976 فإن المجلس الشعبي الوطني يستوحي مبادئ الميثاق الوطني والتي يجعلها حيز التطبيق في عمله التشريعي " وهذه إشارة صريحة لخضوع المشرع للميثاق الوطني وليس للدستور وهو ما أكدته المادة 6 من الدستور التي تنص " الميثاق الوطني هو المصدر الأساسي الأمة وقوانين الدولة" وقد تراجع هذا المطلب في اللائحة السياسية التي صادق عليها المؤتمر الخامس الحزب جبهة التحرير الوطني المنعقد في 12 إلى 22 ديسمبر 1983 وقد نصت<sup>2</sup> اللائحة: يدعو (المؤتمر) إلى إنشاء هيئة عليا تحت إشراف الأمين العام للحزب رئيس الجمهورية للفصل في الدستورية القوانين لتضمن احترام الدستور وسموه وتدعم شرعية القوانين وسيادتها وتعمل على تثبيت استقرار مبادئ الديمقراطية المسؤولة في بلادنا.

<sup>1</sup> فريد علواش، المرجع نفسه، ص 192

<sup>2</sup> فريد علواش، المرجع نفسه، ص 194

### المبحث الثاني: المجلس الدستوري ما بعد دستور 1989

يشكل المجلس الدستوري الذي أنشئ في مارس 1989 احد مظاهر الإصلاح الذي أتى به دستور 1989 بهدف ديمقراطية وعصرنة المؤسسات والحياة السياسية في الجزائر وإرساء دولة القانون، و لعل أول تطبيق للرقابة على دستورية القوانين كان على أثر دستور 1989 غير أن هذا لا يعني أن هذه الرقابة لم تكن معروفة قبل هذا الدستور، ذلك أن دستور 1963 تناولها بالتنظيم، من دون أن تجد تطبيقا في ظلها بسبب انتهاء العمل له، تم استمرار هذا الوضع بعد حركة 19/06/1965، ثم جاء دستور 1976 خاليا من تنظيم هذه الرقابة: أما دستور 1989 أقرها ودستور 1996 أكدها.

### المطلب الأول: المجلس الدستوري في ظل دستور 1989

لعبت أحداث أكتوبر 1988 دورا كبيرا في تغيير الحياة السياسية والدستورية حيث اعتنق المؤسس الدستوري الجزائري مبدأ يسير وفق التعددية الحزبية واحترام الحقوق والحريات الفردية منها والعامة، سواء بإنشاء مجلس دستوري مكلف حسب المادة 153 يسهر على احترام أحكام الدستور أو بإبقاء جميع السلطات سواء التنفيذية أو التشريعية أو القضائية : تعمل وفق حدود اختصاصاتهم المنصوص عليها في الدستور أو المذهب الوطني المنصوص عليها في دستور 23 فبراير 1989.

### الفرع الأول: تنظيم المجلس الدستوري.

يخضع تنظيم المجلس الدستوري لدستور 23 فبراير 1989 والمرسوم الرئاسي 143/89، الصادر في أوت 1989 المتضمن القانون الأساسي لبعض موظفيه<sup>1</sup>، وكذلك إجراءات عمل المجلس الدستوري، وفي طبيعته المتمثلة في الاختصاصات القضائية من جهة والتعيين والاختيار السياسي لأعضائه من جهة الأخرى.

<sup>1</sup> فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة

البند الأول: تشكل المجلس الدستوري.

بالرجوع لنص المادة 154 من الدستور 1989 نجد المادة تنص على طريق تكوين المجلس الدستوري " يتكون المجلس الدستوري من سبعة أعضاء، اثنان منهم، يعينهما رئيس الجمهورية، واثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و أن يكون من جنسية جزائرية أصلية، اعتبر المجلس الدستوري هذا الشرط مخلا بمبدأ مساواة المواطنين أمام القانون لكونه يلغي ممارسة حق دستوري بالنسبة إلى فئة من المواطنين بسبب أصلهم و ذكر بأن ممارسة حق الانتخاب والترشح للانتخابات لا يمكن أن تكون موضوع تضييقات ضرورية في مجتمع ديمقراطي بهدف حماية الحريات و الحقوق الواردة في الدستور ثم ضمان أثرها الكامل ، واثنان تنتخبهما المحكمة العليا من بين أعضائها، ولمجرد انتخابهم أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو مهام أخرى "، فإذا كان رئيس الجمهورية من حقه تعين ثلاثة أعضاء من بينهم الرئيس، فإن أعضاء الأربعة الباقين والموزعين بالتساوي بين كل من المجلس الشعبي الوطني والمحكمة العليا ينتخبون من قبل زملائهم<sup>1</sup>، كما يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة مدة 6 سنوات غير قابلة للتجديد<sup>2</sup>، فإن نصف أعضاء المجلس الدستوري يجدد كل ثلاث سنوات، ويمس التجديد الجزئي الأول ثلاثة أعضاء من المجلس الدستوري، على أن يستخرج كل واحد منهم بالقرعة بين كل عضوين عيניהما أو انتخبتهما سلطة واحدة.

كما أن دستور 1989 نص على بعض الالتزامات التي تقيد أعضاء المجلس الدستوري وهي التوقف عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف بمهمة<sup>3</sup> كما نصت المادة 157 من الدستور والمادة 9 من النظام الذي يحدد عمل المجلس الدستوري على أنه يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة وبالتالي سرية التداول يضمن لهم

<sup>1</sup> عويصات فتيحة، مدى فعالية الرقابة على دستورية القوانين في ضمان الحقوق والحريات العامة، دكتوراه في قانون العام، جامعة سيدي بلعباس، 2010، ص 58.  
<sup>2</sup> المادة 154 من دستور 1989  
<sup>3</sup> المادة 154 من دستور 1989

## الباب الأول: دور الرقابة على دستورية القوانين في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

الاستقلالية، كما منع على أعضاء المجلس الدستوري الانضمام إلى أي حزب سياسي وذلك حتى يضمن استقلالية المجلس.

## البند الثاني: هيكل المجلس الدستوري

تنص المادة 6 من المرسوم الرئاسي المتعلق بالقواعد الخاصة بتنظيم المجلس الدستوري والقانون الأساسي لموظفيه " انه يزود المجلس الدستوري بأمانه عامة يسيروها أمين عام، ويساعده مديرو الدراسات والبحث ومصحة إدارية " ، و على هذا الأساس فإن هيكل المجلس الدستوري كالآتي:

### الأمانة العامة :

يعمل الأمين العام تحت سلطة رئيس المجلس الدستوري كما يعين على رأس الأمانة العامة.

**مديريات:** يوجد مديريتين الأولى للدراسات وثانية للبحوث.

**مصحة الإدارية:** يعمل رئيس المجلس الدستوري في تحديد نظامها الداخلي ذلك أن الموظفين المعيّنين يخضعون لتعليمات المرسوم 20 أوت 1985 الذي يحدد حقوق العمال والذين يمارسون وظائف عليا في الحزب والدولة وواجباتهم.

### الفرع الثاني: اختصاصات المجلس الدستوري.

نصت المادة 153 و 155 من الدستور على اختصاصات المجلس الدستوري كالآتي:

1. **السهر على احترام الدستور:** يوحد الدستور في أعلى الهرم إذ لا يمكن لأي سلطة من سلطات ثلاث مخالفة أحكامه، ويلتزم الجميع بمراعاته عند القيام بأي نشاط<sup>1</sup>، وهو ما جاء في قرار المجلس الدستوري رقم 4 بأنه إذا لم يكن من اختصاص المجلس التدخل في تحديد الشروط القانونية الخاصة بممارسة الحريات والحقوق الأساسية فإن يعود إليه بصفة خاصة السهر على مطابقتها للمبادئ الدستورية<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> أحمد بن دلاع. الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، ماجستير، جامعة سيدي بلعباس 1997، ص 91  
<sup>2</sup> المادة 108 من قانون الانتخابات

2. السهر على صحة عمليات الاستفتاء: نصت المادة 39 من النظام المحدد الإجراءات عمل المجلس الدستوري على أن هذا الأخير يسهر على قانونية عمليات الاستفتاء ويدرس الاحتجاجات طبق الأحكام قانون الانتخابات.
3. السهر على صحة الانتخابات رئيس الجمهورية: أسند للمجلس الدستوري في مجال الانتخابات مهام مراقبة الترشح للانتخابات ومدى صحتها وإعلان نتائجها، إذ نصت المادة 153 يسهر المجلس على صحة عمليات الاستفتاء، وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن نتائجها وهو ما أكده قانون الانتخابات، فبنسبة للانتخابات الرئاسية فإن المجلس هو الذي يتلقى طالبات التصريح بالترشح للرئاسة الجمهورية<sup>1</sup>، حيث يعين رئيس المجلس مقررًا، يتولى التحقيق في ملفات المرشحين، ويفصل المجلس في صلاحية الترشح وتبليغ المعنيين بقائمة الترشح، وكذا السلطات المعنية والأمين العام للحكومة بفرض نشرها في الجريدة الرسمية تم يختص المجلس الدستوري بإعلان نتائج الانتخابات، إذ تنص المادة 118 من القانون الانتخابات على أن المجلس الدستوري يعلن النتائج النهائية للانتخابات الرئاسية<sup>2</sup> في مدة أقصاها عشرة (10/أيام) اعتبارًا من تاريخ تسلمه لمحاضر اللجان الانتخابية الولائية المنصوص عليها في المادة 116 من هذا القانون، أما فيما يتعلق بالانتخابات التشريعية فإن المادة 99 من قانون الانتخابات فإن المجلس الدستوري يضبط النتائج النهائية للانتخابات التشريعية<sup>3</sup> ويعلنها في أجل أقصاها 72 ساعة من تاريخ تسليمه النتائج اللجان الانتخابية.
4. السهر على صحة الانتخابات التشريعية: يضبط المجلس الدستوري النتائج النهائية للانتخابات التشريعية وهذا وفقا للمادة 99 من قانون الانتخابات، ويعلنها في أجل أقصاها 72 ساعة من تاريخ تسلمه لنتائج اللجان الانتخابية.

<sup>1</sup> طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري تقديم وحوصلة التجربة قصيرة، مجلة الإدارة، الجزائر، ص 35

<sup>2</sup> سعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 411

<sup>3</sup> أحمد بن دلاع، المرجع نفسه، ص 95

و لكل ناخب الحق في الاعتراض على صحة عملية التصويت، فيقوم برفع طعن في شكل عريضة عادية يودعها لدى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال 48 ساعة الموالية لإعلان النتائج وهذا حسب المادة 1/100 من قانون الانتخابات، ثم يقوم المجلس الدستوري بإشعار النائب الذي اعترض على انتخابات ليقدم ملاحظاته كتابية خلال (04) أيام من تاريخ التبليغ، وبعد انقضاء هذا الأجل، يبيث المجلس الدستوري في أحقية الطعن ضمن مهلة 3 أيام، وإذا تبين أن هذا الطعن يستند إلى أساس، فإن المجلس يصدر قراراً مسبقاً أما بالإلغاء الانتخاب المتنازع فيه، أو بإعادة صياغة محضر النتائج المعد وإعلان المترشح المنتخب قانونياً تم يقوم بالتبليغ هذا القرار إلى كل من رئيس المجلس الشعبي الوطني ووزير الداخلية.

5. الرقابة على دستورية القوانين: طبقاً للمادة 155 من الدستور، يفصل المجلس في الدستورية المعاهدات الدولية والقوانين والتنظيمات، كما يفصل في مطابقة النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني للدستور، و بتنظيم المجلس الدستوري لهذه الصلاحية يكون المؤسس الدستوري قد جعل المجلس الدستوري حامي للدستور<sup>1</sup>، وأنه يفصل في النصوص المعروضة عليه، أما بإصدار رأي قبل أن تصبح هذه النصوص واجبة التنفيذ، أو بإصدار قرار في الحالة العكسية، و للفصل في مدى دستورية القوانين والتنظيمات والمعاهدات يجب أن يخطر المجلس بذلك ثم يتبع إجراءات لإبداء الرأي أو إصدار القرار ونتائجه.

أ- الإخطار: تنص المادة 156 من الدستور على أنه " يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني المجلس الدستوري" هذا يعني يخطر المجلس الدستوري برسالة توجه إلى رئيسه، يحدد فيها موضوع الإخطار بدقة أو تسجل الرسالة بالأمانة العامة للمجلس ويسلم وصل بتسليمها<sup>2</sup>، ويبدأ بذلك تاريخ حساب المدة القانونية لإصدار الرأي أو

<sup>1</sup> كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري والنظم السياسية، مطبعة رياض، دمشق، 1980، ص 388

<sup>2</sup> العيفا أويحي، المرجع نفسه، ص 424

القرار ب 20 يوما وهو ما ذكرته المادة 157 الدستور إلا إذا سحب النص أو صار غير ساري المفعول.

ب- **الإجراءات:** يسارع الرئيس إلى تحديد تاريخ لاجتماع عام يعقده المجلس ويستدعي أعضائه ولا يجوز الفصل في الاجتماع إلا بحضور 5 أعضاء على الأقل، كما يمكن لرئيس المجلس أن يختار عضوا يخلفه في حالة غيابه، ويجتمع رئيس مع أعضائه في جلسة مغلقة لتداول تم يتخذ قراره بأغلبية أعضائه وإذا ما تساوت الأصوات يرجح صوت الرئيس.<sup>1</sup>

ت- **الرأي والقرار:** عندما يعرض على المجلس الدستوري نص فإنه يكتفي بالإدلاء بالرأي أما حين يصبح النص واجب التنفيذ بتوافر الشروط الشكلية من إصدار ونشر، فإن المجلس يصدر قرارا.

### **المطلب الثاني: المجلس الدستوري في ظل دستور 1996**

أنشئ المجلس الدستوري بموجب نص دستوري وكلف بمهام جوهرية بنص دستوري كذلك<sup>2</sup> وقد أسس ليعمل على حماية الدستور وضمان سموه كما أسندت له مراقبة السير الديمقراطي للسيادة الشعبية من خلال تدخله لمراقبة عمليات الاستفتاء والانتخابات الرئاسية والتشريعية، كما يتدخل لمراقبة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات والنظام الداخلي لغرفتي البرلمان، وبالتالي فهو يعمل على مراقبة السلطتين التشريعية والتنفيذية إضافة إلى مهام استشارية أخرى نص عليها الدستور<sup>3</sup>، وقد تكون الرقابة على الدستورية القوانين سابقة عن إصداره هذه القوانين وقد تكون لاحقة عن إصدارها ودخولها حيز التنفيذ، لكن تحريك هذه الرقابة ليست عملية تلقائية وإنما أسند حق الأخطار لجهات معينة من الهيئات السياسية دون أخرى.

<sup>1</sup> السعيد بو الشعير، النظام السياسي الجزائري، المرجع السابق، ص 419

<sup>2</sup> انظر المادتين 163، 165 من دستور سنة 1996

<sup>3</sup> انظر من المادة 88 إلى 93 والمادة 96 و176 من الدستور سنة 1996

### الفرع الأول: تنظيم المجلس الدستوري.

يعتبر المجلس الدستوري الجزائري هيئة مستقلة، فهو يمارس رقابة لاحقة بصفة أصلية طبقا للمادة 165 من الدستور، هذا إلى جانب الرقابة السابقة يعكس المجلس الدستوري الفرنسي الذي لا يمارس الرقابة السابقة فقط<sup>1</sup> ولا يمكنه ممارسة أية رقابة لاحقة إلا من باب التصدي فقط، أي عندما يعرض عليه نص قانوني جديد يعدل نصا قانونيا سابقا وساري المفعول. إلى جانب هذا فإن الآراء والقرارات المجلس الدستوري الجزائري تتمتع بقوة حجية الشيء المقضي به مثل الأحكام والقرارات القضائية وهذا بموجب نص صريح في الدستور وهو ما ذكرته المادة 169 من دستور 1996.

### الفرع الثاني: تشكيل المجلس الدستوري:

نصت المادة 164 من دستور 1996 " يتكون المجلس الدستوري من 9 أعضاء، 3 أعضاء من بينهم رئيس المجلس يعينهم رئيس الجمهورية، و02 ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و02 ينتخبهما مجلس الأمة وعضو واحد تنتخبه المحكمة العليا وعضو واحد ينتخبه مجلس الدولة".

إن المجلس الدستوري يلاحظ أنه دائما مدعم دائما بعناصر قضائية وإن كان العنصر القضائي ينتقص بالتدرج، ففي دستور 1963 كانت السلطة القضائية ممثلة ب03 قضاة من ضمن 07 قضاة الذي يتشكل منهم المجلس الدستوري، وفي دستور 1989 أصبح عدد القضاة 02 من بين العدد الإجمالي للمجلس الذي هو 07 أعضاء، وفي استفتاء 1996/11/28 لم تعد السلطة القضائية ممثلة إلا بعنصرين من تسعة أعضاء الذين يشكلون المجلس الدستوري وبمجرد انتخاب أعضاء المجلس الدستوري أو تعيينهم، يتوقفون عن ممارسة أي عضوية أو أي وظيفة أو تكليف أو مهمة أخرى.

<sup>1</sup> الأمين شريط، مكانه البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2003، الجزائر، ص 14

و يعين رئيس الجمهورية رئيس المجلس الدستوري لفترة واحدة مدتها ست (6سنوات) المادة 3/164 من دستور 1996 ويمارس أعضاء المجلس الدستوري نيابة واحدة من ست سنوات بحيث يتم تجديدهم بالنصف كل ثلاث سنوات، ويجري التعديل الأول بعد ثلاث سنوات من تنصيب المجلس، كما يمكن أن تنتهي عهدة العضو بسبب الوفاة أو الاستقالة أو المانع الدائم.

### الفرع الثالث: أعضاء المجلس الدستوري:

نصت المادة 1/164 على أن رئيس الجمهورية يستحوذ على أكبر حصة، ذلك أنه يختار ثلاثة أعضاء من بين التسعة المكونين للمجلس، ومن بينهم الرئيس الذي في حالة تعادل الأصوات يرجح صوته الكفة لرأي دون الآخر، وهذا التعين يؤثر على استقلال المجلس في اتخاذ قراراته، بحيث يستشار من قبل رئيس الجمهورية قبل إقرار حالة الطوارئ أو الحصار وهو ما ذكرته المادة 91 من دستور 1996 الذي يتلقى رسالة الإخطار، كما له أيضا امتياز الصوت المرجح عند تعادل الأصوات داخل المجلس " فيرى البعض أن تعيين رئيس الجمهورية لرئيس المجلس الدستوري أمر ضروري بسبب المهام التي يتولاها هذا الأخير<sup>1</sup> أما الجهاز التشريعي بغرفتيه<sup>2</sup> فعليه أن ينتخب أربعة أعضاء يمثلونه بعضوين في كل غرفه، أما الجهاز القضائي فتمثله المحكمة العليا ومجلس الدولة اللذان ينوب عن كل جهاز منهما، و يلاحظ أن المشرع الجزائري متأثر إلى حد كبير بالنصوص الدستورية الفرنسية بحيث هناك تشابه كبير في تشكيلة المجلسين، إلا أن هذا لم يمنع من عدم تبني المشرع الجزائري لبعض الإجراءات، كأن يقوم أعضاء المجلس الدستوري بأداء اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل توليهم مناصبهم وهذا ضمانا لولائهم لمنصبهم الجديد دون الأخذ بعين الاعتبار ميولاتهم الحزبية أو الوظيفية السابقة.

<sup>1</sup>دياس سهيلة، المجلس الدستوري ومجلس الدولة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002ص101  
<sup>2</sup>المادة 98 من دستور 1996

الفرع الرابع: إجراءات عمل المجلس الدستوري:

البند الأول: الإخطار

تنص المادة 166 من دستور 1996 على أن " يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري وهذا الأخير يصدر رأيا قريبا إذا كان الرئيس مازال لم يصادق على المعاهدة المعنية، ويصدر قرارا في الحالة العكسية واقتصار الأخطار على رئيسي غرفتي البرلمان ورئيس الجمهورية<sup>1</sup>، سيكون الأثر البالغ على حقوق وحريات المواطن واحترام الدستور والتوازن بين السلطات، لاسيما إذا كانوا ينتمون إلى نفس الحزب، إلا أن المادة 165 و166 من الدستور أن تحدد موضوع الإخطار بدقة، ويجب أن تسجل رسالة الإخطار في الأمانة العامة للمجلس الدستوري في سجل الإخطار، ويسلم إشعار باستلامها<sup>2</sup> مصحوبة تلك الرسالة بالنص الذي يعرض على المجلس الدستوري لإبداء رأيه فيها أو اتخاذ قرار بشأنها. وعلى هذا الأخير إبداء رأيه أو قراره خلال العشرين يوما الموالية لتاريخ إخطاره، ويتابع المجلس إجراءاته بصفة عادية<sup>3</sup> فإذا كان المجلس الدستوري مجبر على إعطاء رأيه أو قراره خلال مدة محددة، فالسؤال متى يمكن للمجلس الدستوري التدخل لفحص دستوريته؟ هنا يجب تحديد مهلة الإخطار عند فحص القوانين قبل إصدارها بفترة بعد التصويت على القانون وتقديمه للمجلس بالشكل الذي يكون عليه النص القانوني عند تقديمه لرئيس الجمهورية من أجل إصداره<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> إجبار عبد المجيد، الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأيا المجلس الدستوري المتعلق بقانوني الأحزاب / السياسية والانتخابات، مجلة الإدارة، 2000، ص 56.

<sup>2</sup> المادة 10 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري المؤرخ في 28/06/2000 الصادر بالجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 16 أوت 2000

<sup>3</sup> أنظر المواد من 11 إلى 23 من النظام نفسه

<sup>4</sup> مسراتي سليمة، إخطار المجلس الدستوري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001، ص 16

### البند الثاني: التحقيق

يعين المجلس الدستوري بمجرد تسجيل رسالة الإخطار مقررًا من بين أعضائه يتكفل بالتحقيق في الملف ويتولى تحضير مشروع الرأي أو القرار وهو ما نصت عليه المواد من 12 إلى 14 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، ويمكنه أن يستشير أي خبير يختاره ويسلم المقرر بعد انتهاء أشغاله إلى رئيس المجلس الدستوري، وإلى كل عضو في المجلس نسخة من الملف موضوع الإخطار مرفق بالتقرير الذي أعده<sup>1</sup>.

### البند الثالث: الاجتماعات

يسارع الرئيس إلى تحديد تاريخ الاجتماع عام يعقده المجلس ويستدعي أعضائه، ولا يصح الاجتماع للفصل في أية قضية إلا بحضور 7 من أعضائه على الأقل، ويمكن لرئيس المجلس أن يختار عضوا من يخلفه في حالة غيابه وهو ذكرته المواد من 15 إلى 23، يتداول المجلس في جلسة مغلقة ويعطي رأيه ويتخذ قراراته بأغلبية أعضائه وفي حالة تعادل الأصوات، يرجح صوت الرئيس المجلس أو رئيس الجلسة، ويتولى الأمين العام كتابة جلسات المجلس ويوقع محاضر الجلسات المجلس الدستوري الأعضاء الحاضرون وكاتب الجلسة، ولا يمكن أن يطلع عليها إلا أعضاء المجلس، كما يوقع رئيس المجلس الدستوري آراء وقرارات المجلس وسجل في الأمانة العامة للمجلس وتدرجها في الأرشيف، وتكون معللة وتصدر باللغة الوطنية، وتبلغ إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية.

<sup>1</sup> العيفا أويحي، المرجع نفسه، ص 425

## الفرع الخامس: قواعد عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة والرقابة الدستورية

الرقابة الدستورية تهدف أصلا إلى احترام مبدأ التسلسل الهرمي لإلزامية النصوص القانونية وذلك ضمانا للشرعية في الأنظمة السياسية المعاصرة، ويظهر أن هناك توافقا حول كون رقابة دستورية من أهم مظاهر دولة القانون وألوية القاعدة القانونية، على خلاف الحقب الماضية التي جثمت فيها السلطة السياسية على باقي السلطات مستمدة مشروعيتها من أسس وأفكار ديمقراطية مختلفة ، و تنوع شكل الرقابة الدستورية حسب اختلاف حاجة الأنظمة السياسية ففي النظام الأمريكي تبني رقابة دستورية عن طريق جهاز القضاء لأنها الطريقة المثلى لتحقيق التوازن بين السلطات الدستورية التي يحتاج إليها هذا النظام، بينما في بعض الدول الأوروبية تتجه إلى ضمان الفصل بين السلطات كما هو الحال في فرنسا التي تبنت المجالس الدستورية وفي ألمانيا التي المحكمة الدستورية الفدرالية<sup>1</sup>.

و بصفة عامة، عند التأكد بأن القانون يخضع للدستور، فهذا يعني بأن البرلمان مجبرا ليس فقط بعدم وضع قواعد قانونية مخالفة للدستور، وإنما يجب أيضا أن تكون قواعد مطابقة للدستور، أي مشابهة لها، في هذه الحالة يمنع على البرلمان اتخاذ قواعد قانونية لم ينص عليها المؤسس الدستوري ومن تم يتجلى بأن دور البرلمان سيصبح متقلصا ومحدودا.

### البند الأول: رقابة مطابقة القوانين العضوية والأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور.

ظهرت القوانين العضوية أول مرة في دستور 1996 وهي مستوحاة من الدستور الفرنسي لعام 1958<sup>2</sup>، وهي أسمى من القوانين العادية، وبعد القانون العضوي ذو طبيعة دستورية من حيث موضوعه، فيمكن أن يتخذ شكل القانون العادي يتناول موضوعه تنظيم وسيرا السلطات العمومية، كما يمكن أن يتعلق الأمر بالقواعد التي تتوسط الدستور والقوانين العادية، وتتفق القوانين العضوية مع القوانين العادية من الناحية العضوية، بحيث أن كل

<sup>1</sup> بوسلطان محمد، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013، ص39  
<sup>2</sup>نبالي فطة، دور المجلس الدستوري في رقابة مطابقة القوانين العضوية للدستور، مجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، العدد 2، 2008، ص 124

منهما يتم إعداده من قبل البرلمان، بينما تتميز القوانين العضوية عن القوانين العادية بمجال خاص محدد من قبل الدستور<sup>1</sup> وبإجراءات إعداد مميزة بحيث تشكل رقابة المطابقة السابقة للدستور من قبل المجلس الدستوري، كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة القوانين العضوية للدستور قبل صدورها طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 123 من الدستور برأي وجوبي بعد أن يخطره رئيس الجمهورية طبقاً للمادة 2/165 من الدستور وهذا خلال الأجل المحدد في المادة 1/167 من الدستور وهي 20 يوماً الموالية لتاريخ الأخطار، و تتم المصادقة على القانون العضوي بأغلبية المطلقة النواب وبأغلبية 3/4 أعضاء مجلس الأمة، وإذا صرح المجلس الدستوري أن القانون المعروض عليه يتضمن حكماً غير مطابق للدستور، لا يمكن الفصل عن باقي أحكام هذا القانون فلا يتم إصداره، أما إذا كان الحكم المعنى يمكن فصله عن باقي أحكام القانون يمكن لرئيس الجمهورية أن يصدر هذا القانون باستثناء الحكم المخالف للدستور، أو أن يطلب من البرلمان قراءة جديدة للنص المتضمن هذا الحكم، وفي هذه الحالة يعرض الحكم المعدل على المجلس الدستوري لمراقبة مطابقته للدستور وهذا ما جاء في نص المادة 03 من النظام.

#### البند الثاني: رقابة دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات :

إن النظر في مدى دستورية المعاهدات الدولية يطرح عدة إشكالات، لكن التطور الدستوري في الجزائر وضع المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية في درجة أعلى من القانون لكنها تدخل من حيث المبدأ ضمن اختصاصات المجلس الدستوري، كما أوكل الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية سلطة إبرام المعاهدات الدولية والمصادقة عليها<sup>2</sup>، وهو أمر طبيعي من حيث المبدأ وهذا لإقامة العلاقات الدولية والسهر عليها هو من مهام السلطة التنفيذية، وبالرجوع لنص المادة 132 نجد أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون، ولقد صرح المجلس الدستوري بأن يتأكد أولاً قبل أن يفصل

<sup>1</sup> أنبالي فطة، المرجع نفسه، ص 127

<sup>2</sup> المادة 77 الفقرة 11

في مطابقة القوانين العضوية للدستور من الناحية الموضوعية، من أن هذه القوانين قد استوفت الإجراءات الشكلية لإعدادها: \*اعتباراً أن المجلس الدستوري يتأكد عند إخطاره بالقوانين العضوية و قبل الفصل في مطابقتها شكلاً و موضوعاً للدستور، من أن المصادقة على هذه القوانين العضوية قد تمت من حيث الشكل وفق الإجراءات المنصوص عليها في المادة 123 من الدستور \* كما أن اختصاص المجلس الدستوري في هذا الشأن يكمن في مراقبة مدى مطابقة القوانين لنصوص التعاهدية التي صادق عليها رئيس الجمهورية، كما يميز الدستور بين الطائفتين من المعاهدات، الأولى التي تدخل في النشاط العادي للسلطة التنفيذية، و التي بها ينفرد رئيس الجمهورية بعملية المصادقة على هذه المعاهدات والتي تتمتع بنفاذية ذاتية، كما يمكن بصفة اختيارية طلب رأي قبلي من المجلس الدستوري قبل الإقدام على التصديق، أما الطائفة الثانية من المعاهدات تلك الواردة في المادة 131 والتي تحتاج إلى موافقة صريحة من طرف غرفتي البرلمان قبل المصادقة عليها، وعندما يتبين للمجلس الدستوري عدم صحة إجراءات التصديق من الناحية الشكلية يؤدي إلى بطلان هذا التصديق، و يفصل المجلس لدستوري في دستورية المعاهدات القوانين والتنظيمات أما برأي قبل أن تصبح واجبة التنفيذ أو بقرار في الحالة العكسية طبقاً للمادة 165، والمادة 06 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري هو أن المجلس الدستوري لا يترك من تلقاء نفسه، بل يحتاج إلى إخطار حسب المادة 166 من الدستور، ويكمن دوره في مراقبة المطابقة مع الدستور من عدمها<sup>1</sup>، ويترك على ذلك الترخيص بالمصادقة أو رفضه.

<sup>1</sup> جبار عبد المجيد، المرجع نفسه، ص 60

البند الثالث: صلاحيات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على صحة الانتخابات والاستفتاء.

أ: انتخابات رئيس الجمهورية: يتولى المجلس الدستوري طبقا للمادة 163 من الدستور السهر على صحة عمليات الاستفتاء وانتخاب رئيس الجمهورية والانتخابات التشريعية ويعلن النتائج، كما يفصل المجلس في الطعون وينظر في المنازعات التي تثار حول مشروعية العمليات والانتخابات طبقا للقانون، تودع تصريحات الترشح لرئاسة الجمهورية حسب الأشكال والآجال المنصوص عليها في الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات لدى الأمانة العامة للمجلس الدستوري والتي تثبت تسليمها بوصل المادة 22، وفي حالة وفاة المترشح أو حدوث مانع قانوني تطبق أحكام المادة 163 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات المادة 24.

كما يقوم رئيس المجلس الدستوري بتعيين من بين أعضاء المجلس مقرا أو عدة مقررين للتكفل بالتحقيق في ملفات الترشح طبق للأحكام الدستورية والتشريعية المادة 23، تم يدرس المجلس الدستوري في اجتماع مغلق التقرير ويفصل في صحة الترشيحات المادة 24، ثم تبلغ إلى المعنيين قائمة المترشحين التي حددها المجلس الدستوري خلال الأجل المحدد في الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات<sup>1</sup>، وتعلم بها جميع السلطات المعنية، كما ترسل إلى الأمين العام للحكومة لنشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية المادة 25 ثم يعلن بعد ذلك المجلس الدستوري نتائج الاقتراع، كما يعين عند الاقتضاء المترشحين الاثنتين اللذان يدعوها إلى المشاركة في الدور الثاني من الاقتراع طبقا للمادة 162 من قانون الانتخاب والمادة 29 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري ففي حالة الوفاة أو لانسحاب أو حدوث مانع لأي من المترشحين الاثنتين في الدور الثاني<sup>2</sup> الفقرتين الثالثة فتتمدد أجال تنظيم الانتخابات لمدة أقصاها 60 يوما.

<sup>1</sup> فريد علواش، المرجع نفسه، ص 213  
<sup>2</sup> المادة 163 الفقرة الثالثة والرابعة من الأمر 97-07 الملغى المتضمن للقانون العضوي المتعلق بالانتخابات

كذلك من مهام المناط بها للمجلس الدستوري في مجال مراقبة الانتخابات هو تلقي الطعون<sup>1</sup> حيث يحق لكل مترشح أو ممثله القانوني في الانتخابات الرئاسية أن يطعن في صحة عمليات التصويت وهذا بإدراج احتجاجه في المحضر الموجود في التصويت ويجب أن تحتوي الاحتجاجات التي يوقعها أصحابها قانونا على اللقب والاسم والعنوان والصفة وعلى عرض الوقائع والوسائل التي تبرر الاحتجاج ويسجل هذا الاحتجاج في الأمانة العامة للمجلس الدستوري<sup>2</sup> ثم يعين رئيس المجلس الدستوري وقررا أو عدة مقررين من بين أعضاء المجلس الدستوري لدراسة الاحتجاجات وتقديم تقرير إلى المجلس الدستوري خلال الأجل الذي حدده الأمر<sup>3</sup> كما يستدعي رئيس المجلس الدستوري اثر انتهاء التحقيق في الطعون المجلس الدستوري للفصل في مدى قابلية هذه الطعون وتأسيسها أثناء جلسة مغلقة خلال الجل المحدد<sup>4</sup>، وأخيرا يعلن المجلس الدستوري النتائج النهائية للانتخابات الرئاسية في مدة أقصاها 10 أيام اعتبارا من تاريخ تسليمه المحاضر لجان الانتخابية الولائية والمنصوص عليها في المادة 165 من القانون الانتخابيات.

<sup>1</sup> المادة 27 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري  
<sup>2</sup> المادة 28 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري  
<sup>3</sup> المادة 29 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري  
<sup>4</sup> المادة 31 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري

ب: انتخابات أعضاء البرلمان :

يفصل المجلس الدستوري في محاضر نتائج انتخابات أعضاء المجلس الشعبي الوطني المعدة من طرف اللجان الانتخابية الولائية ولجان المقيمين في الخارج<sup>1</sup>، كما يتلقى محاضر نتائج انتخابات أعضاء مجلس الأمة، تم يدرس المجلس الدستوري في هذه المحاضر، ويعلن نتائج النهائية تطبيقاً لأحكام المواد 117 و 118 و 146 و 147 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخاب المادة 32، ثم يتم توزيع المقاعد بالنسبة لانتخاب أعضاء المجلس الشعبي الوطني على القوائم<sup>2</sup>، كما يتم توزيع المقاعد فيما يتعلق بانتخاب أعضاء مجلس الأمة على المترشحين الحاصلين على أكبر عدد من الأصوات<sup>3</sup>، ويحق لكل مترشح أو حزب سياسي مشارك في الانتخابات الخاصة بالمجلس الشعبي الوطني وهو الحال كذلك بالنسبة لكل مترشح لعضوية مجلس الأمة إلا أن الاعتراض على عمليات التصويت يكون بتقديم عريضة طعن إلى كتابة ضبط المجلس الدستوري خلال المهلة المحددة بالمادة 118 والمادة 148 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات بحسب الأحوال المادة 34، ثم تقدم عريضة الطعن في نسختين وبوجود الأطراف المطعون ضدهم<sup>4</sup>.

كما يقوم رئيس المجلس الدستوري بتوزيع الطعون على الأعضاء المعينين المقررين، ويبلغ الطعن بجميع الوسائل إلى النائب الذي اعترض على انتخابه وفقاً لأحكام المادة 118/2 من الأمر المتضمن القانون العضوي المتعلق بقانون الانتخابات المادة 36، كما يمكن للمجلس الدستوري رفض الطعون غير المقبولة أو المتضمنة مزاعم ليس لها تأثير حاسم على النتائج النهائية للانتخابات<sup>5</sup> وينبغي أن يقدم حساب الجملة الانتخابية خلال

<sup>1</sup> المادة 36 من النظام المحدد لقواعد المجلس الدستوري

<sup>2</sup> المواد من 101 إلى 105 من نفس القانون العضوي الملغى 97-07 المتعلق بالانتخابات

<sup>3</sup> المادة 33 من القانون العضوي المتعلق بالانتخابات

<sup>4</sup> المادة 35 من القانون الانتخابي

<sup>5</sup> المادة 38 من القانون الانتخابي

الشهرين التاليين الإعلان النهائي لنتائج انتخابات المجلس الشعبي الوطني، كما يسهر المجلس الدستوري على قانونية الاستفتاء ويدرس الاحتجاجات طبقاً لأحكام قانون الانتخابات<sup>1</sup>، ثم يجتمع المجلس الدستوري بقوة القانون في الحالات المنصوص عليها في المادة 88 من الدستور - حالات منع رئيس الجمهورية من ممارسة مهامه- بأن يقوم بجميع التحقيقات ويستمع إلى أي شخص مؤهل وإلى أية سلطة معنية<sup>2</sup>، كما يستشار المجلس الدستوري في إطار المادة 90 من الدستور -منع إقالة الحكومة أو تعديلها عند شغور منصب رئيس الجمهورية - يفصل في القضية دون تعطيل<sup>3</sup>، أيضاً يستشار المجلس الدستوري في إطار أحكام المادتين 93 و97 من الدستور -الحالة الاستثنائية لتهديد البلاد بخطر بوقع رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم - يجتمع ويبيدي رأيه فوراً<sup>4</sup>، وفي إطار المادة 102 من الدستور سيستشار المجلس الدستوري في -حالات تمديد مهمة البرلمان - يجتمع ويبيدي رأيه فوراً<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> المادة 41 من القانون الانتخابيات

<sup>2</sup> المادة 42 من القانون الانتخابيات

<sup>3</sup> المادة 43 من النظام الدستوري

<sup>4</sup> المادة 44 من النظام الدستوري

<sup>5</sup> المادة 45 من النظام الدستوري

### المطلب الثالث: المجلس الدستوري في ظل دستور 2016

رغم سلبيات التي كانت متواجدة في دستور ما قبل 1989 بداية بدستور 1963 و دستور 1976 و دستور ما بعد 1989 المتكون من دستور 1989 و دستور 1996 سواء من حيث التشكيل أو من حيث إجراءات عمل المجلس الدستوري فان دستور 2016 تجاوز هاته سلبيات و ذلك من خلال ما يلي:

#### الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري

وفقا للمادة 183 من دستور 2016 فان المجلس الدستوري يتكون من اثني عشرة عضوا 12 أربعة أعضاء من بينهم رئيس المجلس و نائب رئيس المجلس ويعينهم رئيس الجمهورية و اثنان ينتخبهما المجلس الشعبي الوطني و اثنان ينتخبهما مجلس الأمة ، و اثنان تنتخبهما المحكمة العليا و اثنان ينتخبهما مجلس الدولة و في حالة تعادل الأصوات فان صوت الرئيس يكون مرجح من بين أعضاء المجلس الدستوري ، أما فيما يخص مدة رئيس المجلس ونائبه فهي ثماني سنوات و لمدة واحدة ، كما يضطلع أعضاء المجلس الدستوري بمهامهم مرة واحدة كل ثماني سنوات و يجدد نصف أعضاء المجلس كل أربع سنوات ، كما يؤدي أعضاء المجلس الدستوري اليمين أمام رئيس الجمهورية قبل مباشرة مهامهم<sup>1</sup>.

#### الفرع الثاني: أعضاء المجلس الدستوري

نصت المادة 184 أن يكون أعضاء مجلس دستوري منتخبين أو معينين بالغين أربعين سنة كاملة يوم تعيينهم أو انتخابهم كما يكونون متمتعين بالخبرة المهنية لمدة خمسة عشرة سنة على الأقل في التعليم العالي في العلوم القانونية ، في القضاء أو في مهنة محام معتمد لدى المحكمة العليا أو لدى مجلس الدولة أو في وظيفة عليا في الدولة ، كما يتمتع

<sup>1</sup> المادة 4/183 من دستور 2016

كل من رئيس المجلس الدستوري و نائبه و أعضاؤه خلال عهدتهم بالحصانة القضائية في المسائل الجزائية<sup>1</sup>.

### الفرع الثالث: إجراءات عمل المجلس الدستوري

بمقارنة المادة 166 من دستور 1996 نجد أن الإخطار كان يقتصر فقط على كل من رئيس الجمهورية و رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني عكس دستور 2016 في المادة 187 الذي أضاف إلى هؤلاء الوزير الأول، و خمسين نائبا، أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة، كما أن الإخطار لا يمتد إلى بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة ، وهذا عندما يدعي أحد أطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق و الحريات التي يتضمنها الدستور<sup>2</sup>، أيضا يتداول المجلس الدستوري في جلسة مغلقة، ويعطي رأيه في ظرف ثلاثين يوما من تاريخ الإخطار و في حالة وجود طارئ، وبطلب من رئيس الجمهورية يخفض هذا الأجل إلى عشرة أيام، وعند الإخطار على المجلس الدستوري أن يصدر قراره خلال أربعة أشهر التي تلي تاريخ إخطاره<sup>3</sup>، كما يمكن تمديد هذا الأجل مرة واحدة لمدة أقصاها أربعة أشهر وهذا بناء على قرار مسبب من المجلس كما يبلغ إلى الجهة القضائية صاحبة الإخطار.

<sup>1</sup>المادة 185 من دستور 2016

<sup>2</sup>المادة 188 دستور 2016

<sup>3</sup>المادة 189 من دستور 2016

## الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق و الحريات العامة

شكل الدولة في العصر الحديث هو مجتمع سياسي متحرك يحتاج إلى أسس وقواعد تنظم علاقاته المتشابكة سعياً وراء عدم الوقوع في الفوضى لذلك تعددت القواعد القانونية كنتيجة لتتبع العلاقات التي تنشأ داخل المجتمع الإنساني ومنه جاء مفهوم القانون باعتباره مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم حياة الإنسان في المجتمع وانقسمت بالنتيجة إلى عام وخاص فالعام منها يشمل مجموعة القواعد التي تكون الدولة وأجهزتها طرفاً فيها بوصفها صاحبة سلطة وسيادة تنظم النشاط الصادر عنها وترسم لها الحدود التي يجب أن لا تتخطاها حتى لا تتعسف في استعمال سلطتها وتتجاوز حدود مشروعيتها لذلك استخدمت الدولة بوصفها سلطة عامة الإدارة في إصدار القرار كصيغة في أداء دورها مع ذلك هذه السلطة ليست مطلقة من دون حدود فالإدارة ملزمة في إصدارها للقرار مراعاة شروط قانونية منها شكلية وأخرى موضوعية تشكل في النتيجة الضمانة الحقيقية التي تصون حقوق وحريات الأفراد وتحول دون تجاوزها على مبدأ المشروعية وسيادة القانون ويقول في ذلك الأستاذ العميد فيديل "أن مبدأ الشرعية ليس مجرد إطار خارجي يحيط بالنشاط الإداري ويحصره في نطاق الحدود التي رسمتها القواعد التشريعية والنصوص الدستورية بل إنه فوق ذلك يقوم على فكرة التحديد الذاتي إذ يفرض على الإدارة الخضوع للقرارات والقواعد الصادرة عنها ذاتها أي للقرارات الإدارية"<sup>1</sup>، ويكون بذلك القرار مشروعاً متى توفر فيه شروط الصحة بالنسبة إلى عناصره وهي الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية أو الغرض، وإلا كان القرار معيباً يمكن الطعن فيه أمام القضاء للتوصل إلى إلغائه ومن هنا جاءت فاعلية دور القضاء في الرقابة على أعمال الإدارة لضمان المشروعية لأن الكثير من القوانين قد اعترفت للإدارة بامتيازات وضعها في مركز يسمو على مراكز الأفراد من أجل تمكينها إلى الوصول لغايتها المطلوبة وهي تحقيق النفع العام أو الصالح العام.

و من المسلم به أن جزءاً مخالفاً مبدأ المشروعية يتمثل في إلغاء القرار غير المشروع لكن المعضلة تكمن في فكرة انعدامه أو بطلانه وبالتحديد فكرة التمييز بين القرار الباطل والقرار الباطل والقرار المنعدم فما زالت هي فكرة يكتنفها الكثير من الغموض لدى الفقه والقضاء وتضاربت حولها الكثير من الآراء والأحكام القضائية حتى اعتبر البعض أنه لا يمكن وضع نظرية موحدة لها، وقد وصفت السلطة القضائية بأنها هي الحامية الحقيقية لحقوق الأفراد وحرياتهم من خلال إرساءها لدعائم دور القاضي الإنشائي في المنازعة الإدارية المعروضة أمامه. سعياً بالنتيجة إلى استقرار الحق المتنازع فيه ضمن الحكم الذي يصدره وفي حجبه فتكون بالنسبة إلى أحكام الإلغاء مطلقة تتعدى أطراف الإدارة في إصدار

<sup>1</sup> ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007-ص 125

## الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

---

القرار أو الأوامر لها باعتبار أن ذلك يشكل اعتداء على اختصاص السلطة الإدارية ومخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات. إضافة إلى ما تمثله إشكالية تنفيذ الأحكام القضائية وإرغام الإدارة على احترامها نظرا لعدم وجود قدرة لدى القاضي على التدخل في أعمال الإدارة وإجبارها على القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

**الفصل الأول: دور مبدأ المشروعية كضمانة للحقوق و الحريات العامة في القضاء الإداري**

لا يمكن اعتبار مبدأ المشروعية من خلق الفكر القانوني الحديث ولا من ابتكاره بل هو في الحقيقة نتاج التاريخ الحضاري كله باعتباره احد الأسلحة التي شهرها الإنسان في معركة الحرية بوجه الطغيان والتعسف والاستبداد، لذا يرى الكثيرون انه يضرب بجذوره في التاريخ القديم إلى الوقت الذي ثار فيه الإنسان على مجتمع العرف والتقاليد والأساطير الدينية وتؤكد له أن الحماية الجدية لحقوقه وحرياته تتركز على ما توفره له قاعدة القانون المعلنة بحكم ثباتها واستقرارها وبحكم ما تتمتع به خاصية العموم والتجريد من ضمانات. فكانت الخطوة الأولى التي أحرزها الإنسان في هذا المجال تدوينه للعرف والتعاليم الدينية وعليه حقق عموم العلم بالقانون وشيوعه وأبعده بالتالي عن أن يكون امتيازاً قاصراً على الكهان والإشراف ومحاولاتهم الانفراد بتفسيره بما يخدم مصالحهم من دون بقية فئات الشعب وطبقاته، ومن سياق هذا التطور التاريخي وفي إطار إرساء قواعد جولة الحق والقانون. التزمت الدولة الحديثة بنظرية الحقوق والحريات العامة باعتبار أنها حجر الزاوية في بناء النظرية العامة للقانون كما استقر في فكرها السياسي والقانوني أن السلطة والقانون ظاهرتان متلازمتان ومتكاملتان، فالسلطة ضرورة يفرضها الإحساس بالقانون ثم هي لا تستطيع أن تتعامل مع الخاضعين لها، إلا بالقانون وعلى مقتضاه، وبالنتيجة أصبح هذه التلازم والتكامل بين السلطة والقانون هو أساس استقرار مبدأ المشروعية<sup>1</sup>، وقسمت هذا الفصل إلى مبحثين هما:

**المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية.**

**المبحث الثاني: دور النظام القضائي في تبني مبدأ المشروعية.**

<sup>1</sup> طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضبط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة 1976-ص4

### المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

يعتبر خضوع الدولة للقانون ولل قضاء في كل أوجه نشاطها ركيزة أساسية من ركائز الدولة القانونية وضمانة حقيقية ولازمة لحقوق الأفراد فمن خلال التطور واتساع مجال النشاط العام. حكم الدولة المعاصرة مبدأ ذو أهمية خاصة، هو مبدأ المشروعية، تفرعاً عن مبدأ أعلى هو مبدأ سيادة القانون.

هذا المبدأ الذي ضم في مجمله مجموعة القاعدة القانونية التي يجب على الجميع الالتزام بها حاكماً كان أم محكوماً، فعدم التزام "خاصة الحكام" بالقاعدة القانونية سوف يحول تصرفهم المخالف للقانون إلى تصرف غير قانون وغير مشروع وبالتالي مخالفة لمبدأ المشروعية، ولما كان القانون في الأصل هو التصوير المقبولة 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 بذلك وحده هو شرط شرعيتها وهو الكفيل بضمان احترام أوامرها ونواهيها وتنفيذ الأفراد لها طواعية وعن اقتناع، 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 مخالفاً وغير مشروعاً<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> طعمية الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، المرجع سابق، ص3

### المطلب الأول: تحديد مبدأ المشروعية

يرى الفقيه الكبير العميد "دوجي Duguít" أن جوهر الشرعية هو خضوع كل تصرف لقاعدة القانون، وإن كانت تصرفات الأفراد وخضوعها للقانون لا تثير جدلاً فإن 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، وبهذا المعنى لم يعد مبدأ الشرعية يعني مجرد احترام القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التنفيذية سواء كان مصدر هذه القواعد لوائح عامة أو كان مصدرها قرار فردي بل يكاد يكون هناك إجماع على تفسير الشرعية بهذا المدلول الواسع الذي يدخل ضمن عناصرها أو مصادرها إلى جانب الدستور والقانون القرارات الإدارية بنوعيتها التنظيمية والفردي مع هذا من الضروري التمييز بين "الشرعية" بمعنى الخضوع للقانون و"المشروعية" أي مشروعية السلطة بمعنى تحديد الأساس الفلسفي لقيام السلطة ومبرر قبولها برغم أن أغلب الفقهاء يعبر عن معنى الخضوع للقانون باصطلاح "المشروعية"<sup>1</sup>.

فقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن الشرعية Legal والمشروعية Legality لفظان مشتقان من أصل واحد هو الشرع أو الشرعية، إلا أنهما يختلفان من حيث المفهوم الدقيق لكل منهما فالشرعية مشتقة من الشرع بصيغة الفعلية ومعناها موافقة الشرع والمشروعية مشتقة من الشرع بصيغة المفعولة وتفيد محاولة موافقة الشرع، وهذا يعني أن المشروعية تعني احترام قواعد القانون القائمة فعلاً في المجتمع فهي في الحقيقة الأمر مشروعية وضعية وأما الشرعية فهي فكرة مثالية تحمل في طياتها معنى العدالة وما يجب أن يكون عليه القانون فمفهومهما أوسع من مجرد احترام قواعد القانون الوضعي العدالة<sup>2</sup>، وقد أصبح اعتماد 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 وحرياتهم باعتبار أن الإدارة طرف في تلك الرابطة القانونية تتمتع بسلطات وامتيازات تستطيع عن طريقها أن تفرض إرادتها وتتخذ الإجراءات طبقاً لقواعد تكفل الاعتراف بحماية تلك الحقوق والحريات وذلك من أجل تحقيق غاية الإدارة أثناء أداء وظيفتها عي المصلحة العامة<sup>3</sup>، لذلك يعتبر التزام الإدارة في تصرفاتها بالعمل في دائرة الحدود المرسومة لها ضمن مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة، وممارسة نشاطها في نطاق هذه القواعد هو ما يطلق عليها مبدأ "الشرعية أو المشروعية" الذي يعرفه أغلب الفقهاء بأنه سيادة القانون أو

<sup>1</sup> محمود عاطف البنا، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة، 1992-ص422

<sup>2</sup> رمزي طه الشاعر-قضاء التعويض "مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية" 1990-بدون دار نشر ص15

<sup>3</sup> علي هاني الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة-عمان 1998، ص37

مبدأ الخضوع للقانون أو مبدأ سيادة حكم القانون<sup>1</sup>، ذلك يعني أن جميع تصرفات الإدارة وتصرفات الأفراد تحكمها النصوص القانونية، ومن هنا نجد أن أهم الدعامات التي تقوم عليها الدولة القانونية الحديثة تلك التي تتبين فيها الحدود الفاصلة بين حقوق كل من الحاكم والمحكوم بحيث يخضع الحاكم فيما يقوم به من أعمال وما يتخذه من قرارات ضمن دائرة الإطار العام للنظام القانوني داخل الدولة أو جعل السلطات الحاكمة تخضع لقواعد ملزمة لها كما هي ملزمة بالنسبة للمحكومين.

كما قد أصبح مبدأ المشروعية من المبادئ القانونية العامة التي يجب تطبيقها في كل دول بغض النظر عن الاتجاهات السياسية والاقتصادية والاجتماعية كونه لا يتعلق بنظام معين أو فلسفة بعينها ولا يعتبر وفقاً على النظم الديمقراطية أو المذهب الحر بل أصبح مبدأ عام ينطبق حكمه باستمرار في كل مجتمع وبالنسبة لكل سلطة بغض النظر عن الفلسفة الاجتماعية للنظام السياسي الذي تتبناه بحيث إذا أهدر هذا المذهب، صارت الدولة بوليسية *Police State*<sup>2</sup> في مقابل دولة القانون *Lawful State* و التي تعني الخضوع للقانون أو أن جميع السلطات العامة في الدولة تخضع لحكم القانون عند مباشرتها للاختصاصات المخولة لها و بالأخص الإدارة على اعتبار أنها إحدى تلك السلطات العامة، يتعين كغيرها من السلطات أن تحترم مجموعة القواعد القانونية الأساسية المقررة في الدولة<sup>3</sup>، وضمن هذا السياق نحن نتفق فيما ذهب إليه الدكتور محمد كامل ليله على أن مبدأ المشروعية له جانبان أو مظهران "مادي وشكلي" ففي مظهرها المادي والذي يتعلق بتطبيق القواعد القانونية، يوجب أن يكون كل تصرف أو قرار تتخذه الإدارة أياً كان موضوعه مطابق لمبدأ المشروعية أي للقواعد والمبادئ القانونية القائمة وقت تصرف الإدارة وأن أساس التزام الإدارة في هذا الجانب يرجع إلى قوة إلزام القواعد القانونية التي يتكون منها مبدأ المشروعية بحيث إذا خرجت عليها الإدارة وخالفتها في تصرفاتها فإنها تهدر كل قيمة للقوة الإلزامية التي تتمتع بها القواعد القانونية يضاف إلى ذلك اعتبار آخر يحتم على الإدارة احترام مبدأ المشروعية، 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 في تصرفاتها أحكام تلك القواعد وأهملت تطبيقها وتجاوزت حدودها، كان معنى ذلك سيادة الفوضى وانهيار مبدأ المشروعية. وفي مظهرها الشكلي الذي يتمثل في فكرة ترج القواعد القانونية وما يتعلق بكيفية تعديلها أو إلغائها إذ يجب على كل سلطة تقدم

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة 2006، ص 11

<sup>2</sup> رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، مرجع سابق، ص 16-17

<sup>3</sup> محمد كامل ليلة- الرقابة على أعمال الإدارة "الرقابة القضائية" بدون دار للنشر-1985-ص 16

على وضع وإصدار قاعدة قانونية أن تراعي حكم القواعد القانونية التي صدرت من سلطات أعلى منها في الدرجة.

### المطلب الثاني: عناصر مبدأ المشروعية

من الضروري أن يكون فهما لدولة القانون، على أنها هي الدولة التي تعتبر نفسها أمام أفرادها كجزء من مجموعة النظام القانوني التي تلتزم بالحقوق الأساسية للأفراد، وضمن نطاق القوانين التي تحد من تصرفاتها أمام تلك الحقوق، وعلى هذا الأساس تكون الدولة ملزمة بشروط لا يمكن أن تتجاوزها لكي توفر الضمانات القانونية المطلوبة، أبرزها:

- شرط وجود دستور.

- شرط مبدأ الفصل بين السلطات.

- شرط خضوع الإدارة للقانون.

- شرط تدرج الأعمال القانونية.

- شرط خضوع الإدارة للرقابة القضائية.

### الفرع الأول: وجود دستور

يسمى أيضا بالقانون النظامي أو الأساسي حيث لا يمكن أن نتصور وجود جماعة بشرية منظمة بدون قواعد أساسية "قواعد دستورية" سواء كانت تلك القواعد مدونة في دستور مكتوب أو وليدة سوابق عرفية مستقرة لها في نفوس الجماعة إلزام قانوني، ومن هنا جاءت القاعدة القانونية "حيث توجد الجماعة يوجد القانون والعكس بالعكس".

ويمكن تعريف الدستور 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<sup>1</sup> تلك القواعد التي تنظم ممارسة نشاط الدولة ووظائفها في كل من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، وتعتبر النصوص التي يتضمنها الدستور أعلى القواعد القانونية في الدولة لهذا فإنها توضع على رأس البناء القانوني للدولة وتحكم بقية القواعد القانونية الأخرى 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 والتزام حدودها والتصرف في النطاق الذي ترسمه، فالدولة

<sup>1</sup> عبد الكريم علوان، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الأولى 2001، ص 255

القانونية التي تسود فيها مبادئ سيادة القانون لابد من وجود نصوص دستورية فعالة من اجل الحماية وإحداث التوازن ما بين الحقوق والحريات وبين المصالح العامة كما يتعين على السلطات فيما تجريه من تصرفات وأفعال لا تخالف النصوص والمبادئ الدستورية وإلا عدت أعمالها غير مشروعة<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات

استقر مفهوم دولة القانون في التمييز الفعلي بين السلطات وضرورة توزيع وظائف الحكم الرئيسية "التشريعية والتنفيذية والقضائية" على هيئات منفصلة ومتساوية تستقل كل منها على الآخر في مباشرة وظيفتها حتى لا تتركز السلطة في يد واحدة، والمقصود هنا ليس إقامة سياج مادي يفصل فصلا تاما أو كما يسمى بالفصل المطلق بين سلطات الحكم ليحول دون مباشر كل منها لوظيفته بحجة المساس بالأخرى، بل المعنى بأن يكون بين السلطات الثلاث تعاون يحق لكل منها الرقابة على الأخرى في نطاق اختصاصها ويكون نظام الحكم قائما على أساس أن "السلطة تحد أو توقف السلطة"<sup>2</sup>، أو كما يطلق عليه الفصل النسبي المرن والذي يؤدي إلى تحقيق حرية الأفراد وضمان حقوقهم واحترام القوانين، وحسن تطبيقها تطبيقا عادلا وسليما، ويتفق بالنتيجة مع حكمة الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات في تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات، وتوفير الحيطة لكل منها في مجال اختصاصها، و لا يذكر مبدأ الفصل بين السلطات إلا مقتزنا باسم الفقيه والفيلسوف الفرنسي البارون تشارلز لويس سيكوندات مونتيسكيو، ذلك لما أبرزه من أهمية لهذا المبدأ، وما حدده له من صياغة وأسلوب في التوضيح بمؤلفه المشهور روح القوانين الصادر سنة 1748 وكذلك من قبل الفقيه الانجليزي جون لوك، في مؤلفه عن "الحكومة المدنية Civil Government الصادر سنة 1960 والذي أدى بدوره إلى إعلان وثيقة الحقوق Bill of Rights سنة 1689 بحيث كان لأفكارهما الأثر الواضح على رجال الثورة في كل من فرنسا وأمريكا ترجم ذلك بوضوح في الدستور الأمريكي سنة 1897 والدستور الفرنسي سنة 1791 وكذلك الدستور الثالث للثورة 1795 وفيها ذهبوا بالقول أن فصل السلطات هو شرط الحكومة الدستورية الحرة، وقد أعلنت الثورة الفرنسية ذلك صراحة في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في 26 اغسطس عام 1789، فنصت المادة السادسة عشر منه على أن: "أي مجتمع لا تكون فيه الحقوق مكفولة أو فصل السلطات محدد هو مجتمع ليس له دستور على الإطلاق" وهكذا أيد معظم رجال الفقه مبدأ الفصل بين السلطات على غرار مؤسسها باعتبارها ضرورة لمنع الاستبداد وضمان الحقوق والحريات وسيادة القانون، ووسيلة فعالة لكفالة احترام القوانين وتطبيقها تطبيقا عادلا وسليما ومع أن مبدأ الفصل بين السلطات

<sup>1</sup> هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص68

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص13

يشكل ضمان هامة وفعالة لخضوع الدولة للقانون وهذا هو الرأي الغالب إلا أن عدم الأخذ بالمبدأ لا يعني عدم قيام الدولة القانونية 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"<sup>1</sup> وبالرغم من ذلك نرى نحن في أن فصل السلطات ما هي إلا ضمانة من بين الضمانات الأخرى لإجبار السلطة على احترام قواعد اختصاصها وعدم الخروج عليها.

### الفرع الثالث: خضوع الإدارة للقانون

يعد خضوع الإدارة للقانون من العناصر المهمة للجولة القانونية حيث يجب على الإدارة إلا أن تتخذ تصرفا قانونيا أو تقوم بعمل مادي إلا بمقتضى القانون وتنفيذا لإحكامه يتم ذلك من خلال خضوع الإدارة لمجموعة القواعد القانونية المختلفة في شكلها ودرجتها وقوتها وفي جميع تصرفاتها الايجابية أو السلبية التي يتعين القيام بها وأن خالفت هذه القواعد وهي بصدد ممارستها لنشاطها اتسم تصرفها بعدم المشروعية وأصبح محلا للجزاء في القانون إلغاء أو تعويضا وبحسب ظروف الحال ونوع التصرف الذي صدر عن الإدارة وأن هذا الجزاء تقوم بتوقيعه هيئة مختصة بحسب التنظيم القانوني للدولة<sup>2</sup> وعليه يجب على الإدارة بوصفها إحدى السلطات العامة أن تلتزم باحترام القانون عند إجراء تصرفاتها وقد اختلف الفقهاء حول المقصود باحترام الإدارة للقانون عند القيام بأعمالها إلى ثلاثة اتجاهات على الوجه التالي:

ذهب أنصار الاتجاه الأول إلى انه يتعين اتفاق كافة أعمال الإدارة القانونية والمادية مع حكم القانون أي أن أعمال الإدارة تعتبر مشروعة مادامت لم تخالف قاعدة قانونية، وهذا الرأي يوسع من سلطة الإدارة ويعطيها اكبر قدر من حرية العمل وفي المقابل يحقق للأفراد اقل قدر من الحرية في مواجهة الإدارة لأنه يفسر المشروعية تفسيراً ضيقاً فعدم مخالفة القانون هو كل ما يطلب من جهة الإدارة الالتزام به.

في حين ذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى ضرورة استناد الإدارة في كل تصرفاتها إلى قاعدة قانونية سبق وضعها وسارية المفعول، فلا يكفي أن يكون تصرف الإدارة غير مخالف للقانون وإنما يجب أيضا أن يكون مستندا إلى قاعدة قانونية قائمة تجيز للإدارة التصرف، لهذا فان هذا الاتجاه قد فسر مبدأ المشروعية تفسيراً أوسع من سابقه، مما يعني انه يضيق من نطاق حرية الإدارة في التصرف ويقيد سلطاتها في مباشرة وظائفها.

<sup>1</sup> ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 1975، ص 182

<sup>2</sup> محمد كامل ليله، المرجع نفسه، ص 18

أما الاتجاه الثالث فقد كان أنصاره أكثر توسعا في تفسير المبدأ وأكثر تقييدا بحرية الإدارة ويرون بأنه يتعين لتحقيق المشروعية وخضوع الإدارة للقانون أن يكون العمل الإداري مجرد تنفيذ وتطبيق لقاعدة قانونية عامة قائمة عند مباشرة التصرف سبق وضعها وبواسطة سلطة أخرى فالإدارة هنا هي مجرد أداة لتنفيذ القانون وبهذا يسلبها القدرة على الابتكار ويجردها من عنصر الاستقلال في مباشرة تصرفاتها فبرغم من الدوافع النبيلة التي يسعى أنصاره إلى تحقيقها بتوفير أكبر قدر من الضمانات وأوفرها للأفراد على حساب الإدارة فهم بذلك يتجاهلون حقيقة وظيفة الإدارة وأهدافها وبالتالي تتعارض مع الحقائق القائمة في العصر الحديث والتي تؤكد اتساع مجال النشاط الإداري في الدولة المعاصرة وفي كون الإدارة كثيرا ما تبتكر الحلول وتضع القواعد المستحدثة التي لا يمكن اعتبارها مجرد تنفيذ لقواعد قانونية سبق وضعها كما انه في نفس الوقت يتعارض مع النظام القانوني السائد الذي يمنح للإدارة اختصاصات تتجاوز مجرد تنفيذ القانون بل لها سلطة إصدار لوائح بمختلف صورها بما فيها اللوائح المستقلة أو القائمة بذاتها التي لا تعتبر تنفيذا أو تطبيقا لقوانين قائمة وقت صدورها بل هناك البعض يقول أن الإدارة قد غدت المشرع الأصلي من الناحية الفعلية والقانونية بحيث أصبح دور المشرع مقصورا على التصديق على ما تقدمه جهات الإدارة وفنيها.

و أما الاتجاهين الأول والثاني فهما متكاملان ومنفكان ولا يتعارضان مع أحكام القانون الوضعي في معظم الدول وهذا ما يؤيده الفقه الحديث، إذ على الإدارة أن تلتزم في مباشرة أعمالها القانونية والمادية بعدم مخالفة القانون "التزام سلبي" وهو ما يفرضه الاتجاه الأول كما أنها ملزمة بأن تكون هذه الأعمال والتصرفات مستندة إلى أساس من القانون بمعناه الواسع "التزام ايجابي" وهو ما يفرضه الاتجاه الثاني<sup>1</sup>.

#### الفرع الرابع: تدرج الأعمال القانونية

إن العنصر الأساسي للدولة القانونية خضوعها أولا وقبل كل شيء للقانون ومن أهم خصائص الخضوع للقانون تدرج هذا الخضوع، أو مبدأ تدرج الأعمال القانونية لأن التدرج هو الذي يكفل بناء القواعد القانونية على أسس متينة محددة وهو الذي يضمن تنظيمها وترتيبها والتنسيق فيما بينها وتحديد مصادرها ويحقق وحدتها وترابطها هذا الترابط عبّر عنه الفقيه النمساوي الكبير هانز كلسن رائد فكرة تدرج القواعد القانونية وتوالدها من بعضها حيث تقوم نظريته كما هي منشورة في كتابه "النظرية العامة للدول" على أن القانون يتوالد من أعلى إلى الأدنى وكل درجة قانونية مرتبطة بالدرجة التي تعلوها باعتبارها نتاج لها وبالدرجة التي تدنوها باعتبار منتجتها لها.

<sup>1</sup> محمد مرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، بدون دار نشر، 1989-ص8

فتدرج الأعمال القانونية يعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ترتبط مع بعضها ارتباطا تسلسليا وأنها ليست جميعا في مرتبة واحدة من حيث القيمة والقوة القانونية بل تتدرج فيما 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 وابتداع الإجراءات التي بينها، وأن تكون متفقة في مضمونها مع مضمون القاعدة الأعلى لتحقق 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 يقرها النظام القانوني داخل الدولة، وفي هذا الإطار قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر القضية رقم 116 لسنة 18 على أن "علو بعض النصوص القانونية على بعضها، يفيد بالضرورة تدرجها فيما بينها وفق ترتيبها فلا يكون أدناها مقيدا لأعلىها، بل دائر في إطاره ولا كذلك 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"<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس: خضوع الإدارة للرقابة القضائية

يقسم الفقهاء الرقابة إلى عدة صور وبحسب السلطة التي تتولاها إلى رقابة سياسية وإدارية وقضائية فبالنسبة للرقابة السياسية فتكون إما على شكل رقابة شعبية تتم من خلال الرأي العام أو وسائل الإعلام أو الأحزاب السياسية أو النقابات أو على شكل رقابة الهيئة التشريعية "البرلمان" *Parlement* تستخدمها بواسطة وسائل يبينها دستور الجولة ويوضح حدودها منها حق توجيه الأسئلة وحق الاستجواب وحق إجراء التحقيق والمناقشة بغية منع انحراف السلطة وحماية حقوق الأفراد وحرياتهم وإن كانت في الغالب تقتصر على المسائل العامة<sup>2</sup> إضافة إلى أشكال خاصة من الرقابة كالرقابة من قبل هيئات الادعاء العام أو عن طريق الامبودسمان *Ombudsman* أو المفوض البرلماني أو الوسيط كما يسمى في فرنسا، وهو الشخص المكلف من قبل البرلمان لمراقبة أداء الإدارة والحكومة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم.

<sup>1</sup> ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية ومبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007-ص8

<sup>2</sup> محمد كامل ليله، المرجع نفسه، ص127

أما الرقابة الإدارية فهي التي تقوم بها الإدارة على أعمالها دون تدخل من الأجهزة الرقابية الخارجية وتكون على شكل إما رقابة ذاتية أو تلقائية تباشرها الإدارة من تلقاء نفسها، ما يدعو جهة الإدارة إلى إعادة النظر في قراراتها السابقة بسحب أو إلغاء أو تعديل القرار محل الرقابة لعدم مشروعية القرار أو عدم ملاءمته أو صحته<sup>1</sup>، أو يكون بناء على تظلم إداري على شكل طلب يرفعه ذوي المصلحة إلى الإدارة للرجوع أو إعادة النظر في قرارها أو تصرفها ذلك قبل اللجوء إلى القضاء، ويتكون التظلم عادة من ثلاثة صور، يسمى الأول منها "التظلم الأولائي" أو "التظلم بطريق الالتماس" أو "التظلم الاستعطافي أو الأسترحامي" كما يطلق عليه في المغرب والذي يقدم إلى مصدر التصرف أو القرار موضحا المخالفة التي ينطوي عليها مع الطلب بسحبه أو إلغائه أو تعديله بما يتفق وقواعد المشروعية، والصورة الثانية الذي يسمى التظلم الرئاسي أو الرياسي وهو ما يتقدم به صاحب الشأن إلى رئيس من صدر منه التصرف مبينا الأخطاء التي وقع فيها المرعوس طالبا الإنصاف برفع الضرر الذي لحق به أو الذي يكون على وشك الوقوع إذا ما تم تنفيذ التصرف، أما الصورة الثالثة للرقابة الإدارية فهو التظلم إلى لجان إدارية خاصة تنشئها القوانين وتتظمها من حيث كيفية تشكيلها وحدود اختصاصها ووسائل الطعن أمامها ومدى قوة القرارات التي تصدرها وحالات قبولها للطعن أمام هيئة أخرى بحيث يعتبر هذا النوع من الرقابة خطوة في طريق تدعيم الرقابة وتقويتها والانتقال من صور الرقابة الإدارية إلى الرقابة القضائية<sup>2</sup>، وعلى أي حال القاعدة العامة تقضي بأن التظلم كوسيلة إدارية للتضرر من القرار الإداري ليس إلزاميا أو إجباريا إلا إذا نص القانون على ذلك، وأن للجهة الإدارية سلطات محددة لها أن تلغي التصرف كليا أو جزئيا أو تعدله أو تسحبه أو تستبدله بآخر بشرط ألا تمس الحقوق المكتسبة للغير إذا ترتبت في ظل أوضاع سليمة من الناحية القانونية أو أن مدة الطعن انقضت وإن لم يطعن قضائيا فيها، فالمحكمة من التظلم الإداري هو تقليل المعروض من القضايا أمام القضاء بقدر المستطاع وإنهاء تلك المنازعات منذ البداية لاقتناع الإدارة أن المتظلم على حق في تظلمه، وبالرغم مما تحققه الرقابة الإدارية من ميزات ذلك بشمولها على المشروعية والملائمة وكونها رقابة غير مكلفة أو معقدة للأفراد فإنها لا تخلو من مساوئ باعتبارها رقابة ذاتية تعد فيها الإدارة الخصم والحكم وتفقد خلالها الحياد المطلوب لضمان حصول المضرور على حقه عن القرار الصادر للتظلم ايجابيا كان أو سلبيا لكي تحوز بنته الكافية خاصة في الحالات التي تتخذ فيها الإدارة مواقف سلبية بالسكوت وعدم اتخاذ إجراء بشأن البث في التظلم خلال المدة القانونية للتظلم وهي عادة ما تكون مدتها ستين يوما وفي بعض الدول شهرين جاز للمتضرر بانتهائها بعد ذلك أن يلجأ ويظعن أمام

<sup>1</sup> محمد عبد الوهاب، البيروقراطية في الإدارة المحلية، دار الجامعة الجديد للنشر-الاسكندرية 2000-ص373

<sup>2</sup> محمد كامل ليله، المرجع نفسه، ص132

القضاء<sup>1</sup>، وإن القضاء أو الرقابة القضائية كمصطلح عام يعني السلطة التي يتمتع بها القضاء في الحكم على قانونية تصرفات السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية في مواجهة الأفراد، ففي إطار التشريع الساري المفعول وكإحدى ابرز مقومات الدولة القانونية، تمارس هذه الرقابة على السلطة التنفيذية من خلال مراقبة أعمال الإدارة إلغاء أو تعويضاً أو تأديباً وعلى السلطة التشريعية بتطبيق مبدأ مشروعية القوانين الصادرة دستورياً وعلى 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 يجد من يحقق لها صفة الإلزامية الآمرة<sup>2</sup>، والحقيقة كما يراها الفكر المعاصر في أن الرقابة القضائية علة أعمال الإدارة أو "السلطة التنفيذية" هي أكثر أنواع الرقابة أهمية وفعالية لارتباطها بمصالح الأفراد وحقوقهم نظراً لما يتمتع به القضاء من استقلال و ضمانات قانونية واتصاف بالحياد والموضوعية وتوليه مهمة تحقيق العدالة بواسطة ما يصدر من أحكام تحوز قوة الشيء المقضي فيه<sup>3</sup> وأن استقلال القضاء وحياده ما هو إلا شرط و ضمانة أساسية لا يمكن النظر إليها باعتبارها ميزة ممنوحة للقضاء بل في الحقيقة هي ضمانة لأسبقية القانون، ذلك من خلال القائمين عليها رجال السلطة القضائية ذوي الاختصاص والمعرفة القانونية والمستقلين عن الإدارة العاملة<sup>4</sup>.

وفي كل الأحوال لا تتحرك الرقابة القضائية من تلقاء نفسها وإنما لابد من رفع دعوى من صاحب أو أصحاب المصلحة أما القضاء لكي يبدأ القاضي على أساسها في التدخل وممارسة الرقابة على أعمال الإدارة، كما يمكن في بعض الحالات أن تنور الرقابة عن طريق دفع يتقدم به الفرد خلال نظر الدعوى ويطلب من القضاء الدعوى المرفوعة إليه والمطروح للبحث أمامه وقف تنفيذ قرار إداري أو إلغاءه أو الحكم بتعويض مقابل الأضرار التي لحقت به من جراء تصرف الإدارة أو بفحص مشروعية ذلك التصرف الإداري<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> محمد كامل ليله، المرجع نفسه، ص174

<sup>2</sup> رمزي طه الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة شمس، طبعة الثالثة 1990-ص9

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص68

<sup>4</sup> محمد مرغني خيري، مرجع السابق، ص81

<sup>5</sup> محمد كامل ليله، المرجع نفسه، ص160

المبحث الثاني: دور النظام القضائي في تبني مبدأ المشروعية

إن مشكلة الصراع بين السلطة والحرية تتدخل في تحديد مقدار المد والجزر الذي يتعرض له القضاء بصفة عامة، والقضاء الإداري بصفة خاصة، حيث أنه في حالة رجحان السلطة، يصاب القضاء بنوع من الانكماش والجزر، الذي يتحدد بما أدركته السلطة من الرجحان، وإذا ما رجحت الحرية على السلطة فإن القضاء يحقق نوعاً من الاتساع والمد، وخاصة في مجال القضاء الإداري وقد يتحقق في مرحلة ثالثة - نوع من التوازن بين السلطة والحرية، وهنا يقف القضاء عند حدود تقليدية، التي يمكن بواسطتها أن يساعد على تحقيق فكرة التوازن، من نتاج ذلك يمكن القول، أنه كلما اتجهت الدولة إلى الشرعية، كلما كانت في حاجة ماسة إلى بسط الرقابة على أعمال السلطة، وإذا ما عرفنا أن الرقابة القضائية هي أكثر أنواع الرقابة تحقيقاً لمبدأ المشروعية<sup>1</sup>، فهي أكثر فعالية من كل من الرقابة الإدارية، والسياسية، لوجدنا أن الحاجة باتت ماسة في الدولة الحديثة إلى وجود قاض متخصص، للفصل في منازعات الإدارة، والتي تشار بسبب ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وسلطات القانون العام<sup>2</sup>. والتي تتمثل في قدرتها على إلزام الأفراد بإرادتها المنفردة وذلك عن طريق ما تصدره من قرارات إدارية، أو ما تتمتع به من سلطة التنفيذ الجبري لقراراتها، دون حاجة إلى الالتجاء للقضاء، أو سلطة الاستيلاء المؤقت، أو نزع الملكية للمنفعة العامة أو تضمين عقودها شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو ما تملكه من سلطة تقديرية في عملها الإداري، إلا أن الدول لم تتبع نظاماً واحداً. ومن ثم تنوعت النظم القضائية فيما بينها وفقاً للأيدولوجيات السياسية السائدة في كل منها، وموقفها من مشكلة الصراع بين السلطة والحرية، وما إذا كانت دولة شرعية أو شبه شرعية أو استبدادية.

و سوف نتناول في هذا المبحث، عرض النظم القضائية المختلفة وموقف كل منها من المنازعة الإدارية، فننتاول أولاً استعراض النظم القضائية التي توحد بين المنازعة الإدارية والمنازعة العادية (كالنظام الانجلوسكوني) وإن كنا نسجل بادئ ذي بدء أن التطور الذي أصابه سيؤدي به حتماً إلى الإخلال بخصائص وسمات هذا النظام ثم نتعرض للنظم التي تعترف بالمنازعة الإدارية وتختلف طائفة هذه النظم فيما بينها، فمنها من يعهد بالمنازعة الإدارية لتنظيم قضائي متخصص، تكون له مهمة الفصل فيها على كافة درجات التقاضي بحيث يكون قاضيها الأصل، كالنظام القضائي الفرنسي والنظم التي تقترب منه وتدور في فلكه، ثم نختم هذا المبحث ببيان موقف النظام القضائي الجزائري بين هذه النظم القضائية المقارنة.

1 عبد الرحمن عزوز "القضاء الشعبي"، دار نهضة مصر، 1977، ص17  
2 ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، المجلد الأول-ص228

### المطلب الأول: مفهوم مبدأ وحدة النظام القضائي

النظام الأنجلوسكسوني أو ما يطلق عليه نظام القضاء الموحد، يقوم أساساً على اختصاص السلطة القضائية ممثلة في محاكمها على اختلاف أنواعها ودرجاتها، بالفصل في جميع أنواع المنازعات. سواء تلك التي تنشأ بين الأشخاص بعضهم البعض، أو بينهم وبين الأشخاص المعنوية العامة، أو تلك التي تنشأ بين هذه الطائفة الأخيرة وبعضها البعض، إلا إذا نص المشرع صراحة بحظر نوع من المنازعات لرقابة القضاء، وتعتبر كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية خير نموذجين لنظام القضاء الموحد، وسوف نتبع هذا التقليد، ونستطيع أن نقرر بادئ ذي بدء أن المنازعة الإدارية، قد وجدت طريقها تدريجياً في كل من هذين النظامين، وعليه يمكننا أن نقرر بحق أن النظام الأنجلوسكسوني قد أدركه بعض التطور<sup>1</sup> بل التقارب في اتجاه ثنائية القضاء وغداً في الطريق لتحقيق الاعتراف بأهمية القضاء الإداري، وسنتناول في هذا المطلب بيان النظام القضائي الانجليزي في الفرع الأول، من حيث الأسس التي يقوم عليها النظام وعرض دور القاضي الانجليزي ثم التطور الذي لحق النظام وفي الفرع الثاني نتعرض للنظام القضائي للولايات المتحدة الأمريكية وبيان أسس النظام، وعرض دور القاضي الأمريكي، ثم التطورات التي لحقت النظام.

### الفرع الأول: موقف النظام القضائي الانجليزي من المنازعة الإدارية

يقوم النظام القضائي الانجليزي على عدة أسس تتشابه مع بعضها البعض وتتبع أساساً من اعتناق النظام لأفكار المذهب الفردي Individualisme وقد سيطر هذا المذهب على القانون الانجليزي في نشأته التقليدية وجعل من الفرد موضعاً لاهتمام النظام وغاياته. وقد عمد هذا النظام إلى توفير الحماية القانونية للفرد<sup>2</sup>، بالرغم من تزايد عدم الثقة إزاء كل توسع وتعد من جانب السلطة العامة ومعاونيتها، تلك السلطة التي كان لا يمكن مساءلتها تأسيساً على مبدأ عدم مسؤولية التاج وأعوانه من الإدارة المركزية، اكتفاءً بتقرير المسؤولية الشخصية للأعوان المباشرين العاملين لدى الهيئات المحلية، وقد هيمن مبدأ سيادة القانون على جميع التراب الانجليزي وتتنوع مصادر القانون الانجليزي، حيث تعتمد بصفة أساسية على القانون الشائع Common Law<sup>3</sup> الذي هو مجموعة العادات العرفية التي تكونت باضطراد مجموعة الإجراءات وأحكام القضاء (السوابق القضائية). وكذلك القواعد العرفية القديمة الذي قسر القضاء في ظل بعض المبادئ المأخوذة من القانون الروماني والقانون الطبيعي، وإزاء نقص وقصور القانون الشائع، لعبت قواعد الأصناف والعدالة دوراً هاماً تكملته منذ نهاية القرون الوسطى، وإلى جانب القانون الشائع، وجد قانون آخر مكتوب، وهو

1 محمد فؤاد مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، 1973، ص92  
2 عوادي عمار، النظرية العامة لمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003، ص23  
3 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي، الإسكندرية، دون الطبعة، ص87

مجموعة القواعد القانونية التي يقرها البرلمان، وبقدر الغموض الذي شاب القانون الشائع، أمن القانون الوضعي بالدقة والوضوح، لاسيما في معالجته للأوضاع المستحدثة التي لم يضبطها القانون الآخر، ويمكن أن نقرر أن قواعد القانون الوضعي قد نمت بصورة مضطردة تتفق واحتياجات الإدارة الحديثة كي تحقق آمال وأمنيات البلاد<sup>1</sup>، ولتحقيق مبدأ سيادة القانون كان لابد من وجود هيئة قضائية تراقب تطبيق القواعد القانونية أيا كان مصدرها، وقد تمتع القضاء الانجليزي بعدم القابلية للعزل منذ عام 1710 ما داموا يحسنوا التصرف *During Good behaviour*، إلا بناء على اقتراح مصوت عليه بواسطة مجلس البرلمان<sup>2</sup>، ويتكون تنظيم القضاء الانجليزي من محاكم الأقاليم والمحكمة العليا للعدالة، التي تتكون من أقسام ثلاثة. القسم الأول ويختص بشؤون الملك، والقسم الثاني وهو القسم القنصلي، والقسم الثالث للإثبات والتحقيق للطلاق والانفصال. ثم محكمة للاستئناف، وعلى القمة محكمة اللوردات، وقد لعب القضاء الانجليزي دورا كبيرا في خلق القانون وتكاملته إزاء ما تميز به من نقص وغموض ظاهرين، وقد اعتنق الانجليزي مبدأ الفصل بين السلطات، الذي كان يعني لديهم، الخضوع الوظيفي والاستقلال العضوي للسلطات<sup>3</sup>، وخاصة بين السلطتين القضائية والإدارية، وقد حذب الانجليزي نظامهم القضائي الموحد لما لمسوه من تحيز المجالس القضائية الإدارية<sup>4</sup> لصالح التاج الانجليزي على حساب القانون، ورأوا في نشأة هذه المجالس نوع من مجاملة الإدارة، وإزاء ثقتهم في القضاء العادي، الذي يمثل أمامه الشخص والإدارة على قدم المساواة، والذي بوسعه أن يفرض إرادته على كل من أطراف النزاع بحياد واستقلال ومن ثم كان تحبيذهم لإسناد مهمة الفصل في جميع منازعاتهم لقضائهم العادي.

إلا أن المساواة بين الشخص العادي والإدارة أمام القاضي الانجليزي لم تكن مطلقة، وإنما في رأي الباحث - كان يرد عليها العديد من الاستثناءات والتي تمثلت في مبدأ عدم مسؤولية التاج وأعوانه، تأسيسا على أن الملك لا يخطئ<sup>5</sup> ولا يسيء التصرف « *Le roi ne peut mal faire* » ومبدأ عدم مثل التاج أمام محاكمه

« *Le roi ne peut être assignée devant ses propres Cours* »، وإذا ما تأملنا دور القاضي الانجليزي على ضوء ما تقدم، نجد أن دوره في المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها باعتبارها سلطة عامة، يكاد يكون محدود للغاية، حيث أن عمل الإدارة الخاص

1 طعيمة الجرف "رقابة القضاء على أعمال الإدارة"، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة 1970، ص105  
2 طعيمة الجرف، "رقابة القضاء على أعمال الإدارة"، المرجع السابق، ص103  
3 طعيمة الجرف، "رقابة القضاء على أعمال الإدارة"، المرجع السابق، ص99  
4 طعيمة الجرف، "رقابة القضاء على أعمال الإدارة"، المرجع السابق، ص102  
5 محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1966، ص92

بعلاقتها مع موظفيها أو المتعلق بمندوبيها بالأقاليم، سيخرج من دائرة اختصاص القاضي العادي بالإضافة إلى عدم مساءلة التاج وأعوانه في نطاق الخطأ التقصيري<sup>1</sup>.

### البند الأول: دور القاضي الانجليزي في الرقابة على عمل الإدارة:

تقتصر مهمة القاضي الانجليزي على الفصل في المنازعات<sup>2</sup>، وليس له أثناء أداء مهمته هذه، أن يراقب القوانين، ولا يملك مراقبة دستوريته كنظيره الأمريكي. حيث أن للملك الحق في أن يتدخل ويمنح ويضع سلطات بلا حدود أعمالاً لقاعدة Le Roi en Parlement ومن ثم قد يحدث أن يخالف القانون الوضعي القانون الشائع والذي يعتبر القانون العام للبلاد. ويتطلب لتلك المخالفة أن يكون هناك نص حازم جازم يبيح هذا الخروج. وتقتصر مهمة القاضي على مجرد تفسير القانون الوضعي على ضوء القانون الشائع، بالإضافة إلى أنه يملك حق الرقابة على اللوائح التنظيمية والقرارات الإدارية الفردية، وله في سبيل ذلك سلطة إصدار أوامر brefs-writs للإدارة للقيام بعمل أو الكف والامتناع عن عمل أو طلب تحقيق وفحص وبطلان أو تعديل عملاً من أعمالها

### 1-رقابة اللوائح التنظيمية Contrôle des règlements

تقف مهمة القاضي الانجليزي عند حد مراقبة القوانين، في الوقت الذي يملك فيه سلطة بسط رقابته على القرارات التنظيمية أو اللائحية<sup>3</sup>، ويستمد القاضي سلطته هذه في الرقابة من القانون الشائع، أعمالاً لفقہ « Ultra vires » وتقضي هذه القاعدة بأنه لا يمكن للشخص إلا أن يمارس السلطات المخولة له<sup>4</sup>، فإذا تجاوزها أو خرج عليها عمداً أو بإهمال عد مغتصباً أو متجاوزاً لحدود سلطاته. وعليه يملك القاضي إلغاء نشاط الإدارة الذي تتجاوز به حدود سلطاتها واختصاصاتها، وبحسن نية، وذلك لتحقيق الأغراض التي استهدفها المشرع، بالإضافة إلى أن القاضي يملك أن يراقب مدى ملائمة للقرارات التنظيمية التي تصدرها الهيئات المحلية<sup>5</sup>، عكس الحال بالنسبة للقرارات الصادرة من الإدارة المركزية، حيث تقف مهمته عند حد رقابة مشروعيتها، دون أن يتعداها لرقابة ملائمتها.

### 2-رقابة القرارات الإدارية الفردية:

تقتصر مهمة القاضي الانجليزي في مجال القرارات الإدارية غير اللائحية، على رقابة شرعية تلك القرارات دون رقابة ملائمتها. ويبحث في أركان القرار الإداري، فإذا كان صادراً من سلطة مختصة وفي حدود *Entra vires*، بمعنى أن الإدارة لم تتجاوز

1 محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص93

2 صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص15

3 محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الثانية 1972، ص132

4 علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، 2008، دون البلد ص159

5 سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص82

سلطتها Ultra vires وأن القرار صدر وفقا للشكل المحدد بمقتضى القوانين واللوائح (المراسيم بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض مسبق من السلطة التشريعية) وأنه يهدف إلى تحقيق الغاية السابق تحديدها، أو أنه لم يكن له هدف محدد فيكفى أن يستهدف في مجموعة إلى تحقيق النظام العام، كما له أن يتأكد من صحة الوجود المادي للواقعة، بمعنى أن القرار يستند إلى واقعة مادية أو قانونية سابقة على صدور القرار ودافعه إلى وجوده، كما يراقب صحة التكيف القانوني من جانب الإدارة للواقعة، دون أن تمتد رقابته على تقدير مدى خطورة الواقعة، وله كذلك أن يراقب ما إذا كان القرار قد تضمن خطأ في القانون أو تطبيقه أو تأويله أو مخالفته لقوة الشيء المقضي، ويتعين أن نشير بادئ ذي بدء إلى أن هذه السلطة تقتصر على أعمال الهيئات المحلية دون الإدارة المركزية، وفقا لقاعدة أن الملك لا يخطئ، وتتعدم بالتالي مسؤولية الملك وأعوانه المباشرين العاملين لدى إدارته المركزية.

#### البند الثاني: إجراءات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الانجليزية:

يفرض القاضي الانجليزي على الإدارة التزاما باحترام قواعد العدالة الطبيعية والتي تسود في مختلف الإجراءات أمام ساحات القضاء والمتمثلة في قاعدتي:

(أ) أنه لا يمكن للشخص سواء أكان طبيعيا أو معنويا - أن يقضي خصومته.

(ب) العلم بالمنازعة من جانب الخصم الآخر - بما يحقق حضورية المنازعة والمعبر عنها باللاتينية Audi alterampatrem.

وتعني القاعدة الأولى أنه لا ينبغي للسلطة المقررة أن تكون لها مصلحة النزاع لأن ذلك سيؤدي ليس فقط للتحيز La partialité وإنما لعدم الثقة والطمأنينة في قراراتها.

وتقتضي القاعدة الثانية، أنه يتعين أن تجرى الإجراءات القضائية في حضور الخصم المعارض، كي يكون ملما بموضوع النزاع، وإجراءاته، وحتى يتمكن من متابعة الإجراءات كي لا يفاجئ بقرار الفصل في النزاع، وحتى لا يهدر حقه في الدفاع.

ويغلب على إجراءات الرقابة القضائية في انجلترا الشكلية والجمود اللذان توارثهما عن قواعد القانون الروماني، وتتمثل في ضرورة التجاء المتقاضين إلى المحكمة العليا لإصدار أوامر إكراه الإدارة على القيام بالعمل الذي امتنعت عن القيام به مخالفة بذلك القواعد المقررة، وإصدار أمر لامتناعها عن العمل الذي خرجت به عن قواعد المشروعية، حيث تملك المحكمة العليا سلطة إصدار الأوامر brefs-writs والتي أطلق عليها منذ عام 1930 The writs-les ordres. وهي عبارة عن أوامر تصدر من المحكمة العليا للعدل Banc du Roi , The king's bench ومعنون باسم التاج إلى المحاكم الدنيا، أو إلى

مندوبي المقاطعات وتتمثل في الأمر بالقيام بعمل Mandamus أو الأمر بالتحقيق والفحص Certiorari أو الأمر لامتناع عن عمل<sup>1</sup> Prohibition.

### 1- الأمر بالمباشرة والتصرف Mandamus:

يرجع هذا النوع من الأوامر إلى القران الرابع عشر، ويتمثل أساسا في الأمر الموجه من المحكمة إلى الإدارة لمباشرة تصرف معين سبق وأن نظمته قاعدة قانونية أو أنا لإدارة عمدت إلى تعطيل القاعدة القانونية، ولم يكن هناك إجراء قانوني آخر يمكن بواسطته حمل الإدارة على احترام تطبيق القاعدة القانونية القاضية بالتصرف، ومن ثم تصدر المحكمة أمرها للإدارة بمباشرة التصرف، ويتضح لنا أنه لإصدار هذا الأمر ينبغي توافر شروط ثلاثة هي:

(أ) أن يكون التصرف المراد مباشرته، عمل تقضي به قاعدة قانونية أيا كانت درجتها في هيكل البناء القانوني للدولة.

(ب) أن لا يكون هناك طريق قانوني آخر غير الأمر بمباشرة التصرف Mandamus وإلا لأصبح هو الواجب التنفيذ، بمعنى أن هذا الأمر تقرر على سبيل الاحتياط لتدارك النقص الذي قد يعترى التشريع الخاص بتنظيم الإجراءات الإدارية.

(ج) لا تسري هذه الأمور ضد التاج وأعوانه -بمعنى آخر لا تسري ضد أعمال الإدارة المركزية، وإنما يقتصر سريانها على الهيئات المحلية والعاملين بها، اللهم إلا إذا كان التصرف المراد مباشرته لصالح التاج وتعتمد أحد معاونيه تعطيله.

### 2- الأمر بالمنع أو الحظر Bref prohibition:

ويصدر الأمر بالمنع من محكمة العدل العليا باسم التاج إلى المحاكم الدنيا، أو الوزراء أو الأشخاص الإدارية العامة، وشبه العامة Semi publics ويتضمن وبالامتناع نهيا للإدارة عن اتخاذ إجراء من شأنه أن يؤدي إلى تجاوز الاختصاص ومخالفة مبادئ وقواعد العدالة الطبيعية، ويمنع إصدار هذا النوع من الأوامر إلى الأشخاص الخاصة حيث نظم أساسا لكبح جماح السلطة التي لا تكون إلا بيد الأشخاص المعنوية العامة، كذلك لا يمكن استخدام هذا النوع من الأوامر ضد العمل التشريعي الصادر من السلطة التشريعية حيث لا يملك القضاء في الأصل مراقبة القوانين في انجلترا، ومن ثم ليس للقاضي أن يصدر أوامر للمشرع أو أن يوسع من مكان رقابته على حساب السلطة التشريعية، ويستخدم هذا النوع من الأوامر لضمان شرعية أعمال الإدارة، وضمان عدم اعتدائها أو مخالفتها

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 89

للقانون، وخاصة إذا كان للإدارة سلطة قضائية أو شبه قضائية، إلى جانب ما تقوم به أعمال إدارية ذات طبيعة قانونية كالقرارات والعقود الإدارية.

### 3- الأمر بالفحص والتحقيق *bref Certiorari*:

إذا كان الأمر بالمنع *Prohibition* يصدر للوقاية والحيلولة من خرق القانون، فإن الأمر بالفحص والتحقيق يكون لعلاج الانتهاك الذي حدث، فالأول يستخدم للوقاية والثاني للعلاج من الانتهاك الذي أدخل الإدارة في نطاق ال *Ultra vires*، ويصدر الأمر بالفحص والتحقيق من محكمة العدل العليا باسم التاج لسحب المنازعة بكافة إجراءاتها من أمام المحاكم الدنيا، والأشخاص الإدارية العامة التي أسند لها القانون سلطة قضائية أو شبه قضائية.

ويتخذ الأمر بالفحص كتصرف لعلاج تجاوز السلطة أو التناقض مع قواعد العدالة، ومن ثم يستخدم كنوع من الرقابة على القرارات التي تصدر من السلطات الإدارية ذات الاختصاص القضائي أو شبه القضائي، ويصدر في مواجهة كل السلطات التي لها سلطة إعلان المسؤولية (سلطة الفصل) أو يكون من سلطتها أن تفرض نوعاً من العبودية والقسر على الأشخاص العادية، هذه الإجراءات المختلفة للرقابة توضح مدى تمسك النظام بالشكلية والجمود المستمد من القانون الروماني، أضف إلى ذلك تشابك الإجراءات وتعقدها وبطئها، والمغالاة في نفقاتها مما يثقل كاهل المتقاضين، وقد دعت الحكومة الإنجليزية عام 1947 للتصويت على قانون المساعدة القضائية *Aid and advice act* لا أنه قد أتى متأخراً بعد أن رسخت التقاليد الإنجليزية الإجرائية.

### البند الثالث: التطور الذي لحق النظام الانجليزي

كان لابد من حدوث تغييرات في النظام القضائي الانجليزي نتيجة التطور الفكر السياسي، والاقتصادي والاجتماعي، وللحروب والأزمات، والبطالة التي تعرضت لها البلاد، وترتب على ذلك تطور دور الإدارة، حيث لم تعد تكفي لمجرد الدفاع والأمن والقضاء، بل تطلعت إلى التوجيه والتدخل<sup>1</sup>. وكان لابد أن يصاحب هذا التطور تزايد نشاط الإدارة وحاجتها إلى خلق العديد من الأجهزة الإدارية لمواجهة هذا التزايد، كل هذا أدى إلى تشابك العلاقات في مجال النشاط الإداري وظهور وتزايد المنازعات الإدارية، وإزاء هذا النمو و الاضطراب والتنوع للمنازعات الإدارية من ناحية، ومحاولة الإدارة من إفلات وتحصين بعض أعمالها من رقابة القضاء من ناحية ثانية، كل هذا حدا بالقاضي العادي إلى التخلي والتنازل عن قدر كبير من سلطته في الرقابة على منازعات الإدارة، أما الإدارة ذاتها ممثلة الوزير<sup>2</sup> أو إلى لجان إدارية ذات اختصاص قضائي<sup>3</sup> أو للمحاكم الإدارية المستحدثة، وقد ساهم أكثر من سبب في إحداث هذا التطور في النظام القضائي الانجليزي ويمكن ردها إلى:

1- التطور الطبيعي لدور الدولة في وظيفتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والتخفيف من حدة المذهب الفردي، والاهتمام بالمصلحة العامة أو على الأقل بالمصلحة المشتركة، ولتحقيق هذا الهدف عمدت الدولة إلى التدخل في مختلف النشاطات، ولم تعد تكفي بدور الحارس، هذا التطور أدى حقيقة الأمر إلى غروب شمس المذهب الفردي، وساعد على ازدياد التدخل والتوجيه من جان الدولة بسبب الحروب والأزمات.

2- ظهور تيار قوي ممثل في الطبقات العاملة، وقد أثر هذا التيار أبلغ التأثير على الفكر السياسي الانجليزي، مما حدا بإسناد السلطة إلى ممثلي هذه الطبقة لفترة ليست بالقليلة، وبدأت تشعر بعملها وظهرت أفكار عديدة وآراء تبحث عن إجابات وتشير كثيرا من التساؤلات حول النظام وتضع العديد من الاقتراحات لإصلاحه.

3- ظهور مرافق ذات أبعاد معتدلة Service de dimensions modestes تتمتع باستقلال أكبر مما كانت تتمتع به المرافق المحلية service locaux في مواجهة الإدارة المركزية، ومن ثم امتد النشاط الإداري إلى المجال الذي كان محجوز سابقا للمبادرات الفردية والخاصة.

4- التخفيف من حدة مبدأ عدم مسؤولية التاج، وبعض أعوانه بمقتضى تعديل عام 1947 بعد أن لعب هذا المبدأ دورا أساسيا في القانون الانجليزي، حيث كان لا يسأل التاج وأعوانه في

1 طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، مكتبة القاهرة، 1962، ص 5

2 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 106

3 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 106

مجال المسؤولية التقصيرية عن الأضرار التي تنشأ بواسطة الهيئات أو الموظفين التابعين له عند ممارستهم لوظائفهم، وإنما تتحمل الخزينة العامة بمقدار التعويض المقرر، وقد ظهر عدم جدوى هذا المبدأ إزاء الشكليات التي كانت تتطلب الحصول على *Le Petiton de droits* ومراعاة مواعيدها وغياب المسؤولية الجنائية وعدم شغل ذمة الموظف مطلقاً بالمسؤولية، وذلك بالإضافة إلى ما كان يتمتع به بعض أعوان التاج من حصانة. وقد أكدت هذه الظواهر جميعاً ما يحققه مبدأ عدم مسؤولية التاج من نتائج سيئة ومن ثم صدر المرسوم الخاص بالإجراءات للتاج عام 1947 ووضع حداً لهذا المبدأ. وترتب على ذلك نسخ للقواعد القديمة، وأصبح في إمكان المواطن العادي إثارة المسؤولية ضد التاج، إلا أنه اشترط لتحريك هذه الدعوى، أن يكون موظف التاج قد رسم (عين) باسم التاج، ويدفع التعويض من أموال الملك المجمدة أو من أمواله الخاصة، ويستثنى من ذلك الحالات التي تثير المسؤولية بسبب وظيفة الدفاع الوطني، وكذلك بالنسبة لأعضاء قوات الجيش إذا ما خرجوا أو ماتوا أثناء الخدمة حيث يطبق عليهم القانون الخاص بهم والمنظم لمعاشات العسكريين، كما لا يسأل التاج عن خطأ القضاء، وقد أدى هذا التطور إلى تخلي القاضي العادي وتنازله عن العديد من المنازعات، أما بفعل الإدارة، عن طريق إفلات وتحصين بعض أعمالها ضد رقابة القضاء العامة، وأما بواسطة المشرع الذي حظر على القاضي فرض رقابة على اللوائح الصادرة تنفيذاً للقانون، لكونها جزء من القانون، الذي لا يملك القاضي أن يبسط رقابته عليه<sup>1</sup> بالإضافة إلى إنشاء الكثير من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي لمواكبة التزايد المضطرد لمنازعات الإدارة، ويمكن القول أن القضاء الإداري قد نمت وازدهر في إنجلترا بدون تخطيط جماعي، وبدأ يعترف بأهميته، والهيئات التي أسند إليها الفصل في منازعات الإدارة في النظام القضائي الانجليزي هي الهيئات التالية:

1- الوزير: ويتولى مهمة الفصل في النزاع أما مباشرة، بناء على عريضة وأما عن طريق استئناف قرار اللجنة الإدارية أو عن طريق استطلاع رأيه أو تصديقه على عمل لجنة إدارية. وعلى سبيل المثال فقد خول قانون الصحة العامة الصادر عام 1875 وزير الصحة سلطة الفصل في الطعون المقدمة ضد إجراءات الضبط الإداري المتعلقة بالصحة العامة التي تتخذها السلطات المحلية<sup>2</sup>.

2- اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي: وهي عبارة عن لجان تتكون من عناصر إدارية وقد يكون داخلها فيها عنصر قضائي، وتتولى مهمة الفصل في بعض أنواع المنازعات بناء على تفويض مثل لجنة التأمينات الاجتماعية ولجان الضرائب على الدخل

1 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 100  
2 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 106

وقد خول قانون التعليم الصادر في عام 1921 لمجال التعليم<sup>1</sup> سلطة الفصل في الطعون المثارة ضد قرارات إنشاء المدارس وكذلك الفصل في الطعون التي تثار بسبب السلطات المدرسية والمعلمين من ناحية أو بينها وبين آباء التلاميذ من ناحية أخرى.

**3- المحاكم الإدارية:** وهي المحاكم التي تفصل كأول درجة في موضع النزاع ويستأنف الحكم الصادر منها أمام القاضي العادي، مثال ذلك محكمة السكك الحديدية، ومحاكم الدخل (العوائد) التي أنشأت عام 1946 من أجل تحمل التعويضات المتعلقة بنزع الملكية أو لتنظيم المدن، والمحاكم العقارية التي أنشأت عام 1949، وتستأنف أحكام هذه المحاكم أمام القاضي العادي، و لكن لا يعني هذا التطور أن القاضي العادي تخلى كلية واستبعد دوره في المنازعة، وإنما نجده يشارك فيها إما بالرأي الذي يبديه بناء على طلب الوزير المختص، أو اللجنة الإدارية ذات الاختصاص القضائي، أو يشارك في مهمة التعقيب بالاستئناف في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية، هذا التطور وإن كان لم يصل بالنظام القضائي بعد إلى حد إسناد مهمة الفصل في المنازعة الإدارية إلى قاض متخصص في مختلف درجات التقاضي إلا أنه يعتبر تطوراً خطيراً وخطوة أكيدة نحو تأكيد دور القضاء الإداري في منازعات الإدارة.

### الفرع الثاني: موقف النظام القضائي الأمريكي من المنازعة الإدارية

كان النظام القضائي في الولايات المتحدة الأمريكية يتشابه في بادئ الأمر مع النظام القضائي الانجليزي، باعتبار الأخير النظام الأم للدول الأنجلوسكسونية إلا أنه طرأت على النظام القضائي الأمريكي عدة تغييرات بسبب الاستقلال وإعلان الجمهورية من ناحية، وتقنين الإجراءات الإدارية من ناحية ثانية بالإضافة إلى طبيعة الدولة المركبة، كل هذه الأسباب عملت على تغيير النظام القضائي لدرجة أن بعض الفقه<sup>2</sup> رأى في هذا النظام نظاماً مختلطاً وليس موحداً.

1 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص106  
2 فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة 1968-ص166

### البند الأول: أسس النظام القضائي الأمريكي

النظام القضائي الأمريكي يشبه في مجمله النظام القضائي الانجليزي من حيث الأساس القانوني، والاتجاهات الفكرية المتماثلة، فيقوم على أفكار المذهب الفردي، حتى تهدف إلى حماية الفرد ضد الدولة، وجاء القانون الأمريكي معتقاً لتلك الفكرة، وما ترتبه من تحقيق المساواة بين الإدارة والمرؤوسين أمام القاضي، واعتناق مبدأ الفصل بين السلطات الذي يعني في ظل التفسير الأمريكي استقلال كل سلطة مواجهة السلطات الأخرى وخاصة بين السلطتين الإدارية والقضائية. وقد نجم عن مبدأ سيادة القانون في الولايات المتحدة أن وسع القضاء سلطته في الرقابة لتشمل الرقابة على دستورية القوانين<sup>1</sup> خلاف الحال في النظام الانجليزي والاعتراف بالسوابق القضائية التي بمقتضاها يتم الفصل في الدعوى اللاحقة ذات الحكم الصادر في الدعوى المماثلة السابقة، والنظر إلى الدعوى كمبارزة، وقتال أمام المحلفين، بحيث يقع عبء الإثبات على الخصوم ويقوم القاضي بدور أقرب إلى دور المحقق<sup>2</sup>، كما قد اعترف القانون الأمريكي بعد الاستقلال بمسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها، إلا أن هذه المسؤولية لا يمكن تقريرها بحكم قضائي، حيث لا يملك الأفراد مقاضاة الدولة أمام المحاكم العادية، وإنما يمكنهم ذلك أمام السلطة التي بمقدورها إلزام الإدارة بدفع مبلغ ما، كتعويض عن أخطائها، ألا وهي السلطة التشريعية، كما قد ساير النظام الأمريكي النظام الانجليزي في عدم مساءلة الدولة عن أعمالها في نطاق التقصير والخطأ تأسيساً على قاعدة أن التاج لا يخطئ، وما نادى به لويس الرابع عشر في فرنسا من أن " الدولة هي أنا L'état est moi" إلا أنه عقب الاستقلال اختار النظام الأمريكي الشكل الفيدرالي المركب للدولة، ومن ثم تعددت المستويات الإدارية ما بين المستوى الاتحادي ومستوى الولايات، وتعددت الأجهزة والمرافق الإدارية في ظل النظام الجمهوري والذي لم تعج فيه السلطة جميعها مركزة في شخص واحد، وإنما وزعت بين هيئات تشريعية ممثلة في البرلمان، وتنفيذية ممثلة في رئيس الدولة وأعوانه، وقضائية ممثلة في المحكمة العليا الاتحادية وما يدونها من محاكم، وكان لا بد أن يحدث تغيير في مبدأ عدم مسؤولية الدولة، وخضوعها لرقابة البرلمان الذي يتولى تقرير مسؤولية الإدارة بواسطة المحاكم التي أنشأها لذات الغرض، وهي ما يطلق عليه محاكم الطلبات<sup>3</sup> Courte of claims وبالفرنسية Le cour des réclamation.

1 ألانفرانسوايرث -ترجمة د-محمد لبيب شنب، لمدخل للنظام القضائي الأمريكي، مكتبة القاهرة الحديثة، دون طبعة، ص14

2 ألانفرانسوايرث، المرجع نفسه، ص69

3 محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق ص97

البند الثاني: دور القضاء الأمريكي في المنازعات الإدارية:

تمتد الرقابة الإدارية في الولايات المتحدة كي تشمل الرقابة على دستورية القوانين، والرقابة على اللوائح والقرارات الإدارية الصادرة من الإدارة، وقد أكد مبدأ سيادة القانون اختصاص القضاء الأمريكي بمهمة الرقابة على دستورية القوانين، سواء عن طريق دفع أو عن طريق الأمر القضائي<sup>1</sup> أو في صورة الحكم التقريري<sup>2</sup>، ويذكر أستاذنا فؤاد العطار أن المحكمة العليا وضعت مجموعة الضوابط لتحديد دور القضاء في رقابته لدستورية القوانين عام 1936 وتتمثل في:

1- أنه لا يجوز لقضاء أن يتعرض لعيب مخالفة الدستور إلا إذا اقتضى الفصل النزاع ذلك. أما إذا أمكن نظر في النزاع على أساس آخر، كأن يجتمع آخر مع عيب مخالفة أحكام الدستور، وجب على القضاء أن تقتصر مهمته على هذا العيب الأخير، فيقضى بإلغاء القرار المطعون فيه بسببه، لا بسبب عيب مخالفة أحكام الدستور، ومن ثم يكون هذا العيب الأخير ذا احتياطية، لا يتعرض له القاضي إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى.

2- أنه لا يجوز للقضاء أن يبحث عيب القانون ومخالفته الدستور، إلا عندما تصدر أحكامه على نزاع معين معروض في صورة خصومة قضائية ومن ثم لا يجوز أن يبدي رأيا في ذلك دون خصومة.

3- يجب أن لا يتعرض القضاء من تلقاء نفسه لرقابة دستورية القوانين وإنما يكون ذلك بناء على طلب الخصوم، وفي هذه الحالة يجب أن تكون الرقابة باقية الذي يسمح بالفصل في الخصومة المطروحة أمامه، معنى ذلك أنه لا يجوز أن يراقب القضاء دستورية القوانين بمقتضى دعوى أصلية، وإنما ينبغي أن تكون في صورة دفع فرعي في نزاع مطروح.

4- يجب أن يكون القرار الصادر تطبيقا للقانون المطعون فيه قد أضر بحق الطاعن وإلا فلا وجه للتعرض له.

5- لا يجوز استبعاد القانون من نطاق التطبيق على النزاع، إلا إذا ثبت على اليقين أنه مخالف للدستور، فإذا قام شك حول دستوريته، كان على القاضي أن يطبق القانون إذ أن الأصل أن يصدر القانون على مقتضى أحكام الدستور ما لم يكن الحكم على دستوريته صادرا من المحكمة الاتحادية العليا، ولإدارة الأمريكية سلطة إصدار القرارات اللاتحجية (التنظيمية) وهذه السلطة تستمد من القانون، وليست ملازمة لوظيفة الإدارة، بمعنى أن سلطتها في إصدار تكون مقيدة، فلا تملك حيالها سلطة التقدير، استنادا لمتطلبات وظيفة الإدارة، وينحصر دور القاضي الأمريكي بناء على ذلك في البحث عن النص القانوني الذي

1 فؤاد العطار ، المرجع نفسه، ص111

2 فؤاد العطار ، المرجع نفسه، ص111

خوّل للإدارة سلطة إصدار اللائحة، والتحقق من أن الإدارة التزمت تطبيق القانون ولم تتجاوز سلطتها Ultra. Vires، وإذا ما حدد الدستور للهيئة التشريعية مهمة تنظيم أمر معين بمقتضى قانون، فإنه لا يجوز لها في هذه الحالة، تفويض سلطتها للإدارة حيث أن المفوض لا يجوز له التفويض فيما فوض فيه Delegata Potestas non potes delegari وفي الحالات التي يجوز فيها التفويض، بمعنى أن وجوده يقتصر على مجرد رقابة شرعية اللائحة دون ملاءمتها. ويستوحي هذا الدور من اختصاص المقيد للإدارة في مجال اللوائح، فيبحث عن السبب القانوني وركن الاختصاص والغاية والشكل كان يتطلب النص ضرورة استطلاع رأي لجنة معينة قبل إصدار اللائحة أو إتباع إجراءات معينة، كتسيب اللائحة، أو غير ذلك مما قد يتطلبه النص القانوني والحكم الصادر من القاضي بعدم شرعية اللائحة، لا يكون له من أثر سوى بين أطراف الخصومة بمعنى أنه يتمتع بحجية نسبية (على عكس الحال بالنسبة للحكم الصادر في دعوى الإلغاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر، حيث يتمتع بحجية الشيء المقضي فيه وحجيته تكون مطلقة)، كما يملك القاضي الأمريكي سلطة مراقبة القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة ولكن تقتصر سلطته على البحث في شرعية القرارات أو عدم شرعيتها، ويتولى مهمة الفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها، باعتبارها سلطة عامة كل من رئيس الدولة، واللجان الإدارية، والمحاكم الإدارية المستحدثة:

**أولاً:** رئيس الدولة، رؤساء الأقسام التنفيذية الذين يمنحهم القانون سلطة الفصل في المنازعات التي تتعلق بتسيير إدارتهم، وطلبك تطبيقاً لنظرية الرئيس الإداري القاضي أو الوزير القاضي، وعليه يقوم وزير الزراعة بتحديد الضرائب الزراعية، وكيفية جبايتها، كما يتولى مهمة الفصل في المنازعات المتعلقة بذلك.

**ثانياً:** اللجان الإدارية، وقد لعبت دوراً كبيراً في القضاء الإداري مثال ذلك اللجنة الخاصة بالتجارة، واللجنة الخاصة بالطيران المدني واللجنة البحرية، ولجنة الضمان الاجتماعي، واللجنة الاتحادية للمواصلات واللجنة الاتحادية لشؤون الطاقة.

**ثالثاً:** المحاكم الإدارية، اتجهت بعض الولايات إلى استقطاع منازعات من سلطة القاضي العادي، وأسندتها إلى محاكم متخصصة، كمحكمة أول درجة، وساعد على ذلك ظهور محكمة الطلبات عام 1800 وتعميمها بعد نجاحها في سائر الولايات<sup>1</sup>.

وإزاء هذا التعدد، فإن النظام كان يتسم -قبل صدور قانون 1946 للإجراءات الإدارية بالتعقيد والشكلية، والمغالاة في التكاليف وبطء الإجراءات، مما أصبح معه التعديل ضرورة لا مفر منها.

1 آلان فرنسوا برث، المرجع نفسه ص 54

### البند الثالث: تطور النظام القضائي في الولايات المتحدة

ظهر التطور في اتجاهين، الاتجاه الأول ويتمثل في العدول عن مبدأ عدم مسؤولية الدولة والتخفيف منه، والاتجاه الثاني يتمثل في ظهور تشريع للإجراءات الإدارية 1946 يهدف إلى وضع قواعد للإجراءات، والمعاملة المنزهة عن الأهواء الشخصية، والتي يتعين على هيئات الاتحاد إتباعها، وكفالة نظام الرقابة القضائية لحد الخروج على أحكامه، فقد كانت القاعدة السائدة قديما، هي عدم مسؤولية الدولة، على أساس أن الملك لا يخطئ ولا يسئ التصرف، وأنه لا يمكن مثوله أمام محاكمة، وهي ذات المبادئ التي كانت سائدة في المملكة المتحدة، في الوقت الذي لم يكن نظام الحكم في الولايات المتحدة، ملكيا، وإنما طورتها الولايات المتحدة بما يتلاءم مع شكل نظامها السياسي، وقد أكدت المحكمة العليا " أن السلطة العليا لا يمكن إجبارها بواسطة إجراءات المحاكم التي أنشأتها بنفسها، أو أن تدافع عن نفسها أمام المحاكم"، من ثم كانت القاعدة السائدة هي عدم مسؤولية الدولة عن أعمالها التشريعية القضائية، دون أعمالها الإدارية، حيث أصاب مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمالها الإدارية بعض التطور، وخاصة في نطاق المسؤولية التعاقدية والمسؤولية الجنائية.

ففي مجال المسؤولية التعاقدية، أمكن مساءلة الدولة، أمام المحاكم الخاصة التي أنشأت بواسطة الهيئة التشريعية، لفحص هذا النوع الجديد من الدعاوى، لإبداء الرأي فيها، ويعلق تنفيذ أحكام هذه المحاكم على تصديق البرلمان عليها، حيث أنه وحده الذي له أن يقرر مديونية الدولة كي تتحمل الخزنة العامة، بمقدار التعويضات عن الأضرار التي سببتها الإدارة للغير، أما في مجال المسؤولية الجنائية، أصدر الكونجرس قانون المسؤولية الجنائية عام 1946 federal Tort claims Act الذي وضع مبدأ المسؤولية الجنائية للدولة الاتحادية مثلها مثل الأفراد، وأعلنت محاكم الأقاليم غداة إصدار هذا القانون، اختصاصها بنظر هذا النوع من المنازعات، وإن كان مجاله من الناحية التطبيقية سيقا لوجود مجموعة من الاستثناءات لبعض الأجهزة الإدارية المختلفة كالبريد، الجمارك، والحجر الصحي، ومراقبة الأجانب، والضرائب، وقوات الجيش في وقت الحرب، أما فيما يتعلق بمسؤولية أعوان الدولة، فإن المبدأ السائد، هو مسألة موظفي الدولة، نظرا لالتزام كل منهم بممارسة واستعمال سلطاته وفقا للمعيار العادي، وقد وضع المشرع لهم ضمانات محددة، حتى يتمكنوا من وظائفهم، دون خشية النكاية والكيد بهم، وخاصة منهم القضاة، وكل من لديه سلطة قضائية، وذلك حتى يتمكن من أداء وظيفته في طمأنينة، وتتمتع الهيئات المحلية في مجال المسؤولية بما تتمتع به الإدارة من مميزات، تطبيقا لمبدأ عدم مسؤولية الدولة، وذلك في حالة

إذا ما أسند عمل من أعمال الإدارة المركزية، أما في مجال العمل المحلي، فإنها تخضع المسؤولية، وفقاً لأحكام القانون الشائع<sup>1</sup>.

والاتجاه الثاني في التطور، تمثل في إصدار الإجراءات الاتحادية « Federal Administrative procedure act »، أما فيما يتعلق بوضع القوانين واللوائح، فإن القانون يحتم الإعلان عن اللائحة المزعوم إصدارها في نشرة الحكومة الرسمية، التي تصدر تحت السجل الاتحادي Federal Register. ويعد هذا الإصرار على ضرورة نشر العام، وفقاً لصيغة نموذجية، يعد من أهم الوجوه العملية في القانون، إذ لا يسمح للهيئات الإدارية بالعمل من وراء الستار، كما يجب أن يتضمن الإعلان طبيعة الإجراءات المتعلقة بوضع القوانين أو اللوائح، ومواعيدها، ومكان قراءتها، كما يجب أن يشير إلى السلطة التي بمقتضاها سيصدر القانون، أو اللائحة، وأن يشتمل على نص القانون أو اللائحة، أو على خلاصة لهما ومن ثم، يجب أن يتاح لذوي الشأن، أو ذوي المصلحة في الموضوع، الفرصة للاشتراك في طبع القوانين واللوائح، عن طريق المناقشة وتقديم المستندات كما يجب أن تعطى ثلاثين يوماً قبل العمل بالقانون أو اللائحة، وتعفى من الخضوع لهذه الأحكام، من الأعمال المتعلقة بشؤون الدفاع أو بإدارة المصالح أو بالموظفين أو بالملكية العامة للعقود.

## المطلب الثاني: مفهوم مبدأ ازدواجية القضاء الإداري

إلى جانب النظام الأنجلوسكسوني التقليدي، الذي لم يعترف بالمنازعة الإدارية ويقدرها حق قدرها، إلا منذ وقت قصير نسبياً، بعد أن فرضت المنازعة الإدارية نفسها على النظام، نتيجة تطور دور الإدارة، وتعدد أجهزتها، وتطور الفكر السياسي والاجتماعي والاقتصادي، توجد نظم قضائية أخرى، تفرق بين المنازعة الإدارية والمنازعة العادية وتخصص لها قاض متخصص للفصل فيها، أو تجعل مهمة الفصل فيها بالمشاركة بين كل من القاضي العادي والقاضي الإداري.

## الفرع الأول: النظام القضائي الفرنسي

تعد فرنسا بدون منازع مهد القضاء المزدوج في العصر الحديث، وأول من أخذ بنظام القضاء الإداري المستقل ويعود ذلك إلى سنة 1790 عندما أصدرت الجمعية التأسيسية في 16-24 أغسطس من نفس العام والذي نص في المادة الثالثة منه على استقلال الوظائف القضائية، وحرّم السلطة القضائية أن تتعرض لأفضية الإدارة<sup>1</sup>، يرجع غالبية الفقه نشأة القضاء الإداري في فرنسا إلى أساسين أحدهما نظري<sup>2</sup> ودستوري<sup>3</sup> والثاني هو العملي<sup>4</sup> والتاريخي<sup>5</sup>، ويتمثل الأساس الدستوري النظري في مبدأ الفصل بين السلطات الذي نادى به مونتسكيو، واعتنقه رجال الثورة<sup>6</sup>، والذي كان يعني استقلال كل هيئة من الهيئات العامة الثلاثة (التشريعية - التنفيذية - القضائية) بالوظيفة التي حددها لها الدستور، مع وجود نوع من الرقابة بين هذه الهيئات الثلاث تسمح باستقامة تطبيق المبدأ، وحتى لا تستبد كل هيئة منها بما خول لها من سلطة، إلا أن رجال الثورة فسروا هذا المبدأ تفسيراً خاطئاً وخصوصاً بهم<sup>7</sup>، مؤدى هذا التفسير، أن كل هيئة تستقل تماماً عن الهيئة الأخرى، فلا تتدخل الهيئة التنفيذية في عمل من أعمال سلطة القضاء، ولا تتدخل الهيئة القضائية في عمل من أعمال سلطة التنفيذية أو التشريعية، وقد كانوا يهدفون من وراء ذلك التفسير حجب عمل الإدارة وخاصة وقت قيام الثورة، عن رقابة القضاء، حتى لا يقف كحجرة عثرة أمام المد والتيار الثوري، ومن ثم طوعوا المبدأ لتحقيق هدفهم، واعتبر بناء على هذا التفسير تدخل القضاء في عمل الإدارة جريمة جنائية وهي جريمة الخيانة العظمى.

1 سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، 2009، عمان، ص 89

2 فؤاد العطار، المرجع نفسه، ص 177

3 محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 103

4 فؤاد العطار، المرجع نفسه، ص 177

5 عبد الحميد حشيش، مبادئ القضاء الإداري، دون دار النشر، القاهرة طبعة 1976، ص. 164

6 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر، 1986، ص 37

7 محمد الشافعي ابوراس، القضاء الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق، دون طبعة و البلد، ص 101

كما اقترن الأساس العملي التاريخي بهذا التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل بين السلطات، لا سيما وقد علق في أذهان الفرنسيين الذكريات السيئة والبغيضة التي كان يحملونها لمجالس الملك، وما يطلق عليه بالبرلمانات<sup>1</sup> Les Parlements، لذلك عمدوا إلى تحصين الإدارة ضد كل رقابة قضائية، كرد فعل طبيعي بسبب المحاكم السابقة<sup>2</sup>، وعليه فقد تفاعل كل من الأساسين النظري بالدستوري والعملي بالتاريخي تجنيب منازعات الإدارة وتخليصها نهائياً من سيطرة القضاء، وقد أنشأ الثوار محاكم قضائية موحدة في جميع أنحاء فرنسا، إلا أنه كان عليها التصدي لمنازعات الإدارة، وقد نجم عن هذا الحظر غلق باب الطعن القضائي ضد أعمال السلطة الإدارية، ومن ثم لم يعد أمام الأشخاص إلا طريق الطعن (التظلم) لدى من تسبب في ظلمه، ويمكن القول أن خشية رجال الثورة من رد القضاء لأعمالهم جعلتهم يعتقدون على مبدأ الفصل بين السلطات، الذي رآته عالياً، حيث أنهم أحلوا أنفسهم محل القضاء في المرحلة التي يطلق عليها بمرحلة الوزير القاضي<sup>3</sup>، ونصبوا من الإدارة خصماً وحكماً في ذات الوقت<sup>4</sup>، وبعد أن تطور القضاء الإداري في فرنسا<sup>5</sup> بعد دستور السنة الثامنة، حيث تم فيه إنشاء مجلس الدولة ومجالس الأقاليم، كهيئات استشارية للحكومة تساعدها في أداء عملها آدا ما طلب منها ذلك كما عهدت إلى مجلس الدولة مهمة صياغة وتدقيق القوانين، واشتد عوده، يثار التساؤل حول إمكانية بقاء الأسس السابقة كأساس للنظام القائم؟ أم عدم صلاحيتها بانتهاء الأسس؟ وفي الحالة الأخيرة يثار التساؤل ما هو الأساس الجديد الذي يقوم عليه النظام؟، واتفق مع غالبية الفقه في أن الأسس القديمة ساعدت على ظهور النظام ساعد بدوره على ظهور القانون الإداري، ومن ثم غدا هذا القانون هو الأساس الذي يقوم عليه النظام القائم، حيث لا يمكن الرجوع إلى الخلف بإسناد أحكام القانون الإداري إلى القاضي العادي، لأن ذلك سيؤدي حتماً للاطمئنان والثقة في أحكامه لعدم المقدرة والكفاية وقصور الإلمام بالقانون الذي في تكوينه القاضي الإداري، ويصبح الأساس الجديد أساساً عملياً مستنداً للتطور التاريخي لنشأة القضاء وما صاحبه من ظهور قانون يحتاج تطبيقه معرفة وافية بأحكامه وظروفه ونشأته بالإضافة إلى تمسك الإرادة السياسية ومناصرة الرأي العام الوطني الفرنسي له، وقد توالى التشريعات المنظمة لمهمة مجلس الدولة الفرنسي لإرساء دعائم النظام القضائي الفرنسي، ابتداءً من تشريع 1889/7/22 حول الإجراءات الواجب إتباعها أمام محاكم الأقاليم، والأمر رقم 1708-45 الصادر في 1945/7/31 في شأن مجلس الدولة الفرنسي، والمرسوم رقم 134-56 الصادر في 1953/9/20<sup>6</sup> المتضمن

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 95

2 محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 101

3 صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على نشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 21

4 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 97

5 محمود الجبوري، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، 1998، ص 11

6 صلاح يوسف عبد العليم، المرجع نفسه، ص 24

المتضمن التعديل التشريعي ونشأة المحاكم الإدارية بدلا من مجالس الأقاليم، والمرسوم رقم 63-766 الصادر في 1968/9/9، والمرسوم الصادر في 1969/1/28 الخاص بتنفيذ أحكام المحاكم الإدارية، كما صدر المرسوم الصادر في 1972/7/13 في نطاق النزاعات واختصاص المحاكم الإدارية، والمرسوم رقم 75-791 الصادر في 1975/8/26 بتعديل المرسوم رقم 63-766 الصادر في 1963/7/30 الخاص بإنشاء لجنة التقرير.

### البند الأول: تنظيم مجلس الدولة الفرنسي

يعتبر مجلس الدولة الفرنسي أهم تنظيمات القضاء الإداري الفرنسي ويتربع على رأس الهرم القضائي، فهو مستشار للإدارة وقاضي المنازعات الإدارية<sup>1</sup> ويمارس مهام المحكمة العليا إزاء جميع المحاكم الإدارية في فرنسا، ويتميز أعضاء مجلس الدولة الفرنسي بتكوينهم القانوني وبتجربتهم الإدارية، حيث يختار أعضاؤه من بين رجال الإدارة العاملة، ويعينون في الوظائف المسندة إليهم وفق شروط ومؤهلات معينة تنظمها نصوص محددة<sup>2</sup>، كما يتميز هؤلاء الأعضاء بمزايا متعددة من حيث المؤهلات والسن والتجربة، وهذا يسهل توزيع العمل داخل المجلس بينهم بشكل يؤدي إلى تنظيم هذا العمل، حيث يقوم الأعضاء الأصغر سنا بتحضير القضايا والملفات، وترتيبها وتبويبها، أما بالنسبة للقرارات النهائية فتتخذ من قبل الأعضاء الأكبر سنا، ويتمتع مجلس الدولة باستقلال اتجاه الحكومة والبرلمان وهذا ما يضيف عليه أهمية خاصة ومرموقة في القضاء المقارن، أما أعضاء هذا المجلس فيتدرجون على النحو التالي:

#### أولا: المندوبون

وهؤلاء هم أول درجات السلم في تكوين المجلس وينقسمون إلى فئتين، فئة الدرجة الثانية، وفئة الدرجة الأولى،<sup>3</sup> ويختار المندوبون من خريجي المدرسة الوطنية للإدارة العمومية، وفقا لنتائج الطالب بعد تخرجه من هذه المدرسة، ويعمل هؤلاء تحت التدريب لمدة سنتين فإذا لم يوفق أي متدرب منهم خلال هذه الفترة فإنه ينتقل إلى وظيفة أخرى، وقد كانت الفكرة الأساسية هي اقتصار عمل المندوبين على التمرين والاستماع، ولكنهم الآن يقومون بدراسة الملفات، وإعداد مشروعات التقارير.

1 سالم بن راشد العلوي، المرجع نفسه، ص103

2 عبد القادر بانية، القضاء الإداري، الأسس العامة والتطور التاريخي، الطبعة الأولى، دار توبقال للنشر، الدار البيضاء، 198، ص153.

3 محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص85

### ثانيا: النواب

ويختار ثلاثة أرباعهم من بين المندوبين، من الدرجة الأولى، أما الربع الباقي فتعينهم الحكومة من خارج المجلس، على أن يتوفر فيهم شرطان<sup>1</sup>:

1- ألا تقل سن النائب عن ثلاثين عاما.

2- ألا تقل خدمته داخل الإدارة عن عشر سنوات.

ويبلغ عدد النواب (45)، أما سكرتير المجلس فيتم اختياره من النواب، ومهمته تتحدد بالإشراف على سير العمل داخل المجلس، وكاتب ضبط للمجلس.

وتتصدر مهمة النواب في إعداد موضوعات البحث، كما يعملون على تحليل وإبراز القضايا القانونية التي قد تثار من خلال القضايا المعروضة على المجلس.

### ثالثا: المستشارون في الخدمة العادية

ويختار ثلثاهم من بين النواب، أما الثلث الباقي، فللحكومة الحرة باختيارهم خارج مجلس الدولة بشرط ألا تقل سن المستشار عن الأربعين عاما. وعادة ما تختارهم الحكومة من بين كبار الموظفين المحافظين، ويبلغ عدد المستشارين (42) مستشارا<sup>2</sup>، ويعين من بين هؤلاء المستشارين، رؤساء الدوائر الفرعية، وثلاثة مساعدين لرؤساء الأقسام المكلفين بالاختصاصات القضائية.

### رابعا: رؤساء الأقسام

ويبلغ عددهم خمسة رؤساء حيث يشغل كل رئيس قسم من الأقسام الخمسة في مجلس الدولة.

### خامسا: نائب رئيس المجلس

من الناحية الفعلية هو الرئيس، لأن رئاسة المجلس من الناحية النظرية لرئيس الوزراء، ولوزير العدل في حالة غيابه، ويقتصر دور رئيس الوزراء أو وزير العدل تولى رئاسة الجمعية العمومية للمجلس في المناسبات الرسمية.

### سادسا: رئيس مجلس الدولة

يعتبر الوزير الأول رئيس مجلس الدولة، فقد عهد برئاسة مجلس الدولة إلى الوزير الأول، ولوزير العدل في حالة غيابه. فإذا كانت رئاسة مجلس الدولة القانونية من حق الوزير الأول، ولوزير العدل في حالة غيابه، فإن الرئاسة الفعلية تكون لنائب رئيس مجلس الدولة،

1 محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص86  
2 علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، 2008، عمان، 175

إذ لا يتولى الوزير الأول، أو وزير العدل إلا رئاسة جلسات الجمعية العمومية لمجلس الدولة وللجنة الدائمة في المناسبات الرسمية، أما نائب الرئيس فيترأس الجلسات العادية التي تعقدتها الجمعية العمومية<sup>1</sup>.

#### سابعاً: المستشارون في الخدمة غير العادية

أجاز المشرع اختيار اثنا عشر (12) مستشاراً لمدة أربع سنوات، ويتم اختيارهم من الشخصيات المشهود لها بالكفاءة، ومن كبار الموظفين، وغالباً ما يحتفظون بوظيفتهم الأصلية بجانب مهمتهم في مجلس الدولة، ومهمتهم لا تتجدد إلا بعد أن يتوقفوا عن ممارسة مهامهم داخل مجلس الدولة لمدة سنتين. وتقتصر مشاركة هؤلاء المستشارين في الاختصاص الإداري دون الاختصاص التشريعي، وهذا راجع لأنهم رجال إدارة ومرتبطين بها.

#### ثامناً: رئاسة مجلس الدولة

رئاسة مجلس الدولة محالة قانونياً إلى رئيس الوزراء يمارسها عند وزير العدل. على أن هذه الرئاسة تعتبر نظرية لا أكثر، فالرئيس الفعلي لمجلس الدولة -كما أسلفنا- هو نائب الرئيس، ومن هنا نجد أن رئيس الوزراء ووزير العدل لا يملكان قانونياً المشاركة الخاصة بإصدار الأحكام، وهذه الناحية جوهرية لأنها تعتبر مظهراً من مظاهر استقلال مجلس الدولة عن الحكومة.

#### تاسعاً: فئة مفوضي الحكومة

يختار عدد معين من نواب و مندوبي مجلس الدولة لتولي مهامات تنطوي على أهمية كبيرة في عمل مجلس الدولة القضائي تتمثل في دراسة ملف الدعوى المقدمة من ناحيتي القانون والوقائع وتقديم تقرير مفصل بذلك قبل الفصل في الدعوى، ينتهي فيه إلى تحديد المسائل الأساسية في القضية ويقترح بعدها حلاً لموضوع النزاع يهتدي به المجلس عند إصدار القرار النهائي في القضية، ولا يتمتع التقرير الذي يقدمه مفوض مجلس الدولة بأي صفة إلزامية سواء أخذ مجلس الدولة بالرأي الذي اقترحه المفوض أو لم يأخذ به، وإذا كان مفوضو الحكومة لا يمثلون الإدارة العامة أمام مجلس الدولة، فهم مستقلون عنها، فهناك عدد معين من المفوضين يمثلون الإدارة العامة يطلق عليهم تسمية مفوضي الحكومة، ففي كل وزارة من الوزارات يسمى الموظفون الذين يشغلون درجة مدير على الأقل للاشتراك في جلسات مجلس الدولة المتعلقة بوزاراتهم، ويتم تعيين هؤلاء المفوضين بمرسوم بناءً على تنسيب الوزير المختص، ويشترك مفوضو الحكومة برأي استشاري في جلسات الجمعية

1 علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ص176

العمومية في اللجان أو الأقسام المتعلقة بالقضايا بوزاراتهم، ويحق للوزراء ونائب رئيس مجلس الدولة المشاركة وبرأي استشاري في جلسات الأقسام الإدارية واللجان خصوصاً اللجنة الدائمة والجمعية العمومية، ودعوة الأشخاص المؤهلين تأهيلاً خاصاً للاشتراك في المناقشات، كما لا يتمتع أعضاء مجلس الدولة بضمانة عدم القابلية للعزل التي يتمتع بها قضاة المحاكم النظامية، وبذا يمكن إنهاء خدماتهم بضمانات أقل من تلك الضمانات التي توفرها بضمانة عدم القابلية، ولكن مجلس الدولة تمكن من مزولة مهماته القضائية بثقة واطمئنان تام رغم دقة المهمة الملقاة على كاهله وحساسيتها إزاء الإدارة العامة.

### البند الثاني: اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي

يمارس مجلس الدولة وظيفتين مختلفتين، فهو قاض ومستشار الإدارة العامة، فيمارس مهمات الإفتاء وإعداد التشريعات وصياغة الأحكام القانونية ومهمات قضائية تتمثل في الفصل في المنازعات الإدارية، وبذا ينظم مجلس الدولة الفرنسي تنظيمًا ينسجم مع هذه الغاية. وبمقتضى هذه الوظيفة يقدم مجلس الدولة الفرنسي رأيه للإدارة في المجال التشريعي والإداري على النحو التالي:

#### أ- في المجال التشريعي:

وفقاً لنص المادة 21 من الأمر الصادر سنة 1945 يشترك مجلس الدولة في إعداد القوانين والمراسيم الجمهورية التي لها قوة القانون طبقاً للدستور<sup>1</sup>، وقد دأبت الحكومات المتعاقبة على تفسير هذا النص بصفة ملزمة للحكومة، حيث تقوم الحكومة بعرض مشروعات القوانين على المجلس قبل عرضها على البرلمان<sup>2</sup>، وقد جاء دستور 1958 مؤيداً لهذا المسلك، ولكن هذا الالتزام مقتصرًا على مشروعات القوانين ذات المصدر الحكومي فقط، دون المشاريع التي يتقدم بها أعضاء البرلمان، وهناك ملاحظة جديرة بالاهتمام، وهي أن دور مجلس الدولة الفرنسي الاستشاري في مجال التشريع يزداد أو يتضاءل تبعاً لقوة ومكانة السلطة التشريعية<sup>3</sup>، حيث وجدنا أن دور المجلس تقلص في عهد الجمهورية الثالثة وهذا راجع إلى قوة المجالس التشريعية، لكنها زادت خلال الحرب العالمية الثانية.

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص130

2 إبراهيم عبد العزيز شيجا، القضاء الإداري اللبناني، دار الجامعة، دون طبعة و دون البلد، ص236

3 عبد القادر بابنة المرجع نفسه، ص107

## ب- في المجال الإداري:

يمكن تقسيم الحالات التي يتدخل بها مجلس الدولة في المجال الإداري، إلى ثلاث حالات: إجبارية بطلب من الحكومة، واختيارية، والثالثة بمبادرة من مجلس الدولة نفسه.

ففي مجال القرارات الإدارية التنظيمية، فالحكومة ملزمة أن تطلب رأي مجلس الدولة في القرارات التنظيمية، وهذه القرارات تصدر بناءً على توصية من المشرع، كما أن الحكومة ملزمة بأخذ رأي المجلس في القرارات الإدارية، وما عدا هذين النوعين من القرارات يبقى رأي مجلس الدولة اختيارياً بالنسبة للحكومة، كما يكون رأي مجلس الدولة إجبارياً لمشاريع المراسيم التي تلغي أو تعدل النصوص ذات المضمون التشريعي السابقة لدستور 1958، والتي كانت تدخل في المجال التشريعي وأصبحت طبقاً لهذا الدستور، تدخل في المجال التنظيمي، وهنا لا بد أن نشير إلى ثلاث ملاحظات هامة حول دور مجلس الدولة:

**الملاحظة الأولى:** نص المشرع صراحة على أن الإدارة لا تستطيع أن تتصرف في أمر معين إلا طبقاً لرأي مجلس الدولة، وهنا تلتزم الإدارة باستطلاع رأي المجلس قبل أن تتصرف، وعليها أن تحترم الرأي الذي يبديه المجلس في كل قرار تصدره أو تصرف تبرمه.

**الملاحظة الثانية:** أن يفرض المشرع على الإدارة بأخذ رأي المجلس قبل أن تتصرف، وللإدارة هنا التقيد باستطلاع رأي المجلس، دون الالتزام به<sup>1</sup>.

**الملاحظة الثالثة:** في الحالات التي لم يتعرض لها المشرع، وهنا للإدارة في استطلاع رأي المجلس في أي حالة ولكنها غير مجبرة على الالتزام به<sup>2</sup>.

وفي النهاية سنتطرق إلى اصلاحيين مهمين، أعطيا مجلس الدولة وزناً حقيقياً وهما:

✓ إصلاح 1963 الذي يفرض على مجلس الدولة تقديم تقرير سنوي للحكومة في شأن الإصلاحات التي يراها ضرورية.

✓ الإصلاح المتعلق بالمرسوم الصادر في 26 أوت 1975، ومضمونه أن للوزير أن يطلب من نائب رئيس مجلس الدولة، تعيين أحد أعضاء المجلس لدى الوزراء، ليقوم بتحضير بعض الإجراءات ذات الطابع التنظيمي.

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص130  
2 سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون طبعة ص241

### البند الثالث: اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي في المجال القضائي

يعتبر الاختصاص القضائي هو الأصل حالياً، وجور مجلس الدولة هنا أوسع ومنتوع وحدده المشرع بثلاث اختصاصات: فالمجلس محكمة أول وآخر درجة بالنسبة لبعض القضايا ومحكمة استئناف أو نقض بالنسبة لبعضها الآخر، وطلبك على النحو التالي:

#### أولاً: اختصاص مجلس الدولة كمحكمة أول وآخر درجة

شهد هنا الاختصاص تطوراً خطيراً، ابتداء من أول نوفمبر 1945، وذلك بمقتضى مرسوم 30 سبتمبر 1953، فقبل صدور هذا المرسوم كان مجلس الدولة يختص بجميع المنازعات الإدارية التي لم يخولها المشرع لمحكمة أخرى، وهذا أدى إلى تراكم قضايا كثيرة، ترتب عليه تأخير الفصل في هذه القضايا سنوات طويلة، وبما أن القضاء الإداري له ميزة أساسية وهي سرعة البت في الأمور، ولهذا تدخل المشرع لإصلاح هذا الوضع فصدر المرسوم المشار إليه بناء على قانون التفويض، كما حدد مرسوم 30 سبتمبر 1953 دور مجلس الدولة بأنه محكمة إدارية، ذات اختصاص محدد على سبيل الحصر<sup>1</sup>، منذ أول نوفمبر 1954، وبالمقابل أصبحت المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص العام، حيث نقل إليها الاختصاص العام من مجلس الدولة لدواعي السرعة والبت في القضايا المطروحة على القضاء، وللتخفيف عن كاهل مجلس الدولة هذه الأعباء الثقيلة، والعائدة إلى تراكم القضايا المعروضة عليه، مما أدى إلى تجنب البطء في إصدار الأحكام، وتطبيقاً لإصلاح 1953/9/30 حدد اختصاص مجلس الدولة كأول وآخر درجة حصراً في القضايا التالية<sup>2</sup>:

- 1- دعاوى تجاوز حدود السلطة التي تقدم للطعن بعدم مشروعية المراسيم العامة والفردية.
- 2- المنازعات المتعلقة بالتعيين والترقية، والتأديب، ومستحقات التقاعد وبصورة عامة جميع المنازعات ذات الطابع الفردي والمتعلقة بالموظفين المدنيين والعسكريين والمعنيين بقرار من رئيس الجمهورية بموجب أحكام المادة (12) من الدستور.
- 3- الطعون المقامة للطعن بعدم مشروعية القرارات الفردية أو العامة التي يمتد نطاق تطبيقها خارج نطاق اختصاص المحكمة الإدارية.
- 4- طعون الإلغاء المقامة ضد القرارات الوزارية الفردية أو العامة التي يتعين إصدارها استشارة مجلس الدولة.
- 5- المنازعات الإدارية التي تخرج عن اختصاص المحاكم الإدارية ومجالس المنازعات الإدارية.
- 6- طلبات التفسير وطعون تقدير مشروعية القرارات الإدارية التي تندرج ضمن اختصاص مجلس الدولة.

1 سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص243  
2 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص135

7- طعون الإلغاء المقامة ضد القرارات الإدارية الصادرة عن التنظيمات الجماعية ذات الاختصاص الوطني.

8- المنازعات الناشئة في الأقاليم الخاضعة لاختصاص مجالس المنازعات الإدارية أو المتعلقة بحقوق موظفي الكادر التابعين لوزارة ما وراء البحار. وهذه القضايا وحدها، هي من اختصاص مجلس الدولة كمحكمة أول وآخر درجة، ولا تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية الأخرى.

### ثانياً: اختصاص مجلس الدولة كمحكمة استئناف إداري

منذ عام 1987 أصبحت محاكم الاستئناف الإداري صاحبة الاختصاص بنظر طعون الاستئناف المقدمة للطعن بالأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية، ولكن المشرع الفرنسي أبقى على اختصاص مجلس الدولة في مجال الاستئناف وفي بعض المنازعات<sup>1</sup> تنص المادة الأولى من القانون الصادر في 1987/12/13 على إحداث محاكم استئناف إداري تختص بنظر طعون الاستئناف المقدمة ضد أحكام المحاكم الإدارية باستثناء طعون الاستئناف الخاصة بمنازعات تقدير المشروعية والمنازعات الانتخابية المحلية ودعاوي إلغاء القرارات الإدارية العامة (الأنظمة)، ويتضح من ذلك أن المشرع الفرنسي لم يعهد إلى محاكم الاستئناف بنظر جميع طعون الاستئناف وإنما استثنى منها بعض الطعون بحيث يظل الاختصاص معقوداً لمجلس الدولة التي ينظرها ويفصل فيها بصفته قاضياً للاستئناف.

### ثالثاً: اختصاص مجلس الدولة كمحكمة نقض

هنا يقتصر دور مجلس الدولة على مراقبة تطبيق القانون دون التعرض للوقائع<sup>2</sup>. فهو يمارس دوره كمحكمة نقض، على جميع الهيئات ذات الاختصاص القضائي الإداري<sup>3</sup>، والتي تعتبر أحكامها بمثابة آخر درجة، وبمعنى آخر جميع الأحكام المتعلقة بالقضاء الإداري والتي لا تخضع لمجلس الدولة في إطار دوره الاستئنافي، ولهذا فإن جميع الأحكام الصادرة في القضايا الإدارية تكون قابلة للطعن أمام مجلس الدولة، لذلك يكن هناك نص صريح، يسمح بإمكانية هذا الطعن، بل حتى لو أشار هذا النص، إلى أن الحكم المذكور هو قرار نهائي، غير قابل لأي طعن، إلا إذا قرر المشرع بنص صريح عدم إمكانية وجود أي طعن.

ومجلس الدولة بصفته أعلى هيئة قضائية، داخل القضاء الإداري، عهد إليه المشرع، بمهمة التفتيش بالنسبة لجميع الهيئات القضائية الإدارية بفرنسا، وفي أقطار ما وراء البحار التابعة لهذه الهيئات.

و أخيراً هناك محاكم يطعن في أحكامها أمام مجلس الدولة وهي:

1 علي خطار الشطناوي، المرجع نفسه، ص181  
2 سالم بن راشد العلوي، المرجع نفسه، ص136  
3 سامي جمال الدين، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص242

- محكمة الحسابات: وهي محكمة قضائية مكلفة بالنظر في صحة الحسابات العمومية.
  - المحكمة الخاصة بالإشراف على كيفية تنفيذ الميزانية.
  - المجلس الأعلى للتربية.
  - اللجان والمجالس الخاصة بالضمان الاجتماعي.
  - المحاكم المتعلقة بالمعاشات العسكرية.
  - المحاكم المتعلقة بالنظر في الأضرار الناتجة عن الحرب.
  - المحاكم المهنية.
- والآن سوف ننتقل الى دراسة محاكم الاستئناف الإداري على النحو التالي:

#### ❖ محاكم الاستئناف الإداري:

منذ صدور القانون رقم 87-1127 المؤرخ في 31/12/1987 المتعلق بإصلاح نظام المنازعات الإدارية، الذي أحدث لأول مرة في فرنسا محاكم استئناف إدارية، أحالت المادة الثانية من هذا القانون إلى مرسوم يصدر عن مجلس الدولة لتحديد عدد هذه المحاكم الاستئنافية واختصاصها الإقليمي<sup>1</sup>، و صدر المرسوم رقم 155-1988 الصادر في 15/2/1988 لإحداث خمس محاكم استئناف إدارية<sup>2</sup> في المدن التالية (باريس، بوردو، ليون، نانسي، ونانت )، وتتكون كل محكمة استئناف إداري من عدة دوائر، وترك القانون أمر تحديد عددها وعدد أعضائها ودائرة اختصاصها إلى مرسوم، وقد حددها المرسوم رقم 155-1988 المشار إليه آنفا، وتضم كل من محكمتي باريس وليون ثلاث دوائر وتضم المحاكم الثلاث الباقية دائرتين فقط. ويرأس رئيس المحكمة الاستئنافية إحدى الدوائر، وتضم كل دائرة من الدوائر خمسة مستشارين واثنين من مفوضي الحكومة.

#### أولاً: رئاسة محاكم الاستئناف الإداري

يتعين أن يكون رؤساء المحاكم الاستئنافية من مستشاري الدولة، ويرأس محكمة الاستئناف مستشار دولة في الخدمة العادية، ولقد أجازت المادة 5 من القانون رقم 87-1127 الصادر في 31/12/1987 تعيين قضاة أحد المحاكم الإدارية أو محاكم الاستئناف رئيساً لمحكمة الاستئناف بعد عشر سنوات على الأقل من مزولة مهنة المحاماة.

#### ثانياً: أعضاء محاكم الاستئناف الإداري

يمكن تعيين أعضاء المحاكم الإدارية أعضاء في محاكم الاستئناف شريطة أن يكونوا بدرجة مستشار من الفئة الأولى، وأمضى لغاية اليوم الأول من شهر كانون الثاني من سنة التعيين ست سنوات خدمة فعلية، منها أربع سنوات على الأقل خدمة في وظيفة قضائية. ولقد أجاز المشرع الفرنسي لغاية 31/12/1992 تعيين بعض الأشخاص بدرجة مستشار

1 علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ص 181

2 عبد الغني ببيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي، لبنان، 2001، ص 91

من الفئة الأولى أو من خارجها وهم الموظفون المدنيون أو العسكريون الذين يشغلون وظائف من الفئة (أ) أو وظائف مماثلة ومناظرة لها، وقضاة المحاكم النظامية<sup>1</sup>، أو من المحامين المقبولين لدى مجلس الدولة أو لدى محكمة النقض ممن أمضوا عشر سنوات على الأقل في مزولة مهنة المحاماة.

### ثالثا: اختصاص محاكم الاستئناف الإداري

لم ينقل المشرع الفرنسي اختصاص مجلس الدولة بصفته قاضيا للاستئناف وبصفة كلية إلى المحاكم الاستئنافية، بل جعله جزئيا، إذا اقتصر على بعض المنازعات فقط. وتنص المادة الأولى من القانون الصادر في 1987/12/31 على إحداث المحاكم الإدارية باستثناء طعون الاستئناف الخاصة بمنازعات تقدير المشروعية، والمنازعات الانتخابية المحلية ودعاوى إلغاء القرارات العامة (الأنظمة).

### البند الرابع: ضمانات أعضاء مجلس الدولة الفرنسي

إن مدى استقلال أعضاء مجلس الدولة الفرنسي في ممارستهم لوظائفهم محكوم باعتبارين أساسيين: -مدى قابليتهم للعزل وصلتهم بالإدارة العامة:

#### أولا: مدى قابلية أعضاء المجلس للعزل

إن الأمر الملفت للنظر أن أعضاء مجلس الدولة الفرنسي لا يتمتعون قانونيا بضمانة عدم القابلية للعزل وهي ضمانة يتمتع بها نظراؤهم في القانونية الفرنسي والمصري على السواء، فكيف يتمكن هؤلاء الأعضاء والحالة هذه من حماية حقوق الأفراد وحياتهم في مواجهة تعسف الإدارة وتجاوزاتها، يضاف إلى ذلك المكانة الأدبية المرموقة التي يحتلها مجلس الدولة التي جعلت أعضاءه يسبقون من ناحية البروتوكول، مستشاري محكمة النقض أنفسهم، ويلاحظ في هذا الصدد انه باستثناء حالتي التطهير اللتين تمتا سنة 1871 وسنة 1944 فان أحدا من مستشاري الدولة لم يعزل<sup>2</sup>.

#### ثانيا: صلة أعضاء المجلس بالإدارة العامة

تتضح الروابط التي تحيط أعضاء المجلس بالإدارة العامة من زاويتين:

فمن ناحية أن العديد من أعضاء المجلس أي ثلث المناصب الشاغرة في فئة المستشارين وربع الوظائف الشاغرة في فئة النواب بالإضافة إلى المستشارين الغير عاديين يتم اختيارهم بواسطة الحكومة من خارج المجلس من بين الموظفين العموميين أو من بين ذوي الكفاية في شتى نواحي النشاط الوطني، ومن ناحية أخرى أجاز المشرع نذب أعضاء مجلس الدولة

1 علي خطار شطناوي، المرجع نفسه، ص 181

2 عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، المرجع السابق، ص 89

للمعمل لدى الإدارة العامة لفترة معينة يقدمون فيها خدماتهم لهذه الأخيرة ويعودون بعدها وقد ازدادوا فهما للإدارة العامة ومعرفة بأسرار العمل الإداري ودخائله مما يجعلهم أكثر قدرة على الحكم والفصل في المنازعات التي قد تكون الإدارة دائما طرفا فيها.

### الفرع الثاني: النظام القضائي المصري

يمكن تقسيم تاريخ نشأة القضاء الإداري المصري إلى ثلاثة مراحل:

**المرحلة الأولى:** ولاية المحاكم العادية للمنازعات الإدارية حتى صدور قانون 1946. وتتمثل هذه المرحلة في ولاية المحاكم العادية (أهلية/مختلطة) بالفصل في جميع المنازعات عام 1883<sup>1</sup>، دون تفرقة بين العادية منها أو الإدارية، ومن ثم اقترب النظام في هذه المرحلة من حيث المظهر بالنظام القضائي الموحد وهذا قبل إنشاء مجلس الدولة في عام 1946<sup>2</sup>، فقد كان للقاضي العادي في ظل ذلك النظام سلطة فحص شرعية قرارات الإدارة من حيث موافقتها أو عدم موافقتها للقانون، سواء أكانت فردية أو تنظيمية، و نلاحظ أن سلطته هذه كانت قاصرة، فهي لا تتعدى مجرد فحص شرعية العمل الإداري، والتعويض عنه دون أن يكون للقاضي دورا في تفسيرها أو تأويلها وذلك بالنسبة للقرارات التنظيمية أو إيقافها أو إلغائها بالنسبة لقرارات الإدارة سواء التنظيمية أو الفردية<sup>3</sup>، إلا أنه لا يعني ذلك، أن نمط القاضي العادي حقه في هذه المرحلة، فقد ساهم في تأصيل العديد من المبادئ، والنظريات التي كان معمول بها أمام مجلس الدولة الفرنسي، وقد عرف الأوامر الإدارية بأنها "الأوامر الصادرة من جهات الحكومة بصفقتها سلطة عامة في سبيل الصالح العام، وفي حدود القانون، وفي النطاق المرسوم للجهة الصادر منها".

### المرحلة الثانية: مرحلة إنشاء مجلس الدولة المصري

كانت هناك محاولات متعددة لإنشاء نظام للقضاء الإداري مشابه للنظام الفرنسي<sup>4</sup>. إلا أن الهيئة التنفيذية، في ذلك الوقت تخوفت من وجود قاض متخصص للفصل في منازعاتها، ومن ثم عمدت إلى تعطيل هذه المحاولات، وقوة التيار المنادي بها، تهيأت أخيرا الفرصة بإقرار القانون 112 لسنة 1946<sup>5</sup>، ولم يكن من المنتظر من المشرع، أن ينتقل طفرة واحدة من نظام يشبه القضاء الموحد، إلى نظام متكامل للقضاء الإداري بمقتضى قانون 1946. وتوالت تعديلات عدة على القانون المذكور، وكان كل منها يمنح المجلس اختصاصا جديداً، أو يعمل على تطويره، فصدر القانون رقم 9 لسنة 1949 بالقانون رقم 1952 قبل تعديله بالمرسوم بالقانون رقم 115 لسنة 1952 تعديلا نص على أن لوزير العدل حق الإشراف على

1 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 92

2 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 91

3 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 130

4 طعيمة الجرف، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص 131

5 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 108

المجلس وأعضائه وموظفيه<sup>1</sup> وكان من أهم التعديلات التي جاء بها تقريره اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة، وعقود التوريد الإدارية التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد. وكذلك اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون التي ترجع عن القرارات النهائية الصادرة من جهات إدارية ذات اختصاص قضائي متى كان مرجع الطعن فيها عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها وشمول الأحكام الصادرة بالإلغاء بالصيغة التنفيذية ثم ألغى هذا القانون وحل محله القانون رقم 165 لسنة 1955، وأجرى تعديل لهذا القانون، كي يلاءم ظروف الوحدة بين مصر وسوريا فألغى وحل محله القانون رقم 55 لسنة 1959 والذي أدخلت عليه مجموعة من التعديلات كان آخرها القانون رقم 86 لسنة 1969<sup>2</sup>، ويمكن أن نقرر أن دور القاضي الإداري في ظل القانون رقم 55 لسنة 1959 وما طرأ عليه من تعديل كان محددًا على سبيل الحصر، مما قد يفهم منه أن القاضي العادي هو صاحب الولاية العامة بالنسبة للمنازعات عموماً عدا ما أخرجه المشرع على سبيل الحصر وأسندته إلى القاضي الإداري.

#### المرحلة الثالثة: الولاية العامة للقاضي الإداري بالفصل في المنازعات الإدارية:

كان لابد للمشرع أن يتدارك قصور التشريع السابق، الذي كان يضيق من ولاية القاضي الإداري ويحدها (في الوقت الذي رسخت فيه أحكام القضاء الإداري المصري وأصبحت مثلاً يحتذى به للنظم القضائية الأخرى). ومن ثم صدر القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن إعادة تنظيم مجلس الدولة الذي حول القاضي الإداري المصري الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية<sup>3</sup>، حيث نص في المادة العاشرة تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية:

أولاً - الطعون الخاصة بانتخابات الهيئات المحلية.

ثانياً - المنازعات الخاصة بالمرتبات والمعاشات والمكافآت المستحقة للموظفين العموميين أو لورثتهم

ثالثاً - الطلبات التي يقدمها ذو الشأن بالطعن في القرارات الإدارية النهائية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة، أو الترقية أو بمنح العلاوات.

رابعاً - الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة بإحالتهم إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي.

خامساً - الطلبات التي يقدمها الأفراد والهيئات بإلغاء القرارات الإدارية النهائية.

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1996، الإسكندرية، ص94

2 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص108

3 محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص111

## الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

سادسا - الطعون في القرارات النهائية الصادرة من الجهات الإدارية في منازعات الضرائب والرسوم وفقا للقانون الذي ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة.  
سابعا - دعاوى الجنسية.

ثامنا - الطعون التي ترفع عن القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائي<sup>1</sup>، فيما عدا القرارات الصادرة من هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل، وذلك متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.

تاسعا - الطلبات التي يقدمها الموظفون العموميون بإلغاء القرارات النهائية للسلطات التأديبية.

عاشرا - طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في البنود السابقة سواء رفعت بصفة أصلية أو تبعية.

حادي عشر - المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر

ثاني عشر - الدعاوى التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون.

ثالث عشر - الطعون في الجزاءات الموقعة على العاملين بالقطاع العام في الحدود المقررة قانونا.

رابع عشر - سائر المنازعات الإدارية.

ويشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو عيبا في الشكل أو مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، ويعتبر في حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار، كان من الواجب عليها اتخاذه وفقا للقوانين واللوائح، وقد ترك المشرع الباب مفتوحا، بمقتضى الفقرة الرابعة عشر من المادة العاشرة لما يمكن أن يستحدث من منازعات إدارية، إيماننا منه بتطور دور الإدارة، وإمكانية ظهور منازعات جديدة من ناحية، واجتهاد الفقه والقضاء من ناحية ثانية.

### البند الأول: تعيين أعضاء مجلس الدولة المصري

طبقا للفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون مجلس الدولة "يشكل المجلس من رئيس ومن عدد كاف من نواب الرئيس والوكلاء والمستشارين المساعدين والنواب والمندوبين. ويلحق بالمجلس مندوبون مساعدون تسري عليهم الأحكام الخاصة بالمندوبين عدا شرط الحصول على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا"<sup>2</sup>.

2 القطب محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن والجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، بدون دار النشر 1965

2 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 96

كل هؤلاء لهم صفة العضوية التي كانت قبل صدور القانون رقم 165 لسنة 1955 مقصورة على الرئيس والوكيلين والمستشارين جون سائر الأعضاء الذين كانوا يعتبرون موظفين فنيين ولا تشملهم صفة العضوية، إلا أنه على حد تعبير المذكرة الإيضاحية للقانون رقم 165 لسنة 1955 "أعيد تنظيم المجلس. . . بحيث يتفق تشكيله مع حقيقة الواقع، فلا يقتصر على المستشارين باعتبارهم وحدهم أعضاء، وإنما يشمل جميع موظفيه الفنيين الذين يساهمون في تحمل مسؤولياته وأعبائه. . ." وهو ما أقره القانون الحالي للمجلس<sup>1</sup>، ويلاحظ أن فئة المندوبين المساعدين مستعدة من طائفة أعضاء المجلس لأنهم "يلحقون" بالمجلس وحينما تثبت صلاحيتهم وتتوافر لديهم الكفاءة للقيام بالأعمال الفنية يرقون إلى مندوبين ويصبحون بالتالي أعضاء بالمجلس، كل ذلك مع ملاحظة أن المشرع قرر معاملة المندوب المساعد نفس المعاملة المقررة للمندوب باستثناء شرط واحد هو الحصول على دبلومين من دبلومات الدراسات العليا، وعلى ذلك يمكن القول، مع الأخذ بالتحفظ الخاص بالمندوبين المساعدين، أن موظفي مجلس الدولة الفنيين أو أعضاءه، بالمعنى الواسع الذي يشمل المندوب المساعد، يتدرجون كالتالي:

المندوب المساعد، المندوب، النائب المستشار المساعد، المستشار، نائب رئيس المجلس ووكيله، رئيس مجلس الدولة.  
وفيما يلي بيان كيفية التعيين في كل طائفة منها:

#### أولاً: فئة المندوبين المساعدين:

وهم كما سبق القول، ملحقون بمجلس الدولة ولا تنطبق عليهم صفة العضو بالمعنى الدقيق، وهم يعينون من بين الحاصلين على درجة ممتاز في ليسانس الحقوق ثم من بين الحاصلين على درجة جيد جداً، فدرجة جيد، وإلا عينوا بمسابقة يحدد شروطها قرار من رئيس ويعين المندوب المساعد، في كل الأحوال بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة المجلس الخاص للشؤون الإدارية بمجلس الدولة<sup>2</sup>، ويجب أن تتوافر في المعين في وظيفة مندوب مساعد، بالإضافة إلى الشرط الخاص بالمؤهل، الشروط الآتية:

- ألا تقل سنه عن تسع عشرة سنة.
- أن يكون مصرياً متمتعاً بالأهلية المدنية الكاملة.
- أن يكون محمود السيرة، حسن السمعة.

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 97  
2 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 103

-ألا يكون من ضمن المحكوم عليهم من المحاكم أو مجالس التأديب بعقوبة لأمر مخل بالشرف حتى ولو رد إليه اعتباره.

-ألا يكون متزوجاً بأجنبية، وإن كان المشرع قد أجاز الإعفاء من هذا الشرط بالنسبة لمن تزوج ممن تنتمي إلى دولة عربية شريطة المعاملة بالمثل.

ويلاحظ أن المندوب المساعد يعتبر، بحكم القانون، معينا في وظيفة من أول يناير التالي لحصوله على دبلومي الدراسات العليا متى كانت التقارير المقدمة عنه مرضية، أما إذا لم يستطع الحصول عليهما خلال أربع سنوات من تاريخ تعيينه، جاز لرئيس مجلس الدولة أن يعرض أمره على رئيس الجمهورية لنقله إلى وظيفة عامة أخرى أو إلى إحدى الوظائف الإدارية بالمجلس.

### ثانيا - المندوبون:

يعين المندوبون، من حيث المبدأ، بطريق الترقية من فئة المندوبين المساعدين وإن كان من الممكن تعيينهم من خارج المجلس وذلك في حدود ربع عدد الوظائف الخالية من بين الفئات التالية<sup>1</sup>:

-المندوبين السابقين بمجلس الدولة.

-شاغلي وظيفة وكيل النائب العام أو وكيل النيابة الإدارية أو محام بإدارة قضايا الحكومة.

-المعيدين بكليات الحقوق أو في مادة القانون بالجامعات المصرية متى قضى المعيد فترة ثلاثة أعوام.

-المشتغلين بعمل يعتبر، بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية، نظرا للعمل القضائي متى قضى كل منهم ثلاث سنوات في عمله.

-المشتغلين بالمحاماة، منذ سنة على الأقل، أمام المحاكم الابتدائية.

### ثالثا: النواب

#### وهم فئتين :

1-**الفئة الأولى:** النواب من الفئة (ب) ويعينون، من حيث المبدأ، من بين المندوبين بمجلس الدولة وإن أجاز المشرع تعيينهم من خارج المجلس من بين:  
-النواب السابقين بمجلس الدولة.

-قضاة المحاكم الابتدائية ووكلاء النائب العام من الفئة الممتازة ووكلاء النيابة الإدارية من الفئة الممتازة والنواب بإدارة قضايا الحكومة.

أعضاء هيئة التدريس بكليات الحقوق وكذلك أعضاء هيئة تدريس القانون بجامعات جمهورية مصر العربية، والمشتغلين بعمل يعتبر بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص107

بمجلس الدولة نظيراً للعمل القضائي متى امضوا جميعاً تسع سنوات متوالية في العمل القانوني.

-المحاميين الذين عملوا أما محاكم الاستئناف لمدة أربع سنوات متوالية شريطة أن يكونوا قد مارسوا المحاماة فعلاً لمدة تسع سنوات، أو أي عمل يعتبر بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية نظيراً للعمل القضائي.

2-والفئة الثانية من النواب هي الفئة (أ) التي تعين بطريقة الترقيّة من الفئة السابقة، النواب من الفئة (ب)، يمكن تعيين نواب من الفئة (أ) من الخارج في الحدود المشار إليها سابقاً، أي ربع الوظائف الخالية، من بين:

-النواب السابقين بمجلس الدولة الذين شغلوا هذه الدرجة لفترة لا تقل عن خمس سنوات.  
قضاة المحاكم الابتدائية ووكلاء النيابة الإدارية من الفئة الممتازة والنواب بإدارة القضايا الحكومية الشاغولون لوظائف معادلة بتلك الجهات.

-الأساتذة المساعدين بكلية الحقوق والأساتذة المساعدين بالكليات الأخرى الذين يدرسون القانون، المشتغلين بعمل يعتبر، بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية بمجلس الدولة، نظيراً للعمل القضائي شريطة أن يكونوا قد أمضوا أربع عشرة سنة متوالية في ممارسة العمل القانوني وكانوا في درجات مماثلة لدرجة نائب من الفئة (أ).

-المحاميين أمام محاكم الاستئناف منذ تسع سنوات على الأقل، ويشترط أن يكونوا قد مارسوا المحاماة فعلاً أو عملاً يعتبر نظيراً للعمل القضائي مدة أربع عشرة سنة.  
رابعاً -المستشارون المساعدين: وهم أيضاً من فئتين:

1-فئة المستشارين المساعدين من الفئة (ب) ويعينون بطريقة الترقيّة من فئة النواب (أ) ويمكن تعيينهم من خارج المجلس وذلك في حدود ربع الوظائف الخالية من بين:  
-المستشارين المساعدين بمجلس الدولة.

-رؤساء المحاكم الابتدائية والمستشارين المساعدين بإدارة قضايا الحكومة ورؤساء النيابة الإدارية.

-أساتذة كليات الحقوق وأساتذة القانون بالجامعات المصرية الذين أمضوا في وظيفة أستاذ مساعد مدة لا تقل عن خمس سنوات.

-المحاميين الذين عملوا بالمحاماة أمام محاكم الاستئناف مدة اثنتي عشرة سنة متتالية شريطة أن يكونوا قد مارسوا المحاماة فعلاً أو عملاً يعتبر بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية نظيراً للعمل القضائي مدة سبع عشرة سنة.

-المشتغلين بعمل يعتبر بقرار من المجلس الخاص للشؤون الإدارية، نظيراً للعمل القضائي ممن أمضوا سبع عشرة سنة متوالية في العمل القضائي، وكانوا في درجات مماثلة لدرجة مستشار مساعد من الفئة (ب).

2- والفئة الأخرى هي فئة المستشارين المساعدين من الفئة (أ) الذين يعينون بطريق الترقيّة من بين المستشارين المساعدين من الفئة (ب) ويمكن تعيينهم من الخارج من نفس فئات الأشخاص الذين يمكن تعيين المستشارين المساعدين من الفئة (ب) مع اختلاف في شرط المدة التي قضاها المعين في العمل القانوني، بشرط ألا يتجاوز نسبة المعينين من الخارج ربع الوظائف الخالية.

**خامسا - المستشارين:** ويعينون بطريقة الترقيّة من الوظيفة السابقة لها أي من بين المستشارين المساعدين من الفئة (أ)، ويجوز استثناء تعيينهم من خارج مجلس الدولة من بين الفئات الآتية، وذلك في حدود ربع الوظائف الخالية:  
-المستشارين السابقين بمجلس الدولة.

-المستشارين بمحاكم الاستئناف والمحامين العاميين بالنيابة العامة والوكلاء العاميين بالنيابة الإدارية والمستشارين بإدارة قضايا الحكومة.  
-أساتذة القانون بالجامعات المصرية الذين أمضوا في وظيفة أستاذ مدة لا تقل عن ثلاث سنوات.

-المحامين الذين عملوا أمام محكمة النقض لمدة خمس سنوات متوالية.  
ويلاحظ أن التعيين من الخارج لا ينطبق على المستشارين أعضاء المحكمة الإدارية والعليا، والمادة 82 من قانون مجلس الدولة صريحة في ذلك حيث تقرر "يشترط فيمن يلحق مستشارا بالمحكمة الإدارية العليا أن يكون قد شغل وظيفة مستشار بمجلس الدولة مدة ثلاث سنوات على الأقل" فلا يجوز، والحالة هذه أن يجيء عضو المحكمة الإدارية العليا من الخارج مباشرة.

وفي كل الأحوال، يجب أن لا تقل سن من يعين مستشاراً عن ثمان وثلاثين سنة.  
**سادسا - وكلاء المجلس:** ويعينون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العمومية لمجلس الدولة - ومنصب وكيل المجلس يوجد فوق المستشار ودون نائب الرئيس.

**سابعا - نواب الرئيس:** وهو منصب استحدثه لأول مرة القانون رقم 55 لسنة 1959 وأبقى عليه القانون الحالي، فالمادة 83 من هذا القانون تقرر أن "يعين نواب رئيس المجلس بقرار من رئيس المجلس بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة الجمعية العمومية للمجلس".

ولقد نص المشرع على وظائف بعينها ليشغلها نواب الرئيس وهذه الوظائف هي:  
-رئاسة محكمة القضاء الإداري.

-نائب رئيس مختص بالمحاكم الإدارية يعاون هذا الأخير على تنظيمها وحسن سير العمل بها.

-نائب للمحاكم التأديبية يعاون رئيس المجلس في القيام على شؤونها.

-نائب لإدارة التفتيش الفني الذي من ضمن مهامه إقامة الدعوى التأديبية على أعضاء المجلس.

**ثامنا - رئيس المجلس:** ويوجد على قمة مجلس الدولة ويعين بقرار من رئيس الجمهورية الذي يلتزم، حسب نص المادة 83 من قانون المجلس، باختباره "من بين نواب رئيس المجلس بعد أخذ رأي جمعية عمومية تتشكل من رئيس مجلس الدولة، ونوابه، ووكلائه، والمستشارين الذين شغلوا وظيفة مستشار لمدة سنتين"<sup>1</sup>.

-يستفاد من هذا النص أن رئيس مجلس الدولة لا يمكن أن يعين من خارج أعضائه، فرئيس الدولة ملزم باختياره من داخل المجلس، وبعبارة أدق من بين نواب الرئيس فلا يجوز تعيينه من بين مستشاري المجلس، فضلا عن ذلك، يجب أن يسبق تعيين رئيس الدولة لرئيس المجلس، أخذ رأي جمعية عمومية مشكلة على نحو خاص ذكرته المادة 83 المشار إليها، وإن كان الرئيس غير ملزم بتعيين من رشحته هذه الجمعية العمومية، فله أن يعين شخصا آخر شريطة أن يكون من النواب وعلى كل حال، أن ثمة عرفا مستقرا يقضي بأن يختار رئيس الدولة أقدم نواب رئيس المجلس ليخلف هذا الأخير.

-أما عن اختصاصات رئيس مجلس الدولة فهي عديدة ومتنوعة، قضائية وإدارية: فهو يمارس سلطات الوزير المنصوص عليها في القوانين واللوائح بالنسبة لشاغلي الوظائف الإدارية والكتابية وهو الذي ينوب عن المجلس في صلاته بالغير ويشرف على أعمال أقسام المجلس المختلفة ويوزع العمل بينها ويشرف على الأمانة العامة للمجلس، وهو الذي يلحق أعضاء المجلس بأقسامه المختلفة ويندبهم من قسم لآخر كما يجوز له نجبهم للعمل خارج المجلس بعد موافقة المجلس الخاص للشؤون الإدارية، وهو كذلك رئيس مجلس التأديب بالنسبة لأعضاء المجلس ولرئيس مجلس الدولة دعوة أية جمعية عمومية للانعقاد وتكون له رئاستها كما يرأس الجمعية العمومية للمجلس<sup>2</sup>.

وهو الذي يرأس المحكمة الإدارية العليا، وله أن يقرر إنشاء دوائر لمحكمة القضاء الإداري في خارج القاهر وأن يحدد اختصاص كل دائرة ويحق له إنشاء محاكم إدارية وتأديبية خارج القاهرة.

ولرئيس مجلس الدولة إذا رأى ضرورة ذلك أن يقدم كل سنة تقرير إلى رئيس مجلس الوزراء متضمنا ما كشفت عنه الأحكام أو البحوث من نقص في التشريع القائم أو غموض فيه أو حالات استعمال السلطة من أية جهة إدارية.

-ويعاون رئيس مجلس الدولة في مباشرته لاختصاصاته الإدارية أمين عام من درجة مستشار مساعد على الأقل يندب بقرار من رئيس المجلس.

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 97

2 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 98

و لذلك فالأمين العام هو رئيس المكتب الفني المنصوص عليه في المادة 83 من قانون مجلس الدولة التي تقرر "يشكل بالأمانة العامة لمجلس الدولة مكتب فني برئاسة الأمين العام ويندب أعضاؤه بقرار من رئيس المجلس من بين المستشارين المساعدين والنواب والمندوبين ويلحق به عدد كاف من الموظفين الإداريين والكتائبيين، ويختص المكتب الفني بإعداد البحوث التي يطلب إليه رئيس المجلس القيام بها، كما يشرف على الترجمة والمكتبة وإصدار مجلة المجلس ومجموعات الأحكام والفتاوى وتبويبها وتنسيقها".

### البند الثاني: ضمانات أعضاء مجلس الدولة المصري<sup>1</sup>

أقر المشرع المصري لأعضاء الدولة بالعديد من الضمانات من بينها النص على أن المجلس هيئة مستقلة ومشاركة الجمعية العمومية للمجلس في تعيين رئيسه ووكلائه وضرورة موافقة المجلس الخاص للشؤون الإدارية به بالنسبة لتعيين باقي أعضاء المجلس على ما سترى ذلك فيما بعد بشيء من التفصيل، والملاحظ أن تلك الضمانات كانت في القانون رقم 112 لسنة 1946<sup>2</sup>، وما يعيننا هنا هو عرض للضمانات والمزايا الرئيسية التي منحها المشرع لهؤلاء الأعضاء.

**أولاً: عدم القابلية للعزل:** - قررت هذه الضمانة المادة 91 من قانون المجلس التي جاء بها: "أعضاء مجلس الدولة من درجة مندوب فما فوقها غير قابلين للعزل. ويسري بالنسبة لهؤلاء جميع الضمانات التي يتمتع بها رجال القضاء وتكون الهيئة المشكل منها مجلس التأديب هي الجهة المختصة في كل ما يتصل بهذا الشأن، فهذه الضمانة مقررّة إذن لجميع أعضاء مجلس الدولة أياً كان مستواهم الوظيفي باستثناء فئة المندوبين المساعدين الذين لا يعتبرون أعضاء بالمعنى الدقيق فهم موظفون فنيون ملحقون بمجلس الدولة فقط.

ومع ذلك هذه ضمانة ليست مطلقة ذلك أن الفقرة الثانية من المادة السابقة تقرر انه ". . . إذا اتضح أن احدهم فقد الثقة والاعتبار الذين تتطلبهما الوظيفة أو فقد أسباب الصلاحية لأدائها لغير الأسباب الصحية أحيل إلى المعاش أو نقل إلى وظيفة معادلة غير قضائية بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس التأديب"، فالعزل إذن جائز بشرط أن يصدر به قرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس التأديب على ذلك إذا فقد العضو "الثقة والاعتبار الذين تتطلبهما الوظيفة أو فقد أسباب الصلاحية لأدائها لأسباب صحية".

1 و هيب عياد سلامة، مجلس الدولة بين الإبقاء والإلغاء-دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية 1992، ص 51  
2 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 111

### المطلب الثالث: موقف النظام القضائي الجزائري من النظم القضائية المقارنة

بعد أن استعرضنا النظم القضائية المختلفة، ودور كل القاضي الإداري فيها، ينبغي علينا استكمالاً للبحث أن نتعرض لموقف النظام محل الدراسة وإلى أي من النظم القضائية ينتمي؟ النظام القضاء الموحد؟ أم لنظام القضاء المزدوج؟ أم انه يجعل مهمة الفصل في المنازعات الإدارية بالمشاركة بين القاضي العادي والقاضي الإداري مع تقوية قبضة السلطة التنفيذية؟

#### الفرع الأول: نشأة وتطور القضاء الإداري في الجزائر

مر النظام القضائي الجزائري بمراحل ثلاث هي:

#### المرحلة الأولى: النظام القضائي قبل الاستقلال

عمدت فرنسا منذ احتلالها الجزائر عام 1830 إلى فرنسا الجزائر والادعاء باعتبارها قطعة من فرنسا<sup>1</sup> وعملت على تطبيق ونقل تشريعاتها ونظمها الإدارية والقضائية إليها رغم تعهدتها أما العالم باحترام قوانين البلاد الوطنية وخاصة الشريعة الإسلامية، والتي ما ادخرت فرنسا جهداً في العمل على استبعاده تدريجياً<sup>2</sup>، وتم بالفعل تطبيق التنظيم القضائي الفرنسي بالجزائر بموجب الأمر الصادر في 1842/9/26 وسرى اعتباراً من 1843/1/1 كما تم تطبيق قانون الإجراءات المدنية الفرنسي في الجزائر بمقتضى الأمر الصادر في 1843/4/16، وكان التنظيم القضائي الجزائري في هذه المرحلة بصفة عامة يتكون من نظامين أحدهما خاص بالفرنسيين، وهو امتداد النظام القضائي الفرنسي وآخر للوطنيين الجزائريين والذي كان خليطاً من أحكام الشريعة الإسلامية والتقاليد المحلية والقانون الفرنسي<sup>3</sup>، وقد تكون الجهاز القضائي في ذلك العهد من المحاكم الآتية:

#### 1- محاكم الصلح:

وتعقد جلساتها من قاضي فرد، وهي محاكم خاصة بالجزائريين.

#### 2- المحاكم الابتدائية:

وهي ذات طبيعة مزدوجة، فهي تعد بمثابة محكمة استئنافية للأحكام الصادرة من محاكم الصلح بالنسبة للجزائريين، وبمثابة محكمة إدارية بالنسبة للرعايا الفرنسيين، أو إذا كان محل النزاع عقاراً فرنسياً<sup>4</sup>.

ثورة الجزائر، تأليف جوان جليسي، ترجمة عبد الرحمان صدقي أبو طالب من سلسلة دراسات افريقية، الدار المصرية للتأليف والترجمة، ص14

2 عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة والازدواجية 1962-2000، دار الريحانة، ص23

3 عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات، ط 2003، ص160

4 عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص24

### 3- محاكم الاستئناف بالجزائر العاصمة:

وهي أيضا ذات طبيعة مزدوجة، فتعد تارة بمثابة محكمة نقض بالنسبة للطعن في الأحكام الصادرة من المحاكم الابتدائية باعتبارها درجة استئنافية لأحكام محاكم الصلح وتعد بمثابة محكمة استئنافية بالنسبة للطعون في الأحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية باعتبارها محكمة أول درجة، وقد أنشأت محاكم الاستئناف بكل من قسنطينة وهران عام 1953 وبمقتضى المرسوم الصادر في 9/12/1848 أنشأ بالجزائر ثلاثة مجالس للمديريات (على غرار مجالس الأقاليم الفرنسية) وعهد إليها بمهمة الفصل في المنازعات الإدارية بكل من الجزائر و قسنطينة وهران، وتطبق ذات القواعد الإجرائية والمبادئ المعمول بها أمام القضاء الفرنسي. وتستأنف أحكامها أمام مجلس الدولة في فرنسا<sup>1</sup>، وكانت هذه المجالس في بداية ظهورها إدارية بحتة، ثم ادخل فيها عنصر قضائي فأصبحت ذات طبيعة مختلطة (إدارية وقضائية) ثم تحولت في النهاية كي تكون ذات طبيعة قضائية بحتة بمقتضى المرسوم الصادر في 5/5/1934 إلا أن هذه الضمانة الهامة لم يشأ المستعمر الفرنسي أن يوفرها للمواطن الجزائري فكانت دوما ذات طبيعة إدارية بالجزائر. إلى أن حلت محلها المحاكم الإدارية بمقتضى المرسوم رقم 934 الصادر في 30/9/1953 والذي عمل على تحويل مجالس دواوين المديريات إلى محاكم إدارية وقد عمد المشروع على تطبيق ذات النظام بما نص عليه في المادة 17 منه من سريان هذا النظام على الجزائر. وعليه تحولت مجالس الأقاليم الثلاثة (بالجزائر و قسنطينة وهران) إلى محاكم إدارية، وأصبحت المحاكم الثلاثة الإدارية بمقتضى المرسوم السابق لإشارة إليها صاحبة الاختصاص الأصلي بنظر المنازعات الإدارية بمقتضى أحكام يقبل الطعن فيها بالاستئناف أما مجلس الدولة الفرنسي كل في حدود اختصاصها الإقليمي.

### المرحلة الثانية: مرحلة ما بعد الاستقلال:

بإعلان الاستقلال في 5/7/1962 أصبح للجزائر السيادة على محاكمها ومن ثم صدرت الأحكام من المحاكم الجزائرية باسم الشعب الجزائري بناء على الأمر الصادر في 10/7/1962 بعد أن ظلت أكثر من مائة وثلاثين عاما تصدر باسم الشعب الفرنسي، وكان ضروريا أن تعاد الصياغة القانونية للنظريات القانونية السائدة في البلاد كي تتقف والأسلوب الاشتراكي الذي اعتنقته الثورة ورسمت طريقا لها، وأن يعاد تنظيم الهيئات المختلفة بما فيها الهيئة القضائية<sup>2</sup> وبعد إعلان الاستقلال، لم يعد مجلس الدولة الفرنسي يملك سلطة الفصل في الطعون المقامة ضد الأحكام الإدارية الصادرة من المحاكم الثلاثة بالجزائر<sup>3</sup>، كما

1 بوبشير محند، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر 1993، ص166  
2 ميثاق الجزائر الصادر عن جبهة التحرير الوطني 16-21 ابريل 1964 تحت بند 11 من الدولة ص 118  
3 حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات، الجزائر، 1999، ص35

أصبحت الحاجة ماسة إلى وجود محكمة قضائية عليا للفصل في الطعون للأحكام الإدارية، التي كانت تدخل قبل الاستقلال في اختصاص مجلس الجولة الفرنسي، وأنشأ المشرع الجزائري المجلس الأعلى بمقتضى الأمر رقم 62-18 الصادر في 18/6/1963 كي يقوم بجور كل من محكمة النقض بالنسبة للمنازعة العادية، ومجلس الدولة بالنسبة للمنازعات الإدارية<sup>1</sup>، واحتفظ بالمحاكم الإدارية واختصاصها المحدد وذلك عملاً بالقانون رقم 62-157 المؤرخ في 27/12/1962 والذي يقضي بتحديد مفعول للتشريعات الفرنسية المطبقة في الجزائر باستثناء التشريعات التي تتنافى والسيادة الوطنية، والمشرع الجزائري -مؤقتاً- المهمة التي كان يقوم بها مجلس الدولة الفرنسي إلى رئيس المحكمة الإدارية العليا، وذلك بمقتضى المرسوم رقم 64-200 الصادر في 30/7/1964، حيث نصت مادته الأولى "يجوز لرئيس المحكمة الإدارية على وجه مؤقت -و إلى تاريخ يحدد بمرسوم، أن يحكم في النوازل كقاضي فرد وبدون تدخل مندوب الحكومة في المسائل الآتية: المنازعات القضائية الخاصة بمجلس الدولة، الضرائب المباشرة والإدارات المماثلة -مخالفة نظام السير في الطرقات الكبرى". كما أنشئ المجلس الأعلى للقضاء بمقتضى المرسوم رقم 64-150 وأسندت إليه شؤون أعضاء القضاة والنيابة من تعيين ونقل وتأديب وإبداء الرأي في ممارسة حق العفو من جانب رئيس الدولة<sup>2</sup>.

### المرحلة الثالثة: الإصلاح القضائي:

إزاء القصور التنظيمي داخل الدرجة الواحدة من درجات التقاضي أو بين درجات التقاضي المختلفة، صدر الأمر 65-278 المؤرخ في 16/11/1965 وإعادة التنظيم القضائي بالجزائر. حيث يأتي في القمة وعلى مستوى التراب الوطني مجلساً أعلى، ويليه على مستوى الولاية مجلس قضائي لكل ولاية وتتبعه مجموعة من المحاكم<sup>3</sup>، وبالنسبة للمنازعات الإدارية فإنها تنظر أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي أول درجة. جميع الطعون الإدارية ما عدا الطعن بالإلغاء حيث تختص به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى كأول وآخر درجة بالإضافة إلى اختصاصها بالطعون في الأحكام الصادرة من الغرفة الإدارية بالمجالس القضائية ( بكل من الجزائر ووهران و قسنطينة) ومن ثم انعدم دور المحاكم في مواجهة المنازعات الإدارية، وأحل المشرع الجزائري المجالس القضائية محل المحاكم الاستئنافية والمحاكم محل المحاكم الابتدائية الكبرى والمحاكم الابتدائية في النظام القديم، وعهد إلى المجالس القضائية -دون المحاكم- باختصاص المحاكم الإدارية، كما عهد إلى المحاكم باختصاصات مجالس العمال. وقد بدأ سريان التنظيم الجديد اعتباراً من

1 حسين مصطفى حسين، المرجع نفسه، ص36

2 عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص26

3 عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص173

1966/6/15<sup>1</sup>، وقد ساعد على تكامل التنظيم القضائي صدور الأمر رقم 66-154 في 1966/6/8 متضمنا الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية المختلفة (المجلس الأعلى والمجالس القضائية والمحاكم) سواء في منازعات المواد العادية أو منازعات المواد الإدارية، ويتضمن هذا القانون مجموعة القواعد القانونية الشكلية أو الإجرائية التي تحكم سير الخصومات أمام كل من المحاكم والمجالس القضائية والمجلس الأعلى<sup>2</sup>، وتختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المجلس الأعلى في جميع المنازعات التي تكون الدولة أو إحدى الولايات أو البلديات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها باستثناء المواد التي حددها المشرع على سبيل الحصر في المادة السابعة من قانون الإجراءات المدنية، كما تختص الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ابتدائيا ونهائيا بالطعون بالبطلان في القرارات التنظيمية أو القرارات الفردية الصادرة من السلطة الإدارية والطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات، والطعون الخاصة بمدى مشروعية الإجراءات التي تكون المنازعة فيها من اختصاص المجلس الأعلى<sup>3</sup>، كما تختص بالفصل في الاستئناف المرفوع ضد الأحكام الابتدائية الصادرة من المجالس القضائية في المسائل الإدارية، ما لم تنص القوانين والقرارات على خلاف ذلك.

### الفرع الثاني: موقف مجلس الدولة الجزائري من المنازعة الإدارية

إن النظام القضائي في كل دولة يختلف بحسب الأسلوب المتبع فيها فقد يكون وفقا لنظام القضاء المحدد أو نظام القضاء المزدوج، فمقتضى النظام القضاء المحدد أن تتولى الوظيفة القضائية جهة قضائية واحدة مهمة الفصل في جميع المنازعات المثارة في الدولة، سواء المنازعات بين الأفراد أو بينهم وبين الإدارة ومعنى هذا أن تخضع الإدارة في منازعاتها لنفس القاضي الذي يخضع له الأفراد وأيضا لنفس القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية<sup>4</sup>. وهذا هو النظام السائد في إنجلترا وفي الولايات المتحدة الأمريكية ويسمى أيضا بالنظام الانجلوأمريكي ويقوم الآن في بعض البلدان العربية كالسودان وليبيا والعراق والمغرب والجزائر كما كان قائما في مصر قبل سنة 1946 م، ومقتضى النظام القضاء المزدوج أن يتكون النظام القضائي من جهتين قضائيتين مستقلتين.

**إحداهما:** جهة القضاء العادي وينعقد لها الاختصاص بالفصل في المنازعات ذات الطبيعة المدنية، أي تلك التي تنشأ بين الأفراد أو بين الأفراد والإدارة بصفتها شخص معنوي خاص.

1 المرسوم رقم 66-109 المؤرخ في 1966/6/8 بتحديد سريان الأمر رقم 65-278 الجريدة الرسمية

2 عوادي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 173

3 عمار بوضياف، المرجع نفسه، ص 30

4 محمد مرغني خيري، مجلس الدولة وفناء الإلغاء، طبعة 1996، ص 74

**والأخرى:** جهة القضاء الإدارة وتتول الفصل في المنازعات الإدارية، أي تلك التي تقع بين الأفراد والإدارة بوصفها سلطة عامة.

وانطلاقاً من نص المادة 152 أعلن المؤسس الدستوري عن دخول البلاد في نظام الازدواجية مستحدثاً بذلك هرميين قضائيين، هرم للقضاء العادي تعلوه المحكمة العليا وتتوسطه المجالس القضائية وقاعدته المحاكم الابتدائية وهرم للقضاء الإداري يعلوه مجلس الدولة وقاعدته المحاكم الإدارية، ولقد بادرت الحكومة إلى تقديم مشروع قانون عضوي لمجلس الدولة للسلطة التشريعية بغرض دراسته والمصادقة عليه وفعلاً صادق المجلس الشعبي الوطني على المشروع المذكور بتاريخ 13.02.1998 خلال دورته العادية وصادق عليه مجلس الأمة في جلسته المنعقدة بتاريخ 25.03.1998. ولقد مارس المجلس الدستوري بموجب إخطار عن رئيس الجمهورية رقابته المسبقة على النص المصادق عليه من قبل البرلمان بغرفتيه<sup>1</sup>.

#### البند الأول: التنظيم الإداري لمجلس الدولة

يتمتع مجلس الدولة بالاستقلالية المالية والاستقلالية في مجال التسيير عن كل من وزارة العدل والمحكمة العليا، ويخضع في نظام المحاسبة لقواعد المحاسبة العمومية ويشرف على تسيير المجلس كل من رئيس مجلس الدولة ونائب الرئيس ومكتب المجلس الدولة ومحافظ الدولة ومجموعة مصالح ملحقة به، كما يقوم القضاء فيه بمهامهم سواء في نطاق الوظيفة الاستشارية أو الفصل في المنازعات الإدارية كما يتوزع أعضاء مجلس الدولة على عدة فئات حيث لا يتمتعون بمركز قانوني موحد<sup>2</sup>

#### أولاً: رئيس مجلس الدولة:

يعين رئيس مجلس الدولة بموجب مرسوم رئاسي<sup>3</sup> ويتولى بعد تعيينه المهام التالية:

- يمثل المؤسسة رسمياً
- يسهر على تطبيق النظام الداخلي للمؤسسة
- يتولى توزيع المهام بين رؤساء الأقسام ومستشاري الدولة وهذا بعد استشارة مكتب مجلس الدولة.

<sup>1</sup> المادة 165 من الدستور.

<sup>2</sup> عبد الرزاق زوبينة، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 34

<sup>3</sup> مرسوم رئاسي رقم 98 - 187 المؤرخ في 30 - 05 - 1998

ثانيا: نائب رئيس مجلس الدولة.

يعين هو الآخر بموجب مرسوم رئاسي ويتولى أساسا استغلال رئيس مجلس الدولة في حالة حدوث مانع له أو في حالة غيابه.

ثالثا: مكتب المجلس:

نصت عليه المادة 24 من القانون 01 - 98

ويتكون مكتب مجلس الدولة من:

❖ رئيس مجلس الدولة

❖ محافظ الدولة

❖ نائب للرئيس

❖ نائب رئيس مجلس الدولة

❖ رؤساء الغرف

❖ عميد رؤساء الأقسام

❖ عميد المستشارين

رابعا: محافظ الدولة<sup>1</sup>

يتشكل بموجب مرسوم الرئاسي<sup>2</sup> وهو يتكون من قضاة ويمارسون مهمة النيابة العامة سواء عند قيام مجلس الدولة بوظيفة استشارية أو عند قيامه بالفصل في المنازعات الإدارية، ويتولى محافظ الدولة أو احد مساعديه تقديم مذكراتهم باللغة العربية ويشرحون ملاحظاتهم شفويا.

خامسا: رؤساء الغرف.

يتشكل مجلس الدولة عند ممارسته للسلطة القضائية من مجموعة الغرف عددها أربعة غرف وعلى رأس غرفة يتولى مهمة التنسيق بين أقسام الغرفة الواحدة، كما يسير مداولاتها ويحدد القضايا الواجب دراستها على مستوى كل غرفة.

سادسا: رؤساء الأقسام

تتشكل الغرفة من أقسام ولقد فرض المشرع هذا التنظيم بغرض تمكين الغرفة من التحكم في أعمالها ويتولى رؤساء الأقسام على مستوى كل مهمة إعداد التقارير عن نشاط القسم.

1 طبقا لما جاء في الجريدة الرسمية رقم 44 سنة 1998

2 انظر المرسوم الرئاسي رقم 98 - 187 بتاريخ 30 - 05 - 1998

**سابعاً: القضاة أو مستشار الدولة:**

إن قضاة مجلس الدولة يخضعون للقانون الأساسي للقضاة الصادر بمقتضى القانون العضوي 04 - 11 و يمارسون مهامهم سواء في نطاق الوظيفة أو الاستشارية<sup>1</sup>

**ثامناً: الأمين العام لمجلس الدولة:**

يعين بمقتضى مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل بعد استشارة رئيس مجلس الدولة وطبقاً للمرسوم التنفيذي رقم 98 - 322 المؤرخ في 13 أكتوبر 1998 المحدد لتصنيف الوظيفة الأمين العام لمجلس الدولة فان الأمين العام يشغل وظيفة من الوظائف العليا في الدولة.

**البند الثاني: اختصاصات مجلس الدولة**

على غرار مجلس الدولة الفرنسي سابقاً فقرة 36 وما بعدها<sup>2</sup>، فان المجلس الدولة والجزائري يعتبر الهيئة القضائية الإدارية العليا في الجزائر<sup>3</sup> والذي حل محله الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا التي كانت تمثل الدرجة الثانية من درجات التقاضي في المنازعات الإدارية في ظل نظام الوحدة القضائية، ويقسم مجلس لدولة اختصاصاته كقاضي درجة أول وأخيرة إلى عدة أنواع يقوم فيها بالفصل الدعاوي المرفوعة ضد القرارات الإدارية الصادرة من الأشخاص المعنوية سواء كانت تتعلق بالإدارة العمومية المركزية أو الأشخاص المهنية الوطنية ولما كان مجلس الدولة على هرم القضاء الإداري وكانت تصدر قراراته القضائية الإدارية فإنها تكون مشوبة بعيوب قانونية عند صدورها من المحاكم الإدارية الأمر الذي حتم على الشارع حتى يصون الحقوق والحريات أن ينشئ درجة قضائية تقويمية.

**الفصل الأول: مجلس الدولة قاضي درجة أولى وأخيرة:**

يفصل مجلس الدولة كقاضي اختصاصي ابتدائياً ونهائياً في المنازعات التي تثور بشأن الأعمال والقرارات والتصرفات ذات الأهمية، والصادرة عن السلطات والهيئات والتنظيمات المركزية والوطنية حيث تنص المادة 9 من القانون العضوي رقم 98 - 01 على ما يلي: يفصل مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً:

1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

1 المادة 20 من القانون العضوي 98 - 01

2 محمد الصغير بعلی، القضاء الإداري، مجلس الدولة، دار العلوم لنشر والتوزيع، 2010، ص85

3 المادة 152 من دستور 1996

2- الطعون الخاصة بالتفسير ومدى مشروعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة.

- \*\*\*\*\***أولاً: الاختصاص بدعوى المشروعية**\*\*\*\*\*

يقصد بالمشروعية مجموعة القواعد القانونية التي يتعين على الإدارة احترامها والالتزام بها عند ممارستها لأي نشاط إداري، سواء كانت هذه القواعد القانونية مكتوبة مثل: الدستور، القانون العادي، المرسوم، الأنظمة، القرار الإداري أو غير مكتوبة مثل العرف، والمبادئ العامة للقانون، فالشخص الإداري مثله مثل الأشخاص الآخرين بحيث يكون خاضعاً في تصرفاته ونشاطاته للقانون السائد فيه.

**ألف: الاختصاص بدعوى الإلغاء.**

يعنى بدعوى الإلغاء، أو دعوى تجاوز السلطة دعوى قضائية قصد مخرجة قرار إداري حامل في طياته لعيب أو مخالف لقاعدة قانونية<sup>1</sup>، ولا يقبل الطعن بالإلغاء أمام مجلس الدولة تأسيساً للمادة 9 من القانون العضوي 98 - 01 إلا بتوافر مجموعة وردت بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهو ما طبقتها الغرفة الإدارية القائمة سابقاً بالمحكمة العليا<sup>2</sup> (الفقرة الأولى) وهذا ليتمكن مجلس الدولة بعد بقبول دعوى شكلاً من إلغاء القرار الإداري المطعون فيه إذا ما وجد أوجه أو سبب للإلغاء (الفقرة الثانية).

**الفقرة الأولى: الشروط الشكلية لقبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة**

لا بد من توفر الشروط الشكلية حتى تحرك الدعوى الإدارية بالإلغاء أمام مجلس الدولة:

1- القرار المطعون فيه بالإلغاء

2- شروط متعلقة برفع الدعوى الإدارية

3- إجراءات تقديم الدعوى

4- الالتزام بميعاد رفع الدعوى.

1 - القرار المطعون فيه بالإلغاء:

1 حسين فريجة، إجراءات دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة إدارة، عدد 2 الجزائر، 2002، ص 85  
2 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى الإلغاء، د.م.ج، الجزائر، 2004

يشترط لقبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة أن يكون محل الطعن منصبا على القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية أو الهيئات العمومية الوطنية، وان يكون ملزما قصد إحداث اثر قانون محققا للمصلحة العامة<sup>1</sup>.

#### أ - القرار الإداري تصرف قانوني:

هو من خصائص القرار الإداري فلكي يعتبر التصرف أو العمل الصادر عن الإدارة قرارا فرديا يجب أن يكون عملا قانونيا قصد إحداث اثر قانوني، أي أن يكون محدثا لأثر تنفيذي<sup>2</sup>، سواء بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء لمركز قانوني معين.

#### ب - صدور القرار عن مرفق عام مركزي:

يقصد بالمرفق العام المركزي الذي تكون أعماله صالحة للطعن أمام مجلس الدولة وهو ما تضمنته المادة 9 من القانون العضوي لمجلس الدولة.

#### ج - القرار الإداري صادر بإرادة منفردة:

حتى يكون تصرف الإدارة العامة قرارا إداريا يجب أن يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة وهذا عندما تمارس صلاحيتها القانونية، وعليه فإن العقود الإدارية التي تسيورها السلطة الإدارية طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002 المتعلق بتنظيم الصفحات العمومية المعدل والمتمم ليست قرارات إدارية<sup>3</sup>، وما عدا ذلك من الأشخاص المعنوية الأخرى، لا تكون أعمالها خاضعة لاختصاص القضاء الإداري، مثل الأعمال التشريعية، والسيادية والدستورية لأنها لا تعتبر من القرارات الإدارية إلا أن المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 خالفت هذا التوجيه وجعلت قرارات المنظمات المهنية الوطنية، من قبل القرارات الإدارية التي تخضع لرقابة مجلس الدولة.

#### 2- الشروط المتعلقة برفع الدعوى الإدارية:

نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي:

لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون.

يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو في المدعي عليه إلا ما اشترطه القانون

1 سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 1956 القاهرة، ص 173

2 حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتاب القاهرة، مصر، 1988، ص 284

3 محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 87

أ ( الصفة:

هي العلاقة التي تربط المدعي بموضوع النزاع فلا يمكن للمدعي الحصول على حقه ما لم تكن له صفة تثبت أن ذلك الشيء مالك له.

ب) الأهلية:

هي قدرة الطاعن على التقاضي وهي تنقسم إلى نوعين من الأشخاص الشخص الطبيعي والشخص المعنوي.

- الشخص الطبيعي:

نصت المادة 40 من القانون المدني على ما يلي:

"كل شخص بلغ من الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية ومن الرشد 19 كاملة "

وفي حالة فاقد الأهلية و ناقصيها نطبق أحكام القانون المدني في مواده 42، 43، 44 وفي قانون الأسرة فإن مواده من 81 إلى 125

وعليه يجب أن يتولى الطعن بالإلغاء الولي أو الوصي بالنسبة للقاصر أو القيم بالنسبة للمحجور عليه.

-الشخص المعنوي:

محتواه المادة 50 من القانون المدني ذهبت إلى أن الشخص المعنوي مهما كان نوعه يتمتع بحق التقاضي، كما تنص المادة تنفسها على تعيين نائب يعبر عن إرادته.

و تنص المادة 2/827 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التمثيل القانوني". . . . توقع العرائض ومذكرات الدفاع ومذكرات التدخل المقدمة باسم الدولة أو باسم الأشخاص المشار إليهم أعلاه من طرف الممثل القانوني "

و تنص المادة 828 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على التمثيل القانوني بما يلي: " مع مراعاة النصوص الخاصة، عندما تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في الدعوى بصفة مدع أو مدعي عليه، تمثل بواسطة الوزير المعني، والوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي على التوالي، والممثل القانوني للمؤسسة ذات الصبغة الإدارية "

### ج) المصلحة:

تطبيقاً لقاعدة " لا دعوى بدون مصلحة " فإن دعوى الإلغاء لا تقبل إلا إذا كان للطاعن مصلحة والمصلحة لها مميزات وخصائص فقد تكون شخصية ومباشرة وقائمة وحالة سواء كانت مادية أو معنوية.<sup>1</sup>

### 3- إجراءات تقديم الدعوى الإدارية.

ذهبت كل من المواد 904 و 905 و 906 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إجبارية إتباع الشروط الشكلية أمام مجلس الدولة.

#### أ) عريضة افتتاح الدعوى:

حددت المادة 904 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إجراءات افتتاح الدعوى شريطة أن تطبق أحكام المواد من 815 إلى 825.

لكن بالرجوع إلى المادة 816 من القانون نجد تنص على ما يلي:

" يجب أن تتضمن عريضة افتتاح الدعوى البيانات المنصوص عليها في المادة 15 من القانون

إلا أن المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي:

" يجب أن تضمن عريضة افتتاح الدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلاً البيانات الآتية:

1- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى

2- اسم ولقب المدعي وموطنه.

3- اسم ولقب وموطن المدعي عليه فإن لم يكن له موطن مع لو فأخر موطن له.

4- الإشارة إلى تسمية طبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي

5- عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

6- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.

### ب) تقديم إيصال إثبات دفع الرسم القضائي.

نص المادة 821 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: " تودع

العريضة بأمانة ضبط المحكمة الإدارية مقابل دفع الرسم القضائي، ما لم ينص

القانون على خلاف ذلك "

1 عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1979، ص 409

**ج) تقديم العرائض والمذكرات من قبل محام معتمد لدى مجلس الدولة.**

المادة 905 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جهات تقديم الطعون والمذكرات من قبل محام معتمد لدى مجلس الدولة إلا اعتبرت تحت طائلة عدم قبول.<sup>1</sup>

**د) تقديم نسخة أصلية من القرار المطعون فيه:**

جعل المشرع تقديم نسخة أصلية من القرار المطعون فيه شرط أساسي في الدعوى وإلا اعتبرت هذه الدعوى تحت طائلة عدم القبول شكلا<sup>2</sup>

**4 - ميعاد رفع الدعوى:** المادة 829 من قانون إجراءات المدنية والإدارية حددت أجل الطعن أمام المحكمة الإدارية بأربعة أشهر يسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي من القرار الإداري وهذه الفترة الزمنية جعلها مجلس الدولة تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا.

**الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية لقبول دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة.**

بعد تأكد من صحة توافر الشروط الشكلية في الدعوى الإدارية يبقى لمجلس الدولة فقط معاينة الشروط الموضوعية أي يقوم بالتصدي للقرار المطعون فيه. باحثا عن أوجه المشروعية التي استند إليها الطاعن، على أنتشكل عيبا، قد لحق بركن من أركانه.<sup>3</sup> وإذا كان القرار الإداري مشوبا بعيب في ركن من أركانه فيصبح عرضة للإلغاء من قبل مجلس الدولة، ومن ثم يمكن حصر هذه العيوب كالآتي: عيب الاختصاص، عيب الشكل، عيب مخالفة القانون، عيب إساءة السلطة، عيب السبب.

**أولا: عدم المشروعية الشكلية في القرار الإداري:**

يوجد نوعان من العيوب الشكلية أمام القضاء الإداري الأولى عيب عدم الاختصاص والثانية عيب الشكل.

**1) عيب عدم الاختصاص:**

1 تنص المادة 826 / 1 من ف ا م إ على: " تمثل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية تحت طائلة عدم قبول الدعوى "  
2 تنص المادة 905 ف ا م إ يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم، تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه، وبالرجوع لنص المادة 800 نجد الأشخاص هما الدولة، الولاية، البلدية المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

3 محفوظ لعشيب، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 76

وهو عندما يقوم الموظف عامة أو الإدارة بإصدار قرار إداري خارج اختصاصها المحدد قانونا لها ويعرف لاختصاص "بأنه التأصيل القانوني الذي يتمتع به الأفراد أو الهيئات الإدارية العامة في ممارسة أعمالهم لإصدار القرارات الإدارية.

كما يعرف الاختصاص بأنه " الصفة القانونية لرجل الإدارة أو الهيئة الإدارية في اتخاذ قرارها على نحو يعتد به "<sup>1</sup>

ولقد حددت المادة 9 من القانون العضوي 98-01 "الأشخاص الإدارية لهيئات الإدارية تختص بإنشاء القرارات الإدارية وهي: السلطات الإدارية المركزية، والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

أما المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت الأشخاص الإدارية صاحب الاختصاص بالدولة وهي الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية. والعيب الذي قد يصب القرار الإداري هو في ركن الاختصاص الشخصي<sup>2</sup>

هو أن يكون الشخص في هذه الحالة ليس هو الجهة الذي قام بإصدار القرار الإداري أي أن يتخلف الشخص المعنوي العام عن أداء المهمة كما يجب قانونا.

## (2) عيب الشكل والإجراءات:

هو ذلك الإطار أو الصورة التي تحدد وترسم الوجه الذي يبرز إرادة الإدارة في إصدار القرار الإداري<sup>3</sup>

فإذا ما قامت الإدارة بإصدار قرار دون إتباعها الإجراءات المحددة قانونا أصبح هذا القرار معيبا بعيب الشكل مما يصبح عرضة للإلغاء.

ويوجد نوعين من الشكليات هما: الشكليات السابقة للقرارات الإدارية، وشكليات المظهر الخارجي لها \*الشكليات السابقة:

هي مجموعة من الإجراءات التي تتخذ من قبل الإدارة قبل إصدار القرار الإداري أي سابقة للقرار، وينتج عن عدم إتباع هذه الإجراءات يؤدي إلى بطلان القرار الإداري أما في حالة عدم النص عليها في القانون، فلا يؤدي تخلفها إلى إحداث آثار البطلان ضد القرارات الإدارية التي لم تتوفر فيها مثل تلك الإجراءات.<sup>4</sup>

1 عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 220

2 فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 40

3 مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، ديوان دار النشر، دون سنة، ص 20

4 فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2010، ص 197

\* **الشكليات المظهر الخارجي:** وهو المظهر الخارجي للقرار الإداري عند إصداره في صيغة معينة ما لم يتدخل القانون في وجوب إتباع شكلية معينة مثل الكتابة، التسبيب، النشر. . . الخ<sup>1</sup>

**ثانياً: عدم الموضوعية الموضوعية في القرار الإداري.**

عندما يقبل القاضي الإداري ( مجلس الدولة ) الطعن شكلاً لتوافر جميع الشروط اللازمة لقبوله، يعمد إلى البحث عن مدى تأسيس الطعن من الناحية الموضوعية حيث:

- يرفض الطعن أو الدعوى موضوعاً لعدم التأسيس إذا كان القرار الإداري المطعون فيه أمامه يستند إلى أركان صحيحة وقانونية.
- أو على العكس يقوم بإلغاء ذلك القرار إذا كان ركن أو أكثر من أركانه مشوب بعيب.<sup>2</sup>

ومن ثم فإن أوجه الإلغاء التي تصيب أركان القرار الإداري الأخرى هي السبب ومخالفة القانون (المحل)، والانحراف بالسلطة.

### 1- انعدام السبب:

هو أن يكون القرار الإداري معيباً في سبب قيامه الذي يعتبر ركناً من أركانه صحة بنائه. ويمثل سبب القرار الإداري أما في حالة واقعية أو حالة قانونية تكون سابقة على اتخاذ القرار الإداري من قبل رجل الإدارة مما يؤدي بالشخص المخاطب بالقرار إلى رفع دعوى الإدارية أمام مجلس الدولة، لمخاصمته على أساس العيب الذي أصابه في ركن السبب<sup>3</sup>

### + الحالة الواقعية:

هي الأوضاع المادية الناجمة عن عوامل الطبيعة مثل: زلزال، فيضان. الحرب. . . الخ مما يؤدي إصدار قرار إداري مثل: المادة 71 من القانون البلدي تنص على ما يلي: "يجب على رئيس المجلس الشعبي البلدي أن يتخذ في إطار القوانين والتنظيمات المعمول بها جميع الاحتياطات الضرورية وجميع التدابير الوقائية لضمان سلامة الأشخاص والأموال في الأماكن العمومية التي يمكن أن يحصل فيها أحوادث أو نكبة أو حريق".

1 عمار عوايدي، دروس في القانون الإداري، المرجع السابق، ص 221.

2 محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 99

3 سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، 1966، ص 176

وفي إحالة خطر الجسيم والداهم. يأمر رئيس المجلس الشعبي البلدي بتنفيذ تدابير الأمن التي تقتضيها الظروف ويعلم بها الوالي فوراً أما بأمر حسب الطريقة نفسها بهدم الجدران أو البيانات أو المبادئ المتداعية.

#### + الحالة القانونية.

هو وجود وقيام مركز قانوني معين خاص أو عام ومثال ذلك.

- تقديم موظف للاستقالة وفقاً للمادة 133 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 28 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية هو سبب قرار الإدارة بقبولها وإنهاء العلاقة الوظيفية. وارتكاب الخطأ المهني كالجريمة التأديبية هو سبب قرار العقوبة التأديبية. ويمكن حصر الحالات التي يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري على أساس عيب السبب فيما يلي:

أ- أن يكون القرار الإداري غير مسبب أصلاً: وهي حالة من حالات العيوب التي تؤدي بالقرار إلى إلغائه لعدم التأسيس.<sup>1</sup>

ب- الخطأ في الوصف والتكيف القانوني للواقعة: هنا لا تتوقف رقابة القاضي الإداري عند التأكد من الوجود الفعلي للواقعة أو الحالة (المادية أو القانونية) التي يقوم عليها القرار المطعون فيه، وإنما تتعدى ذلك إلى رقابة مدى صحة التكيف القانوني لها.<sup>2</sup>

ج- رقابة ملائمة القاعدة: إن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وقراراتها تقف عند المستويين السابقين أي عند رقابة الملائمة الوقائع وتكييفها القانوني حيث أنه لا يتدخل في تقدير أهمية الوقائع وتتاسبها مع مضمون القرار إذ يعود ذلك أصلاً للسلطة التقديرية للإدارة.<sup>3</sup>

#### 2- مخالفة القانون:

هو العيب الذي يصيب ركن المحل أو الموضوع في القرار الإداري فهو وجه للإلغاء المتعلق بمشروعية الداخلية للقرار ويقصد بمحل القرار الإداري الأثر القانوني المترتب على إصدار حالاً وذلك بالإنشاء أو التعديل أو الإلغاء.<sup>4</sup>

1 محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم لنشر والتوزيع الجزائر، دون طبعة، ص 131  
2 عمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين الإدارة والقانون الإداري، دار الهومة الجزائر، 2003، ص 68.  
3 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 103.  
4 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 114

ويتعرض القرار الإداري إلى العديد من العيوب التي قد تصيب المحل وذلك كالاتي:

### 1- قرار التعيين:

إنشاء وإحداث مركز قانوني جديد يتمثل في شغل الوظيفة بما يترتب عنه من حقوق والتزامات كما هي محددة أساسا في قانون الوظيف العمومي.

### 2- قرار الترقية:

مثل: تعديل مركز قانوني قائم: يتمثل في الارتقاء إلى مركز قانونيا أعلى في السلم الإداري، حيث يسري عليه النظام القانوني للمنصب أو الدرجة التي أصبح يشغلها، سواء من حيث الحقوق أو الالتزامات وذلك وفقا للمادة 76 وما بعدها من مرسوم رقم 82 - 302 السابق.

### 3- قرار الفصل:

هو إلغاء مركز قانوني قائم يتمثل في قطع وإنهاء العلاقة الوظيفية مع الإدارة وذلك بانطفاء وزوال جميع الحقوق والالتزامات الوظيفية.

### 3- عيب الانحراف بالسلطة.

هو النتيجة النهائية التي تهدف الإدارة عامة من إصدارها<sup>1</sup>، ويشترط لصحة القرار الإداري أن يهدف إلى تحقيق غاية مشروعة وتأخذ في الواقع الصورتين التاليتين:

### \* المصلحة العامة:

هو أن يسعى القرار الإداري إلى تحقيق المصلحة العامة من حيث الاستجابة لمتطلبات الجمهور.

فالغاية من القرار الإداري بإغلاق محل تجاري خاص ببيع المواد الغذائية هو توفير الصحة العامة.

### \* تحقيق الأهداف.

هو أن المشرع يتدخل في رسم شؤون الإدارة قصد رسم أهداف بعض القرار الإدارية، لأن المصالح العامة ليس لها معنى محدد.<sup>2</sup>

ويتجلى تخصيص الأهداف بوضوح في لوائح الضبط الإداري باعتبارها قرارات تهدف إلى تحقيق هدف معين هو الحفاظ على النظام العام سواء الأمن العام، الصحة العامة، السكنية

1 سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة. دراسة مقارنة. دار الفكر العربي، 1966، ص 40.

2 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، مرجع السابق، ص 120

العامة. . . الخ، ويمكن أن يعاب ركن عيب الانحراف بالسلطة وهذا إذا استهدفت الإدارة منه تحقيق مصالح خاصة مثل: القرارات التي تحمل أهدافها مصالح شخصية كالانتقام أو الإضرار بالغير، أو تحقيق مصالح مالية ذاتية.

ويترتب على العيب الذي يشوب ركن الغاية في القرار الإداري البطلان والإلغاء سواء كان إداريا أو قضائيا. كما يترتب على ذلك أيضا توقيع العقوبات الملائمة على الشخص مصدر القرار تطبيقا للمادة 22 من الدستور التي تنص على ما يلي: يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة

### باء: الاختصاص بدعوى التفسير

يمارس مجلس الدولة اختصاص بالإلغاء القرارات الإدارية، فإلى جانب هذا الاختصاص يمارس اختصاص دعوى تفسير وفحص المشروعية وهو ما نصت عليه المادة التاسعة من القانون العضوي لمجلس الدولة والتي تقابلها المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

#### أ- تعريف دعوى التفسير:

هو الطلب الذي يقدمه صاحب الحق في تفسير قرار إداري مهم وغامض إلى هيئات القضاء الإداري للقيام بشرح وتفسير المعاني الخفية للقرار الإداري المطعون فيه بالغموض والإبهام.

#### ب- شروط قبول دعوى التفسير.

اشترط المشرع الجزائري شروط لقبول دعوى التفسير أمام مجلس الدولة ويتخلف احد شروطها اعتبرت دعوى باطلة وعلى هذا الأساس فإن شروط دعوى التفسير كالآتي:

### 1- محل الطعن.

المادة 9 من القانون العضوي لمجلس الدولة ذهبت إلى إن دعوى التفسير تنظر في القرارات الإدارية بمعنى أن الدعوى تفسير عندما ترفع أمام مجلس الدولة حتى تكون صحيحة يجب أن يكون القرار الإداري موجود.

### 2- شرط الغموض والإبهام:

يشترط في القرار المطعون فيه أن يكون غامضا ومبهما إذ أن القرارات الواضحة لا تقبل الطعن فيها بالتفسير<sup>1</sup> وهي خاصية تتميز بها عن باقي الدعاوى الأخرى.

1 محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، مجلس الدولة، مرجع سابق. ص 125

### 3- وجود نزاع جدي وحال.

القاعدة العامة في أية دعوى سواء مدنية أو إدارية أن يكون هناك نزاع قانوني بين الطرفين أو أكثر أو بين الإدارة.

### 4- الطاعن:

المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترطت صراحة الصفة والمصلحة والأهلية لقبول الدعوى، ويشير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي عليه<sup>1</sup>.

5- شرط الميعاد: خلافاً لدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة فإن دعوى التفسير لا تنقيد بمدة معينة استناداً للمادة 274 قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادة 9 من القانون العضوي 98-01 اللتين لا يشترطان أي ميعاد

### ج - تحريك دعوى التفسير.

تتحرك وترفع دعوى التفسير بطريقتين.

### 1: طريق المباشر.

نصت عليه المادة 13 من قام لمن له الصفة والمصلحة كما هو الحال في الدعاوي القضائية سواء الإدارية والعادية.

### 2: الطريق الغير المباشر أو الإحالة القضائية.

هو تحريك الدعوى التفسيرية أمام القضاء العادي للفصل في الغموض والإبهام في القرار الإداري سواء بالنسبة لدعوى الأصلية المدنية والتجارية المطروحة أمامها بمطالبة الأطراف بإحالة الأمر على مجلس الدولة (القضاء الإداري)  
د - سلطة القاضي في دعوى التفسيرية.

هو إعطاء المعنى الحقيقي والصحيح للقرار المطعون فيهب معنى البحث وإعطاء المعنى الحقيقي للقرار الإداري، وإعلانه في حكم قضائي حائز لحجية الشيء المقضي فيه<sup>2</sup>، وليس للقاضي الإداري البحث في مدى مشروعية القرار المطعون فيه كما ليس له أن يلغيه، لأن الدعوى هي دعوى التفسير وليست دعوى الإلغاء كما يجب يبلغ القرار القضائي إلى رافع الدعوى في حالة الطعن المباشر وإلى الجهة القضائية في حالة الإحالة

1 المادة 2/13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

2 محمد الصغير بعلي، قضاء الإداري، مرجع السابق، ص 126

### جيم: الاختصاص بدعوى تقدير وفحص المشروعية.

دعوى تقدير المشروعية هي دعوى قضائية إدارية قد ترفع مباشرة أو عن طريق الإحالة القضائية أمام جهات القضاء ضد القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية،<sup>1</sup> وهذا للكشف عن مدى شرعيته، أو عدم شرعية القرار الإداري المطعون فيه بتقدير الشرعية القانونية.<sup>2</sup>

#### أ. شروط قبول دعوى تقدير المشروعية.

يطلب في دعوى تقدير وفحص المشروعية من القاضي الإداري، الفصل في مدى مشروعية أو عدم مشروعية القرار الإداري المطعون فيه أي ما مدى صحة أركان القرار الإداري من: سبب الاختصاص، ومحل وشكل إجراءات وهدف ومدى سلامتها وخلوها من العيوب التي تصيب أي قرار إداري وهو ما سلفنا ذكره في أسباب دعوى الإلغاء.

#### أ. تحريك الدعوى:

تتحرك دعوى تقدير وفحص المشروعية القرارات الإدارية المطعون فيها ابتدائيا ونهائيا أمام مجلس الدولة بطريقتين المتعلقة بدعوى التفسير وهما الدعوى المباشر والإحالة القضائية.

فإذا كانت دعوى فحص المشروعية قرار إداري في طريق المباشر، فإنها تشترط شرط توافر قرار إداري المشكوك فيه فقط، فعلى العكس في حالة الإحالة القضائية فإلى جانب توافر قرار إداري المشكوك في شرعيته وجود حكم قضائي صادر من الجهة القضائية المدنية والتي كانت مختصة أصلا بالدعوى العادية.<sup>3</sup>

أما بالنسبة للمحاكم الجنائية يسمح لها أن تقوم بالفصل في المنازعات التي تتعلق بمشروعية القرارات الإدارية التي تنتج عن دعاوي حركت أمامها والتي تتعلق بقرارات تنظيمية قانونية.

ولكن عندما تشار مشروعية قرار تنظيمي، فإن القاضي الجنائي هو قاضي دعوى رئيسية، بالإضافة إلى الطلبات العارضة التي يحتج بها المتقاضون.<sup>4</sup>

1 المادة 9 من القانون العضوي رقم 98-01 المتعلق بمجلس الدولة

2 عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري، دار النشر، 2001، ص 20

3 احمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص 152

4 احمد محيو، المرجع نفسه، ص 122

وهو ما تنص عليه المادة 459 من قانون العقوبات " يعاقب كل من خالف المراسيم والقرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقب عليها بنصوص خاصة.

### III. سلطة القاضي الإداري في دعوى تقدير المشروعية.

لا يتمتع القاضي الإداري بأية سلطة في إلغاء القرار الإداري وإنما تتمثل سلطته، بعد معاينة وفحص القرار من حيث الأركان التي يقوم عليها أي قرار إداري بالتصريح في مشروعية القرار المطعون فيه إذا كانت أركانه خالية من العيوب من سبب واختصاص ومحل وسبب وإجراءات وغاية في صحتها ويكون ذلك القرار صادر من هيئة قضائية فيصبح حائز لقوة الشيء<sup>1</sup> المقضي به يلزم القاضي العادي

#### \*\*\*\*\*ثانيا: الاختصاص بالدعوى الاستعجالية\*\*\*\*\*

انطلاقا من مبدأ المشروعية المكرس دستوريا فإن المشرع قد أخضع أعمال الإدارة إلى رقابة القضاء ومنه فإن كل مواطن يشعر بأنه متضرر من تصرفات الإدارة القانونية أو المادية فإنه يلجأ إلى القضاء الإداري لمخاصمة الإدارة المعنية بموجب دعوى قضائية متبعا لإجراءات خاصة، وبعد إتباع الإجراءات العادية في مقاضاة الإدارة قد يستغرق ذلك وقتا طويلا حتى يتم الفصل في الدعوى، مما يؤدي إلى ضياع الحق المراد حمايته، وتكون الإدارة قد نفذت الأمر الذي يجعل المشرع إلى جانب إجراءات القضاء العادي إجراءات القضاء المستعجل والتي تم منها في الباب الثالث من الكتاب الرابع: تحت عنوان الاستعجال من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09 / 08 من المواد 917 إلى 948.

#### ألف: مفهوم الاستعجال القضائي.

سيتم التطرق في هذه النقطة إلى التعريفات الفقهية والتعريفات القضائية.

**1: التعريفات الفقهية:** هو الفصل في المنازعات التي يخشى عليها من فوات الوقت فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم اتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين قصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين<sup>2</sup>.

1 المواد من 270 إلى 290 من ف إ م ل إ

2 معوض عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ طبعة 3، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر

1995، ص 16

يعرفه الأستاذ أبو ألوفاً " يتحقق كلما توافر أمراً خطراً داهماً أو يتضمن ضرراً لا يكون تلاقيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي " <sup>1</sup>.

## 2: التعريف القضائي.

المادة 919 من الإجراءات المدنية والإدارية أشارت إلى الاستعجال الإداري حيث تنص المادة " عندما يتعلق الأمر بقرار إدارياً ولو بالرفض ويكون موضوع الطلب إلغاء كلي أو جزئي يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف آثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار "

## باء: حالات الاستعجال.

المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي في حالات الاستعجال القصوى يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية الأخرى دون عرقلة تنفيذ أي قرار إداري، بموجب أمر على عريضة ولو غياب القرار الإداري المسبق وفي حالة التحدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ".

يتبين لنا من المادة أعلاه أن حالات الاستعجال كالتالي: التعدي والاستيلاء والغلق الإداري.

## 1 - التعدي:

أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهوم التعدي وكذا القوانين المقارنة سواء الفرنسي أو المصري إلا أن القضاء الفرنسي ذكر عدة مفاهيم للتحدي ولقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي<sup>2</sup> بأنه: " تصرف صادر عن الإدارة يظهر أنه لا يتعلق بالصلاحيات المخولة لها قانوناً " في حين عرفته محكمة التنازع الفرنسية أنه " تصرف صادر عن الإدارة لا يمكن ربطه بتطبيق نص قانوني أو تنظيمي ".

كما جاء في أحكام مجلس الدولة ومحكمة التنازع الفرنسيين بأنه لكي يكون هناك تعدي لا بد أن يمس بحق الملكية الخاصة أو إحدى الحريات الأساسية.

## 2 - الاستيلاء.

1 احمد أبو ألوفاً، المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر العربي 1980، ص 331  
2Hhp: //w. w. w4shared. com/accont/ dz/360424/ec958298 shang. html

هو تجريد احد الأفراد من ملكية خاصة عقارية، يستخلص من هذا التعريف لكي نكون بصدد الاستيلاء لا بد من توافر الشروط<sup>1</sup> وهي:

✓ أن يجرد الفرد من ملكيته بواسطة وضع اليد عليها من طرف الإدارة، ويكون هناك الاستيلاء، ولو كان جزئيا.

✓ يجب أن يكون الاستيلاء غير مشروع بمعنى ينعدم فيه أي سند قانوني لأنه إذا كان الاستيلاء بناء على سند قانوني أي مشروع فإن قاضي الموضوع هو المختص.

✓ يجب أن يكون التجريد من ملكية عقارية.

### 3 - الغلق الإداري.

هو ذلك الإجراء الذي تتخذه السلطة الإدارية المختصة تنفيذا لصلاحياتها القانونية تعمد فيه إلى غلق المحل دون استعمال تجاري أو مهني أو وقف تنفيذ تسيير بصفة نهائية أو مؤقتة<sup>2</sup> وقد يتخذ قرار الغلق الإداري شكل جزء الإداري أي يكون يشابه عقوبة إدارية لصاحب المحل عما ارتكبه من مخالفات وهو ما تنص عليه المادة 75 من القانون 06 / 196 المؤرخ في 25 / 01 / 1996. والمتضمن قانون المنافسة التي تسمح للوزير المكلف بالتجارة باتخاذ قرار غلق المحل لمدة لا تتجاوز 30 يوما في حالة انتهاك صاحب المحل لأحكام هذا القانون المحددة على سبيل الحصر وهذا القرار يتخذه الوالي المختص إقليميا.

- كما يتخذ قرار الغلق صورة العقوبة التهديدية من اجل حمل صاحب المحل على احترام مقتضيات القانونية أو الشروط الضرورية لممارسة نشاطه بذات المحل.

- كما قد يتخذ قرار الغلق الإداري بهدف حماية ووقاية عنصر أو عدة عناصر من النظام العام.

### جيم: الشروط الواجب توافرها لرفع الدعوى الاستعجالية:

يجب أن تتوافر في أية دعوى قضائية شروط حتى يتمكن رافع دعوى الحصول على حقه أمام القاضي الإداري.

### 1: المصلحة:

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "على انه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "

<sup>1</sup>Hhp: //w. w. w4shared. com/accont/ dz/360424/ec958298 shang. html

<sup>2</sup>خولة كلفاني، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية وفقا لتعديلات قانون 2001 مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية، العدد 3، 2006، ص 165-166

وشرط المصلحة يقوم على عنصرين وفقا للمادة وهما:

- ❖ ادعاء على حق يستند إلى القانون وهو أن يدعي المدعي يعترف به القانون ويحميه بصفة محددة وعلى القاضي أن يتأكد من توفر شرط المصلحة، وأن يتحقق بأن ما يدعيه المدعي يعتمد على حق يحميه القانون.
- ❖ أن يكون الاعتداء على الحق قائما في نفس الوقت.

ومعناه أن يكون حق المدعي أو المركز القانوني الذي يدعيه ويطلب حمايته من القاضي قد اعتدى عليه فعلا.

وعلى هذا الأساس كأصل عام يجب أن يكون الحق الذي يطلب بحمايته محقق وواضحا وأن لا يكون محتملا باستثناء أن يكون الغرض من الدعوى هو دفع ضرر محقق.

**2: الصفة.** وفقا للمادة 13 السابقة: فإنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة والقاضي يثير تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعي عليه ويقصد بالصفة أن يكون صاحب الحق الموضوعي هو القائم بالدعوى، ويجب أن تتوافر الدعوى الاستعجالية العناصر التالية:

#### \* عنصر الاستعجال:

الاستعجال هو شرط رئيسي للاختصاص النوعي للتقاضي الاستعجالي ويجب توافره حتى ينعقد اختصاص القاضي الإداري الاستعجال فالمشرع الجزائري لم يعرف لفظ الاستعجال بل اكتفى بتعيين نوع الدعاوي التي يرتب لها حكما بوصفه بهذه الصفة فيما ذهب الفقه والقضاء مذاهب عدة في تعريف الاستعجال فقضت محكمة النقض الفرنسية وبلجيكا ومصر بأن الاستعجال لا يتوافر إلا في الأحوال التي يترتب على التأخير فيها ضرر لا يحتمل الإصلاح.

**فالاستعجال:** هو حالة قانونية تنشأ من الخطر ناتج عن التأخير أو من فوات الوقت قبل الحصول على الحماية القضائية الموضوعية ويولد الخطر الحاجة الملحة إلى حماية القضائية عاجلة يتم بمقتضاها تقادي وقوع الضرر بالحقوق أو المراكز القانونية التي يراد المحافظة عليها، ويبرر هذا التعريف ثلاثة عناصر: هما الحالة، الخطر، ضرر.

**فمن ناحية الاستعجال كحالة:**

فإن حالة الاستعجال تستمد كيانها من الظروف المحيط بالحق وبالدهوى المرفوعة من اجل حمايته لا من إرادة الخصوم والوصف الذي يخلعونه على منازعاتهم وبذلك فلا يوجد استعجال لمجرد رغبة الخصوم رافع الدهوى في الحصول على حكم مستعجل لطلباته.<sup>1</sup> والحالة الاستعجال تفسير عن حالة لحالة وتتأثر بالظروف الزمان والمكان ويستخلص القاضي حالة الاستعجال من وقائع الدهوى وظروفها ولا رقابة عليه من المحكمة العليا عند تقدير ثبوت الوقائع المستعجلة وتقتصر الرقابة على مدى ربط الوقائع بالقانون.

### أما من الناحية كسب الاستعجال:

يقصد به الخطر في التأخير أو الخشية من فوات الوقت قبل تحقق الحماية الوقتية للحق أو المركز القانوني ويجب أن يكون الخطر الذي يولد الاستعجال:

**حقيقيا:** فإن لم يكن كذلك زالت حالة الاستعجال، ولا اثر للاستعجال في حالة الخطر الوهمي

**حالا:** فإذا زال الخطر الذي كان يوشك أن يوقع ضررا بليغا الشرط الاستعجال.

**محدقا:** أي مؤثرا ومنتجا.

**أما من ناحية الضرر:** يجب أن يكون الضرر مستقبلا ووشيك الوقوع<sup>2</sup> ولا يلزم أن يكون قد تحقق، وإلا زالت علة الحماية الوقتية المستعجلة لأن الوظيفة الوقائية للقضاء المستعجل هي حماية الطالب من ضرر محتمل وليست غاية جزائية التي تستهدف إزالة ضرر حل أو تحقق.

إن الاستعجال كشرط الاختصاص بالدهاوي المستعجلة وهو شرط مستمر لا يلزم توافره عند رفع الدهوى المستعجلة فحسب وإنما يلزم توافره خلال كافة مراحلها ووقت صدور الأمر المستعجل فيها، إذ يتعين بقاء أمرين هما: + المبرر للاختصاص ليظل الاختصاص للمحكمة.

+وسبب إصدار الأمر المستعجل.

### 3 : أن لا يمس بأصل الحق:

المادة 918 في فقرتها الثانية من القانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت " لا ينظر في أصل الحق ويفصل في اقرب الآجال "

1 عبد العزيز عبد المنعم الخليفة، الدفع الإدارية في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 397

2 عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص 398

والمقصود بأصل الحق هو كل ما يتعلق بالحق وجودا وعدما، فيدخل ذلك فيها مسبب صحته أو يؤثر على كيانه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون، وبذلك إذا رفعت دعوى بطلبات موضوعية فإن كانت خارجة عن اختصاص القضاء المستعجل كأن ترفع دعوى طلب فسخ عقد أو صحته أو بطلانه أو بطلب تفويض.

فإن القاضي المستعجل ملزم بالبحث في المنازعات الطرفين ليتوصل لتحديد اختصاصه، فإن كان ممنوع من التعرض لأصل الحق فلا يضع من تفحص الموضوع، فإذا فحص ظاهر المستندات وتبين له أن الفصل في الدعوى سيمس بأصل الحق فإنه يقضي بعدم اختصاصه، أما إذا توصل من فحصه إلى أن الأمر لا ينطوي على مساس بأصل الحق، وأن من أثاره الخصم من منازعات لا تستند إلى أي أساس جدي فإنه يفصل في الدعوى.

#### دال: سلطات قاضي الاستعجال الإداري والاستعجال الفوري:

لقاضي الأمور المستعجلة سلطة الأمر بكل التدابير اللازمة، فيما عدا المنازعات التي تتعلق بالنظام العام مع مراعاة احترام مبدأ عدم المساس بموضوع النزاع، وعدم التسبب في إعاقة تنفيذ أي قرار إداري.

#### 1. سلطات قاضي الاستعجال الإداري:

أيا كان نوع الاستعجال وقف تنفيذ، المحافظة على الحريات، وغير ذلك فإن ثمة مبادئ من الواجب مراعاتها، البعض منها يتعلق باختصاص القضاء المستعجل، والبعض بالقاضي المستعجل والبعض الأخر سلطات هذا الأخير في المواد المستعجلة.

#### 1) في أثبات الحالة:

نصت المادة 939 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز لقاضي الاستعجال، ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع، بموجب آخر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق، أن يعين خبيراً ليقوم بدون تأخير بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية، يتم إشعار المدعي عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور "فهمة الموظف أو الخبير الذي كلف بإثبات حالة هي مجرد تصوير الوقائع الحاصلة التي طلب منه إثباتها ووصفها وتحرير محضر على ذلك، مثل إثبات حالة البضائع التي وصلت إلى الميناء وهي فاسدة حتى يتمكن المدعي مطالبة شركة تامين بالتعويض مستقبلاً أمام قاضي الموضوع.

#### 2) في تدابير التحقيق:

نصت عليه المادتين 940 و 941 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية" يجوز لقاضي الاستعجال بناء على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير ضرورة للخبرة أو التحقيق "

فالخبرة هي من الإجراءات الكثيرة الاستعمال حتى من طرف القضاة سواء القضاء المدني أو الإداري وتزداد أهمية في مجال الأشغال العمومية والمنازعات الضريبية وتكون الخبرة بناء على طلب احد الخصوم<sup>1</sup> وهي مجرد إجراء تمهيدي أو تحضير يقبل الفصل في الموضوع النزاع بصفة نهائية.

### 3) الاستعجال في مادة التنسيق المالي:

يمنح القاضي الاستعجال تسبقا ماليا إلى الدائن الذي رفع الدعوى في الموضوع أمام المحكمة الإدارية ما لم يكن هناك نزاع في وجود الدين بصفة جدية<sup>2</sup> ويكون هذا الأمر قابلا للاستئناف أمام مجلس الدولة خلال اجل 15 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي<sup>3</sup> كما يجوز أن يمنح تسبقا ماليا من مجلس الدولة إذا نظر في الاستئناف ما لم ينازع في وجود الدين بصفة جدية<sup>4</sup>

### 4) الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات:

يمكن لكل ذي مصلحة في إبرام العقد الذي قد يتضرر منه إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي يخضع لها عمليات إبرام العقود والصفقات العمومية قبل إبرام العقد أو بعده<sup>5</sup> وللمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته وتحديد الأجل الذي يجب أن يتمثل فيه ولها الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد كما لها بمجرد إخطار أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز 20 يوم.

وتفصل المحكمة الإدارية في أجل 20 يوما سري من تاريخ إخطارها<sup>6</sup> بالطلبات المقدمة طبقا للمادة 946 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

## II. سلطات القاضي الاستعجالي في الاستعجال الفوري:

1 المادتين 75 و 126 ف ا م إ

2 المادة 942 ف ا م إ

3 المادة 943 ف ا م إ

4 المادة 944 ف ا م إ

5 المادة 946 ف ا م إ

6 المادة 947 ف ا م إ

رأى المشرع الجزائري انه أصبح لزاما إنشاء نظام مستعجل لوقف تنفيذ القرارات الإدارية الغاية منه ضمان تدخل قضائي سريع وفعال ينسجم مع ظروف كل قضية. ومن الوسائل المقررة لتحقيق هذه الغاية بالإضافة إلى مهل الفصل في الطلب. النص صراحة عن شرط الوجه الخاص الذي من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار إلا أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية نص صراحة على سلطات قاضي الاستعجالي في الاستعجال الفوري وهي كآآتي:

**1:** يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري أو وقف اثار معينة متى كانت ظروف الاستعجال<sup>1</sup> تبرر ذلك أو متى ظهر للقاضي من خلال التحقيق شك جدي حول مشروعية القرار، وعندما يقضي بوقف التنفيذ في طلب إلغاء القرار في اقرب الآجال.

**2:** كما لقاضي الاستعجال حين فصله في الطلب المشار إليه سابقا وإذا كانت ظروف الاستعجال القائمة أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من قبل الأشخاص<sup>2</sup> المعنوية متى كانت هذه الانتهاكات شكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات.

**3:** كما أن للقاضي في حالة التعدي والاستيلاء أو الغلق الإداري أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون على أساس أن قرارات وأعمال الإدارة مفروض عليها أن تتسم بقرينة الصحة والمشروعية كونها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>3</sup>.

**4:** نصت المادة 922 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز لقاضي الاستعجال بطلب من كل ذي مصلحة أن يعدل في أي وقت وبناء على مقتضيات جديدة، التدابير التي سبق أمرها أو يضع حدا لها".

**هاء: الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري الاستعجالي وطرق الطعن فيها.**

القاعدة في القانون الإداري أن القرارات الإدارية تعد نافذة بمجرد صدورها، ولا يؤثر على نفاذها مجرد الطعن فيها أمام القضاء إعمالا للأثر غير الواقف للطعن وبسبب بطئ إجراءات التقاضي والطابع التحقيقي لإجراءات المنازعات الإدارية، فإن الفصل في الدعوى قد يستغرق وقتا طويلا، الأمر قد يسبب للمدعي بعض النتائج الضارة بسبب تنفيذ القرار المطعون فيه، وقد يصل الأمر إلى حد استحالة تنفيذ حكم الإلغاء، ولتجنب

1 المادة 919 من ف ا م إ

2 المادة 920 ف ا م إ

3 المادة 921 ف ا م إ

الأضرار الناجمة عن تنفيذها القرار المطعون فيه، أجاز قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمدعي إتباع إجراءات أمام القضاء الإداري الاستعجالي.

### **1: الإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري الاستعجالي:**

إن التدابير الاستعجالية هي تدابير ذات طابع مؤقت تتطلب بساطة وسرعة الفصل في الدعوى. فإن رفع الدعوى الاستعجالية والفصل فيها يتم بإجراءات تختلف عن تلك المتبعة أمام القاضي الموضوع وتكون تلك الإجراءات وجاهية كتابية وشفوية.<sup>1</sup>

وعندما يتبين لقاضي الاستعجال أن عنصر الاستعجال غير متوفر وغير مؤسس يرفض هذا الأخير الطلب بأمر مسبب.<sup>2</sup>

كما يجب أن ترفع العريضة الرامية إلى استصدار تدابير الاستعجالية عرض موجزا للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي<sup>3</sup>، كما يجب أن ترفع العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري، تحت طائلة عدم القبول بنسخة من عريضة دعوى الموضوع<sup>4</sup>، ثم تبلغ رسميا العريضة إلى المدعي عليهم، وتتسخ للخصوم أجل قصيرة من طرف المحكمة، لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم، ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغني عنها دوناً عذراً<sup>5</sup>، ثم بعد ذلك يخطر القاضي الاستعجال الأطراف بطلبات مؤسسة وفقاً لأحكام المادة 919 والمادة 920 ثم يستدعي الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق<sup>6</sup>

في الأخير يختم التحقيق بانتهاء الجلسة، ما لم يقرر القاضي الاستعجال تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق<sup>7</sup> ويخطر به الخصوم بكل الوسائل كما يجوز توجيه المذكرات والوثائق الإضافية عن طريق محضر قضائي بشرط أن يقدم الخصم المعني بالدليل عما قام به أمام القاضي ليفتح التحقيق من جديد في حالة التأجيل إلى جلسة أخرى.

### **2: طرق الطعن في الدعوى الاستعجالية الإدارية.**

لم يتطرق المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى كل طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية، حيث ذكر فقط الاستئناف كما أضاف المعارضة حديثاً وهذا لا يمنع من جواز الطعن في المواد الاستعجالية بالطرق الأخرى.

1 المادة 923 ف ا م إ

2 المادة 924 ف ا م إ

3 المادة 925 ف ا م إ

4 المادة 926 ف ا م إ

5 المادة 928 ف ا م إ

6 المادة 929 ف ا م إ

7 المادة 931 ف ا م إ

### ✓ طرق الطعن العادية:

نصت المادة 936 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " الأوامر الصادرة تطبيقاً للمواد 919 و 920 و 922 غير قابلة لأي طعن ".

#### أ - المعارضة:

هي طريقة من طرق الطعن العادية تجيز لطرف المحكوم عليه غياباً أن يطعن في ذات الحكم أو القرار عن طريق المعارضة ويكون أمام نفس الجهة القضائية التي أصدرته.

ونجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن تسري الآجال من يوم التبليغ الرسمي وتسري من انقضاء اجل المعارضة إذا صدر غياباً وتسري هذه الآجال في مواجهة طالب التبليغ<sup>1</sup>.

ب- الاستئناف: نصت عليه المادة 949 قانون الإجراءات المدنية والإدارية: يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية ولم يقدم أي دفاع أن يرفع الاستئناف ضد الأمر الاستعجال يصادر من المحكمة الإدارية ما لم ينص القانون خلاف ذلك.

و يحدد أجل الاستئناف ب 15 يوم ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

### ✓ طرق الطعن الغير العادية:

مجلس الدولة جعل طريقان في طرق الطعن الغير العادية الطعن بالنقض، والتماس إعادة النظر.

**1: الطعن بالنقض:** إذا صدر أمر الاستعجالي عن الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي وتم تبليغه إلى الخصم ولم يرفع هذا الأخير استئناف ضد ذلك الأمر فإن هذا الأخير يبني له مهلة شهرين لطعن بالنقض في ذلك الأمر من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن<sup>2</sup>.

#### **2: التماس إعادة النظر:**

يجوز اللجوء إليه في المنازعات الإدارية وخاصة بالنسبة للأوامر الاستعجالية التي لا تقبل الطعن فيها بطريقتي المعارضة أو الاستئناف ويجب أن يكون الاستئناف مبيناً على الأوجه التالية:

1 المادة 950 ف ا م إ

2 المادة 956 ف ا م إ

- 1- عدم مراعاة الأشكال الجوهرية قبل أو وقت صدور تلك الأوامر بشرط أن لا يكون بطلان هذه الإجراءات صحيحة الأطراف.
- 2- إذا قضى بناء على وثائق اعترف أو صرح بعد صدور الحكم أنها مزورة.
- 3- إذا اكتشف بعد الحكم وثائق قاطعة في الدعوى كانت محتجزة لدى الخصم
- 4- إذا لم يدافع عن عديمي الأهلية.

ويجب رفع التماس إعادة النظر في ميعاد شهرين من تاريخ التبليغ الأمر الاستعجالي،<sup>1</sup> كما لا يجوز تقديم التماس إعادة النظر من جديد في القرار الفصل في دعوى الالتماس<sup>2</sup>

### الفصل الثاني: مجلس الدولة كقاض استئناف ومعارضة

تتصل المادة 10 من القانون العضوي رقم 98-01 على أنه " يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائياً من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "

من أحكام المادة أعلاه سوف نتطرق إلى كيفية ممارسة مجلس الدولة ولايته على القرارات الإدارية من حيث الشكل ثم تطرق إلى كيفية ممارسة لولايته من حيث الموضوع وهو ما تؤيدها المادة 2/2 من القانون 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية بالنص على ما يلي " أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

### أولاً: مجلس الدولة كقاض الاستئناف.

الاستئناف أمام المجلس الدولة هو كدرجة ثانية يأتي قبل الطعن بالنقص في أية الدعوى يتم تحريكها وهو ما أكدت المادة 10 من القانون العضوي بصيغة صريحة عندما وضعت القاعدة العامة أكدت يجوز الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة كي يفصل في مشروعية القرار الإداري، إلا أن السلطات التقديرية متروكة للقاضي الإداري على مستوى المحكمة الإدارية يمكن أن تزيغ تقدير المصالح المتنازع عليها بين المتقاضيين وتصدر تلك قرارات قضائية غير منصفة، ومهددة للحريات والحقوق العامة للأفراد.

### ألف: المبادئ العامة للاستئناف.

ينظم الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، مجموعة من القواعد القانونية، أصبحت بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حاملة لنوع من الاختلاف في تحديد نوعية أو

1 المادة 968 ف ا م إ

2 المادة 969 ف ا م إ

طبيعة القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية، والتي تقبل الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة، ويظهر ذلك في عدم تناسق نصي قانون مجلس الدولة، والمحاكم الإدارية، مع نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية في القاعدة العامة للاختصاص ( نقطة أولى )، أما الاتفاق من قبل قواعد القوانين الثالثة، فانحصر الاستثناء وهو ما ندرسه في ( النقطة الثانية ).

**النقطة الأولى: القاعدة العامة للاختصاص:** تستدعي قاعدة الاختصاص بالاستئناف أمام مجلس الدولة، ضرورة التطرق، لدراسة القرارات القضائية الإدارية التي تقبل الطعن بالاستئناف الأصلي ( أ ) والقرارات التي تخضع للاستئناف الفرعي ( ب ).

#### أ - الاستئناف الأصلي:

يتناول هذا الاختصاص حسب نصي المادتين 10 من قانون مجلس الدولة، والمادة 2 من قانون المحاكم الإدارية، الاستئناف الأصلي، الذي ينصب على مراجعة أو إلغاء القرار القضائي الصادر من المحكمة الإدارية، في صيغة قرار ابتدائي، ما عدا ذلك من القرارات القضائية الأخرى، لا تقبل الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

والملاحظة التي يمكن تسجيلها على هذا التوجه من النصين، أنهما قد ضيقا صلاحيات مجلس الدولة، في الرقابة التقويمية للممارسة المفروضة على المحاكم الإدارية من قبل مجلس الدولة، ربما الشيء الذي أدى بالمشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى نهج توجه آخر في محتوى المادة 949 منه الذي نص على ما يلي: " يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعي بصفة قانونية، ولو لم يقدم أي دفاع أن يرفع استئنافاً ضد الحكم أو الأمر الصادر من المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك. "

وهذا النص خالف محتوى المادة 277 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، الذي كان يتوكل ويتماشى مع قانون مجلس الدولة، وقانون المحاكم الإدارية وكان ينص على ما يلي: " تختص الغرفة الإدارية كذلك بالفصل بالاستئناف المرفوع ضد الأحكام الابتدائية الصادرة من المجالس القضائية في المسائل الإدارية "

ويعتبر التوجه الذي سلكه المشرع في تحديد القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية، والقابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة، في المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كخطوة لتغيير محتمل حدوثه مستقبلاً على مجال الاختصاص الذي قد يتناوله مجلس الدولة كقاضي استئناف وهو ما يعني أن اقتصار عملية الاستئناف لا تكون إلا على القرارات الابتدائية، بل ستتعداه إلى القرارات الصادرة غيابياً والقابلة للمعارضة.

والقرارات القضائية الجائز الطعن فيها بالاستئناف لا بد أن يكون الحكم المطعون فيه مبنياً على ما يلي:

- ❖ حالة مخالفة أحكام القانون، أو خطأ في تطبيقه، أو تأويله.
- ❖ حالة وقوع بطلان في الإجراءات، يؤثر في الحكم أو القرار القضائي.

وستعرض فيما يلي إلى هاتين الحالتين اللتين تؤديان إلى إخضاع القرار القضائي إلى الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة كل حالة على حدى.

### 1- حالة مخالفة القانون:

يفصل مجلس الدولة كقاضي مختص بالطعون الاستئنافية وكمراقب لقاضي الموضوع، في مدى بحثه لواقع النزاع، ومحاولة إخضاع النتيجة المستخلصة من قاضي الموضوع مع وقائع النزاع المطروح أمامه.

يكون الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة كقاضي استئناف، ليس بالمفهوم المقرر للطعن بالاستئناف في قانون المرافعات، وإنما هي أقرب إلى رقابة قانون، منها إلى رقابة واقع النزاع، بالإضافة إلى البحث عن النتيجة القانونية، التي قد يستخلصها قاضي الموضوع من وقائع النزاع المطروح أمامه، ويستند هذا الطرح، إلى مقولة أن رقابة المجلس تقف عن التكاليف القانوني. الذي أصبغه قاضي الموضوع على وقائع النزاع. وهي رقابة قانونية وأن رقابة الواقع ما هي إلا بحث فيما كانت وقائع النزاع حقيقية أو وهمية لا وجود لها.

وقد يتخذ عيب مخالفة القانون صورتين هما: مدى التكاليف القانوني لوقائع النزاع من مسائل النزاع، أو الخطأ في فهم الوقائع الذي يكون مؤثراً في الحكم.<sup>21</sup>

وعلى العموم يقصد بعيب مخالفة القانون كوجه من أوجه الطعن بالاستئناف ضد القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية، نوع من التطبيق الخاطئ للقاعدة

1 محمود جمعة، الطعون الاستئنافية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1986، ص 108.  
2 وللاطلاع أكثر راجع:

مجلس الدولة قرار رقم 009993 مؤرخ في 2004/03/16، مجلة مجلس الدولة عدد 5، 2004، ص 150 وما بعدها حيث جاء في حيثياته: " حيث إنه . . . بالنسبة للمستأنف وذلك بصفة مؤقتة كان مخالف للقانون. . . . " وفي حيثياته الثانية جاء فيها: " حيث أن المستأنف عليها لما اعتبرت المستأنف تعامل مؤقت رغم تشغيله لمدة أكثر من 10 سنوات وقامت بتسريحه دون احترام الإجراءات القانونية لضمان حقوقه قد تسفقت في حقه ما يتعين إلغاء القرار الذي أساء تقدير الوقائع وتطبيق القانون والقضاء من جديد بإلزام المستأنف عليها بإعادة إدماج المستأنف إلى منصب عمله الأصلي أو مائل وتعيينه الأضرار التي لحقت به بسبب التسريح التعسفي "

مجلس الدولة قرار رقم 018977 مؤرخ في 2005/10/04، مجلة مجلس الدولة، عدد 7، 2005، ص 136 وما بعدها، إذ جاء في إحدى حيثياته ما يلي: " حيث أن المقرر المطعون فيه بالإلغاء جاء مخالفاً لأحكام القانون، وتجاوز سلطة رئيس بلدية عين توتة، وبالتالي إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بإلغاء المقرر الصادر عن بلدية عين توتة "

القانونية على وقائع النزاع بمعنى الخطأ في التكييف القانوني لهذه الوقائع، أي الخطأ في عملية المقارنة بين واقع النزاع ومفترض القاعدة القانونية على وجه يؤدي إلى إنزال الأثر القانوني الذي قرره نص القاعدة القانونية على ذلك الواقع في حين أن مفترض هذه القاعدة لا ينطبق على واقع النزاع.

وإذا كانت طبيعة الأشياء تفرض هذا الفهم لعيب مخالفة القانون التي تتمثل في ترك وإغفال الحكم المطعون فيه.

فالأصل الاعتماد على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون، كوجه من أوجه الطعن إنما ينصب على منطوقه، ولا يتناول أسبابه، إلا إذا كانت الأسباب مرتبطة بالمنطوق ارتباطاً جوهرياً، وعليه يمكن لمجلس الدولة كقاضي استئناف، أن يلغي القرار المطعون فيه لمخالفة منطوقه للقانون.<sup>1</sup>

ويعيب الحكم المطعون فيه لما يرد بأسبابه تقديرات قانونية خاطئة.<sup>2</sup>

- الخطأ في تطبيق القانون، أو تأويله: يقصد به تطبيق قاعدة قانونية لا تحتل التأويل أو التفسير، على واقعة لا تنطبق عليها في الأصل، أما الخطأ في تأويل القانون فهو إعطاء النص واجب التطبيق معنى غير معناه الحقيقي.<sup>3</sup>

وجاء في قرار مجلس الدولة رقم 27279 مؤرخ في 25/10/2005 في إحدى أسبابه ما يلي: ". . . إنما جاء بمضمون القرار محل الطعن ليس تسبباً بمفهوم القانون لأنه في هذه الحالة يتعذر على مجلس الدولة مناقشة مدى شرعية هذا القرار وعلى هذا الأساس أن الوجه المثار مؤسس لأن القرار محل الطعن فعلاً معيب بعيب انعدام الأسباب مما يتعين عليه إبطاله وإحالة المدخل في الخصام من جديد أمام الجهة نفسها ليحاكم من جديد وفقاً للقانون"<sup>4</sup>

ويقصد بالخطأ في تطبيق القانون، الخطأ في التكييف القانوني لوقائع النزاع، وفي هذا قضى مجلس الدولة، في قراره، رقم 030115 مؤرخ في 28/03/2006 بما يلي: ". . . على هذا الأساس وتطبيقاً لأحكام المادة 35 من القانون 31/90 فطلب المستأنفة مؤسس قانوناً مما يجعل قاضي الدرجة الأولى قد اخطأ فيما قضى به، وعليه يتعين

1 مجلس الدولة، قرار رقم 013565، مؤرخ في 20/01/2004، مجلة مجلس الدولة وعدد 8، لسنة 2006 ص 181/182 إذ جاء في إحدى حيثياته ما يلي: " وإن قضاء الدرجة الأولى ولأنهم فصلوا على ذلك النحو جاء قرارهم منعهم للقاعدة القانونية، وأنه يتعين إلغاء القرار المستأنف وفصله من جديد رفض دعوى المؤسسة المستأنف عليها لتقدم دينها.

2 مجلس الدولة، قرار رقم 02/626، مؤرخ في 22/02/2006، مجلة مجلس الدولة، عدد 08 لسنة 2006، ص 203، وما بعدها، إذ جاء في إحدى حيثياته ما يلي: حيث أن قضاة أول درجة قد جانبوا الصواب في تكييفهم لوقائع القضية عندما صرحوا بعدم اختصاصهم النوعي، إذ كان عليهم أن يقضوا برفض دعوى المدعية المستأنفة لعدم تأسيسها تجاه البلدية مما يعرض قرارهم للإلغاء. "

3 احمد محمود جمعة، الطعون الاستثنائية، مرجع سابق، ص 110.

4 مجلس الدولة، قرار رقم 27279 مؤرخ في 25/10/2005 مجلة مجلي الدولة، عدد 08، 2006، ص 235، 236.

إلغاء القرار المستأنف والفصل من جديد بحل الجمعية المستأنف عليها ومصادرة أملاكها لفائدة الدولة " <sup>1</sup>

وهذا الاتجاه سلكه مجلس الدولة لما قضى في قرار آخر جاء فيه: " حيث أن قضاة الدرجة الأولى لما اعتبروا الوقائع ثابتة في حق المستأنف اعتمادا على مقرر لجنة التأديب دون مراعاة أحكام المادة 25 من المرسوم 84 - 10 المؤرخ في 1984/01/14 دون التأكد من صحة استدعاء المستأنف بصفة قانونية أمام لجنة التأديب يكونون قد اخطئوا في تطبيق القانون، مما يعرض قرارهم للإلغاء " <sup>2</sup>

وقضى في حكم آخر، بما يلي: ". . . يستنتج مما سبق أن قضاة المجلس اخطئوا في تطبيق القانون وبتعيين إلغاء قرارهم وفصلا من جديد إلزام المستأنف عليه بهدم البناء المشيد بدون رخصة على القطعة الأرضية الكائنة بالمكان المسمى بوفلكي بقرية بني مرعي ببلدية خراطة " <sup>3</sup>

وللخطأ في تطبيق القانون صورتان: الأولى، تنطبق لما تقضي المحكمة الإدارية بشيء لم يطلبه الخصوم، أو بأكثر مما طلبوه من حالات الخطأ في تطبيق القانون في مجال الطعن الإداري، والصورة الثانية، وهي الاستئناف الفرعي الذي سنتطرق إليه لاحقا.

**2- حالة وقوع بطلان في الإجراءات يؤثر في الحكم أو القرار القضائي:** من أسباب بطلان القرار القضائي، عدم احتوائه على الأسباب التي بني عليها الحكم الصادر من المحكمة الإدارية، والذي يفترض فيه الصدور حاملا للأدلة الواقعية مدعما بالحجج القانونية التي استند إليها الخصوم في ثنايا أسباب الحكم الذي من المفروض، أن يصدر حاملا في طياته تطبيقات النصوص المتعلقة بالنزاع على الوقائع المطروحة أمام المحكمة الإدارية <sup>4</sup>.

وبهذا الصدد، قرر مجلس الدولة، في قراره رقم 150297، المؤرخ في 1999/2/1 ما يلي: " حيث أن الاستئناف يستهدف إلغاء القرار المستأنف في هو القضاء من جديد برفض دعوى المدعي الرامية إلى إلغاء القرار الولائي المتضمن عزله من المستثمرة الفلاحية.

واستند الاستئناف إلى أنه بعد تحريات عميقة ودقيقة من طرف مؤسسات الدولة بما فيها السلطات الأمنية والإدارية اتضح أن المستأنف عليه كان له سلوك معاد للثورة

1 مجلس الدولة، قرار رقم 030115 مؤرخ في 2006/03/28 مجلة مجلس الدولة، عدد 8، 2006، ص 243، 244

2 مجلس الدولة، قرار رقم 009898 مؤرخ في 2004/04/20 مجلة مجلس الدولة، عدد 5، 2004، ص 143، 145

3 مجلس الدولة قرار رقم 020217 مؤرخ في 2005/10/18 مجلة مجلس الدولة، عدد 7، 2005، ص 123، 124

4 احمد محمود جمعة، الطعون الاستئنافية، مرجع سابق، ص 118.

أثناء الحرب التحريية، ولكن القرار الولائي موضوع الدعوى جاء غير معطل وغير مدعم بأدلة كافية على ما ينسبه للمستأنف عليه مما يجعله منعداً الأساس بالإضافة إلى أن القانون رقم 90-51 يستوجب اللجوء إلى القضاء لإقضاء احد أعضاء مستثمرة فلاحية، حيث أن الاستئناف غير مؤسس ويتعين بالتالي تأييد القرار المستأنف "

ويتحقق البطلان في القرار، إذا كان حاملاً لعيب شكلي في الإجراءات يؤثر على الحكم

#### ب- الاستئناف الفرعي:

تتناول هذا النوع من الطعون المادة 951 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها على ما يلي: " يجوز للمستأنف عليه استئناف الحكم فرعياً حتى في حالة سقوط حقه في رفع الاستئناف الأصلي. لا يقبل الاستئناف الفرعي إذا كان الاستئناف الأصلي غير مقبول.

يترتب على التنازل عن الاستئناف الأصلي عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا وقع بعد التنازل.

نستخلص من قراءة نص المادة أن الاستئناف الفرعي، اشترط لتحقيقه ضرورة ارتباطه بثلاث شروط هي:

- 1- **الشرط الأول:** ويتعلق بحق المستأنف عليه برفع الاستئناف الفرعي.
- 2- **الشرط الثاني:** وهو توقف قبول الاستئناف الفرعي بقبول الاستئناف الأصلي.
- 3- **الشرط الثالث:** ربط عملية التنازل عن الاستئناف الأصلي بعدم قبول الاستئناف.

قبل التطرق لمناقشة الشروط سالفة الذكر، لا بأس أن نعرض على محاولة تعريف أو الوقوف على معنى الاستئناف الفرعي، لأن الأصل أن للمدعي أن يقدم من الطلبات العارضة ما يتضمن تصحيح الطلب الأصلي، أو تعديل موضوعه، بموجب ظروف طرأت بعد رفع الدعوى، أو ما يكون مكملًا للطلب الأصلي، أو مترتباً عليه أو متصلاً به بصفة لا تقبل التجزئة، أو ما يتضمن إضافة أو تفسير في سبب الدعوى، أو ما تأذن المحكمة بتقديمه مما يكون مرتبطاً بالطلب الأصلي.<sup>1</sup> أما ما يتعلق بالشروط التي اوجب تحقيقها المشرع الجزائي في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى يقام الاستئناف الفرعي فسنحاول مناقشتها كالتالي:

**الشرط الأول: حق المستأنف عليه في القيام باستئناف الحكم فرعياً:** سمحت هذه المادة للشخص الذي استأنفت ضده في قرار قضائي ما، إذا ما ظهر له أن هناك دعاوى فرعية مرتبطة بالاستئناف الأصلي، أن يقوم برفع دعوى فرعية بالاستئناف أمام مجلس الدولة.

1 حكم المحكمة الإدارية العليا قضية 274 ق، جلسة 1982/1/15

**الشرط الثاني: عدم قبول الاستئناف الفرعي إذا بطل الاستئناف الأصلي:** ومعنى ذلك أن الاستئناف الفرعي مرتبط كل الارتباط في الوجود بضرورة قبول الاستئناف الأصلي، الذي ينصب على موضوع الدعوى الإدارية، وإذا كانت الدعوى الأصلية غير مقبولة أمام مجلس الدولة فبالضرورة أن تكون اللوائح لها، الدعاوى الفرعية هي الأخرى مبنية على العدم، الشيء الذي يؤدي بالقاضي الإداري إلى عدم قبولها، استنادا إلى تطبيق نص المادة 2/ 951 والدليل ربما الذي استند إليه المشرع لدى صياغته لهذا النص، انه من المنطق أن الفرع يأتي بعد الأصل وعليه لا يمكن تصور وجود فرع دون أصل.

**الشرط الثالث: فينصب على عملية بين الفرع، والأصل المتنازل عليه:**

تنص المادة 3/951 على أن يترتب على التنازل عن الاستئناف الأصلي، عدم قبول الاستئناف الفرعي، إذا وقع بعد التنازل، ومثل هذا التوجه من قبل المشرع بجانبه الصواب لأن الأصل المفترض كما سبق وأن تناولناه، هو ارتباط الاستئناف الأصلي، بالاستئناف الفرعي، وإذا تم التنازل عن الحق الأصلي وهو تحريك دعوى الاستئناف الأصلي أمام مجلس الدولة المخاصمة قرار قضائي صادر من محكمة إدارية وبعد عملية التنازل يرتأى، أن يقوم بتحريك طعن استئنافي فرعي لذلك الحق المتمثل في الاستئناف الأصلي وهنا يعتبر الطعن الفرعي، بمثابة دعوى يتيمة، لا أصل لها في الارتباط الشيء الذي أدى إلى استبعادها، وعمله كان منطقياً وصائباً.

**النقطة الثانية- الاستثناء:** تناولت بالنص على هذا الإجراء، المواد القانونية الثلاث الآتية:

أ - المادة (10) من القانون العضوي لمجلس الدولة جاء نصها معبرا على ذلك بما يلي: " يفصل مجلس الدولة في استئناف القرارات الصادرة ابتدائيا من قبل المحاكم الإدارية في جميع الحالات ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".<sup>1</sup>

ب - المادة الثانية (02) من قانون المحاكم الإدارية، تناولت في الفقرة الثانية بالنص على ما يلي: " أحكام المحاكم الإدارية قابلة للاستئناف أمام مجلس الدولة، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ".<sup>2</sup>

ج - المادة 949 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جاءت متتالية لهذا الاستثناء بالنص عليه كما يلي: "يجوز لكل طرف حضر الخصومة أو استدعى بصفة قانونية ولو لم يقدم أي دفاع أن يرفع استئنافا ضد الحكم أو الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية، ما لم ينص هذا القانون على خلاف ذلك ".<sup>3</sup>

1 المادة 10 من القانون العضوي لمجلس الدولة.

2 المادة 2/2 من القانون رقم 02/ 98 المتعلق بالمحاكم الإدارية

3 المادة 949 من ق إ م إ

يلاحظ من قراءة نهايات المواد الثلاث أنها تنتهي بعبارة واحدة مشتركة فيما بين النصوص الثلاث وهي: " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " والتي أدخلت كاستثناء على الأصل من اعتبار مجلس الدولة مختصا بالطعون الاستثنائية التي تحرك ضد القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية في شكل ابتدائي، ما عدى في نص قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي لم يحدد طبيعة الأحكام أو القرارات أن كانت ابتدائية أم كل القرارات الصادرة من المحاكم الإدارية بصورة عامة

وقد تكون عبارة: " ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " يقصد بها القرارات القضائية الصادرة من المحاكم الإدارية، تكون خاضعة للطعن بالنقص، من قبل مجلس الدولة إذا ما نص عليها القانون، واستثنائها اختصاص مجلس الدولة الاستثنائي.

أما كون الاستثناء الوارد على هذه المواد انه ارتبط بصور نصوص قانونية تنظمها فهو نوع من الانسجام التنظيمي من قبل المشرع لهيئات القضاء الإداري وعدم تركه لسلطة، أو الإدارة التنفيذية من حق في التدخل في تنظيم اختصاصات القضاء الإداري التي تكون رقابته لها من ضمن اختصاصه الشيء الذي يقلل استقلالية القضاء الإداري لما تتدخل الإدارة العامة في رسم شؤونه القضائية إلا أن المشرع تفتن لمثل هذه النقائص التي كانت موجودة من قبل، في مثل قانون الإجراءات المدنية في نص المادة 277 منه التي كانت تنص في فقرتها الأولى على ما يلي: " تختص الغرفة الإدارية بالفصل في الاستئناف المرفوع ضد الأحكام الابتدائية الصادرة من المجالس القضائية في المسائل الإدارية، ما لم تنص القوانين على خلاف ذلك.<sup>1</sup>

#### باء: شروط قبول الطعن بالاستئناف.

من خلال المادة 10 والمادة الثانية السالفين الذكر فإن المشرع وضع القاعدة العامة هي أن جميع القرارات الصادرة من المحاكم الإدارية قابلة للطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة ما دامت ابتدائية<sup>2</sup>

من خلال المادة 10 يتبين القرار الإداري يصدر عن محكمة الابتدائية وبما أنه يصدر عن المحكمة فإن القاعدة العامة تشترط توافر الشروط التالية:

**1:** أن يكون الحكم القضائي بمعنى أن يكون الحكم صادر عن محكمة إدارية وهو يجعله يتمتع بحجية الشيء المقضي به.

1 المادة 1/ 277 من ق إ م

2 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 151

لقد منح المشرع لمجلس الدولة ولاية شاملة لجميع القرارات الصادرة عن المحاكم الإدارية أيا كان موضوع القرار طلب الإلغاء أو التقويض أو الفحص المشروعية أو التفسير<sup>1</sup> وهذا حسب المادة 801 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**2:** أن يكون القرار القضائي ابتدائي بمعنى أن يكون الحكم صادر عن محكمة درجة أولى والقابل للطعن بالاستئناف وهو شرط كرسته المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية خلافا للحكم النهائي الذي لا يقبل ذلك بغض النظر عن أي محكمة صدر.

**3:** أن يكون الحكم صادر عن محكمة إدارية يشترط لقبول الطعن بالاستئناف أمام مجلس الدولة أن يكون القرار المطعون فيه صادر عن محكمة إدارية<sup>2</sup> أي هيئة القضائية الخاضعة أساسا للقانون رقم 98-02.

### جيم: الشروط تتعلق بأشخاص الخصومة في الاستئناف.

وضع القانون الإجراءات المدنية والإدارية القاعدة العامة يجب أن تتوافر في الطعن في أي دعوى قضائية سواء أمام القضاء العادي أو القضاء الإداري وهو ما أكدته المادة 13 قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: " لا يجوز التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون يدبر القاضي تلقائيا انعدام. . . إذا ما اشترطه القانون "

وعلى هذا الأساس من خلال نص المادة 13 ق ا م إ فإن الشروط دفع الدعوى هي الصفة والمصلحة.

✓ **الصفة:** القاعدة العامة أن الاستئناف يقتضي اتحاد أطراف الخصومتين الابتدائية والاستئنافية فيه من أجل ضمان<sup>3</sup>

- احترام مبدأ التقاضي على درجتين من جهة.

- مراعاة قاعدة نسبية اثر الأحكام من جهة أخرى.

✓ **المصلحة:** تطبيقا لقاعدة " لا دعوى بدون مصلحة " فإنه لا يمكن للمستأنف تحريك دعواه أمام المحكمة الإدارية ما لم تكن له مصلحة قائمة.

### دال: الشروط المتعلقة بالإجراءات.

يخضع الاستئناف أمام مجلس لإجراءات حددتها كل من المادتين 904 و 905 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بتقديم عريضة مستوفية لشروط المنصوص عليها في

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص 604.

2 المادة 949 ق ا م إ

3 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 157.

## الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرفقة بنسخة من الحكم المطعون فيه والإيصال الثبت ادفع الرسم القضائي ليتم قبولها شكلا.

هذا فإن هذه البيانات تتضمن أساس هوية الخصوم ومهنتهم وموطنهم على أن تكون العريضة موقعة من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة<sup>1</sup> باستثناء الدولة<sup>2</sup>

أما بالنسبة لميعاد استئناف أمام مجلس الدولة فقد حدد بشهرين من تاريخ تبليغ قرار<sup>3</sup>، كما يقتضي إلى 15 يوما بالنسبة للأوامر الاستعجالية أما بالنسبة لحساب الميعاد فإن الآجال تحسب كاملة فلا يحسب يوم التبليغ ويوم انقضاء الأجل كما يمدد الأجل بالنسبة للإقامة خارج البلاد لمدة شهرين (02) تضاف إليه آجال الاستئناف أمام المجلس الدولة المقدر بشهرين<sup>4</sup> كذلك بالنسبة لحالة قطع الآجال وهذا في حالة الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة وطلب مساعدة قضائية ووفاء المدعي أو تغيير الأهلية أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أيضا من بين حالات تمديد الآجال حالة وقف الآجال ويقصد به توقف عن العمل لمدة زمنية معينة، وبعد زوال العارض يستأنف عد المدة الزمنية المتبقية وإذا انقضى آجال رفع الدعوى الاستئناف ترفض الدعوى لخروج الآجال القانونية.<sup>5</sup>

### ثانيا: مجلس الدولة كقاضي معارضة.

المعارضة هي طريقة من أخرى من طرق الطعن العادية ذلك أنه يمكن لمن غاب عن الجلسة يطعن أمام المحاكم الإدارية بالمعارضة<sup>6</sup>.

والمعارضة تسمح كذلك لمن غاب عن الجلسة أن يتقدم أمام الجهة القضائية التي أصدرت القرار القضائي أن يطعن فيه بالمعارضة<sup>7</sup> وذلك لمراجعة الحكم أو القرار الغيابي.<sup>8</sup>

1 المادة 905 ق ا م إ يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم، تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة باستثناء الأشخاص المذكورة في المادة 800.

2 المادة 827: تقضي الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه من التمثيل و... بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل.

3 المادة 950 ق ا م إ

4 المادة 404 ق ا م إ

5 راجع مجلس الدولة قرار رقم 92 مؤرخ في (01/03) 2000 أشار إليه محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري مجلس الدولة إذ جاء منه ما يلي حيث اتفق وما دأب عليه الاجتهاد القضائي الإداري على انه ينتج عن انقضاء المواعيد المقررة للاستئناف أو الطعن بالشخص ضد قرار قضائي إداري استحالة النظر في طلب القضائي لكون شرط الميعاد من النظام العام باستثناء القرارات المنعقدة. ويحث كذلك على أن الاستئناف يرفض اذا كان خارج الميعاد القانوني حتى ولو كان الطلب القضائي قائما على أساس قانون صحيح. وحيث بالنتيجة فإن القرار المبلغ إلى العارض يوم 27 / 05 / 1997 تم استئنافه يوم 1997/7/6 يكون خارج الآجال القانونية المنوه عنها في الفقرة الثانية من المادة 277 ق ا م إ ومن ثم يتعين رفضه.

6 المادة 953 ق ا م إ

7 المادة 328 ق ا م إ.

8 المادة 327 ق ا م إ

**ألف:** شروط قبول الطعن بالمعارضة أمام مجلس الدولة: المادة 953 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترطت شروط لا بد أن يتوافر في الدعوى القضائية كي يتم الطعن فيها بالمعارضة ويتم النظر فيها من حيث الوقائع والقانون.<sup>1</sup> ويصبح القرار المعارض فيه كأن لم يكن.

**1: شرط محل الطعن:** وهو أن ينصب على قرار قضائي صادر من مجلس الدولة ويكون صدور غيابي<sup>2</sup> في الحق المعارض فيه، ذلك أن المادة 294 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت " يكون الحكم الغيابي قابلاً للمعارضة ".

**2: الطاعن:** المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاء في نصها لا يجوز التقاضي ما لم يكن الطاعن تتوفر فيه الصفة والمصلحة، والإذن كذلك يجب أن تقدم العرائض والطعون ومذكرات الخصوم تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس الدولة<sup>3</sup> إلا أن القانون استثنى بعض الأشخاص المنصوص عليها في المادة 827 قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>4</sup>.

**3: عريضة الدعوى:** المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت صراحة على أن تتوفر في مضمون الدعوى شروط وإلا اعتبرت غير مقبولة شكلاً: الجهة القضائية التي ترفع أمام الدعوى، اسم كل من المدعي والمدعي عليه وموطنهم أيضاً إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي.

**4: الميعاد:** ميعاد المعارضة أمام مجلس الدولة هو شهر واحد من يوم التبليغ الرسمي للحكم والقرار الغيابي<sup>5</sup>.

### الفصل الثالث: مجلس الدولة كقاض اختصاص بالطعون غير العادية

لا يتوقف اختصاص مجلس الدولة كقاض درجة وأخيرة بل يتعدى ذلك إلى اختصاصه بالطعون الغير العادية سواء الطعن بالنقض، واعتراض الغير الخارج من الخصومة، ودعوى التماس إعادة النظر، والذي نص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 903

1 المادة 327 ق ا م إ

2 المادة 292 ق ا م إ إذا لم يحضر المدعي عليه أو وكيله أو محاميه رغم صحة التأليف بالحضور يفصل القاضي غيابياً.

3 المادة 905 ق ا م إ

4 المادة 827 ق ا م إ: تعني الدولة والأشخاص المعنوية المذكورة في المادة 800 أعلاه، من التمثيل وجوز بمحام في الادعاء أو الدفاع أو التدخل.

5 المادة 954 ق ا م إ

### أولاً: الطعن بالنقض.

يرتبط الطعن بالنقض ارتباطاً وثيقاً بالطعن بالاستئناف فالأحكام الغير القابلة لطعن بالاستئناف تخضع لطعن بالنقض لكن لا يجوز الجمع بينهما قياسياً على عدم جواز الطعن بطعنين في آن واحد في نفس القرار ولقد وضع العميد الطماوي تعريف الطعن بالنقض<sup>1</sup> على انه: " دعوى يطلب فيها إلى مجلس الدولة إثباتاً حكماً إدارياً، قد صدر على خلاف القانون تم إلغاء هذا الحكم ومن هنا يظهر تشابه الطعن بالنقض دعوى إلغاء قرار إداري.

وبتأسيس مجلس الدولة الجزائري كأعلى هيئة قضائية إدارية خول المشرع صراحة صلاحية قضائية جديدة عن مهام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا التي كانت تختص إلا كقاض إلغاء والاستئناف في نظام القديم أد تنص المادة 11 من القانون العضوي رقم 98. 01 على ما يلي: يفصل مجلس الدولة بالنقض في قرارات الجهات القضائية الصادرة نهائياً وكذا الطعون بالنقض في قرارات مجلس المحاسبة ."

### ألف: شروط قبول الطعن بالنقض.

كما هو الشأن بالنسبة للطعن بالاستئناف فإن الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة يتطلب توافر مجموعة من الشروط تتعلق بمحل الطعن أي القرار المطعون فيه والطاعن والشكل والإجراءات والميعاد أ / محل الطعن بالنقض: طبقاً للمادة 11 من القانون العضوي رقم 98-01 فإن الطعن بالنقض ينصب على نوعين من القرارات وهي:

1: القرارات الصادرة نهائياً عن الجهات القضائية الإدارية.

2: القرارات الصادرة عن مجلس المحاسبة.

1: القرارات الصادرة نهائياً عن الجهات القضائية الإدارية: يشترط لقبول الطعن بالنقض أمام مجلس أن يكون:

❖ قرار فضائياً: فإنه لا يمكن قبول الطعن بالنقض إلا بالنسبة للأعمال القضائية الصادرة في صورة قرارات عن المحاكم الإدارية هذا ما يحدد مجال الاختصاص بالنقض<sup>2</sup>.

1 سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، كتاب الثاني، قضاء التعويض والطعون في الأحكام الإدارية. ص 556.  
2 مجلس الدولة قرار رقم: 01105 مؤرخ في 2004/01/20 مجلة مجلس الدولة عدد 08، 2006، ص 175، جاء في ما يلي حيث أن العارضين قدما طعناً بالنقض ضد قرار مجلس الدولة في 2001/05/7 والذي أيد قرار الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء ب. . 1999/5/10 والذي صرح بقبول إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة في الشكل التي أمر بها موجب إقرار السابق عن الفصل في الموضوع المؤرخ 1998/5/18 وفي الموضوع رفض الدعوى التي رفعها العارضان، حيث انه وعملاً بأحكام المادة 9 من القانون رقم 01/98/ المؤرخ 1998/5/30 والمتعلق باختصاص تنظيم وعمل مجلس الدولة كما تفصل هذه الجهة القضائية ابتدائياً ونهائياً وعملاً بنص المادة 10 / 11 من نفس القانون، انه لا يمكن رفع طعن بالنقض أمام مجلس الدولة ضد قرار صادر منه، وانه ودون فحص الأوجه المشار من قبل العارضين يتعين التصريح بأن الطعن بالنقض في قرارات يكون قد أصدرها مجلس الدولة غير جائز.

❖ قرار نهائي: لكل شخص الحق في الطعن سواء المعارضة والاستئناف لا يمكن له الطعن بالنقض إلا إذا استنفذ جميع الطرق الأخرى ويصبح القرار المطعون فيه نهائي.

ويكون القرار نهائي إما بصدوره من محكمة آخر درجة أو محكمة أول درجة في حدود طائفة معينة من المنازعات.<sup>1</sup> ولهذا فإن القرارات التي تكون قابلة للاستئناف لا يجوز أن تكون محلاً للطعن بالنقض أمام مجلس الدولة.

❖ صادر عن الجهات القضائية الإدارية: المادة 1/903 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت نوع القضية التي يختص بها مجلس الدولة في نصها " يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية " وهو ما ذهبت إليه المادة 11 من القانون 98-01 في الاختصاص مجلس الدولة بالطعن بالنقض في نوع القضية إلى الجهات القضائية الإدارية.

## 2: القرارات الصادرة عن مجلس المحاسبة:

المادة 190 من دستور 1970 نصت على تأسيس مجلس المحاسبة<sup>2</sup> وبعد صدور دستور 1989 صدر قانون 90-32 المؤرخ في 1990/12/4 المتعلق بمجلس المحاسبة إلى أن ألغي بناء الأمر رقم 20/95 المؤرخ في 1995/07/15 كما صدر لاحقاً المرسوم التنفيذي رقم 37795 المؤرخ في 1995/11/20 المتعلق بالنظام الداخلي لمجلس المحاسبة وبناء على المادة 3 من رقم 95-20 المؤرخ في 1995/07/7 فإن مجلس المحاسبة يتمتع باختصاص الإداري وقضائي في ممارسة المهمة الموكلة إليه.

## 1 \* اختصاص مجلس المحاسبة:

مجلس المحاسبة له اختصاصان الأول المعيار العضوي وثاني المعيار الموضوعي.  
أ - المعيار العضوي ( الشكلي ): بالرجوع إلى المواد من 7 إلى 10 من الأمر 95-20 نجد المؤسسات والهيئات التي تخضع لرقابة مجلس والمتمثلة في مصالح الدولة (الوزارات ) الجماعات الإقليمية( البلديات والولايات وجميع المؤسسات والهيئات العمومية على اختلاف أنواعها.

1 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 164.

2 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق ص 172.

أيضا المرافق العامة الصناعية التجارية، شركات الاقتصاد المختلط وكذا الهيئات المكلفة بتسيير النظم الإجبارية للتأمين وحماية الاجتماعية.

**ب- المعيار الموضوعي:** تمس مراقبة المجلس المحاسبة في المجال القضائي من تقييم حسابات المحاسبين العموميين ومراجعتها ومراقبة الانضباط في مجال تسيير الميزانية والمالية<sup>1</sup> لتحري والتدقيق من طرف رئيس الغرفة ويرسله إلى الناظر العام لتقديم استنتاجاته ليعرض في الأخير على تشكيلة المداولة للبت فيها إما بقرار نهائي في حالة عدم وجود أية مخالفة أو بقرار مؤقت في حالة ثبوت الخطأ<sup>2</sup>.

ويقدم القرار المؤقت للمحاسب المعني به للرد عليه خلال شهر وبعد تقديم الناظر العام لاستنتاجاته الكتابية، تثبت الغرفة بتشكيلة مختصة في الملف بقرار نهائي وبأغلبية الأصوات، ويتمتع القرار النهائي بالصيغة التنفيذية ويمنح مجلس المحاسبة قراره النهائي<sup>43</sup> للإبراء إلى المحاسب الذي لم يتم تسجيل أية مخالفة على مسؤوليته أو يجعله في حالة مدين إذا كان الأمر مخالف لذلك

**ب / الطعون:** بالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالإجراءات والطعون نجد أن مجلس المحاسبة يصدر قرارات مؤقتة ذات طبيعة مختلفة سواء قرارات نهائية، أو قرارات مؤقتة أو قرار صادر بعد الطعن بالاستئناف علما أن تدخل مجلس المحاسبة يتم دون وجود أي نزاع وانه يتم مراجعة القرارات الصادرة عن هيكله إما بمراجعة (إعادة النظر) أو بالاستئناف أمامه فسميت بالطعون الداخلية<sup>5</sup>.

المراجعة: تكون بطلب من المتقاضي ( المحاسب ) وذلك أمام الغرفة أو الفرع الذي كان قد اصدر القرار النهائي

**الاستئناف:** يكون بطلب كل من القاضي أو السلطة الوصية أو الناظر العام.

وينظر مجلس المحاسبة في الطعن بالاستئناف في القرار النهائي الصادر عن مجلس المحاسبة بتشكيلة كل الغرفة المجتمعمة ماعدا الغرفة صاحبة القرار.

- **الطعن بالنقض:**

1 المادة 88 من الأمر رقم 95\_20 المتعلق بمجلس المحاسبة

2 المادة 38 من الأمر رقم 95 – 20 المتعلق بمجلس المحاسبة

3 المادة 47 من الأمر رقم 95\_20 المتعلق بمجلس المحاسبة

4 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 174

5 رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2005، ص 181

تنص المادة 111 / 1 من الأمر رقم 95 \_ 02 على ما يلي: " تكون قرارات مجلس المحاسبة الصادرة عن تشكيلة كل الغرف مجتمعة قابلة للطعن بالنقض طبقاً لقانون الإجراءات المدنية"<sup>1</sup>

كذلك أن المادة 958 قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: عندما يقرر مجلس الدولة نقض قرار مجلس المحاسبة يفصل في الموضوع "

### ج/ شروط تتعلق بالطاعن:

إلى جانب المراجعة والاستئناف والطعن بالنقض فإن قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترط شرط الطاعن ذلك أن المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اشترطت الصفة والمصلحة وهو ما أيدته المادة 110 الفقرة الثانية من الأمر رقم 95 \_ 20 نصت على ما يلي: "يتم تقديم الطعن بالنقض بناء على طلب الشخص المعني أو محام معتمد لدى المحكمة العليا أو يطلب من الوزير المكلف بالمالية أو السلطات السليمة أو الوصية أو الناظر العام".

### د/ شرط الميعاد:

المادة 956 قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: "يحدد اجل الطعن بالنقض بشهرين يسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار محل الطعن ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. "

إلا أن شرط الميعاد يختلف بالنسبة للحكم الغيابي وبالنسبة للإقامة خارج الوطن وكذلك في حالة قطع الأجل.

**الحكم الغيابي:** يبدأ بحساب أجال الحكم أو القرار الغيابي بسقوط ميعاد المعارضة والمقرر بشهر واحد من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم أو القرار الغيابي<sup>2</sup> ليصبح ثلاثة 3 أشهر من تاريخ إصدار القرار غيابياً.

**الإقامة خارج الوطن:** ميعاد الطعن بالنقض هو شهرين وتضاف إليه شهرين آخرين للأشخاص المقيمين خارج الوطن الذين تكون لديهم نزاع مع احد الأشخاص وهو ما ذهبت إليه المادة 404 قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نصها: تمدد لمدة شهرين 2 اجل المعارضة والاستئناف والتماس إعادة النظر والطعن بالنقض المنصوص عليها في هذا القانون. للأشخاص المقيمين خارج الإقليم الوطني "<sup>3</sup>.

1 المادة 111 من الأمر رقم 95 \_ 20

2 المادة 404 ق ا م إ

3 المادة 356 / 357 ق ا م إ

**حالة قطع الآجال:** المادة 832 من قانون إجراءات المدنية الإدارية نصت على الحالات التالية التي ينقطع فيها الميعاد:

- 1) الطعن أمام الجهة القضائية إدارية غير مختصة.
- 2) طلب مساعدة القضائية<sup>1</sup>
- 3) وفاة المدعي أو تغيير الأهلية.
- 4) القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

**شرط التمديد:** يمدد اجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة 3 أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار<sup>2</sup>

**باء: أوجه الطعن بالنقض**

المادة 959 من قانون إجراءات المدنية الإدارية نصت: " تطبق الأحكام المتعلقة بأوجه النقض المنصوص عليها في المادة 358 من هذا القانون أمام مجلس الدولة " <sup>3</sup> غير المادة 358 حددت بالتفصيل أوجه الطعن بالشخص كالأتي: لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:

- 1) مخالفة القاعدة الجوهرية في الإجراءات
- 2) إغفال الأشكال الجوهرية للإجراءات
- 3) عدم الاختصاص.
- 4) تجاوز السلطة
- 5) مخالفة القانون الداخلي
- 6) مخالفة القانون الأجنبي المتعلق بقانون الأسرة
- 7) مخالفة الاتفاقيات الدولية
- 8) انعدام الأساس القانوني
- 9) انعدام التسبب
- 10) قصور التسبب
- 11) تناقض التسبب مع المنطوق
- 12) تحريف المضمون الواضح والدقيق لوظيفة معتمدة في الحكم أو القرار

1 المادة 358 / 2 ق ا م إ

2 المادة 2/354 ق ا م ا

3 المادة 959 ق ا م إ

13) تتناقض أحكام أو قرارات صادرة في آخر درجة عندما تكون حجية الشيء المقضي فيه قد أثرت بدون جدوى، وفي هذه الحالة يوجه الطعن بالنقض ضد آخر حكم أو قرار في التاريخ، لما تأكد هذا التناقض يفصل بالتأكيد الحكم أو القرار الأول.

14) تتناقض أحكام غير قابلة للطعن العادي: في هذه الحالة يكون الطعن بالنقض مقبولاً حتى ولو كان أحد أحكام موضوع طعن بالنقض سابقاً انتهى بالرفض، وفي هذه الحالة يرفع الطعن بالنقض حتى بعد فوات الأجل المنصوص عليه في المادة 354 المذكورة أعلاه ويجب توجيهه ضد الحكمين وإذا تأكد التناقض تقضي المحكمة العليا \_ مجلس الدولة \_ بإلغاء أحد الحكمين أو الحكمين معاً.

15) وجود مقتضات متناقضة ضد منطوق الحكم أو القرار.

16- الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما يطلب.

17 - السهو عن الفصل في الحد الطلبات الأصلية.

18- إذا لم يدافع عن ناقصي الأهلية

**جيم: آثار الطعن بالنقض.**

جاء في المادة 301 قانون الإجراءات المدنية والإدارية ما يلي: " لا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار ما عدا في المواد المتعلقة بحالة الأشخاص أو أهليتهم وفي دعوى التزوير ."

وعلى هذا الأساس يفصل مجلس الدولة برفض الطعن بالنقض شكلاً لكونه غير مقبول نظراً لعدم توافر لشروط النقض، كما يرفض الطعن بعد قبوله شكلاً من الناحية الموضوعية إذا لم يكن مؤسساً.<sup>1</sup> ففي حالة عدم قبول تجزئة موضوع الدعوى، ورفع الطعن بالنقض من أحد الخصوم ينتج آثاره بالنسبة للباقي إذا لم يطعنوا بالنقض، وإذا رفع الطعن ضد أحد الخصوم في موضوع غير قابل للتجزئة، لا يقبل الطعن إلا باستدعاء باقي الخصوم.<sup>2</sup>

كذلك يتم نقض ذلك القرار كلياً أو جزئياً ما إذا كان الموضوع قابل لتجزئة<sup>3</sup>، ويتم إحالته إلى المحكمة العليا أو مجلس الدولة إما أمام الجهة القضائية التي أصدرت القرار بتشكيله جديدة، وإما أمام الجهة القضائية أخرى من النوع والدرجة نفسها، عندها يعاد الخصوم إلى ما كانوا عليه قبل الحكم أو القرار كما يترتب على الشخص إلى استصدار

1 محمد الصغير بعلي، مجلس الدولة، المرجع السابق، ص 180

2 المادة 362 ق ا م ا

3 المادة 363 ق ا م ا

الحكم جديد الإلغاء بالنتيجة لكل حكم صدر بعد الحكم أو القرار المنقوض لما جاء تطبيقاً أو تنفيذاً له أو كان له ارتباط<sup>1</sup>

كذلك يجوز النقض بدون إحالة والفصل في النزاع نهائياً عندما يكون قضاة الموضوع قد عاينوا وقدروا الوقائع بكيفية سمح للمحكمة العليا أن تطبق القاعدة القانونية الملائمة<sup>2</sup>، كما يجوز تمديد النقض بدون إحالة إلى أحكام السابقة للحكم أو القرار المطعون فيه إذا ترتب على نقضهما إلغاء تلك الأحكام بالتبعية كما يقتصر اثر النقض على مجال الوجه الذي أسس عليه، ما عدا في حالة عدم قابلية تجزئة موضوع الدعوى أو التبعية<sup>3</sup> الضرورية.

### ثانياً: اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.

هو طريق من طرق الطعن العادية يهدف من خلاله الطاعن الاعتراض عن الحكم أو القرار ونص المادة 960 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: يهدف اعتراض الغير الخارج عن الخصومة إلى مراجعة أو إلغاء الحكم أو القرار الذي فصل في أصل النزاع ويفصل القضية من جديد في الوقائع والقانون.

### ألف: إجراءات رفع الدعوى وأثار الفصل فيها

المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: " ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله ومحاميه بعدد من النسخ تساوي عدد الأطراف "

نستخلص من المادة أن ترفع دعوى وفقاً لشروط حددها قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي أن تكون مكتوبة وموقعة عليها ختم المحامي معتمد لدى مجلس الدولة ومؤرخة بمعنى أن يكون تاريخ على العريضة كما تودع أمام الهيئة القضائية من قبل العارض أو وكيله.

إلا أن المادة 385 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على ما يلي: " يرفع اعتراض الغير الخارج عن الخصومة وفقاً للأشكال المقررة لرفع الدعوى ويقدم أمام الجهة القضائية التي صدرت الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه، ويجوز الفصل فيها من طرف القضاة أنفسهم ولا يقبل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة، ما لم يكن مطعون بوصول يثبت إيداع مبلغ لدى أمانة الضبط يساوي الحد الأقصى من الغرامة المنصوص عليها في المادة 388 أدناه.

1 المادة 364 ق ا م إ

2 المادة 365 ق ا م إ

3 المادة 366 ق ا م إ

**باء: ميعاد رفع الدعوى.**

المادة 384 قانون الإجراءات المدنية والإدارية حددت ميعاد رفع دعوى اعتراض الغير الخارج عن الخصومة بنصها كالتالي: "يبقى اجل اعتراض الغير الخارج عن الخصومة على الحكم أو القرار أو الأمر قائم المدة خمسة عشرة 15 سنة، تسري من تاريخ صدوره ما لم ينص القانون على خلاف ذلك" غير أن هذا الأجل يحدد بشهرين 02 عندما يتم التبليغ الرسمي للحكم أو القرار أو الأمر إلى الغير، ويسري هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي الذي يجب أن يشار فيه إلى ذلك الأجل وإلى الحق في ممارسة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.<sup>1</sup>

**جيم: آثار الطعن اعتراض الغير الخارج عن الخصومة.**

**1: في حالة قبول القاضي الطعن باعتراض الغير الخارج عن الخصومة**

فإن القاضي يقتصر على:

- وقف تنفيذ الحكم أو القرار أو الأمر المطعون فيه في حالة الاستعجال<sup>2</sup>
- إلغاء القرار أو الحكم أو الأمر الضار بالطاعن.
- تعديل مقتضيات الحكم أو القرار أو الأمر المعترض عليه.
- يحتفظ بالحكم أو القرار أو الأمر المعترض فيه بآثاره إزاء الخصوم الأصليين.<sup>3</sup>

**2- أما في حالة اعتراض الغير الخارج عن الخصومة**

فإن القاضي يمكن أن يحكم بما يلي:

- 1- الحكم بغرامة على المعترض تقدر ب 10. 000 و 20. 000 دون الإخلال بالتعويضات المدنية التي قد يطالب بها الحكم.
- 2- يقضي بعدم استرداد الكفالة.

**ثالثاً: دعوى التماس إعادة النظر دعوى التماس إعادة النظر هو طريق من طرق**

الطعن الغير العادية إذ لا يجوز الطعن إلا في القرارات الصادرة عن مجلس الدولة<sup>4</sup>

إلا أن القرارات التي يجوز الطعن أمام مجلس هي:<sup>5</sup>

✓قرارات الإلغاء التي تصدر ضد قرارات الأشخاص الإدارية.

1 المادة 384 ق ا م إ

2 المادة 386 ق ا م إ

3 المادة 387 ق ا م إ

4 المادة 966 ق ا م إ

5 المادة 802 ق ا م إ

✓قرارات التفسير، وفحص المشروعية لما يكون مجلس الدولة قاضيا في درجة أولى وأخيرة

✓أيضا يمكن تقديم التماس إعادة النظر في احدي الحالتين الآتيتين<sup>1</sup>:

- إذا اكتشف أن القرار قد صدر بناء على وثائق مزورة قامت لأول مرة أمام مجلس الدولة.
- إذا الحكم على الخصم بسبب عدم تقديم وثيقة قاطعة كانت محتجزة عند الخصم.

### إجراءات تقديم العريضة وأثار الحكم في القرار.

المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نصت على: أن ترفع الدعوى أمام المحكمة<sup>2</sup> سواء كانت هذه الدعوى مدنية أو إدارية، وبعريضة مكتوبة وموقعة ومؤرخة كما حدد القانون على أن تودع العريضة لدى أمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه مع سند الدفع وهو ما أكدته المادة 15 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه عدم توفر الشروط<sup>3</sup> المنصوص عليها في المادة يجعل الدعوى غير مقبول شكلا كما جعل الدعوى التماس إعادة النظر أن ترفع في اجل معين أمام مجلس الدولة<sup>4</sup> شهرين 02 من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار أو من تاريخ اكتشاف التزوير أو من تاريخ استيراد الوثيقة المحتجزة بغير حق من طرف الخصم، إذ نص مجلس الدولة في قرار له تحت رقم 08560 مؤرخ في 23 /09/ 2002 حول ميعاد الطعن التماس إعادة النظر ما يلي: . . . . وبدون أن يكون هناك حكم مسبق فعدم تقديم أو خيار الطرف الآخر قانونا بوثيقة حاسمة يشكل سبب الالتماس إعادة النظر إذ كان من شأنه عدم التقديم هذا حرمان المدعي في الالتماس من الطعن في هذه الوثيقة.

حيث انه من جهة أخرى يعد مبدأ مستقرا عليه ما مؤداه أن العلم يعتبر موجودا وقائما إلا إذا كان سيء النية. يجعل القرار محل النزاع.

حيث أن حضور الطاعن طرفا في دعوى تم التطرق فيها للقرار المطعون فيه والتي تتوج بأحكام قضائية لا يسمح باعتبار حصول العلم هذه الوثيقة المنتزاع فيها علما يقينا. إلا إذا ثبت تبليغ هذه الأحكام تبليغا قانونيا ."

1 المادة 967 ق ا م |

2 المادة 14 ق ا م |

3 المادة 15 ق ا م |

4 المادة 968 ق ا م |

الفصل الثاني: فعالية الرقابة القضائية على مدى مشروعية القرارات الإدارية في مجال الحقوق والحريات

تنقسم سلطات الدولة إلى: السلطة التنظيمية، والسلطة التنفيذية، والسلطة القضائية وتتولى كل سلطة من تلك السلطات هيئة مستقلة، و إذا كان فقه القانون العام قد درج في بداية القرن الثامن عشر، على الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، إلا أن هذا الفصل ليس مطلقاً. فكل هيئة من الهيئات العامة الثلاثة سواء التنظيمية أو القضائية أو التنفيذية لا تمارس أعمال وظيفتها الأصلية فحسب، ولكنها تملك سلطة ممارسة بعض أعمال الوظائف الأخرى، لذلك قامت صعوبة لدى كثير من الفقه والقضاء، حول تحديد معيار للتمييز بين مختلف أعمال الدولة خاصة ادا وضعنا في الاعتبار أهمية ذلك التمييز، نظرا للخضوع كل منها لنظام قانوني معين، ولما كانت القرارات الإدارية تخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام القانوني للأنظمة من ناحية، وعن النظام القانوني للأحكام القضائية من ناحية ثانية، كما يختلف عن النظام القانوني للأعمال الإدارية الأخرى التي تصدر عن الإدارة من ناحية ثالثة.

المبحث الأول: ضوابط القرار الإداري و دوره في حماية الحقوق و الحريات العامة<sup>1</sup>

إن اصطلاح قرار decision مشتق من أصل لاتيني ويعني البت النهائي، والإدارة المحددة لصناعة القرار بشأن ما يجب وما لا يجب فعله للوصول إلى موقف معين أو نتيجة محددة ونهائية، وفي اللغة العربية يعني القرار ما قرر "أي تبث" عليه الرأي في الحكم في مسألة، وعندما ينعت القرار بنعت الإداري فإنه يصبح دلالة على اتجاه الإدارة إلى أمر ما واستقرارها عليه لإحداث تغيير في الوضع القانوني بإرادتها المنفردة<sup>2</sup>، ولم يتعرض واضع للنظام المصري على عكس واضع الأنظمة الفرنسية لتحديد المقصود بالقرار الإداري، وهو الأمر الذي دعا رجال الفقه والقضاء إلى الاضطلاع بهذه المهمة وذلك بمحاولة وضع تعريف للقرار الإداري، إلا أنهم لم يتفقوا على تعريف واحد، إذ تعدد التعاريف وما أفرغت في عبارات مختلفة تبعا لاختلاف الزاوية التي ينظر منها كل منهم للقرار الإداري.<sup>3</sup> وكذلك عرفه الدكتور عبد الغني بسيوني بأنه: "عمل قانوني نهائي يصدر عن سلطة إدارية وطنية بإرادتها المنفردة وتترتب عليه آثار قانونية معينة"<sup>4</sup>، أما الدكتور محمد فؤاد مهنا فقد عرف القرار الإداري بأنه "عمل قانوني من جانب واحد يصدر بإرادة إحدى السلطات إدارية في الدولة ويحدث آثار قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانون قائم"<sup>5</sup>، وأيا ما كان رأي الفقه في تعريف القرار الإداري فإن التعريف المستقر حاليا في وجدان الفقه والقضاء هو التعريف القضائي الصادر من محكمة القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا في مصر، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة في الشكل الذي يحدده القانون بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة

<sup>1</sup> عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية 1959، بدون دار النشر، ص 286

<sup>2</sup> خليل خالد خليل الظاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر، عمان 1997 ص 110

<sup>3</sup> ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1982 ص 460

<sup>4</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 438

<sup>5</sup> خالد خليل الظاهر، المرجع نفسه، ص 111

### المطلب الأول: المقومات الأساسية للقرار الإداري

من خلال التعريفات السابقة يمكن أن نستدل بان القرار الإداري لا يعتبر كذلك إلا إذا توفرت مجموعة الخصائص المميزة له:

#### الفرع الأول: يجب أن يصدر القرار عن سلطة إدارية

سواء كانت هذه السلطة مركزية أم لا مركزية، فلا يعتبر العمل الصادر من سلطة عامة أخرى كالسلطة التنظيمية أو القضائية قرارا إداريا، كذلك لا تعتبر قرارات إدارية تلك التي تصدر عن أحد أشخاص القانون الخاص إلا في حالتين استثنائيتين في فرنسا اعترف فيهما القضاء بالصفة الإدارية للقرار رغم صدوره من شخص خاص<sup>1</sup> تتعلق الحالة الأولى بنظرية الموظف الفعلي والثانية بامتياز المرافق العامة، أما في مصر فيستفاد من أحكام القضاء الإداري المصري أن القرارات الإدارية تصدر من الهيئات الخاصة أو أشخاص القانون الخاص وإنما من السلطات الإدارية فحسب وذلك باستثناء حالة الموظف الفعلي.<sup>2</sup>

**الفرع الثاني: إفصاح الإدارة عن إرادتها، ولا يلزم أن يكون الإفصاح صريحا، بل قد يكون سلبيا يفهم من السكوت في موقف يجب فيه اتخاذ قرار طبقا للأنظمة واللوائح.**

وكقاعدة عامة يعتبر في حكم القرارات الإدارية امتناع السلطة الإدارية عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للأنظمة واللوائح ومن أمثلة ذلك القرار الضمني بقبول الاستقالة التي مضى على تقديمها مدة معينة دون صدور قرار صريح بقبولها أو رفضها الذي مضى على تقديمها مدة معينة دون صدور قرار صريح بقبولها أو رفضها أو إرجاء البت فيها كذلك القرار الضمني برفض النظام الذي مضى على تقديمه ستون يوما دون إجابة من السلطة المختصة.

**الفرع الثالث: يجب أن يكون القرار صادرا من أحد أعضاء السلطة الإدارية المختصين بإصدار القرارات وفي حدود اختصاصه الإداري**

فلا يعتبر قرارا إداريا القرار الصادر من أحد موظفي الإدارة الذين ليس لهم سلطة إصدار القرارات، أو القرار الصادر من شخص ليس موظفا على الإطلاق لأن قراره في هذه الحالة يكون معدوما، وقد يكون المختص بإصدار القرار الإداري الصحيح أحد أعضاء السلطة الإدارية كالوزير أو من يفوضه في ذلك، وقد يكون المختص أحد المجالس كمجلس إدارة الهيئة العامة فيصدر قراراته بأغلبية أصوات أعضائه.

<sup>1</sup> ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 462

<sup>2</sup> ماجد راغب الحلو، نظرية الموظف الفعلي في مؤلفنا بعنوان "أصول القانون الإداري" دراسة مقارنة، دون دار الطبع و البلد، ص

### الفرع الرابع: القرار الإداري عمل قانوني يصدر من جانب واحد هو جانب السلطة الإدارية

وعلى ذلك لا يعتبر قرارا إداريا العمل القانوني الذي يتكون يتقابل إرادتين أي باشتراك طرفين كل منهما يعمل لحسابه الخاص، ويستوي في هذا أن يكون كل من الطرفين سلطة إدارية، أو أن يكون أحد الطرفين سلطة إدارية والطرف الثاني فرد أو هيئة خاصة ففي كلتا الحالتين لا يعتبر العمل القانوني قرارا إداريا، وإنما يعتبر عقدا أو اتفاقا، ولا يغير من طبيعة القرار الإداري أن يكون نفاذه أو ترتيب آثاره معلقا على موافقة بعض الأفراد كما هو الشأن في قرارات تعيين الموظفين، والقرارات التي تصدر بناء على طلب من أصحاب الشأن مثل التراخيص.

### الفرع الخامس: يجب أن يرتب القرار آثارا قانونية معينة وذلك بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني معين

اشترط الفقه الفرنسي في القرار الإداري المطعون فيه وهو ما أكده كذلك الفقيهين auby، drago في كتابهما مطول في القضاء الإداري من وجود عنصرين أساسيين هما:  
- أن يكون القرار المطعون فيه من شأنه أن يولد آثار قانونية.  
- أن يكون القرار مولدا للآثار القانونية بذاته<sup>1</sup>.

فإذا لم يترتب على عمل الإدارة أي أثر قانوني لأن طبيعة العمل تقتضي ذلك أو لأن السلطة الإدارية لم تقصد أن ترتب أي أثر لا يعتبر العمل قرارا إداريا، فالتصرف الصادر من الإدارة لا يعتبر قرارا إداريا إلا إذا كان مؤديا إلى إحداث تغيير في أحد المراكز القانونية سواء كان ذلك التغيير بالإنشاء أو بالتعديل أو بالإلغاء، وسواء كان ذلك المركز مركزا فرديا أم مركزا تنظيميا، وعلى ذلك تعتبر القرارات الصادرة من الإدارة بتعيين أو ترقية أو فصل موظفين عموميين قرارات إدارية بمعنى الكلمة لأنها تؤدي إلى إحداث تغيير في المراكز القانونية لهؤلاء الموظفين حيال الإدارة العامة، أما التعليمات والتوجيهات والمنشورات الداخلية التي تصدرها الإدارة لموظفيها لمجرد توضيح أساليب العمل لهم أو تفسير القوانين واللوائح المتعلقة بعملهم أو إخطارهم بتنظيمات معينة في سير العمل، وكذلك قيد المواليذ والوفيات في الدفاتر المخصصة لذلك لا تعتبر قرارات إدارية، وكذلك الحال بالنسبة للأعمال التحضيرية التي تسبق إصدار القرار الإداري لا تعتبر قرارات إدارية لا تنتج بذاتها أي أثر قانوني وإنما يترتب الأثر على القرار في حالة صدوره.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول "قضاء الإلغاء"، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 409

### الفرع السادس: وجوب صدور القرار من جهة وطنية حتى يكون قرار إداريا

إن من المقرر في الفقه والقضاء الإداريين أن اختصاص القضاء الإداري بالفصل في طلبات إلغاء القرارات الإدارية يتطلب أن يكون القرار الإداري صادرا من جهة إدارية وطنية تطبق قوانين البلاد وتستمد سلطتها منها بحيث يكون معبرا عن الإرادة الذاتية لهذه الجهة بوصفها سلطة عامة وطنية، والعبرة في تحديد جنسية الهيئة الإدارية مصدر القرار ليس بجنسية أعضائها وإنما بمصدر السلطة التي تستمد منها ولاية إصدار القرار والقوانين التي تعمل تطبيقا لها.

### المطلب الثاني: أنواع القرارات الإدارية

تتنوع القرارات الإدارية إلى أنواع متعددة حسب الوجهة التي ينظر منها إلى القرار، ولما كنا بصدد مؤلف القرارات الإدارية وأسس مشروعيتها، فسوف نتناول العدد الأكبر من أنواع القرارات الإدارية فيه، ومن ثم سوف نقسم هذا المطلب إلى ثلاث بنود على النحو التالي:

### الفرع الأول: تقسيم القرارات الإدارية من حيث التكوين

تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى نوعين من القرارات هما: القرارات البسيطة، والقرارات المركبة (أو المندمجة).

**والقرارات البسيطة** هي القرارات التي تتميز بأن لها كيانا مستقلا، ولها حياتها الخاصة، فهي تتم على مرحلة واحدة وبإجراء واحد دون أن تستند إلى إجراءات أخرى، أو تحتاج إلى مراحل متعددة، ومن أمثلة هذا النوع من القرارات القرار الصادر بتعيين موظف عام أو ترقيته أو نقله أو فصله من الخدمة وغير ذلك من القرارات البسيطة<sup>1</sup>،

**أما القرارات المركبة** (أو المندمجة) فهي القرارات الإدارية التي تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة، تتضمن عدة مراحل أو تشمل مجموعة من الإجراءات المتتابعة التي لا يكتمل القرار الإداري بدونها جميعا، ومن أمثلة ذلك، القرار الصادر بنزع ملكية عقار خاص للمنفعة العامة إذ إن هذا القرار يدخل في عملية قانونية مركبة، وكذلك الحال بالنسبة للقرار الصادر باعتماد رسوب المزداد، أو باعتماد عقد إداري إذ إن هذه القرارات الأخيرة تندمج في عملية التعاقد التي تجريها الإدارة.<sup>2</sup>

ولما كانت القاعدة العامة أن الطعن بالإلغاء لا يكون إلا ضد القرارات الإدارية، فإن هذا يعني إغلاقه بالنسبة للعمليات المركبة وأولها العقود الإدارية وعلى ذلك فإن الطعن في العقد الإداري لا يكون بدعوى الإلغاء ولكن بدعوى القضاء الكامل، ومع ذلك فكثير من

<sup>1</sup> محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013، ص35

<sup>2</sup> محمد سمير محمد جمعة، المرجع نفسه، ص36

القرارات الإدارية التي تتصل بالعقد الإداري يمكن الطعن فيها استقلالا بدعوى الإلغاء وذلك عن طريق فصلها عن العملية القانونية المركبة وهو ما يسمى "بنظرية الأعمال المنفصلة".

ولقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أن الحكم الذي يصدر في الطعون المقامة ضد هذه القرارات المنفصلة لا يمتد إلا إلى القرار المطعون فيه فحسب. فإذا كان الطعن موجها إلى قرار بإرساء مناقصة فإن الحكم الصادر بإلغاء هذا القرار لا يؤثر في العقد ذاته، وهذا يوحي بأن الحكم بالإلغاء في هذه الحالة سوف لا تكون له أي قيمة عملية، نظرا لأن الحكم بالإلغاء لا يؤثر على العقد الذي يبقى قائما رغم إلغاء القرار الذي أبرم العقد على أساسه، ولكن الحكم بإلغاء القرار المنفصل له فوائده في جميع الحالات حتى ولو لم يؤدي إلى إلغاء العقد، فهو يكون سببا للحكم بالتعويض إذا ما ترتب عليه ضرر. وقد يستند إليه أحد أطراف العقد لطلب التحرر منه، كما أن الأحكام بالإلغاء هي بمثابة توجيه للإدارة، وتنبه لها بأن تصرفها كان معيبا<sup>1</sup>، ومع ذلك فإننا نتفق مع بعض الفقهاء<sup>2</sup> في أنه يجب أن يؤدي إلغاء القرار الإداري الذي أسهم في تكوين عملية قانونية مركبة إلى إلغاء العملية بتمامها، أي أنه إذا تم إلغاء قرار من القرارات التي بني عليها إبرام العقد الإداري، لا بد من فسخ العقد ذاته، فالقاعدة القانونية والفقهية المعترف بها شرعا وقضاء: أن ما بني على الباطل فهو باطل، ولأنه من غير المقبول عقليا أن يهدم الأساس الذي بني عليه العقد، ومع ذلك يظل العقد سليما، هذا بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا الرأي الأخير هو النتيجة المنطقية لكون الحكم بالإلغاء حجة على الكافة طالما كان هذا الحكم حكما نهائيا.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة، دار الفكر العربي، 1984 ص 292  
<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق- ص 292

### الفرع الثاني: تقسيم القرارات الإدارية من حيث الرقابة القضائية

تتقسم القرارات الإدارية من حيث خضوعها لرقابة القضاء إلى نوعين: الأول قرارات غير خاضعة لرقابة القضاء الإداري، ومن ثم فهي ليست قابلة للطعن فيها بالإلغاء أو التعويض. والنوع الثاني. قرارات إدارية تخضع لرقابة القضاء الإداري إلغاءً وتعويضاً، ويطلق على النوع الأول: أعمال السيادة أو أعمال الحكومة ويطلق على النوع الثاني: قرارات الإدارة

#### البند الأول: أعمال السيادة أو الحكومة<sup>1</sup>

هي عبارة عن طائفة من الأعمال تقوم بها السلطة التنفيذية وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء، لاتصالها بسيادة الدولة من الداخل أو من الخارج، ولقد تعددت المعايير والضوابط التي تأخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في تحديد أعمال السيادة وتمييزها عن غيرها من الأعمال الأخرى للسلطة التنفيذية والتي لا تلحقها الحصانة التي تلحق أعمال السيادة، ويمكن التمييز في هذا المجال بين ثلاثة معايير هي، معيار الباعث السياسي، ومعيار طبيعة العمل أو موضوعه، ومعيار القائمة القضائية، ويلاحظ أن هذه المعايير قد ظهرت تباعاً في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ففي بداية الأمر أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمعيار الباعث السياسي، ثم أخذ بعد ذلك بمعيار طبيعة العمل، وأخيراً بمعيار القائمة القضائية.

وطبقاً لمعيار الباعث السياسي تكون أعمال السيادة هي تلك التي تصدرها السلطة التنفيذية بباعث سياسي ولكن هذا المعيار يؤدي إلى توسيع نطاق هذه الأعمال لإمكان تدرج السلطة التنفيذية بحجة الباعث السياسي كلما أرادت أن تغتلب من رقابة القضاء<sup>2</sup>.

أما معيار طبيعة العمل أو موضوعه فيخلص في البحث في طبيعة العمل الصادر من السلطة التنفيذية فإذا كان عملاً حكومياً، كان عملاً من أعمال السيادة ومن ثم لا يخضع لرقابة القضاء، أما إذا كان عملاً إدارياً فإنه يخضع لرقابة القضاء، وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يبحث كل حالة على حدة ويقدر ما إذا كان العمل محل النزاع المعروض عليه عملاً حكومياً أم عملاً إدارياً فإذا كان عملاً حكومياً قضى بعدم اختصاصه بنظر الدعوى بشأنه أما إذا كان عملاً إدارياً قضى باختصاصه بنظر الدعوى المتعلقة به.

وأخيراً أخذ مجلس الدولة الفرنسي بمعيار القائمة القضائية ويقضي هذا المعيار بالرجوع إلى القضاء بتحديد أعمال السيادة وبالرجوع إلى أحكام القضاء يلاحظ أنه يعتبر من أعمال السيادة كل ما يتعلق بالعلاقة بين الدولة والدول الأخرى، أو العلاقة بين الحكومة

1 سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1982  
2 ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987 ص 526 وما بعدها

وبين البرلمان وبذلك تدخل فيها القرارات المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية والقنصلية مع الدول الأخرى وقرارات إعلان الحرب والهدنة وقرارات عقد المعاهدات والاتفاقيات الدولية وكذلك بعض الأعمال المتعلقة بأمن الدولة الداخلي.

### البند الثاني: قرارات الإدارة

وهي القرارات الإدارية العادية التي تخرج عن نطاق أعمال السيادة. فهي لا تتعلق بعلاقة الدولة بالدول الأخرى أو علاقة الحكومة بالبرلمان من وجهة نظر القضاء الإداري بل تتعلق غالبا بالعلاقة بين الدولة من جانب وبين مواطنيها أو موظفيها من جانب آخر. وهذا النوع من القرارات يخضع خضوعا كاملا لولاية القضاء الإداري، فيقبل الطعن فيهب الإلغاء والتعويض في حدود القواعد القانونية المقررة والمواعيد المحددة، ويطلق على تلك القرارات (أعمال السلطة العامة) أو (أعمال الإدارة العامة) وتقوم بها الإدارة العامة بوصفها سلطة عامة قائمة على تنظيم وإدارة المرافق العامة وتحقيق المصلحة العامة بكل ما يستلزمه تحملها لتلك المسؤولية من تعامل مع الأفراد ومع الموظفين العموميين<sup>1</sup>

### مدى الأخذ بنظرية أعمال السيادة في فرنسا

لقد نشأت فكرة أعمال السيادة أول ما نشأت في فرنسا في القرن الماضي على أثر سقوط الإمبراطور نابليون، ولما كان نابليون هو الذي أنشأ مجلس الدولة، فإنه بعد سقوط نابليون وجد المجلس نفسه في وضع لا يحسد عليه إزاء نظرة الريبة وعدم الرضا التي كان النظام الحاكم ينظر بها إلى المجلس وقد كان لهذه الظروف هادفا من ورائها انتهاج سياسة جديدة تحول دون اصطدامه بنظام الحكم في فرنسا في ذلك الوقت، وبرغم المبررات التاريخية التي نشأت في ظلها فكرة أعمال السيادة في فرنسا، وأن مجلس الدولة الفرنسي قد لجأ إليها لضمان بقائه فإنها تتعرض لنقد شديد من بعض الكتاب هناك استنادا إلى أن وجودها في الوقت الحاضر لم يعد له ما يبرره، ويكاد يقصر مجلس الدولة الفرنسي حاليا أعمال السيادة على طائفتين من الأعمال الأولى: هي الأعمال الخاصة بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان، والطائفة الثانية هي طائفة الأعمال الناشئة عن علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات الأجنبية<sup>2</sup>.

1 أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، الجزء الثاني، أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة- 1981 ص 20  
2 محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار الفكر العربي، 1985، ص 92.

### مدى الأخذ بنظرية أعمال السيادة في جمهورية مصر العربية

لقد أخذت مصر بنظرية أعمال السيادة، ونص عليها المنظم المصري في القوانين المتعاقبة بالنسبة للقضاء الإداري والقضاء العادي على السواء، وذلك منذ صدور أول قانون لمجلس الدولة المصري عام 1946 ومنذ أول قانون لنظام القضاء عام 1929، وفي الوقت الحاضر جاء النص على أعمال السيادة في المادة (11) من قانون مجلس الدولة الحالي رقم 47 لسنة 1972 والتي تنص على أنه "لا تختص محاكم مجلس الدولة بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة" كما جاء النص على أعمال السيادة في المادة (17) من قانون السلطة القضائية الحالي رقم 46 لسنة 1972 حيث نصت على أنه "ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة"، أما القضاء الإداري المصري فقد طبق نظرية أعمال السيادة في أحكامه وطبق المعايير التي أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي في التفرقة بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة، ولقد ذهب دكتور محمد كامل ليلة<sup>1</sup> ومعه جانب كبير من الفقه المصري<sup>2</sup> أن النصوص المتعلقة بأعمال السيادة في مصر سواء المادة (11) من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47 لسنة 1972، أو المادة (17) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972، هي نصوص غير دستورية أي مخالفة للدستور المصري الصادر في سنة 1971 وذلك لمخالفة النصوص المتعلقة بأعمال السيادة للمواد (64)، (65)، (68) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة 1971م، كذلك فقد نصت المادة (64) على أن "سيادة القانون أساس الحكم في الدولة" ونصت المادة (65) على أن "تخضع الدولة للقانون" ونصت المادة (68) على أنه "يحظر النص في القوانين على تحسين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء"

### الفرع الثالث: تقسيم القرارات الإدارية من حيث العمومية والتجريد

#### (القرارات الفردية والقرارات اللائحية)

تنقسم القرارات الإدارية من حيث مداها وعموميتها إلى: قرارات فردية تخاطب فردا أو أفرادا معينين بالذات، أو تتعلق بحالة خاصة، وقرارات لائحية تتضمن قواعد عامة مجردة تنطبق في كل حالة تتوافر فيها شروط انطباقها، سواء وجدت تلك الحالة وقت صدور القرار اللائحي أو في المستقبل، وسوف نتناول في هذا الفرع كل من القرارات الفردية والقرارات اللائحية بالتفصيل المناسب، وكذا أهمية التمييز بينهما، ثم نتناول بعد ذلك الأحكام العامة للوائح وأنواعها.

1 محمد كامل ليلة، "الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المرجع السابق- ص 93

2 ماجد راغب الحلو، المرجع نفسه، ص 494

### البند الأول: القرارات الإدارية الفردية

القرار الفردي هو القرار الذي يتعلق بشخص معين بالذات أو بأشخاص معينين بدواتهم أو بحالة خاصة فيتعين على شخص ما في إحدى الوظائف العامة، أو تعيين مجموعة من الأشخاص المحددين بالذات في بعض الوظائف أو ترقيةهم إلى وظائف أعلى تعتبر قرارات فردية<sup>1</sup>، كما أن القرار المتعلق بفض مظاهرة معينة هو أيضا قرار فردي، ولا يغير من الأمر احتواء المظاهرة على عدد كبير من الأفراد غير المعنيين بالذات، لأن القرار يتعلق بتلك المظاهرة دون غيرها، ومن ثم يعتبر قرار فرديا لتعلقه بحالة بعينها.

والقرار الإداري يعتبر قرارا فرديا ولو كان قد صدر لكي يطبق على عدد كبير جدا من الأشخاص، طالما أن هؤلاء الأشخاص معنيون في القرار نفسه أو يمكن تحديدهم. فالعبرة في تمييز القرار الفردي ليست في قلة أو كثرة عدد الأفراد الذين ينطبق عليهم القرار وإنما هي في تحديد هؤلاء الأفراد بدواتهم فالقرار الصادر بمنح علاوة إضافية لجميع العاملين المدنيين بالدولة، الذين يشغلون وظائفهم بالفعل وقت صدور القرار، يعتبر قرارا فرديا رغم تعلقه بعدد كبير من الأفراد طالما يمكن تحديد هؤلاء الأفراد تحديدا ذاتيا. ويتميز القرار الفردي بأنه يستنفذ مضمونه بمجرد تنفيذه، وذلك على خلاف القرار اللائحي كما سنرى فيما بعد كما يتميز أيضا بانصرافه إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني شخصي، أو تعلقه بحالة خاصة.

### البند الثاني: القرارات الإدارية اللائحية

القرارات الإدارية اللائحية هي القرارات الإدارية التي تنطوي على قواعد قانونية عامة تؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة وتصدر القرارات اللائحية لكي تطبق على عدد غير معين وغير محدد من الأشخاص، حيث لا يمكن معرفة من سيطبق عليهم القرار بصورة مسبقة<sup>2</sup> فالقرار اللائحي يصدر لكي يطبق على كل من يوجد في مركز قانوني معين تجاه الإدارة، سواء حاليا أو مستقبلا، وهو لذلك يصدر متضمنا قواعد عامة مجردة دون أن يكون متضمنا لبيان أو حصر لأسماء الأشخاص الذين تنطبق عليهم تلك القواعد، وعمومية القواعد التي يتضمنها القرار اللائحي لا تعني من الأحوال انطباقها على كافة الأشخاص في المجتمع فقد تنطبق عليهم جميعا وقد تنطبق على فئة منهم كالمهندسين أو الأطباء أو العمال طالما أن أفراد هذه الفئات قد بينوا بصفاتهم لا بدواتهم، ولا يغير من طبيعة القرار اللائحي انطباقه على حالات قليلة أو حتى على حالة فردية مادام القرار ينطوي على قاعدة عامة موضوعية تطبق على أشخاص معينين بأوصافهم لا بدواتهم.

1 محمد سمير محمد جمعة، المرجع نفسه، ص129  
2 محمد سمير محمد جمعة، المرجع نفسه، ص230

فالقواعد التي تحدد الاختصاصات الإدارية لرئيس دولة ما، لا تعتبر قواعد فردية لمجرد انطباقها وقت إصدارها أو وقت تنفيذها على رئيس موجود بالفعل ومعروف بالاسم، ولكنها تعتبر قرارات لائحية وذلك بسبب عموميتها عند الإنشاء الانصراف خطابها إلى شخص معين بالوصف لا بالذات، فضلا عن عموميتها عند التطبيق نظرا لانطباقها على كل من يتولى رئاسة الدولة حاليا أو مستقبلا وتتخذ القرارات اللائحية مظاهر مختلفة فقد تصدر في شكل لائحة أو قرار من مجلس الوزراء أو أمر عسكري أو قرار وزاري<sup>1</sup>.

### البند الثالث: أهمية التمييز بين القرارات الإدارية الفردية واللائحية

للتمييز بين القرارات الفردية واللوائح أهمية كبرى نظرا لما يترتب عليه من نتائج فيما يتعلق بالنظام القانوني الذي تخضع له كل من اللوائح والقرارات الفردية، فعلى الرغم من وجود أحكام عامة للقرارات الإدارية فردية كانت أم لائحية، فإن توجد بعض الأحكام التي تختلف حسب طبيعة القرارات الفردية اللائحية، والقرارات الإدارية الفردية تختلف عن اللوائح من عدة نواحي على النحو التالي:

**أولاً:** - القرارات الفردية يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني شخصي.

- أما اللوائح فإنه يترتب عليها إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني عام.

**ثانياً:** - يسري القرار الإداري الفردي في مواجهة صاحب الشأن من تاريخ علمه بمضمونه، سواء تم إعلانه به بصفة رسمية أو عن طريق تحقيق علمه اليقيني به.

- أما اللائحة فإنها تسري في مواجهة الأفراد من تاريخ نشرها أو إعلانها في مكان ظاهر بالنسبة لمن تنطبق عليهم، دون حاجة لأن يخطروا بها جميعا لاستحالة ذلك.

**ثالثاً:** - اعترفت محكمة تنازع الاختصاص الفرنسية للمحاكم العادية بالحق في تفسير اللوائح، بل وتقدير مشروعيتها عند نظر المواد الجنائية، وذلك دون القرارات الفردية<sup>2</sup>

**رابعاً:** - يختلف القرار الفردي عن القرار اللائحي من ناحية طريقة الطعن فيه بالإلغاء أمام القضاء الإداري.

- فالقرار الفردي يتم الطعن فيه بالإلغاء مباشرة أمام القضاء الإداري خلال المدة المحددة قانونا للطعن في القرارات الإدارية، فإذا انقضت تلك المدة دون الطعن فيه فإنه يتحصن نهائيا - كقاعدة عامة - ضد الإلغاء<sup>3</sup>.

1 طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة، 1970 ص 295.

2 ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص 478

1محمد سمير محمد جمعة، المرجع نفسه، ص 330

- أما اللائحة فهي تقبل الطعن فيها بالإلغاء بإحدى طريقتين فإما أن يتم الطعن في اللائحة ذاتها عند صدورها وخلال المدة المقررة قانونا للطعن، وذلك هو الطريق المباشر للطعن في اللائحة. وإما أن يتم الطعن في اللائحة بطريق غير مباشر، وهو أن يتم الطعن في قرار إداري فردي صدر تطبيقا لللائحة إذا كانت مخالفة للقانون أو الدستور، وحينئذ تقتصر سلطة القضاء الإداري على إلغاء القرار الفردي دون إلغاء اللائحة ذاتها، ولكن يشترط أن يتم ذلك الطعن خلال المدة المحددة قانونا للطعن بالنسبة للقرار الفردي ولو كانت اللائحة ذاتها قد تحصنت ضد الإلغاء لفوات المواعيد المقررة للطعن فيها بالإلغاء قانونا.

**خامسا:** - لا تستطيع الإدارة إلغاء القرار الإداري الفردي متى صدر سليما وترتب عليه حقوق للغير إلا في الحالات ووفقا للإجراءات النظامية المقررة.

- كما لا تستطيع الإدارة أيضا إلغاء القرار الفردي المعيب، والذي لم تصل فيه درجة العيب إلى حد الانعدام إلا في خلال المدة المحددة قانونا لذلك، أما بعد فواتها فإن القرار يتحصن ضد الإلغاء، ولا تستطيع الإدارة المساس به.

- أما اللائحة فإن الإدارة تستطيع دائما إلغاؤها في أي وقت، دون التقيد بمدة محددة، ودون إمكان الاحتجاج بالحقوق المكتسبة ويستوي في ذلك أن تكون اللائحة سليمة أم معيبة.

**سادسا:** - تعتبر القرارات الفردية في مرتبة أدنى من اللوائح، ومن ثم لا يجوز لقرار فردي أن يخالف لائحة إلا كان باطلا. فقاعدة تدرج القرارات الإدارية تقتضي إخضاع القرارات الأدنى مرتبة لما يعلوها من قرارات من حيث الشكل والموضوع وإخضاع القرارات الفردية للقرارات التنظيمية.

- ومن ثم لا يجوز لقرار فردي أن يخالف لائحة وإلا كان القرار الفردي باطلا كما لا يجوز القول بأن مخالفة جهة الإدارة للقاعدة اللائحية بتطبيق فردي إنما يكون بمثابة تعديل للقاعدة اللائحية.

#### البند الرابع: الأحكام العامة للوائح

نتناول في هذا البند الأحكام العامة للوائح حيث نعرض فيه الهدف من وجود اللوائح، والتميز بين اللائحة والقانون وأخيرا نطاق القانون واللائحة.

### الفقرة الأولى: الهدف من وجود اللائحة

لما كانت اللوائح تحتوي على قواعد عامة مجردة شأنها في ذلك شأن القوانين، فثار التساؤل في الفقه والقضاء عن معيار للتمييز بينهما، وقد أخذ الفقه والقضاء في هذا الشأن بالمعيار الشكلي - كما سلف البيان - على الرغم من مناداة البعض بالمعيار الموضوعي، وهكذا اعتبر القانون طبقاً للمعيار الشكلي هو العمل الصادر عن الهيئة التنظيمية وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في هذا الخصوص، واعتبرت اللائحة من قبيل القرارات الإدارية طالما أنها صادرة عن السلطة الإدارية، ولما كان الفقه التقليدي الذي ساد منذ الثورة الفرنسية قد أخذ بمبدأ الفصل بين السلطات، والذي يقضي بأن توزع وظائف الدولة الثلاث: التنظيمية، والتنفيذية والقضائية على هيئات مستقلة تتولى كل منها إحداها. فإنه ترتب على ذلك أن أصبحت الوظيفة التنظيمية من اختصاص السلطة التنظيمية، بينما تباشر السلطة التنفيذية وظيفتها تنفيذ القوانين فقط دون أن يكون من حقها إقرار القوانين، على أنه إزاء تعذر الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات على نحو مطلق ساد المفهوم النسبي لهذا الفصل وتقرر تبعاً لذلك حق السلطة التنفيذية في إصدار قرارات تحتوي على قواعد عامة مجردة (اللوائح) شأنها في ذلك شأن القوانين على أن يكون هذا في مجالات معينة وعلى نحو معين، وفي حقيقة الأمر هناك جملة اعتبارات تبرر منح الإدارة سلطة إصدار اللوائح وتلك الاعتبارات تتمثل فيما يلي:

**أولاً:** يقتضي وضع القانون وقتاً طويلاً وإجراءات معقدة، ويستلزم تعديله أو إلغاؤه إتباع نفس هذه الإجراءات: ومن ثم إذا تعرضت البلاد لظروف استثنائية وكانت القوانين تتضمن كل التفاصيل اللازمة لتنفيذها، لما أمكن تعديلها لمواجهة تلك الظروف بالسرعة المطلوبة.

أما إذا كانت هذه التفاصيل في اللوائح فإنه يسهل تعديلها بسرعة وببساطة نظراً لسرعة وبساطة الإجراءات المطلوبة لإصدار اللوائح. وعلى ذلك تكون اللوائح أقدر على مواجهة الظروف الاستثنائية من القوانين.

**ثانياً:** إن من أهم السلطات التي تباشرها الإدارة هي سلطة الضبط الإداري وتعتبر لوائح الضبط الإداري من أهم الوسائل التي تستخدمها الإدارة في مباشرتها لهذه السلطة.

**ثالثاً:** لما كان تنظيم وإدارة المرافق العامة من أهم أوجه نشاط الإدارة بل هو من صميم الوظيفة الإدارية، ونجاح إدارتها يعتبر عنواناً لنجاح الإدارة في عملها لذلك يجب أن يترك هذا التنظيم لمطلق حرية الإدارة لكي تقوم به مستخدمة في ذلك لوائح تنظيم المرافق العامة.

**رابعاً:** نظراً لأن الدولة الحديثة تأخذ بنظام اللامركزية الإدارية يقتضي أن يعهد إلى الهيئات المحلية بمهمة تنظيم المرافق المحلية، لذلك يوكل إلى الهيئات المحلية تنظيم المرافق الإقليمية بلوائح محلية تقوم بوضعها تلك الهيئات لكونها أكثر دراية بحاجة إقليمها.

**خامساً:** إن القانون قد وضع لكي يستمر مدة طويلة بينما قد تتغير شروط تنفيذه من وقت لآخر، ولو وضعت شروط التنفيذ بتفصيلاتها في صلب القانون لاقتضى ذلك تغيير القوانين في فترات متقاربة، مما يزيد من عبء السلطة التنظيمية من ناحية ويحول دون الاستقرار التنظيمي من ناحية أخرى لذلك روى أن تحدد شروط التنفيذ بلوائح ليسهل تغييرها كلما دعت الضرورة ذلك دون حاجة إلى تغيير القانون ذاته.<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية: التمييز بين اللائحة والقانون

إذا كانت اللائحة تشترك مع القانون في الانطواء على قاعدة عامة مجردة فإنها تعتبر في الفقه التقليدي أقل درجة من القانون<sup>2</sup> فاللائحة من صنع السلطة التنفيذية مهمتها الأساسية تنفيذ القانون، أما القانون فهو التعبير عن إرادة الأمة وعلى ذلك يكون القانون هو الأصل واللائحة في مركز ثانوي بالنسبة له، ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج هي:

**أولاً:** إن القاعدة العامة هي أن القانون أعلى من اللائحة، ومن ثم يتعين أن تتبع اللائحة القانون، وتعمل في دائرته بحيث لا يجوز لها أن تخالفه أو تخرج عن أحكامه وإلا كانت باطلة، ويستثني من ذلك لوائح الضرورة واللوائح التفويضية حيث يمكنها مخالفة القانون وتعديله بصفة مؤقتة وبشروط معينة- كما سيأتي البيان.

**ثانياً:** مجال القانون أوسع نطاقاً من مجال اللائحة، فالسلطة التنظيمية لها أن تقرر ما تشاء من القواعد القانونية ولها في ذلك الحرية التامة في جميع المجالات حيث لا تخضع إلا للقيود الواردة في الدستور، والدستور عادة يقتصر على إيراد المبادئ العامة الرئيسية تاركاً التفاصيل للسلطة التنظيمية تضعها وتصوغها فيما تسنه من قوانين، هذا بالإضافة إلى تخصيص مجال معين للقانون لا يمكن للإدارة ارتياده عن طريق استخدام سلطتها اللائحية.

أما اللائحة، فإنه يضيق نطاقها بحيث في دائرة معينة ومحددة لا يمكن تجاوزها. كما أنها تخضع لنوعين من القيود هي القيود الواردة في الدستور، والقيود الواردة في القوانين العادية، حيث لا تستطيع اللائحة أن تخالفها أو تخرج عليها وإلا أصبحت باطلة.

1 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، 1976 ص 472  
2 سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982، ص 112

**ثالثا:** تتميز القوانين بالثبات أو الجمود فهي أكثر دواما وأطول عمرا من اللوائح، التي تتميز بالمرونة نظرا لطبيعتها الإدارية التي تقتضي التغيير وفقا لمستلزمات الحياة الإدارية ومتطلبات سير المرافق العامة، ولسهولة وضعها وسهولة تعديلها من ناحية أخرى.

**رابعا:** إن القاعدة العامة هي عدم مسؤولية الدولة عن القوانين<sup>1</sup>، ومسئوليتها عما تسببه اللوائح غير المشروعة من أضرار.

**خامسا:** لما كان المعيار السائد في التمييز بين القرارات الإدارية والقوانين هو المعيار الشكلي، وأن اللوائح تعتبر قرارات إدارية وفقا لصدورها من الإدارة، فإن اللوائح تخضع لرقابة القضاء الإداري وهذه الرقابة قد تكون شاملة للإلغاء والتعويض، وذلك في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، أما في حالة وجود جهة قضائية واحدة، وهي جهة القضاء العادي وحدها، فتكون رقابة القضاء مقصورة على التعويض دون الإلغاء أما القانون فإنه لا يخضع إلا لرقابة دستورية القوانين في البلاد التي يقر دستورها أو تعترف محاكمها لنفسها بهذا الحق.

#### الفقرة الثالثة: نطاق كل من القانون واللائحة

لقد ثار التساؤل بين الفقهاء حول ما إذا كان هناك مجال محدد لكل من القانون واللائحة<sup>2</sup>، أو بمعنى آخر أن هناك مسائل لائحية بطبيعتها وأخرى لا يمكن تنظيمها بقانون ويمكن حصر الاتجاهات العامة في هذا الصدد في اتجاهين:

**الاتجاه الأول:** وهو السائد حتى الآن، وفيه يكون القانون هو صاحب الاختصاص العام في تنظيم مختلف المسائل التي يترامى له تنظيمها، ويقتصر مجال اللائحة على الموضوعات التي يعهد بها القانون إليها.

**والاتجاه الثاني:** وفيه تكون اللائحة هي صاحبة الاختصاص العام ويقتصر دور المنظم على إصدار القوانين في المسائل التي تدخل في اختصاصه والتي يعدها الدستور على سبيل الحصر، ومن أمثلة الاتجاه الثاني الدستور الفرنسي الصادر سنة 1958 والدستور المغربي الصادر سنة 1962م وسنة 1970م وسنة 1972م، والدستور الجزائري الصادر سنة 1976م<sup>3</sup>.

1 محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، 1985، ص 86  
2 سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، المرجع السابق، ص 115  
3 سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، المرجع السابق ص 116

## المبحث الثاني: أوجه الرقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في مجال الحقوق و الحريات

إن القرار الإداري باعتباره عملا قانونيا يجب أن تتوفر له جميع الشروط والأركان الخاصة به لكي يصدر صحيحا ومنتجا لآثاره، فلا بد أن يصدر من السلطة المختصة، مطابقا للأنظمة واللوائح شكلا وموضوعا، ومعتمدا على سبب يبرره، ومستهدفا تحقيق مصلحة عامة، ومن ثم تتمثل أركان ومقومات القرار الإداري في الإفصاح عن الإرادة، والاختصاص، والشكل والسبب، والمحل، والغاية، وتتمثل عيوب القرار الإداري في عيب الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب مخالفة القانون، وعيب السبب، وعيب الانحراف بالسلطة، بحيث إذا أصاب عيب من هذه العيوب القرار الإداري تجعله غير مشروع ومن ثم يجوز الطعن فيه بالإلغاء والحكم بإلغائه، وسوف نتناول في هذا المبحث أركان ومقومات القرار الإداري، وأيضا العيوب التي تلحق تلك الأركان والمقومات والتي من شأن توافرها في القرار أن تجعله غير مشروع أحيانا ومعدوما في أحيان أخرى.

### المطلب الأول: المشروعية الخارجية للقرار الإداري

إن قواعد الشكل و الإجراءات في القرارات الإدارية تحددها القوانين و اللوائح، غير أن مجلس الدولة الفرنسي رغبة منه في حماية الأفراد توسع في تفسير النصوص المقررة للشكل و الإجراءات، بحيث فرض على الإدارة في كثير من الحالات التزام بشكليات لم ترد في حرفية النصوص، عن طريق التوسع في التفسير مرة، و عن طريق القياس حيناً، و استنادا إلى روح القوانين تارة أخرى.

### الفرع الأول: الرقابة القضائية على ركن الاختصاص

يعتبر ركن الاختصاص في القرار الإداري، أحد العناصر الشكلية التي يتكون منها القرار. ويقصد بالاختصاص، تحديد مجموعة التصرفات والأعمال التي يكون لهيئة عامة أن تمارسها قانونا وعلى وجه يعتد شرعا<sup>1</sup>، ومخالفة قواعد الاختصاص في القرار الإداري، تعيبه بعبء الاختصاص، الذي يترتب عليه انعدام القرار الإداري في بعض الأحيان، وبطلانه في أحيان أخرى، وهناك حالات لعيب الاختصاص لا يترتب عليها انعدام أو بطلان القرار الإداري بل يظل صحيحا مشروعا وتلك الحالات تعتبر استثناءات ترد على عيب الاختصاص في القرار الإداري والتي يسميها بعض الفقهاء<sup>2</sup> تغطية عيب عدم الاختصاص.

1 طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، 1978، القاهرة ص 561  
2 ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985- ص 206

### البند الأول: ركن الاختصاص وعيب عدم الاختصاص

إن فكرة تحديد اختصاصات معينة لرجال الإدارة ترجع في حقيقة الأمر إلى مبدأ الفصل بين السلطات، فإذا كان مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي تحديد اختصاصات السلطة العامة الثلاث التنظيمية، والقضائية والتنفيذية<sup>1</sup>، إلا أن من نتائجه أن تقوم السلطة التنفيذية بتوزيع اختصاصاتها على الهيئات الإدارية المختلفة استناداً إلى النصوص القانونية أو اللائحية، ويترتب على ذلك أن يقتصر نشاط الموظف أو الهيئة على الاختصاص الذي حدده القانون، فليس لأي منهما أن يجاوز هذا الاختصاص وإلا عرض عمله لعيب عدم الاختصاص الذي يجيز رفع دعوى الإلغاء، وعلى ذلك يمكن تعريف قواعد الاختصاص بصفة عامة، بأنها القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة<sup>2</sup> أو هي القواعد التي تحدد الأشخاص أو الهيئات القادرة قانوناً على مباشرة أعمال إدارية معينة<sup>3</sup>، ولقد ذهب بعض الفقهاء إلى تشبيه قواعد الاختصاص في القانون العام، بقواعد الأهلية في القانون الخاص، على أساس أن كلا منهما يهدف إلى بيان ما إذا كان شخص معين ذا صفة في القيام بعمل قانوني معين، ولكن في واقع الأمر توجد عدة اختلافات بين النظامين تتمثل فيما يلي:

(أ) إن الغاية من تحديد قواعد الاختصاص هي المصلحة العامة في حين أن قواعد الأهلية يراعي في تحديدها أصلاً مصلحة الفرد<sup>4</sup>.

(ب) عدم الاختصاص يترتب عليه بطلان مطلق، أما قواعد الأهلية فيترتب عليها بطلان مطلق أو نسبي حسب الأحوال.

(ج) عدم الأهلية سببه عجز في الملكات الفكرية وعلى العكس من ذلك عدم اختصاص حيث إن سببه هو التخصص وتقسيم العمل.

### الفصل الأول: مدلول عيب عدم الاختصاص

هو مخالفة قواعد الاختصاص تصيب القرار الإداري بعيب عدم الاختصاص، ومن ثم يكون لصاحب الشأن الحق في رفع دعوى الإلغاء ضد القرار الإداري طالبا إلغاء لهذا السبب، ويمكن تعريف عيب عدم الاختصاص بأنه عدم القدرة مباشرة عمل قانوني معين لأن المنظم جعله من سلطة هيئة أو فرد آخر، ويعد عيب عدم الاختصاص من الناحية التاريخية أول وجه من وجوه الإلغاء التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي بقصد إلغاء القرارات

3 سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983، ص208

2 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 279

3 عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، جامعة دمشق، 1980، ص257

3 سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، 1996، القاهرة، ص590

الإدارية المخافة لمبدأ الشرعية ولذا سميت دعوى الإلغاء في فرنسا "بدعوى تجاوز السلطة"<sup>1</sup>، بل إن عيب عدم الاختصاص كان هو أساس باقي عيوب القرار الإداري لأن مجلس الدولة الفرنسي عندما أخذ بعيب الشكل أو الإجراءات وبعبء التعسف والانحراف بالسلطة إنما أخذ بهما باعتبارهما من صور عيب عدم الاختصاص

### الفصل الثاني: إنكار الاختصاص أو عيب الاختصاص السلبي

إن عيب عدم الاختصاص قد يكون ايجابيا وقد يكون سلبيا. ويتمثل عدة الاختصاص الايجابي في إصدار موظف أو جهة إدارية معينة لقرار إداري من اختصاص موظف أو جهة إدارية أخرى<sup>2</sup>، أما عيب الاختصاص السلبي أو إنكار الاختصاص فيتمثل في رفض الموظف المختص إصدار قرار إداري ظنا منه أنه لا يدخل في اختصاصه، وسواء كان عيب الاختصاص سلبيا أم ايجابيا يكون القرار مشوبا بعيب عدم الاختصاص ويستطيع صاحب الشأن أن يرفع دعوى أمام القضاء الإداري طالبا إلغاء لهذا السبب.

### الفصل الثالث: مصادر الاختصاص

تنظم القوانين واللوائح والمبادئ العامة للقانون الاختصاصات وتوزعها بين السلطات والهيئات العامة لتباشر كل منها موضوعات معينة في حدود زمانية ومكانية مقررة ولتتخذ فيها قرارات من نوع معين وفي الواقع الأمر، أن الاختصاصات تتحدد إما بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

فالصورة المباشرة هي الأصل ومقتضاها أن يتم تحديد الاختصاص بمعرفة النظم فيحدد القانون اختصاص الهيئة أو الموظف صراحة<sup>3</sup>، وإذا سكت القانون عن تحديد الاختصاص تكمل المبادئ القانونية العامة تحديده، فمثلا: إذا منح القانون موظفا ما اختصاصا بإصدار قرار معين فإن المبادئ القانونية العامة تمنحه الحق في إصدار القرار العكسي أو المضاد طبقا لمبدأ تقابل الشكليات فالاختصاص بتعيين موظف - مثلا - يستتبع الاختصاص بعزل هذا الموظف والاختصاص بمنح إحدى الرخص يستتبع الاختصاص بسحبها.

أما الصورة غير المباشرة في تحديد الاختصاص فتتمثل في ممارسة الموظف سلطة إصدار القرار بطريق "التفويض" والحلول "والإنابة".

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 593

<sup>2</sup> شعبان عبد الحكيم سلامة، القرار الإداري السلبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2011، الإسكندرية، ص 172

<sup>3</sup> ماهر الجبوري، القرار الإداري، دار اليازوري، عمان، 2012، ص 72

### الفصل الرابع: خصائص عيب الاختصاص

إن توزيع الاختصاصات وتحديدها مقرر للصالح العام وصالح الأفراد على السواء وتنتجى المصلحة العامة في تحديد قواعد الاختصاص من ناحية الموظف في أن قصر عمل الموظف على نوع معين من التصرفات يسمح له بإجادته بطول الممارسة، فتتحقق بذلك سرعة انجاز الأعمال الإدارية ومن ناحية الإدارة تساعد قواعد الاختصاص الواضحة في تحديد المسؤولية، وسهولة توجيه الأفراد في أقسام الجهاز الحكومي الذي ينعقد يوماً بعد يوم<sup>1</sup>، ومن أجل هذا كان عيب الاختصاص هو العيب الوحيد من أسباب الإلغاء المتعلق بالنظام العام، وهو أمر له أهميته من أربعة وجوه، هي:

(أ) يجوز إبداء الدفع بعد الاختصاص في أي مرحلة من مراحل الدعوى كما أن للمحكمة أن تتصدى لهمن تلقاء نفسها ولو لم يثره طالب الإلغاء بل ولو تنازل الخصوم عن التمسك به.

(ب) لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعد الاختصاص، فانطلاقاً من أن عيب الاختصاص يعد من النظام العام، لا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص في عقد من العقود المبرمة بينها وبينهم، لأن قواعد الاختصاص ليست مقررة لصالح الإدارة تتنازل عنها كلما شاءت، بل إنها مقررة قانوناً للإدارة من أجل تحقيق الصالح العام

(ت) إن مجرد وجود الاستعجال لا يعفي الإدارة من مراعاتها لقواعد الاختصاص إلا إذا بلغ الاستعجال حداً من الجسامه يصل به إلى الظروف الاستثنائية

(ث) إذا ولد القرار معيباً بعدم الاختصاص فإنه لا يمكن تصحيحه بإجراء لاحق من الجهة المختصة<sup>2</sup>، حكمه الصادر في 13 مارس 1932 في قضية Chevreau مجموعة سييري سنة 1936، القسم الثالث ص 62 وتقرير المفوض andricux وفي مايو 1945 في قضية machet المجموعة ص 299، وهذا ما أبرزته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 21 ديسمبر 1935 حيث تقول "و من ثم يكون الإنذار المطعون فيه بصدوره من أحد المفتشين، قد صدر من غير الجهة المختصة بإصداره قانوناً، ولا يغير من هذا الوضع إحاطة مدير المصلحة به أو اعتماده له، لأن القرار الباطل بسبب عيب عدم الاختصاص لا يصح بالاعتماد فيما بعد من صاحب الشأن فيه، بل يجب أن يصدر منه إنشائياً بمقتضى سلطته المخولة له"

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 593

<sup>2</sup> محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، الطبعة الثانية، ص 636

### البند الثاني: صور عيب الاختصاص

لعيب الاختصاص صورتان يميز بينهما الفقه والقضاء الإداري، ويتوقف ذلك التمييز على درجة مخالفة قواعد الاختصاص، فإذا كانت مخالفة قواعد الاختصاص جسيمة مفرطة في الجسامه أطلق الفقه والقضاء على عيب الاختصاص في هذه الحالة اصطلاح "اغتصاب السلطة" ويترتب ع ليه انعدام القرار الإداري، أما إذا كانت مخالفة قواعد الاختصاص بسيطة لا تصل إلى درجة اغتصاب السلطة أطلق الفقه والقضاء على عيب الاختصاص في هذه الحالة، عيب عدم الاختصاص أو عيب الاختصاص البسيط أو العادي، ولا يترتب عليه انعدام القرار الإداري بل بطلانه فقط.

### الفصل الأول: حالات اغتصاب السلطة

يكون عيب الاختصاص من قبيل اغتصاب السلطة في ثلاث حالات هي حالة قيام فردي عادي باتخاذ قرار إداري، وحالة اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التنظيمية، وحالة اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة القضائية<sup>1</sup>، وقد أضاف القضاء بعد ذلك إلى الحالات الثلاث السابقة أربع حالات هي: اغتصاب السلطة نتيجة التفويض الباطل، وحالة الاعتداء على اختصاصات سلطة إدارية لا تمت بصلة إلى السلطة مصدره القرار، وحالة اعتداء المرؤوس على اختصاصات رئيسية.

### أولاً: حالة صدور القرار الإداري من فرد عادي

إن عيب عدم الاختصاص يصبح من قبيل اغتصاب السلطة إذا ما كان القرار الإداري صادراً من "فرد عادي" ليس له أي صفة عامة<sup>2</sup>، وبعبارة أخرى إذا باشر اختصاصات وظيفة ما شخص غير موظف بالمرة، أو موظف لم يكن تعيينه صحيحاً قانوناً. وفي هذه الحالة تعتبر القرارات التي يصدرها هذا الشخص معدومة ولا أثر لها ومع ذلك فقد يحق أن يتدخل فرد في أعمال الإدارة ولا تعد قراراته اغتصاباً للسلطة ولا حتى مشوبة بعدم الاختصاص وذلك إعمالاً لنظرية الموظفين الفعليين.

والموظف الفعلي أو الواقعي هو الفرد الذي عين تعييناً معيباً أو الذي لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً، ومع ذلك تعتبر الأعمال الصادرة منه سليمة، وهذه النظرية لها تطبيقان: تطبيق في الظروف العادية مبني على فكرة الأوضاع الظاهرة، وتطبيق آخر في الظروف الاستثنائية مبني على فكرة الضرورة، ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي في الوقت الحاضر يقبل دعوى الإلغاء الموجهة إلى هذه الأعمال ليزيل شبهة قيام القرار الإداري لأنه

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 597

<sup>2</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص 582

وجد أن هذا السبيل أنجع في حماية الأفراد، فيقرر أن العمل المطعون فيه باطل و لا أثر له وهي الصيغة المرادفة للانعدام في قضائه.

**ففي الأوقات العادية:** يرجع أساس سلامة قرار الموظف الفعلي إلى فكرة الأوضاع الظاهرة ومن ثم فلا يعتبر الموظف غير المختص موظفا فعليا إلا إذا كان قرار تعيينه الباطل معقولا يعذر الجمهور إذا لم يدرك سبب بطلانه، بصرف النظر عما إذا كان الموظف ذاته حسن النية أو سيء النية.

**وفي الأوقات الاستثنائية:** يرجع أساس سلامة القرارات الإدارية إلى ضرورة سير المرافق العامة سيرا منتظما، وحينئذ ليس من الضروري أن يكون مصدر القرار قد عين تعيينا قانونيا، بل يجوز ألا يكون قد صدر بتعيينه قرار إطلاقا، ويحدث هذا في حالة اختفاء السلطات الشرعية لسبب من الأسباب كالغزو الخارجي ففي هذه الحالة تكون قرارات الموظف الفعلي قرارات سليمة.<sup>1</sup>

#### ثانيا: اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التنظيمية

وفي هذه الحالة تقوم السلطة التنفيذية بإصدار قرار تنظم به أمرا معيناً لا يملك تنظيمه إلا المنظم (السلطة التنظيمية) وعيب عدم الاختصاص في هذه الحالة يكون جسيما لدرجة تجعل القرار منعدما<sup>2</sup>

#### ثالثا: اعتداء السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة القضائية

إذا أصدرت الإدارة قرارا في موضوع من اختصاص السلطة القضائية، كان عملها هذا من قبيل اغتصاب السلطة وهو عيب يؤدي إلى انعدام القرار الإداري، ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الخصوص حكمها الصادر في 1965/2/27 أبو شادي ص374، حيث تؤكد أن:....مجلس التأديب العالي إذا تصدى للفصل فيما ستحقه المدعي عن مدة إبعاده و قضى بعدم استحقاقه لمرتبه عن تلك المدة، يكون قد فصل في منازعة تدخل في اختصاص مجلس الدولة بهيئة القضاء الإداري (...)<sup>3</sup>

#### الفصل الثاني: حالات عدم الاختصاص البسيط

يقتصر عيب عدم الاختصاص هنا على مخالفة قواعد الاختصاص في نطاق الوظيفة الإدارية ولذلك فإنه وإن كان أخف من العيب السابق إلا أنه أكثر حدوثا في العمل، وتتعلق حالات عدم الاختصاص البسيط، إما بالموضوع أو بالزمان أو بالمكان وبالتالي فهناك

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص583

<sup>2</sup> محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، المرجع السابق، ص633

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص602

حالات عيب الاختصاص من حيث الموضوع، وحالات عيب الاختصاص من حيث الزمان، وحالات عيب الاختصاص من حيث المكان وسوف نتناول كلا منها في فرع مستقل.

### الفقرة الأولى: عيب الاختصاص الموضوعي

هو اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية أخرى، وهذا التعدي يتخذ صورا وأشكالا مختلفة فقد يكون مرجعه اعتداء المرؤوس على اختصاصات رئيسه أو اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوس، واعتداء السلطة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية، وأخيرا اعتداء جهة إدارية على اختصاصات جهة إدارية أخرى موازية<sup>1</sup>، ومن أحكام محكمة القضاء الإداري بهذا الخصوص توكيدها أن قرار الإحالة إلى مجلس التأديب الصادر من وكيل الوزارة المساعد، والذي يتعين صدوره من وكيل الوزارة هو قرار باطل، ومن ثم صدر معييا بعبء عدم الاختصاص مما يبطله و يبطل كل الإجراءات التي ترتبت عليه.<sup>2</sup>

#### أولاً: حالات اعتداء المرؤوس على اختصاصات رئيسه:

يعتبر القرار الإداري معييا الاختصاص إذا أصدره المرؤوس في مجال اختصاص رئيسه. فمدير المصلحة لا يستطيع أن يعتدي على اختصاص الوزير، والوزير لا يستطيع أن يعتدي على اختصاصات مجلس الوزراء وإلا كان قراره في هذا الشأن باطلا.<sup>3</sup>

#### ثانياً: اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوس

إذا كانت القاعدة أن للرئيس على مرؤوسيه سلطة الرقابة والتوجيه التي تخول له حق تعديل قرارات المرؤوس أو حتى ممارسة اختصاصاته بدلا منه إذا اقتضى الأمر إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة<sup>4</sup>، ففي بعض الحالات يمنح القانون المرؤوس حق إصدار بعض القرارات دون تعقيب من الرئيس، وفي هذه الحالات لا يستطيع الرئيس أن يصدر مثل هذه القرارات بدلا من المرؤوس أو أن قرارا أصدره هذا الأخير وإلا يكون عمله باطلا.

وفي بعض الحالات الأخرى يجعل المشرع الاختصاص للمرؤوس مع خضوعه في ممارسته لرقابة الرئيس. وفي هذه الحالات يتعين على الرئيس أن ينتظر حتى يباشر المرؤوس اختصاصه لكي يستطيع أن يمارس رقابته عليه<sup>5</sup> فالقانون عندما ينيط اختصاصا ما بالسلطة الأدنى فإنما يعني أن يوفر للمحكومين ضمانة الفحص المزدوج إذ يتم فحص

<sup>1</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص592

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص610

<sup>3</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سمدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، دراسة التحليلية، المركز القومي، 2012، الطبعة الأولى، القاهرة ص225

<sup>4</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، القرار الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979 ص295.

<sup>5</sup> ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق- ص 221

نفس المسألة بواسطة السلطة الأدنى، ثم بواسطة السلطة الأعلى بعد ذلك، فإذا تصرفت السلطة الأعلى بذاءة، فإنها بذلك تعتدي على اختصاص السلطة الأدنى وتخل بالضمانة السابقة إذ تحرم أصحاب الشأن من إحدى درجات الفحص فيكون قرارها مشوباً بعيب عدم الاختصاص<sup>1</sup>.

### ثالثاً: اعتداء الهيئة المركزية على اختصاصات الهيئة اللامركزية<sup>2</sup>

يقوم النظام اللامركزية على أساس وجود مصالح إقليمية أو مرفقية يعترف المنظم بقدر محدد من الاختصاصات وقدر معين من الاستقلال في مزولة هذه الاختصاصات تحت وصاية السلطة المركزية في الدولة، والقاعدة في النظام اللامركزية هي أن الهيئات اللامركزية مستقلة<sup>3</sup>، وأن الإدارة المركزية ليس لها أن تمارس في رقابتها على هذه الهيئات إلا ما أوكله إليها المتلقي صراحة في النظام، ومن ثم فليس لها أن تحل نفسها محل الهيئات اللامركزية اتخاذ القرار، كما ليس لها بالنسبة للقرارات والخاضعة لوصايتها أن تعدل من القرارات أو تستبدل بها غيرها، وإنما كل ما لها هو أن توافق عليها بحالتها ترفضها خلال المدة التي يحددها النظام، ومن أجل هذا لا يجوز للسلطة المركزية أن تتصرف بذاءة بدلا من الهيئات اللامركزية متجاهلة اختصاصات هذه الأخيرة، كذلك لا يجوز لعمال السلطة المركزية أن يعتدوا على اختصاصات الهيئات اللامركزية وإلا كان عملهم باطلاً ومعيباً بعيب عدم الاختصاص.

### الفقرة الثانية: عيب عدم الاختصاص من حيث المكان

إن القرارات الصادرة عن أحد رجال الإدارة أو إحدى الهيئات تطبق ضمن النطاق الجغرافي المحدد بموجب القوانين واللوائح لمزولة اختصاصاتهم، وعدم الاختصاص المكاني يتمثل في اعتداء أحد أعضاء السلطة الإدارية على اختصاص عضو آخر في نفس الجهة الإدارية وفي نفس الدرجة وذلك بمزاولته مقتضيات وظيفته في غير النطاق الإقليمي المخصص له<sup>4</sup>.

### الفقرة الثالثة: عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان

المقصود بعيب عدم الاختصاص من حيث الزمان، أن يمارس أحد رجال الإدارة اختصاصه دون مراعاة القيود الزمنية الموضوعة لذلك<sup>5</sup>. فالنشاط الإداري للهيئات ولرجال

1 مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص 297

2 سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 212

3 عيد الناصر عيد الله أبوسمدانة، المرجع نفسه، ص 227

4 سليمان محمد الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 2006، القاهرة، ص 357

5 سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق ص 728

الإدارة محدد بحقبة زمنية معينة، ويعد انتهاء هذه المدة لا يجوز لهم مزاوله أو ممارسة الأعمال الإدارية، ويوجد عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان في صورتين هي: مزاوله النشاط الإداري من قبل هيئة انتهت ولايتها في ممارسة النشاط، واتخاذ قرار معين بعد المدة المحددة لاتخاذها طبقاً للأنظمة واللوائح.

### الصورة الأولى: مزاوله النشاط الإداري من قبل هيئة انتهت ولايتها أو موظف انتهت وظيفته

فالموظف ليس مخلد، بل تنتهي خدمته عند حد معين يفقد بعده كل صفة في مزاوله الأعمال العامة، ومن ثم لا يجوز له أن يصدر بعض القرارات المتعلقة بوظيفته إذا كانت قد انتهت خدمته<sup>1</sup> وإلا كانت قراراته في هذه الحالة باطلة لمخالفتها لقواعد الاختصاص من حيث الزمان، كما أن المجالس المنتخبة التي تساهم في الوظيفة الإدارية كمجالس المحافظات ومجالس المدن - لا تنتخب إلى ما لا نهاية، بل إلى مدة معينة تنتهي بعدها وكالتها، وبالتالي لا تستطيع أن تصدر أي قرار بعد أن تنتهي مدة نيايتها وإذا فعلت ذلك كانت قراراتها في هذه الحالة باطلة لمخالفتها قواعد الاختصاص من حيث الزمان.

### الصورة الثانية: القرار الصادر بعد الميعاد المحدد قانوناً لإصداره

قد يحدد المنظم أحياناً مدة معينة لاتخاذ قرار معين، ولكن الإدارة قد لا تحترم تلك المدة بل تصدر القرار بعدها، فهل يترتب على ذلك بطلان القرار لإصداره بعد المدة المحددة قانوناً للإصدار؟

القاعدة في مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري أيضاً أن مخالفة المدة لا تؤدي دائماً إلى الحكم ببطلان القرار الإداري إلا في حالتين هما:

**الحالة الأولى:** أن يجعل القانون لهذه المدة صفة أمره وبالتالي يتحتم على الإدارة أن تصدر قرارها خلالها فإن فاتت المدة استحال على الإدارة إصدار القرار، وإذا أصدرته بعد فواتها كان القرار باطلاً لمخالفته لقواعد الاختصاص من حيث الزمان.

**والحالة الثانية:** هي حالة ما إذا كانت المدة مشروطة لمصلحة الأفراد.

1 سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 729

### الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ركن الشكل

يعتبر ركن الشكل في القرار الإداري، أحد العناصر الشكلية التي يتكون منها القرار. وهو يتمثل في المظهر الخارجي الذي يتخذه القرار الإجرائية التي تتطلبها اللوائح والأنظمة لإصداره، ومخالفة القواعد الشكلية في القرار الإداري تعيبه بعيب الشكل، الذي يترتب عليه بطلان القرار أحيانا أو عدم بطلانه في أحيان أخرى، حسب أهمية القواعد الشكلية التي تمت مخالفتها.

#### البند الأول: ركن الشكل وأهميته

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 تتفرد بميزة هذا النشاط أو التصرف، وأن لهذا التصرف القانوني الصادر من جانب واحد مظهرا خارجيا يتخذ وفقا للإجراءات تسبق القرار من خلال مجموع العمليات التي يجب على الإدارة إتباعها قبل الإقدام على اتخاذ القرار.

#### الفصل الأول: تعريف ركن الشكل وخصائصه

ركن الشكل في القرار الإداري، هو المظهر الخارجي للقرار والقواعد الإجرائية التي تتطلبها الأنظمة واللوائح لإصداره<sup>1</sup>

#### - و الأصل هو عدم خضوع القرارات الإدارية لشكل معين

الأصل أن القرار الإداري سواء كان فرديا أو لائحيا، لا يخضع لأي أشكال خاصة. فهو قد يكون مكتوبا أو شفويا، مسببا أو غير مسبب، صريحا أو ضمنيا، ولقد مضى مجلس الدولة المصري بعد تقييد الإدارة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة فيما تصدره من قرارات إدارية قد يتطلب اتخاذ إجراءات معينة أو إتباع شكل خاص عند إصدار قرار إداري معين وفي هذه الحالة يجب على الإدارة إتباع الشكل الإجراءات التي تطلبها المنظم.

فمثلا- قد يشترط المنظم في الأنظمة أو اللوائح عند إصدار قرار إداري معين، إخطار صاحب الشأن مقدما أو إجراء تحقيق أو أخذ رأي لجنة أو مجلس معين قبل إصدار القرار أو النص فيه على بيانات معينة<sup>2</sup>.

1 محمود عاطف البنا، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي 1979، القاهرة ص 248

2 محمود حافظ، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1967- ص 562

### أهمية قواعد الشكل والإجراءات الإدارية

إن لقواعد الشكل في القرارات الإدارية أهمية خاصة ذلك لأن إتباع هذه القواعد يحقق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد على حد سواء، فإتباع الإدارة لهذه القواعد يحول دون اتخاذ قرارات ارتجالية مما يعمل على حسن إصدارها ويؤدي بالتالي إلى حسن سير المرافق العامة، كما وأن قواعد الشكل كثيرا ما تكون في صالح الأفراد، مما يؤدي للقول بأن في تقريرها ضمانا للأفراد في مواجهة سلطات الإدارة الواسعة<sup>1</sup>.

### أساس الإلزامي في قواعد الشكل والإجراءات

لما كان الأصل أن الإدارة غير ملزمة بإصدار قراراتها طبقا لشكل معين أو بإتباع إجراءات معينة، فقد ثار التساؤل حول أساس إلزام الإدارة بإصدار بعض قراراتها في شكل معين أو بإتباع إجراءات معينة، وفي واقع الأمر أن قواعد الشكل والإجراءات تحددها الأنظمة واللوائح، فالسلطة التنظيمية والجهة الإدارية التي تملك سلطة وضع اللوائح هي التي تلزم الإدارة بأن تحيط قراراتها بشكليات معينة، ذلك من البديهي أنه إذا نص القانون أو اللائحة صراحة على ضرورة أن تصدر بعض القرارات الإدارية بشكل معين بالذات، فإن الإدارة في هذه الحالة تنتفي سلطتها التقديرية في اختيار الشكل، وتصير ملزمة بإتباع الشكل الذي فرضه القانون دون غيره من الأشكال وإلا كان قرارها قابلا لمخالفته للشكل القانوني<sup>2</sup>، وإذا كانت الأنظمة واللوائح هي التي تلزم الإدارة بإصدار بعض القرارات الإدارية في شكل معين أو بإتباع إجراءات معينة، بحيث تكون الإدارة في غير تلك القرارات حرة في إصدار قراراتها الإدارية في الشكل الذي تراه، إلا أن مجلس الدولة الفر نسي، رغبة منه في حماية الأفراد قد توسع في تفسير النصوص بحيث فرض على الإدارة في كثير من الحالات التزام شكليات لم ترد في حرفية النصوص، عن طريق التوسع في التفسير والقياس.

### العصن الثاني: عيب الشكل وما يترتب عليه من آثار

يترتب على مخالفة القرار الإداري لقواعد الشكل والإجراءات التي فرضتها الأنظمة واللوائح بالنسبة لبعض القرارات الإدارية أن يصبح القرار معيبا بعيب الشكل وهذا العيب يكون سببا من أسباب الطعن بالإلغاء في القرار الإداري<sup>3</sup>، ويمكن تعريف عيب الشكل بأنه عدم التزام جهة الإدارة بإتباع الشكليات والقواعد الإجرائية التي نصت عليها الأنظمة واللوائح في إصدار القرارات الإدارية<sup>4</sup>، ويترتب على مخالفة قواعد الشكل والإجراءات في القرار الإداري بطلان القرار دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة فالقاعدة في القانون الإداري-

1 سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، 1976، ص 723

2 أحمد حافظ نجم، القانون الإداري الجزء الثاني، دار الفكر العربي، القاهرة، 1981 ص 15

3 سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 723

4 خالد خليل الظاهر، القانون الإداري دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع، 1998، ص 120

على عكس الحال في القانون المدني - أنه لا يلزم لتقرير البطلان أن يكون هناك نص صريح ينص عليه، فإذا وجد نظام يقضي بالبطلان صراحة لمخالفة قواعد الشكل التي وردت فيه ففي هذه الحالة لا بد من أعمال أحكام النص، أما إذا جاء نص النظام خالياً من جزاء يترتب في حالة مخالفة الشكليات الواردة فيه ففي هذه الحالة تخضع هذه الشكليات لتقدير القضاء فإذا كانت شكليات جوهرية قضى بالبطلان لعدم إتباعها أما إذا كانت شكليات ثانوية فإنه لا يقضي بالبطلان.

### البند الثاني: أوضاع الشكليات وتأثيرها على صحة القرار الإداري

إذا كان الهدف من تقرير الشكلية في القرارات الإدارية هو حماية المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، فإن الإغراق فيها بتقرير الكثير من هذه القواعد يؤدي إلى البطء في سير العمل الإداري وتعقيده مما يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد على حد سواء، لذلك فإنه يكون من المفيد ألا يقضي الإداري بإلغاء القرار الإداري لمجرد انطوائه على أي عيب شكلي مهما بلغت درجة ثقافته، لأن ذلك سوف يؤدي إلى مبالغة الإدارة في الاعتداء بالشكل إلى درجة كبيرة كي تتفادى إلغاء قراراتها وهذا من شأنه أن يؤدي إلى زيادة بطء العمل الإداري، وتطبيقاً لما سبق اختار القضاء الإداري لنفسه طريقاً وسطاً: فهو لم يتشدد في التمسك بقواعد الشكل إلى الحد الذي يعوق من نشاط الإدارة، كما أنه من جهة أخرى لم يسمح بعدم الاعتداء بهذه القواعد إلى الحد الذي يصل إلى إهدار المصلحة العامة ومصلحة الأفراد<sup>1</sup>، ومن أجل هذا لم يبطل القضاء الإداري الفرنسي القرار الإداري بسبب عيب الشكل إلا إذا نص المنظم على ذلك صراحة أو إذا كان الإجراء أو الشكل الذي تم إغفاله جوهرياً حتى ولو لم ينص المنظم على البطلان.

1 طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة "قضاء الإلغاء"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1976، ص 276

### الفصل الأول: معيار تمييز الشكل الجوهري

يتضح مما سبق أن القرار يبطل لعيب شكلي إذا نص القانون على البطلان عند إغفال إجراء معين. وإذا سكت النص عن تقرير جزاء المخالفة، فإن القضاء الإداري لا يقضي بإلغاء القرار الإداري لمجرد انطوائه على أي عيب شكلي مهما كان تافها أو ثانويا، وإنما يفرق بين الشكل الجوهري والشكل الثانوي، ويقرر البطلان كجزء للإخلال بالشكل الجوهري فقط دون الشكل الثانوي ولكن التساؤل الآن هو، متى يعتبر الشكل جوهريا ومن ثم يترتب على إغفاله بطلان القرار الإداري؟ ومتى لا يعتبر الشكل جوهريا ومن ثم لا يترتب على إغفاله إلغاء القرار الإداري أو بمعنى آخر ما هو معيار تمييز الشكل الجوهري عن الشكل الثانوي في القرارات الإدارية؟

في واقع الأمر لم يحدد القضاء الإداري في فرنسا أو في مصر معيار قاطعا لتمييز الشكل الجوهري الذي تستتبع مخالفته بطلان القرار الإداري<sup>1</sup>، ومن ثم فسوف نتناول فيما يلي موقف الفقه من تمييز الشكل الجوهري وبعد ذلك نتناول موقف القضاء أو الأشكال التي اعتبرها القضاء الإداري بأنها جوهرية وبالتالي تؤثر على صحة القرار الإداري وتلك التي لا يعتبرها كذلك ومن ثم لا تؤثر على صحة القرار الإداري.

### الفصل الثاني: موقف الفقه من تمييز الشكليات الجوهرية عن الشكليات الثانوية

بادئ ذي بدء يتفق الفقهاء جميعا على أنه لا جدال أن الشكل يعتبر جوهريا إذا نص القانون على ضرورة استيفاء إجراءات شكلية معينة، مقررا إلى جانب ذلك بطلان القرار الصادر على خلاف ما تقضي به هذه الإجراءات الشكلية، والمحكمة إذ تقضي ببطلان القرار في هذه الحالة إنما تنزل على حكم القانون الذي يقرر صراحة البطلان في حالة مخالفة قواعد الشكل المنصوص عليها، ولكن الخلاف يثار بين الفقهاء في حالة ما إذا حدد القانون قواعد شكلية معينة دون أن يرتب جزاء على مخالفتها وذلك بأن يسكت عن تقرير بطلان القرار الإداري الصادر على خلاف تلك الإجراءات الشكلية التي نص عليها القانون، وبالتالي يبحث الفقهاء عما إذا كانت الإجراءات الإدارية التي تطلبها النظام في هذه الحالة إجراءات جوهرية أم ثانوية ويمكننا التمييز بين ثلاث اتجاهات للفقهاء في شأن معيار التمييز بين الشكليات الجوهرية التي يترتب على إغفالها بطلان القرار والشكليات الثانوية التي لا يترتب على إغفالها بطلان القرار الإداري.

**الرأي الأول:** ويرى أصحابه أن الشكليات المقررة لصالح الأفراد تعتبر شكليات جوهرية يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 726

أما الشكليات المقررة لصالح الإدارة فإنها تعتبر شكليات ثانوية ومن ثم لا يؤدي إغفالها أو مخالفتها إلى بطلان القرار، ولقد انتقد بعض الفقهاء هذا الرأي على أساس أن الشكليات وإن أتت بضمانات لصالح الأفراد، فإنها في جميع الأحوال تهدف إلى تحقيق الصالح العام بجانب الصالح الخاص، كما أن دعوى الإلغاء هي دعوى موضوعية تستهدف مخاصمة القرار الإداري في ذاته<sup>1</sup>.

**الرأي الثاني:** يرى أصحاب هذا الرأي أنه يجب التفرقة في شأن تمييز الشكليات الجوهرية بين حالتين: حالة إسقاط الشكل، وحالة أدائه على نحو مخالف لما هو مقرر فإسقاط الشكل يعتبر مخالفة جوهرية لا فرق في ذلك بين إسقاط الشكليات المقررة لصالح الإدارة، والشكليات المقررة لصالح الأفراد إذ يستوي الأمر بينهما في ضرورة إلغاء القرار<sup>2</sup>، أما في حالة أداء الشكل على نحو مخالف لما هو مقرر، فإنه يتعين البحث عما إذا كانت المخالفة قد غيرت من طبيعة الإجراءات الشكلية المقررة أم لا، فإذا كانت الإجراءات، رغم ما شابها من مخالفة قد حققت الهدف الذي قررت من أجله فإنها تعتبر مخالفة ثانوية لا تستوجب إلغاء القرار، أما إذا لم تكن قد حققت الهدف الذي قررت من أجله فإنها تكون مخالفة جوهرية تستوجب بطلان القرار والحكم بإلغائه

**الرأي الثالث:** ويرى أصحابه أن أساس التفرقة بين الشكليات الجوهرية الثانوية هو درجة جسامه عيب الشكل فإذا كان عيب جسيما، فإن الشكل يكون جوهريا يستوجب إلغاء القرار بسبب إغفاله أما إذا كان عيب الشكل ليس جسيما فمعنى ذلك أن الشكل الذي تم إغفاله شكلا ثانويا لا يستوجب إلغاء القرار الإداري، وعيب الشكل يكون جسيما ومن ثم يترتب عليه إلغاء القرار إذا كان من شأنه التأثير على جوهر القرار بحيث يصبح القرار مغايرا لما كان يجب أن يكون عليه إذا ما استوفى الشكل القانوني الصحيح، ويكون الشكل ثانويا إذا لم يصل هذه الدرجة من الجسامه

### الفقرة الأولى: الشكليات التي يؤثر إغفالها أو مخالفتها على صحة القرار الإداري

رأينا فيما سبق أن كل شكل أو إجراء جوهري كان في استطاعته أن يغير من مضمون القرار الإداري لو أنه قد اتبع يعد من الشكليات أو الإجراءات التي تؤثر على مشروعية القرار الإداري.

1 ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 223  
2 سليمان الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 294

**أولاً: وجوب أخذ رأي فرد أو هيئة مقدما**

1- إن المنظم قد يفرض على جهة الإدارة قبل أن تصدر قرارا معيناً أخذ رأي فرد أو هيئة معينة، وعندئذ يجب على الإدارة أن تقوم بهذه الشكلية قبل إصدار القرار وإلا كان قرارها معيباً بعيب الشكل.

2- ويجب على جهة الإدارة أن تأخذ رأي الفرد أو الهيئة التي فرضها المنظم قبل إصدار قرار معين حتى لو كان رأي هذا الفرد أو تلك الهيئة استشارياً<sup>1</sup>، أو متعلقاً بالصياغة فقط دون الموضوع.

3- ويلاحظ في هذا الشأن اختلاف القيمة القانونية للآراء التي تؤخذ قبل إصدار القرار، وذلك باختلاف صياغة المنظم للطريقة التي يتم بها أخذ الرأي.

فقد ينص النظام على أن يصدر القرار "بعد أخذ رأي لجنة معينة" وفي هذه الحالة فإن مصدر القرار لا يلتزم برأي اللجنة وإنما يستطيع أن يصدر قراره على عكسه تماماً لأن رأي اللجنة في هذه الحالة يكون استشارياً. وقد ينص النظام على أن يصدر القرار "بناءً على اقتراح اللجنة معينة أو شخص معين"<sup>2</sup>، وفي هذه الحالة فإن هذا الاقتراح يكتسب أهمية أكبر من الحالة السابقة حيث لا بد أن يكون هذا الاقتراح بالموافقة أي إيجابياً وليس سلبياً.

**ثانياً: قواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للجان**

قد يكلف المنظم بعض اللجان أو المجالس أو الهيئات الإدارية بإصدار قرارات إدارية في موضوعات معينة، وحينئذ فإن سلامة القرار الإداري من الناحية الشكلية يتوقف على إتباع هذه اللجان أو المجالس أو الهيئات للقواعد التي تحكم سيرها سواء من حيث تشكيلها أو إجراءاتها وإلا كان القرار الصادر في هذا الشأن معيباً بعيب الشكل مما يجعله عرضة للإلغاء<sup>3</sup>، وفيما يلي المبادئ التي قررها القضاء الإداري في فرنسا ومصر في قواعد الشكل والإجراءات بالنسبة للجان.

**(أ) في مجال تشكيل اللجان والمجالس**

1- يجب أن تشكل اللجان الإدارية تشكيلاً صحيحاً وذلك من الأعضاء المنصوص عليهم نظاماً وإلا يعتبر تشكيلها باطلاً وما تصدره من قرارات باطلاً أيضاً وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمناسبة تشكيل مجلس التأديب وفقاً لنص المادة 40 من قانون النيابة الإدارية<sup>4</sup>.

1 عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 604

2 عبد الناصر عبد الله أبو سمدانة، المرجع نفسه، ص 158

3 عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 604

4 عبد الناصر عبد الله أبو سمدانة، المرجع نفسه، ص 160

2- وحتى يكون انعقاد اللجنة أو المجلس صحيحا، لابد من دعوة جميع الأعضاء للحضور طبقا للإجراءات والمواعيد التي قررها النظام فعدم دعوة جميع أعضاء المجلس أو اللجنة رغم اشتراط ذلك نظاما بعيب تشكيل المجلس إلا إذا كان عدم دعوة باقي الأعضاء بسبب اعتبارات أملتها الضرورة ففي هذه الحالة يكون تشكيل المجلس صحيحا، ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 12 نوفمبر 1950 حيث تقول: لإمكان النظر في صحة تشكيل لجنة من اللجان أو هيئة من الهيئات أنشئت كضمانة للموظفين أو لأفراد طائفة، يتعين الرجوع إلى النص التشريعي الذي أوجدها، فإذا اختار أشخاصا بدواتهم أو بوظائفهم ثم سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد من الأعضاء كما هو الحال في نص المادة 11 من الأمر الإداري في 2 ماي 1946 بإعادة التنظيم الإداري لبلدية الإسكندرية فل مناص من حضور جميع الأعضاء<sup>1</sup>.

3- و غياب أحد اللجنة اختيارا لا يبطل تشكيلها إذا توافر العدد القانوني المطلوب في باقي أعضاء اللجنة الذين حضروا فعلا اجتماعها أم إقصاء عضو من أعضاء اللجنة بالرغم عنه تشكيل اللجنة في هذه الحالة يكون باطلا والقرار الصادر عنها يكون باطلا أيضا بطبيعة الحال.

4- إذا قام سبب من أسباب عدم الصلاحية بالنسبة لعضو من أعضاء أحد المجالس أو اللجان فإنه يجب أن يتتحي عن حضور المجلس أو اللجنة وإلا كان تشكيلها معيبا

5- يجب توافر النصاب القانوني اللازم لانعقاد اللجنة الإدارية، فقد يشترط النظام لصحة الانعقاد أن يحضر جميع الأعضاء أو عدد معين منهم وفي هذه الحالة يجب تنفيذ ما أمر به النظام، ولكن إذا لم ينص النظام على النصاب القانوني للحضور فإن الفقه والقضاء الإداري يرى أن اجتماع اللجنة يصح في هذه الحالة إذا حضره أكثر من نصف عدد الأعضاء<sup>2</sup>، فلقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في أول أمر إلى أنه من المتعين في هذه الحالة حضور جميع الأعضاء، وكان ذلك في حكمها الصادر في 16 نوفمبر 1950 حيث تقول: لإمكان النظر في صحة تشكيل اللجنة من اللجان أو هيئة من الهيئات أنشئت كضمانة للموظفين أو لإفراد طائفة، يتعين الرجوع إلى النص التشريعي الذي أوجدها فإدا اختار أشخاصا بدواتهم أو بوظائفهم ثم سكت عن التصريح بصحة الانعقاد عند تكامل عدد من الأعضاء كما هو الحال في نص المادة 11 من الأمر الإداري الصادر في 2 ماي سنة 1946 بإعادة التنظيم الإداري لبلدية الإسكندرية.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 662

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 662

### (ب) في مجال القواعد التي تحكم جدول أعمال الاجتماع

وردت عدة مبادئ في أحكام القضاء الإداري تتعلق بالقواعد التي تحكم جدول أعمال اللجان والجمعيات، وتتمثل تلك المبادئ في حظر النظر في أي مسائل غير واردة في جدول أعمال الاجتماع، واعتبار الاجتماع منقضا بمجرد الانتهاء من جدول أعمال الجلسة، ولا تعتبر الجلسة مستمرة ببقاء فريق من الأعضاء

### (ج) في مجال المداولة

إن الأصل في اللجان أو الهيئات المقررة أن يدعى جميع الأعضاء المنصوص عليهم في النظام إلى اجتماع يحدد زمانه ومكانه فيتبادلون الرأي ويدلي كل منهم بحجته للأخر ثم يؤخذ الرأي في النهاية وأن تكون الجلسة العلنية أو سرية بحسب ما يقرره القانون، وإذا كان ما سبق هو الأصل فإنه يمكن استثناء أخذ الرأي بطريق التمرير على الأعضاء منفردين ولكن القرار الصادر بالتمرير يستلزم لصحته الاجتماع، وقد يتطلب القانون في بعض الأحيان تحرير محضر بالمناقشات التي دارت أثناء المداولة، وفي هذه الحالة فإن عدم تحرير المحضر أو النقص الجوهرية فيه يؤدي إلى بطلان الإجراءات، ومن ثم بطلان القرار الإداري ذاته، أما إذا لم يشترط القانون تحرير مثل هذا المحضر فإن عدم تحريره لا يعتبر عيباً في الشكل يعيب القرار الإداري<sup>1</sup>.

### (د) في مجال التصويت

يجب أن تصدر القرارات بالأغلبية التي حددها النظام وإذا لم يحدد فتصدر بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين<sup>2</sup> ويجب ألا يغفل صوت من يجب أخذ صوته لسبب من الأسباب، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا انقسمت الأصوات لا يعتبر صوت الرئيس مرجحاً إلا إذا نص على ذلك صراحة<sup>3</sup>.

### ثالثاً: الضمانات التأديبية وعدم الإخلال بحق الدفاع

يقصد بالضمانات التأديبية بوجه عام، الكفالة المقررة لإظهار الحقيقة، وذلك في حالة اتهام الموظف العام الذي ينسب إليه ارتكاب مخالفة تأديبية تعرضه للمجازاة من جانب الجهات المختصة،<sup>4</sup> على أن يؤدي المساس بتلك الضمانات إلى تعيب القرار الصادر بتوقيع الجزاء، وقد وضعت أنظمة تأديب الموظفين في مختلف دول العالم قواعد الشكل

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 663

<sup>2</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، القرار الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص 446.

<sup>3</sup> سليمان الطماوي القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 663

<sup>4</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 670

والإجراءات اللازمة لتحقيق أكبر ضمانة للموظف العام في حالة تعرضه لتوقيع جزاء تأديبي عليه.

### (أ) حق الموظف في الدفاع عن نفسه

من أهم الضمانات التأديبية التي يترتب على إغفالها بطلان قرار الجزاء هو تمكين الموظف من الدفاع عن نفسه لأن ذلك يعتبر بمثابة حق أساس له، وقد فصل مجلس الدولة بحكمه الصادر في 18 يناير 1953 و الذي جاء فيه: إذا كان اتهام المدعي اتهاما أبدى لأول مرة في جلسة المحاكمة أمام لجنة الشياخات، فهذا إجراء غير سليم يتعين إعلان المدعي به قبل الجلسة.<sup>1</sup>

-مضمون حق الموظف في الدفاع عن نفسه: يتمثل مضمون حق الموظف في الدفاع عن نفسه فيما يلي:

1- يجب أن يحاط الموظف علما بالتهمة الموجهة إليه وذلك في إعلان الحضور حتى تترك له الفرصة لإعداد دفاعه، فإذا كانت تلك التهمة مجهولة وفوجئ بها الفرد أمام مجلس التأديب فإن القرار يكون باطلا.

2- تمكين الموظف المتهم من الدفاع عن نفسه والسماح له بإبداء أقواله وملاحظاته على ما هو منسوب إليه إما كتابة أو شفويا، ببيان أو مرافعة، سواء بنفسه أو بمحام عنه وإذا عاقه عائق مشروع عن الحضور - كالمريض مثلا- في التحقيق أو في المحاكمة وجب تأجيل التحقيق أو المحاكمة حتى يزول هذا العائق.<sup>2</sup>

(ب) ضرورة التحقيق مع الموظف قبل توقيع الجزاء عليه: من المبادئ المسلم بها في مجال تأديب الموظفين وجوب إجراء تحقيق مع الموظف قبل توقيع الجزاء عليه، ويشترط أن يكون ذلك التحقيق له كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح<sup>3</sup> وقد استوجب نظام التأديب ضرورة إجراء التحقيقات اللازمة قبل توقيع عقوبة تأديبية على الموظف.

فلا يجوز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف إلا بعد التحقيق معه كتابة وسماع أقواله وتحقيق دفاعه وإثبات ذلك في القرار الصادر بالعقاب أو في محضر مرفق به، مجلس القضاء الإداري في الحكم الصادر 18 يناير 1953 "فيجب أن يكون له كل مقومات التحقيق القانوني الصحيح وكفالاته وضماناته، من حيث وجوب استدعاء الموظف وسؤاله، ومواجهته بما هو مأخوذ عليه، وتمكينه من الدفاع عن نفسه، وإتاحة الفرصة له لمناقشة شهود الإثبات وسماع من يريد استشهادهم من شهود النفي وغير ذلك من مقتضيات الدفاع،

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 670

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 292

<sup>3</sup> عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 670

فإذا خلا التحقيق الإداري من هذه المقومات فلا يمكن وصفه بأنه تحقيق بالمعنى المقصود من هذه الكلمة<sup>1</sup>

(ج) حق الموظف المحال إلى التأديب في محاكمة تأديبية عادلة: إن من حق الموظف المحال إلى التأديب أن تكون إجراءات محاكمته التأديبية إجراءات عادلة يحقق فيها دفاعه و دفعه المختلفة، ولقد أخذت أنظمة التأديب في فرنسا ومصر وكذا القضاء الإداري في فرنسا ومصر بتلك الإجراءات الكفيلة بضمان محاكمة عادلة للموظف المتهم وذلك على النحو التالي:

**1- إبلاغ الموظف المتهم بتاريخ الجلسة وترك مدة معقولة بين إخطاره بالجلسة وميعاد الجلسة:** فالموظف بعد أن يحاط علما بالتهمة الموجهة إليه يجب أن تترك له مدة معقولة ليحضر فيها دفاعه، فإذا أخلت الإدارة بهذا الشرط وجب على الهيئة أن تمنح الموظف مدة جديدة إذا طلب ذلك وإلا كان قرارها معيبا، أما إذا كان المتهم لم يعلن على الإطلاق بقرار الإحالة وبتاريخ الجلسة المحددة وترتب على ذلك أن فات عليه الحضور بالجلسة المذكورة فإن هذا يكون عيبا شكليا في الإجراءات يؤدي إلى بطلانها ويؤثر وبالتالي في القرار التأديبي الصادر بإدانته.

**2- تقييد مجلس المحاكم بقرار الاتهام:** يجب أن يتقيد مجلس المحاكمة بقرار الاتهام سواء من حيث الأشخاص الذين يشملهم القرار ومن حيث الوقائع المكونة للاتهام

**3- إن تشكيل مجالس التأديب من النظام العام**

إن تشكيل مجالس التأديب من النظام العام ومن ثم يترتب على مخالفة تشكيلها للنص النظامي المحدد لكيفية التشكيل بطلان تشكيل المجلس وبطلان ما يصدره من قرارات تبعا لذلك.

**4- تمكين الموظف المتهم من رد أي عضو من أعضاء الهيئة التأديبية عند اللزوم**

إذا قام بأحد أعضاء الهيئة التأديبية سبب من أسباب عدم الصلاحية أو الرد وجب عليه التنحي عن الحكم تظمينا للمتقاضين حتى تصدر الأحكام لهم أو عليهم بعيدة عن الهوى والميل، كما أن الأصل هو أن من يقوم بعمل من أعمال التحقيق يتمتع عليه الاشتراك في نظر الدعوى التأديبية أو الحكم فيها<sup>2</sup>.

**ضمانات المداولة وصحة قرارات التأديب:** لقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه بعض المبادئ التي من شأنها ضمان صحة المداولة وصحة قرارات التأديب، فأوجب

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 670

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 292

أن يكون الأعضاء الذين يجلسون للمداولة هم أنفسهم الذين سمعوا المرافعة في الدعوة وجعل التصويت إجباريا بالنسبة إلى جميع أعضاء مجلس التأديب بحيث يكون باطلا الامتناع عن إبداء الرأي.

#### رابعاً: الإجراءات التمهيدية والمدد الجوهرية

إن المنظم قد يفرض على الإدارة قبل إصدار قرار معين للقيام بإجراءات تمهيدية، كإعلان صاحب الشأن لتسمع أقواله، أو إجراء تحقيق معين، أو إنذار الموظف قبل اتخاذ أي إجراء ضده. . . . وهكذا. ويتعين على جهة الإدارة في كل هذه الحالات أن يقوم بإتمام هذا الشكل أو تلك الإجراءات قبل إصدار القرار وإلا صدر باطلا<sup>1</sup>.

#### خامساً: تسبیب القرارات الإدارية

يشترط تسبیب بعض القرارات الإدارية، ويصبح التسبیب شكلاً أساسياً في القرار يترتب على إغفاله أو إهماله بطلان القرار، والهدف من اشتراط المشرع (تسبیب بعض القرارات الإدارية) هو إحاطة من يخاطبه القرار علماً بالأسباب التي بني عليها والتي دفعت الإدارة إلى إصداره، هو ما يجعله في وضع أفضل عند الطعن في القرار بالإلغاء أو عند المطالبة بالتعويض عنه، ومن المقرر فقها وقضاء أنه إذا اشترط المنظم تسبیب قرار إداري معين، فإنه يجب أن يكون التسبیب كافياً ومنتجاً في فهم النتيجة التي انتهى إليها القرار وفي إنزال حكم القانون على مقتضى تلك النتيجة كذلك فإن التسبیب يجب أن يكون وارداً في صلب القرار، حيث لا يكفي لقيام التسبیب الإحالة إلى أوراق أو وثائق أخرى.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 265

**الفقرة الثانية: الشكليات التي لا تؤثر إغفالها أو مخالفتها على صحة القرار إداري**

الأصل هو عدم تقيد الإدارة بشكل معين تفصح فيه عن إرادتها الملزمة فيما تصدره من قرارات إدارية، ولكن النظام قد يتطلب اتخاذ إجراءات معينة أو إتباع شكل خاص عند إصدار قرار إداري معين، وفي هذه الحالة يجب على الإدارة إتباع الشكل والإجراءات التي يتطلبها المنظم، وإذا كانت هناك بعض الشكليات التي يؤثر إغفالها أو مخالفتها على صحة القرار الإداري ويترتب على ذلك بطلان القرار، فإن هناك البعض الآخر من الشكليات التي لا يؤثر إغفالها أو مخالفتها على صحة القرار الإداري ومن ثم لا يترتب على ذلك بطلان القرار، وفي واقع الأمر أنه لا يمكن وضع قاعدة عامة في هذا الشأن أو معيار ثابت ولكن أهم الحالات التي لا يترتب على مخالفتها بطلان القرار الإداري هي: حالة ما إن كانت الشكليات التي تم إغفالها مقررة لمصلحة الإدارة الأفراد، وحالة الشكليات الثانوية التي لا تؤثر في سلامة القرار موضوعيا<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 265

### الفصل الأول: الشكليات المقررة لصالح الإدارة لا لمصلحة الأفراد

إذا كان الأصل هو أن الشكليات مقررة لمصلحة الإدارة والأفراد على السواء<sup>1</sup>، إلا أنه قد يحدث أن يصدر القرار الإداري محاطا ببعض الإجراءات والشكليات المقررة لمصلحة الإدارة وحدها. وهنا يثور التساؤل عما إذا كانت الإدارة تستطيع إهمال هذه الإجراءات والشكليات المقررة لمصلحتها وحدها دون أن يترتب على ذلك بطلان القرار؟ وهل يستطيع الأفراد الاستناد إلى إهمال الإدارة لهذه الشكليات المقررة لمصلحتها للطعن بالبطلان على القرار الإداري طالبين إلغاءه؟

لقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك قضاء مجلس الدولة المصري على أن إغفال الشكليات والإجراءات المقررة لمصلحتها الإدارة وحدها، لا يترتب عليها بطلان القرار، كما أن هذه الشكليات لا يجوز تغيير الإدارة والتمسك بها باعتبارها مقررة لمصلحتها وحدها، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر في 3 ديسمبر 1952 والذي جاء فيه: أن المادة 43 من لائحة النظام الدراسي والتأديبي لطلاب الجامعات تنص على أن "كل طالب يرتكب الجريمة المنصوص عليها في البند ز- من المادة الحادية والأربعين" وهي جريمة الغش في الامتحان والشروع فيه "ويضبط في حالة تلبس يخرجه العميد أو المدير المعهد المستقل فورا ويحرمه من دخول الامتحان في باقي المواد ويعتبر امتحانه باطلا قانونا"<sup>2</sup>

### الفصل الثاني: الشكليات الثانوية (الشكليات غير الجوهرية)

أن الشكليات الثانوية تتمثل في قواعد الشكل التي لم يترتب النظام صراحة البطلان على إغفالها أو مخالفتها، والتي ليس من شأن إغفالها أو مخالفتها التأثير على جوهر القرار أو تفويت المصلحة التي عنى القانون بتأمينها، ولذلك لا يترتب على إغفال أو مخالفة تلك الشكليات الثانوية أي تأثير على مشروعية القرار الإداري، ومن حكم محكمة القضاء الإداري في 24 أبريل 1957 و الذي يؤكد أنه وإن كانت المادة 46 من اللائحة التنفيذية لقانون نظام موظفي الدولة تقضي بأن يصدر قرار التحقيق متضمنا الشخص الذي يقوم بالتحقيق و المسائل المطلوب تحقيقها، إلا أن عدم ذكر هذه البيانات لا يترتب عليه البطلان، لأنها بيانات غير جوهرية لا يتعلق بها حق أو مصلحة للموظف.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 674

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 670

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 678

### المطلب الثاني: المشروعية الداخلية للقرار الإداري

يحدد القانون الاختصاص فيعين الموظف أو الهيئة التي يجوز لها أن تتخذ القرار قبل وقوع سببه أو أي ركن آخر من أركانه، ثم يقع سبب القرار الذي هو الواقعة القانونية أو المادية التي يتحرك رجل الإدارة المختص بعد وقوعها لاتخاذ القرار و تظهر إرادته بإحداث تغيير معين في الأوضاع القانونية إلى العالم الخارجي بشكل من الأشكال، ثم يحدث الأثر الذي أرادته الإدارة و هو محل القرار وهدف رجل الإدارة من إحداث هذا التغيير تحقيق الصالح العام و تسيير المرافق العامة بانتظام و اطراد و حماية النظام العام.

### الفرع الأول: الرقابة القضائية على ركن المحل و عيب مخالفة القانون

يقصد بعيب المحل، أن يخالف محل القرار إحدى القواعد القانونية، وهو ما يطلق عليه عيب مخالفة القانون، وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

#### البند الأول: محل القرار الإداري

محل التصرف القانوني - بصفة عامة - هو الأثر القانوني الذي يحدثه هذا التصرف مباشرة. ولما كان القرار الإداري هو تصرف قانوني، فإن محله هو موضوعه أو الأثر القانوني المباشر المترتب عليه، أو بمعنى آخر هو الأثر الذي يحدثه هذا القرار في الحالة القانونية القائمة وقت صدوره، وذلك إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغائه<sup>1</sup>، وعلى ذلك فإن محل القرار الإداري الصادر بتعيين شخص في وظيفة ما، هو وضع هذا الشخص في المركز القانوني الذي تحدده قوانين التوظيف. ومحل القرار الصادر بإنهاء خدمة موظف - لأي سبب من الأسباب - هو إخراج ذلك الموظف من نطاق المركز القانوني لوظيفته، ومما سبق يتضح تمييز القرار الإداري - كعمل قانوني - عن العمل المادي الذي يصدره عن الإدارة، فالأول يترتب عليه آثار قانونية مباشرة، أما العمل المادي فإن محله يكون دائماً نتيجة واقعية، أما الآثار القانونية غير المباشرة التي تترتب عليه فمرجعها دائماً إلى القانون<sup>2</sup>، فإذا صدمت سيارة حكومية أحد الأفراد وألحقت به ضرراً دون خطأ من جانبه، فإن الالتزام بالتعويض مرجعه إلى النص القانوني الذي رتب هذا الالتزام، فالأثر القانوني في هذه الحالة هو أثر غير مباشر للواقعة المادية باعتبارها شرطاً لتطبيق نص القانون، ولقد أوضحت محكمة القضاء الإداري المصرية المقصود بمحل القرار الإداري، وفرقت في هذا الشأن بين القرار الإداري من ناحية، والعمل المادي الذي يصدر من الإدارة من ناحية أخرى حيث قضت بأنه "... من الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل، وهو المركز الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني

<sup>1</sup> شعبان عبد الحكيم سلامة، القرار الإداري السلبي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011ص187

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 249

الذي يترتب عليه حالا ومباشرة، وهذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغائها. وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي والذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية" ،ومحل القرار الإداري يجب أن يكون ممكنا وجائزا قانونا فإذا كان الأثر القانوني للقرار مستحيلا، وترتب على ذلك انعدام القرار، فالقرار الصادر بترقية موظف يترتب أثرا قانونيا يتمثل في ترقية هذا الموظف إلى الدرجة العليا، فإذا كان الموظف قد توفي قبل صدور هذا القرار، كان القرار منعدما لانعدام المحل أو استحالته<sup>1</sup>، كذلك يجب أن يكون محل القرار الإداري متفقا مع القواعد القانونية المختلفة. فإذا كان الأثر القانوني الذي تريد الإدارة ترتيبه على قرار إداري معين مخالفا لقاعدة من القواعد القانونية كان محل القرار غير مشروع ومن ثم يكون باطلا<sup>2</sup>.

فمثلا إذا أصدرت الإدارة قرارا بفصل موظف في غير الحالات المسموح لها، أو بتعيين موظف غير مستوف للشروط القانونية، أو برفض ترخيص لشخص استوفى الشروط اللازمة للحصول عليه، في تلك الحالات يكون محل القرار الإداري غير مشروع لمخالفته القواعد القانونية القائمة في المجتمع وقت إصداره ،ومما سبق يتضح أنه يجب أن يكون محل القرار موجودا ومشروعا، فعدم وجود المحل أو استحالته المادية أو القانونية قبل صدور القرار يترتب عليه عدم وجود القرار أو انعدامه. ويترتب على عدم مشروعية محل القرار قابليته للإلغاء لإصابته بعيب مخالفة القانون.

### البند الثاني: عيب المحل (عيب مخالفة القانون)

لقد عبر المنظم عن هذا العيب في قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة وآخرها في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 لسنة 1972 بقوله ". . . أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها" ،وعبارة "مخالفة القوانين" في نص قانون مجلس الدولة المصري، ويقصد بها القانون بالمعنى الواسع أي مخالفة أي قواعد القانونية في المجتمع، ويلاحظ في هذا الشأن أيضا أن اصطلاح "مخالفة القوانين واللوائح" أو اصطلاح "مخالفة النظم واللوائح" لو أخذ على إطلاقه لشمّل جميع أوجه الإلغاء في القرار الإداري. فعيب مخالفة القانون بمعناه الواسع يشمل كل عيب يشوب القرار الإداري في شكله أو في سببه أو في موضوعه أو في اختصاص القائم به، لأن القانون هو الذي يحدد أركان القرار الإداري وشروط صحته<sup>3</sup>، ولكن الفقه والقضاء الإداري استقر على أن المقصود باصطلاح "عيب مخالفة القانون" العيب الذي يلحق القرار الإداري في موضوعه أو محله،

<sup>1</sup> عمرو فؤاد بركات، مبادئ القانون الإداري، بدون دار النشر، 1985 ص 468.

<sup>2</sup> ماهر الجبوري، المرجع نفسه، ص 137

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 361

ويرى بعض الفقهاء<sup>1</sup> في هذا الشأن استبدال عبارة "مخالفة القانون" باصطلاح "مخالفة القواعد القانونية" على أساس أن هذا الاصطلاح الأخير - في رأيهم - أكثر تخصيصاً في التعبير عن العيب الذي يلحق محل القرار الإداري أو موضوعه دون باقي العيوب التي تلحق ركن الاختصاص وركن الشكل في القرار الإداري.

فعبء الاختصاص هو في الحقيقة مخالفة لقواعد الاختصاص التي حددتها قواعد القانون، وعيب الشكل هو مخالفة للإجراءات والأشكال التي حددتها قواعد القانون أيضاً. ومن ثم فليس هناك اختلاف في المعنى بين عبارة "مخالفة القانون" وعبارة "مخالفة قواعد القانون"

### الفصل الأول: مصادر القانون بمعناه الواسع

يقضي مبدأ الشرعية أن تكون تصرفات الإدارة كلها في حدود القانون، فالقانون بمعناه الواسع هو الحد الذي تمارس الإدارة فيه نشاطها، والخضوع للقانون هو شرط صحة كل تصرف إداري، ولم يعد عيب مخالفة القانون مقصوراً على مخالفة القانون باعتباره قاعدة عامة مجردة وإنما اتسع مدلوله بحيث أصبح شاملاً للمراكز القانونية التي تترتب عليها آثار قانونية فكل تنكّر لقاعدة عامة مجردة أياً كان مصدرها، وكل مساس بمركز قانوني مشروع يعد مخالفة للقانون يترتب عليها الحكم بإلغاء القرار<sup>2</sup>، فالقرار الإداري حتى يكون مشروعاً يجب ألا يخالف النصوص القانونية المكتوبة أياً كان مصدرها وألا يخالف أيضاً كلا من العرف، والمبادئ العامة للقانون العام، وأحكام القضاء المتمتعة بقوة الشيء المقضي به، والقرارات الإدارية السابقة، وسوف نتناول فيما يلي كل تلك المصادر القانونية.

### أولاً: المبادئ فوق الدستورية

يقصد بالمبادئ فوق الدستورية التي تعلو الدستور أو النظام الأساسي في الدولة والتي يتقيد بها واضعو الدستور في الدولة، فمما لا شك فيه أن هناك مبادئ تعلو الدستور لا يجوز لواضعي الدستور أن يخالفوها. هذه المبادئ قد تكون مبادئ دولية استقر القانون الدولي على الأخذ بها. ومثالها عدم إمكان حرمان الأفراد من الحد الأدنى للحقوق والحريات المسلم بها، ومنها مبادئ محلية استقرت في ضمير الجماعة خلال أجيال لا يمكن للدستور أن يخالفها<sup>3</sup>، ففي جمهورية مصر العربية فإن المادة الثانية من دستور جمهورية مصر العربية الحالي والصادر سنة 1971 تنص على "إن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للقانون" ومن ثم لا يجوز مخالفتها بأي حال من الأحوال، وإذا حدث وصدر قانون من مجلس الشعب مخالف

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 795

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 796

<sup>3</sup> محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1977، القاهرة، ص 154

## الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة

للتشريعة الإسلامية فإنه يمكن الطعن فيه بعدم دستوريته أمام المحكمة الدستورية العليا فإذا ثبت مخالفته للتشريعة الإسلامية فإن المحكمة الدستورية العليا تقضي بإلغائه.

### ثانيا: الدستور

الدستور هو القانون الذي يحدد شكل الدولة ويرسم قواعد الحكم فيها، ويضع الضمانات الأساسية لحقوق الأفراد وبين مدى سلطان الدولة عليهم، كما ينظم السلطات العامة ويبين اختصاصاتها<sup>1</sup>، وعلى ذلك فإن مخالفة أي نص من نصوص الدستور في مصر، إنما يؤدي فورا ومباشرة إلى بطلان القرار الإداري فرديا كان أو لائحيا، وعلى هذا الأساس حكم مجلس الدولة المصري بإلغاء القرار الصادر بإبعاد المصري، لمخالفته للمادة السابعة من دستور سنة 1923، كما أنه في حكمه الصادر في 26 يونيو سنة 1951، أقر القاعدة التي بمقتضاها "أن كما هو الأمر في عدم جواز إبعاد المصري طبقا للمادة 7 من الدستور، دستور سنة 1923 وفي عدم رجعية القوانين المادة 27 من دستور 1923"<sup>2</sup>

### ثالثا: القانون (أو النظام)

هو القواعد القانونية التي تصدر من الهيئة التشريعية التي يختصها الدستور بذلك، وهي تلي الدستور في القوة ويجب أن تصدر مطابقة له ومن ثم يجب ألا يخالف القانون قاعدة دستورية أو فوق الدستورية، فإذا كان القانون الذي صدر القرار الإداري على أساسه مخالفا للدستور، فإنه يكون غير دستوري ويكون القرار الإداري بالتالي غير مشروع.

### رابعا: اللوائح

وهي القرارات التنظيمية التي تتضمن قواعد عامة مجردة، وتصدر من السلطة التنفيذية في الحدود التي يرسمها الدستور<sup>3</sup>، واللوائح إما أن تكون تنفيذا لقانون فتسمى باللوائح التنفيذية أو التكميلية، وإما أنتكون مستقلة في صورة لوائح الضبط، ولوائح تنظيم المرافق العامة، واللوائح بكافة أنواعها يجب أن تصدر وفقا لكل من القواعد فوق الدستورية، والقواعد الدستورية، والقوانين السارية، فإذا خالفت لائحة أي من تلك القواعد، فإنها تكون باطلة، وبالإضافة إلى ذلك فإنه إذا كانت الإدارة حرة في تغيير اللوائح الإدارية، واستبدال غيرها بها وتعديلها، فإنها ملزمة باحترام تلك اللوائح حتى يتم هذا التغيير، وبالتالي ليس للإدارة أن تخالف اللائحة بقرارات فردية، وإلا كانت تلك القرارات الأخيرة باطلة.

<sup>1</sup> محمود حلمي، المرجع نفسه، ص 156

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 692

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 694

### خامسا: العرف

العرف الإداري يقصد به: إتباع الإدارة بصدد نشاط معين سلوكا محددًا مطردًا تلتزمه الإدارة باختيارها وبصفة منتظمة بحيث يصبح هذا السلوك الذي تنتهجه الإدارة وتلتزم به بمثابة القانون المكتوب<sup>1</sup>، ويشترط ل تواجد العرف الإداري والتزام الإدارة به أن تتوافر أربعة شروط هي

(أ) أن تطرد الإدارة على أتباع سلوك معين بصفة دائمة وبصورة منتظمة.

(ب) أن يكون ذلك السلوك عاما بحيث تتبعه الإدارة في كافة الأحوال، أما إذا كانت الإدارة تتبع سلوكا معينًا في حالات فردية دون أن تتبعه في كافة الحالات المماثلة، فإن ذلك السلوك لا يرقى إلى مرتبة العرف الإداري.

(ج) ألا يكون العرف قد نشأ مخالفا لنص قائم من النصوص التشريعية أو الدستورية أو قواعد الشريعة الإسلامية<sup>2</sup>.

(د) ضرورة توافر شرط القدم. بمعنى أن تكون الإدارة قد درجت على أتباع سلوك معين لمدة طويلة، فلا يمكن أتباع الإدارة لقاعدة معينة مدة قصيرة للقول بوجود عرف إداري.

ويلاحظ في هذا الشأن أنه وإن كانت الإدارة ملزمة بأتباع قواعد العرف الإداري الذي ينشأ من جانبها، فإن ذلك الالتزام لا يمكن أن يؤخذ على أنه أمر مؤيد إذ إن من حق الإدارة - بلا نزاع- تعديل ذلك العرف أو العدول عنه نهائيا إذا ما اقتضى التطور ذلك وتطلبه صالح العمل الإداري، فإذا ما أقدمت الإدارة على مخالفة عرف سائد ولجأت إلى إنشاء قاعدة أفضل من السابقة فلا يعاب عليها ذلك التصرف، مادامت تهدف بتصرفاتها الجديدة إلى العدول النهائي عن العرف القديم، ولكن إذا اتضح أنها خالفت العرف الساري في حالة فردية، واستمرت بعد ذلك تطبقه في الحالات الأخرى ولم تعدل عنه، فإن تصرفها على هذا النحو يكون معيبا ويتضمن انحرافا ومخالفة لمبدأ الشرعية الأمر الذي يجعله قابلا للإلغاء.

<sup>1</sup> محمد كامل ليلة، المرجع نفسه، ص 25

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 710

### سادسا: المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون عبارة عن مبادئ قانونية يستخلصها القضاء من مجموعة القواعد التي تحكم المجتمع في بلد معين وزمن معين، والذي يجبر الإدارة على احترامها عن طريق إبطال كل عمل صادر عنها مخالف لهذه المبادئ، والمبادئ العامة للقانون لا تستند على نص مكتوب بل إنها تجد مصدرها الطبيعي في روح التشريع العام الذي ينتظم المجتمع ممثلا في ظروفه السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

ويرجع الفضل في استنباط هذه المبادئ العامة للقانون إلى مجلس الدولة الفرنسي، فقرر هذه المبادئ في العديد من أحكامه وكان ذلك بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا من الألمان عام 1940م وانهيار الجمهورية الثالثة مع ما استتبع ذلك من انهيار ما كان مستقرا في ظلها من مبادئ دستورية، فلجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى هذه المبادئ العامة للقانون لإجبار الإدارة على احترامها لمبادئ التي كانت قد استقرت في ممارسة الاختصاص المسند إليها.

### حدود نظرية المبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون تجد حدا لها في إرادة المنظم، أي أنه إذا أصدر المنظم قانونا يخالف هذه المبادئ فإن القانون هو الذي تكون له الغلبة. وهذا أمر طبيعي فالمفروض أن هذه المبادئ إنما تمثل الإرادة الضمنية للمنظم لأنها تمثل روح القانون العام. فإذا أظهر المنظم إرادته الصريحة كان ذلك كافيا للقضاء على أي مبدأ من المبادئ العامة<sup>1</sup>، ولكن لا يجوز للإرادة أن تخالف المبادئ القانونية العامة بقرار من قراراتها وإلا كان ذلك القرار باطلا وأحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري وأحكام ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية عديدة في هذا الشأن

### أمثلة المبادئ العامة للقانون

ومن أمثلة المبادئ العامة للقانون والتي أوضحها مجلس الدولة الفرنسي وأقرها مجلس الدولة المصري، مبدأ المساواة بين المواطنين وهو ما أقره مجلس الدولة المصري في حكمه الصادر 9 يونيو 1949 حيث يقول "من الواجب على السلطة الإدارية أن تسوي في المعاملة بين الناس إذا اتحدت ظروفهم فيما أعطاهها المشرع من سلطان في تصريف الشؤون العامة، فلا تعطي حقا لأحد من الناس ثم تحرم غيره منه متى كانت ظروفهما متماثلة"<sup>2</sup>، مبدأ احترام حقوق الدفاع، وجود قضاء لرقابة شرعية أعمال الإدارة، المبدأ القائل بألا يوقع على الفعل

<sup>1</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، 1979، منشأة المعارف بالإسكندرية، ص 526

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 701

الواحد أكثر من عقوبة من نوع واحد<sup>1</sup>، مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، وغيرها من المبادئ العامة للقانون.

### سابعاً: أحكام القضاء المتمتعة بقوة الشيء المقضي

تلتزم الإدارة في ممارسة نشاطها الإداري باحترام حجية الأحكام القضائية سواء صدرت من القضاء العادي أو من القضاء الإداري، وتعتبر مخالفتها لتلك الأحكام مخالفة للقانون مما يستوجب معه إلغاء القرار الإداري المخالف للأحكام القضائية النهائية، على أن الدفع بعدم احترام الإدارة لحجية الأحكام لا يعتبر متعلقاً بالنظام العام، وبالتالي لا يملك القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه إذا لم يتمسك به الخصوم في الدعوى.

### ثامناً: القرارات الإدارية السابقة

القاعدة العامة في فقه القانون العام أنه يجب على الإدارة احترام القرارات التي تصدرها، ولكن هذا الاحترام لا يعني أن الإدارة لا تستطيع أن تصدرها قرارات جديدة تخالف بها ما أصدرته سابقاً من القرارات في كل الأحوال، فالأمر يختلف باختلاف نوع القرارات السابقة التي يجب احترامها، وما إذا كانت قرارات تنظيمية (اللوائح) أو قرارات فردية.

#### (أ) بالنسبة للقرارات التنظيمية (اللوائح)

1- إذا كانت القرارات السابقة قرارات لائحية فإن الإدارة تستطيع أن تخالفها عن طريق إصدار لوائح جديدة لها نفس اللوائح القديمة وهذا الأمر مباح نظراً لأن اللوائح لا تقوم بإنشاء مراكز قانونية فردية، وإنما تنشئ مراكز قانونية عامة يمكن تعديلها وتغييرها في كل وقت

2- استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري على أنه لا يجوز للإرادة مخالفة اللائحة بقرارات فردية، حتى ولو كانت القرارات الفردية صادرة من الجهة الإدارية التي أصدرت اللائحة والتي يدخل أمر إلغائها وتعديلها في سلطتها.

#### (ب) بالنسبة للقرارات الفردية

المسلم به في فقه القانون العام، أن الإدارة إذا أصدرت قرارات إدارية، وترتب عليها مراكز قانونية ذاتية (أو حقوق مكتسبة) فإن الإدارة لا تملك المساس بتلك المراكز بقرارات لاحقة، وإلا اعتبرت قراراتها الجديدة مخالفة للقانون ومتعين إلغاؤها.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 699

## الفصل الثاني: صور عيب مخالفة القانون

تتجلى صور مخالفة الإدارة للقواعد القانونية في أشكال ثلاثة هي:

- 1- مخالفة نصوص القاعدة القانونية (أي مخالفة المباشرة للقاعدة القانونية).
- 2- الخطأ في تفسير القاعدة القانونية (وهو ما يسمى بالخطأ القانوني أو الخطأ في تأويل القاعدة القانونية).
- 3- الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية (وهو ما يعبر عنه بالخطأ في تقدير الوقائع).

### أولاً: مخالفة المباشرة للقاعدة القانونية

يجب على الإدارة أن تحترم في قراراتها أحكام القواعد القانونية، أما إذا تجاهلت الإدارة هذه القواعد القانونية كلياً أو جزئياً، فأنت عملاً تجرمه تلك القواعد أو امتنعت عن القيام بعمل توجبه القاعدة القانونية، فإنه يكون من حق صاحب المصلحة في هذه الحالة أن يطلب إلغاء القرار الإداري لمخالفته للقانون<sup>1</sup>، وتأكيداً لذلك قضت المحكمة الإدارية بأن عبارة مخالفة القوانين الواردة في المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة ليتسع مفهومها ليشمل مخالفة الدستور فضلاً عن مخالفة القوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية باعتبار أن الدستور لا يعدو أن يكون قانوناً حيث قضت المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون 47 لسنة 1972- المادة 25 من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم 48 لسنة 1979- مجلس الدولة أضحي صاحب الولاية العامة بنظر سائر المنازعات الإدارية وقاضي القانون العام في المنازعات الواردة بنص المادة العاشرة المشار إليها وردت على سبيل المثال<sup>2</sup>، ويتضح مما سبق أن مخالفة القاعدة القانونية قد تكون إيجابية، وقد تكون مخالفة سلبية. وتكون المخالفة إيجابية في حالة قيام الإدارة بإصدار قرار على نحو معين حرم القانون عليها إصداره على هذا النحو وتكون المخالفة سلبية، عندما تمتنع الإدارة عن منح أحد الأفراد ترخيصاً رغم استيفائه للشروط التي قررها القانون لمنح هذا الترخيص.

### ثانياً: الخطأ في تفسير القاعدة القانونية

قد لا تكون مخالفة القاعدة القانونية مباشرة كما في الحالة الأولى، وذلك بأن تعطي الإدارة للقاعدة القانونية معنى غير المعنى المقصود سواء كان ذلك بحسن نية أو بسوء نية<sup>3</sup>. فقد يكون الخطأ في التفسير بسبب غموض النصوص أو تعارضها، مما يجعلها تحتمل التأويل والاختلاف في التفسير، وقد يكون الخطأ مقصوداً إذا ما حاولت الإدارة أن

<sup>1</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع نفسه، ص 239

<sup>2</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع نفسه، ص 240

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 722

تخرج عن أحكام القانون بواسطة التفسير غير السليم لتلك الأحكام، ولما كان القضاء الإداري (مجلس الدولة في فرنسا ومصر، هو الذي يراقب مشروعية أعمال الإدارة عن طريق دعوى الإلغاء، فقد ترتب على ذلك أن تكون الإدارة ملزمة بالتفسير الذي يقول به القضاء الإداري حتى ولو كان هذا التفسير لا يتفق مع حرفية النص. ويرجع هذا الالتزام إلى أن أحكام القضاء الإداري تتسم بالموضوعية والحيادة، و من تطبيقات ذلك من قضاء مجلس الدولة المصري، حكم محكمة القضاء المصري الصادر في 31 يناير 1956 حيث تقول "أن للمدعي بعد أن استأجر العين من مالكها الحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لاستصدار ترخيص جديد، وذلك بعد أن أصبح صاحب الحق في فتح المحل واستغلاله، وهو الشرط الواجب توافره بالتطبيق لأحكام المواد 1 و9 و18 من لائحة التيارات، لا يتأتى للبلدية أن تضيف إلى تلك الأحكام جديدا لم تتضمنه قواعد الترخيص، وهو التحقق من عدم وجود أي نزاع يثيره مستغل سابق"<sup>1</sup>

### ثالثا: الخطأ في تطبيق القانون

يتمثل الخطأ في تطبيق القانون بأن تقوم الإدارة بتطبيق القانون على حالة غير الحالة التي قصد المنظم تطبيقه عليها، أو تطبيق النص القانوني رغم عدم توافر الشروط اللازمة لتطبيقه في حالة معينة، فإذا كان تطبيق القاعدة القانونية يتطلب تحقيق حالة واقعية معينة، فإن تخلف القرار الإداري في النظرية والتطبيق هذه الحالة الواقعية أو عدم استيفائها للشروط التي يتطلبها المنظم يؤدي إلى بطلان القرار الإداري الصادر على أساسها<sup>2</sup>، وللقضاء الإداري في هذا الشأن أن يراقب الوقائع ويتحقق من سلامتها، حتى يتوصل إلى القول بمشروعية القرار أو عدم مشروعيتها، ولكن ليس له أن يراقب ملائمة القرار من حيث مطابقته للوقائع إلا في بعض الحالات الاستثنائية التي تكون فيها شرعية القرار متوقفة على ملائمتها للحالة الواقعية أو القانونية التي صدر على أساسها، ومن قبيل حكم المجلس الصادر في 17-11-1948 والذي جاء فيه "للمحكمة البحث في الوقائع المنسوبة إلى المدعي ومعرفة ما إذا كانت تكفي لتكون أخطاء إدارية، تمنع من ترقيته في حدود النسب المقررة للأقدمية المطلقة، ذلك أن للمحكمة التحري من صحة الوقائع المنسوبة إلى المدعي لمعرفة ما إذا كانت تكون أخطاء إدارية، فإذا استبان من أوراق الدعوى ومن التحقيق الذي أجري مع المدعي أن المخالفات التي نسبت إليه بعضها غير صحيح والبعض الآخر تافه بدرجة أنه لم يستوجب توقيع جزاء عليه، فهي والحالة هذه لا تكفي لتركه في الترقية"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 723

<sup>2</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، المرجع نفسه، ص 256

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 725

### الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ركن السبب

من المبادئ المقررة في القانون العام أن الإدارة كل سلطة تخضع للقانون، ومعنى هذا أنها لا تتمتع بسطان مطلق في مباشرة أي عمل تراه ولكنها مقيدة بالعمل في دائرة اختصاص حددها لها المنظم سلفاً، وطبقاً لهذا المبدأ العام لا تملك الإدارة حرية مطلقة في إصدار القرارات الإدارية المنظمة لسلوك الأفراد والجماعات، ولكن سلطتها في هذا الشأن مقيدة، بضرورة وجود سبب يبرر القرار الذي تصدره، وأن يكون هذا السبب صحيحاً سائغاً يحمل القرار، وإلا قضى بإلغاء القرار لانعدام الأسباب أو لعدم صحتها وهو ما يطلق عليه عيب السبب، ويبدو أن الفقيه الفرنسي hauriou كان أول من استخدم فكرة السبب في القرار الإداري في الكتابات الفقهية، ثم أخذ الفكرة الفقيه بونار bonnard عام 1923 وتناولها بشيء من التفصيل.<sup>1</sup> ولما كانت قوانين المجلس الدولة المصري المتعاقبة وآخرها القانون رقم 47 لسنة 1972 في المادة العاشرة منه ولم يذكر عيب السبب من بين العيوب التي تلغي القرارات الإدارية بسببها، لذلك اختلف الفقهاء حول ما إذا كان عيب السبب عيباً مستقلاً بذاته أم أن عيوب القرار الإداري أربعة عيوب فقط هي عيب الاختصاص، والشكل والمحل، وعيب الانحراف بالسلطة، وليس منها عيب السبب، وللإحاطة بكل الأمور المتعلقة بركن السبب وعيب السبب سوف نقسم هذا المطلب إلى أربعة بنود على النحو التالي:

**البند الأول: تعريف ركن السبب في القرار الإداري.**

**البند الثاني: حدود رقابة القضاء الإداري على ركن السبب في القرار الإداري.**

**البند الثالث: الشروط الواجب توافرها في سبب القرار الإداري.**

**البند الرابع: طبيعة عيب السبب.**

<sup>1</sup> ماهر الجبوري، المرجع نفسه، ص 90

### البند الأول: تعريف ركن السبب في القرار الإداري

سبب القرار الإداري هو الحالة الواقعية التي تدفع رجل الإدارة إلى اتخاذ القرار<sup>1</sup> فالإخلال بالنظام العام مثل تبرر إصدار القرارات التي تكفل صيانة النظام العام الذي حدث الإخلال به. وتقدير الموظف استقالته تعتبر حالة قانونية تبرر القرار الذي يصدر بإنهاء علاقة الموظف بالوظيفة.

### ضرورة قيام القرار الإداري على سبب يبرره

من المفروض كل قرار إداري - حتى ولو صدر خالياً من ذكر الأسباب - أن يكون مستندا في الواقع إلى دواع قامت لدى الإدارة حين أصدرته، وإلا كان القرار باطلاً لفقدانه ركنا أساسيا هو سبب وجوده ومبرر إصداره، فتدخل الإدارة يجب ألا يقاس على تصرف الأفراد، فالفرد العادي يستطيع أن يتصرف كما يريد، ووفقا لهواه، في حدود النظام العام وحسن الآداب. أما رجل الإدارة - لأنه منوط به تحقيق مصلحة عامة - فهو لا يستطيع أن يتدخل إلا إذا قام سبب يبرر تدخله وبهذا المعنى حيث من المستقر عليه في فقه القضاء الإداري أن القرار الإداري سواء كان لازما تسببه كإجراء شكلي أو لم يكن هذا التسبب لازما، يجب أن يقوم على سبب يبرره صدقا وحقا، أي في الواقع وفي النظام، وذلك كركن من أركان انعقاد اعتبار بأن القرار الإداري تصرف نظامي، ولا يقوم أي تصرف نظامي بغير سببه المشروع حرية الإدارة في اختيار أسباب القرار إلا إذا نص القانون على غير ذلك إذا كان السبب ركنا في كل قرار إداري، فإن دوره يختلف من قرار إلى آخر فالأصل أن الإدارة حرة في اختيار ما تشاء من الأسباب التي تبرر تدخلها إلا إذا نص النظام على غير ذلك، وكما تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 8 ماي 1957 "من المعلوم أنه في الحالات التي لا يشترط فيها القانون وجوب قيام سبب أو أسباب معينة لإصدار قرار معين، يكون للإدارة الحرية في اختيار ما تشاء من الأسباب التي تراها صالحة لبناء قرارها، فإن هي أفصحت عن سبب قرارها بإرادتها يكون للمحكمة أن تراقب صحة قيام هذا السبب، فإن لم تعلن عن السبب ترتب على ذلك استحالة رقابة السبب، ذلك أن الإدارة تتمتع بسلطة في اختياره، وفي تقدير ملائمته فالسبب كوجود نقائم، ولكنه يعيش في كوامن الإدارة، ولذلك فإن هذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة إزاءه سواء في اختياره أو عدم الإعلان عنه، تؤدي إلى إعدام الرقابة القضائية عليه، ولذلك فإن اقتران حرية الإدارة في اختيار السبب برخصتها في عدم التسبب تؤدي لا إلى إلغاء التزام الإدارة بضرورة قيام قرارها على سبب، وإنما تؤدي إلى خلق نوع من القرينة على صحة القرار، وهذه القرينة لا يهدمها إلا

<sup>1</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سمهدانة، المرجع نفسه، ص 126

الاعتراف مصدر القرار نفسه"<sup>1</sup>، فالقانون قد يقيد من سلطة الإدارة في اختيار الأسباب فيلزمها بالألا تبني قرارا معيناً إلا على أسباب معينة، وهذا يجعل من أسباب القرار عنصراً من عناصر المشروعية، بحيث إذا أقامت الإدارة هذا القرار على أسباب أخرى غير الأسباب التي حددها القانون يكون قرارها غير مشروع، وتسمى الأسباب التي حددها القانون في هذه الحالة بالأسباب القانونية. ، وإذا كانت الإدارة ملزمة بالألا تتدخل إلا إذا قام سبب يبرر تدخلها، فإن وجود السبب لا يلزمها بالتدخل، ما لم ينص القانون على غير ذلك، فقد يتحقق السبب ورغم ذلك تجد الإدارة أنه من الأفضل لصالح العام ألا تتدخل وهي حرة في ذلك إلا إذا فرض القانون عليها التدخل حال تحقق الأسباب في أوضاع معينة.<sup>2</sup>

### الفرق بين سبب القرار الإداري وتسبب القرار الإداري

التسبب: هو ذكر أسباب القرار صراحة عند إصداره، والأصل أن الإدارة غير ملزمة بأن تفصح للأفراد عن السبب الذي تدخلت بناء عليه إلا إذا ألزمتها القانون بذكر الأسباب وفي هذه الحالة الأخيرة يصبح التسبب شرطاً شكلياً في القرار الإداري يترتب على إغفاله بطلان القرار، على أنه يجب أن يوضع في الاعتبار أن القرار الإداري حتى إذا كان غير مطلوب تسببيه فإنه يجب دائماً أن يقوم على سبب يبرره، وفي واقع الأمر أن إلزام الإدارة بذكر سبب تدخلها من أفضل الضمانات للأفراد لأنه يسهل مهمة القضاء الإداري في رقابته على مشروعية أعمال الإدارة.<sup>3</sup>

### الفرق بين سبب القرار الإداري والغاية منه

يختلف سبب القرار الإداري عن الغاية منه، فالسبب حالة توجد قبل إصدار القرار فتدفع رجل الإدارة إلى إصداره، أما الغاية فهي ما تسعى الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار، فالمخالفة التي يرتكبها الموظف هي سبب قرار الجزاء الذي يوقع عليه، أما الغاية من هذا القرار فهي ردع المخالف وغيره ومنعهم من معاودة ارتكاب المخالفة مستقبلاً تحقيقاً للمصالح العام وسير المرفق العام بانتظام واطراد، فسبب القرار ليس عنصراً شخصياً أو نفسياً لدى متخذ القرار، وإنما هو عنصر موضوعي خارجي عنه من شأنه أن يبرر صدور القرار.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص793

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق ص 201

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 794

<sup>4</sup> ماهر الجبوري، المرجع نفسه، ص91

### البند الثاني: حدود رقابة القضاء الإداري على ركن السبب في القرار الإداري

على الرغم من أهمية أسباب القرار الإداري، فإن الرقابة عليها لم تظهر في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلا في السنوات الأولى من القرن الحالي، وذلك عندما حاول المجلس البحث عن سند قانوني لتبرير رقابته على الوقائع التي تستند إليها الإدارة في قراراتها، وكانت فكرة السبب هي الأساس القانوني الذي قدمه المجلس لهذه الرقابة<sup>1</sup>، ولقد أخذ كل من مجلس الدولة المصري بالرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري، ولعل أول درجات الرقابة على السبب في القرار الإداري ترد على الوجود المادي للسبب وذلك بالتأكيد من وجود الوقائع التي استندت إليها الإدارة وبلي ذلك الرقابة على الوجود القانوني للسبب وذلك بالتأكيد من صحة الوصف أو التكيف القانوني الذي خلطته الإدارة على الوقائع، وأخيرا تأتي الرقابة على أهمية وخطورة السبب ومدى التناسب بين سبب القرار وفحواه، وهذه الصورة الأخيرة لا يقدم المجلس على ممارستها إلا في حالات استثنائية معينة<sup>2</sup>، ولا تقتصر الرقابة القضائية على السبب في القرار الإداري على الحالات سالفة الذكر بل إن مجلس الدولة الفرنسي يقوم بإحلال سبب صحيح يصلح لتأسيس القرار محل السبب الخاطئ الذي ذكرته الإدارة والذي لو ترك وشأنه دون إحلال السبب الصحيح لترتب على ذلك إلغاء القرار، كما أن هناك مجالا آخر تظهر فيه سلطة القاضي الإداري في خصوص الرقابة على السبب وهي حالة مطالبته الإدارة بالإفصاح عن سبب قرارها عندما لا تلتزمها نصوص القانون بذلك، وعلى ذلك سوف نتناول في هذا البند بإيجاز كلا من الرقابة على الوجود المادي للوقائع، والرقابة على التكيف القانوني للوقائع، والرقابة على أهمية وخطورة السبب وأخيرا سلطة القاضي في إحلال السبب وسلطته في إلزام الإدارة بالإفصاح عنه.

### أولا: الرقابة على الوجود المادي للوقائع

يجب لصحة القرار الإداري أن يقوم على وقائع صحيحة ثابتة وإلا انعدام أساسه وكان مخالفا للقانون فمثلا إذا وقعت الإدارة جزاء تأديبيا على أحد الموظفين بحجة ارتكابه مخالفة تأديبية، في حين أن هذا الفعل المنسوب للموظف لا وجود له فإن قرار توقيع الجزاء التأديبي يكون باطلا لاستناده على واقعة مادية لا وجود لها، وعلى هذا أساس يتبين أن إلزام الإدارة من قبل المشرع بذكر سبب القرار الإداري يعتبر ضمانا هامة للأفراد لبسط رقابة القضاء الإداري على مشروعية مثل هذا القرار، ومن أمثلة هذه القوانين ما جاء في المادة 24 من قانون مجلس الدولة المصري الحالي والتي ألومت الإدارة في حالة رفض التظلمات التي يقدمها الأفراد بأن يكون القرار الرفض مسببا<sup>3</sup>، ولقد حكمت المحكمة الإدارية العليا في

<sup>1</sup> ماهر الجبوري، المرجع نفسه، ص 93

<sup>2</sup> محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، 1971 ص 42

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، نظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 207

مصر بأن "العبرة في تقدير مدى مشروعية السبب الذي بني عليه القرار الإداري، تكون للسبب الحقيقي الذي صدر هذا القرار مستندا إليه".

كما أصدرت المحكمة في هذا الصدد مجموعة من الأحكام الشهيرة التي حققت حماية حقيقية لحريات الفردية، ومن الأوائل أحكامها في هذا الصدد حكمها الصادر في 1952/2/30 و الذي قررت فيه أن للمحكمة التعقيب على الأسباب التي تقدمت بها تبريرا لتحديد مكان لإقامة المدعي، فالحاكم العسكري حتى فيما يمارسه من سلطة تقديرية يخضع لأحكام الدستور و القانون، و للمحكمة الرقابة عليه في ذلك فإذا ثبت للمحكمة أنه لا توجد أسباب جدية تبرر تصرفات الحاكم العسكري وجب عليها إلغاء القرار المطعون فيه.<sup>1</sup>

كذلك القرار الصادر بقبول استقالة أحد الموظفين، فإذا ثبت للقاضي الإداري أن الموظف لم يقدم أصلا هذا الطلب أو أنه قدمه فعلا ولكن كانت إرادته معيبة في تقديمه نتيجة إكراه حقيقي فإن القاضي يحكم ببطلان القرار لتخلف السبب وفي هذا ذهبت المحكمة الإدارية العليا في الحكم الصادر 1966/11/13 طلب الاستقالة هو ركن السبب في القرار الإداري الصادر بقبولها، و أنه يلزم لصحة هذا القرار أن يكون الطلب قائما لحين صدور القرار مستوفيا شروط صحته شكلا و موضوعا و أن طلب الاستقالة باعتباره مظهرا من مظاهر إرادة الموظف في اعتزال الخدمة يجب أن يصدر برضاء صحيح، فيفسده ما يفسد الرضا و منها الإكراه إن توافرت عناصره بأن يقدم الموظف الطلب تحت سلطان رهبة تبعثها الإدارة في نفسه دون حق و كانت قائمة على أساس بأن كانت ظروف الحال تصور خطرا جسيما محققا يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ويراعي في التقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه و سنه وحالته الاجتماعية و الصحية وكل الظروف المؤثرة في القرار الإداري.<sup>2</sup>

### ثانيا: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع

لا يكفي أن تكون الوقائع التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار موجودة وسليمة في ذاتها، وإنما يجب أيضا أن تتضمن الخصائص التي يتطلبها القانون، وهذا يعني أن الإدارة إذا لم تراع الشروط والتكييف القانوني لهذه الوقائع فإن قراراتها تكون قابلة للإبطال نتيجة التكييف غير الصحيح للوقائع، فإذا نسبت الإدارة إلى الموظف أمورا معينة وعاقبته على أساسها، فإنه لا يكفي أن تكون تلك الوقائع الصحيحة، بل يجب أن تكون مكونة للمخالفة التأديبية التي تستوجب توقيع العقاب<sup>3</sup>، ولقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن "و"اختصاص القضاء الإداري لا يقف عند التحقق من صحة الوقائع المادية التي أسس عليها

<sup>1</sup> عادل السعيد محمد أبو الخير، البوليس الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 420

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب القضاء الإداري، الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية، 2005، ص 205

<sup>3</sup> عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، جامعة دمشق، 1980 ص 289

القرار بل يمتد إلى تقديم هذه الوقائع إذا ارتبطت بالقانون باعتبارها من العناصر التي يقوم عليها القرار وللمحكمة في حدود رقابتها للقرار أن تقدر تلك العناصر التقدير الصحيح لتنزل حكم القانون على مقتضاها" فإذا ما انعدم الأساس الذي قام عليه القرار وقت صدوره، فإنه يغدو غير مشروع، حتى ولو وجدت أسباب أخرى بعد ذلك يمكن أن تستند إليها الإدارة، إذا لم تكن هذه الأسباب قائمة وقت صدور القرار، وبهذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 18 يناير 1955 "أنه متى بني القرار على سبب معين قام عليه، واستمد كيانه من سند قانوني أفصح عنه، وكان هو علة صدوره، فإن من شأن عدم صحة هذا السبب، أو عدم انطباق السند، أن يصبح القرار معيبا في ذاته غير سليم بحالته"<sup>1</sup>.

### ثالثا: الرقابة على أهمية وخطورة السبب<sup>2</sup>

إذا كان القاضي الإداري قد انتهى إلى وجود فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع التي اتخذتها الإدارة سببا لقرارها، وصحة تكييفها القانوني، فإن دور القاضي يجب أن يقف عند هذا الحد، التناسب بينه وبين الأجزاء المتخذ على أساس لأنه لو فعل ذلك، فإنه يعد خروجاً عن حدود مهمته كقاض إلى ممارسة أحد اختصاصات الإدارة العامة<sup>3</sup>، فالرقابة القضائية للقرارات الإدارية رقابة مشروعية وليست رقابة ملائمة، ولكن إذا كان ما سبق هو القاعدة العامة إلا أن كلا من مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد خرج على هذه القاعدة في بعض الحالات الاستثنائية، فقد خرج مجلس الدولة الفرنسي على القاعدة السابقة في مجال القرارات الإدارية المتعلقة بالحريات العامة بفرض رقابته على تلك القرارات ليحدد مدى الملائمة والتناسب بين شدة القرار الإداري وبين الوقائع المادية التي حدثت ودفعت بالإدارة إلى اتخاذ هذا القرار للحد من ممارسة حرية العامة، أما مجلس الدولة المصري فقد فرض رقابته على ملائمة القرارات الإدارية في مجالين هما: مجال قرارات الضبط الإداري، ومجال الجزاءات التأديبية، حيث فرض رقابته في المجال الأخير على مدى التناسب بين المخالفة التأديبية والعقوبة التأديبية الموقعة على الموظف وألغى قرار الجزاء إذا كان هناك عدم تناسب بين العقوبة التأديبية والمخالفة التأديبية وهو ما أطلق عليه (نظرية الغلو)، وقد برر الفقهاء رقابة مجلس الدولة الفرنسي والمصري على الملائمة في القرارات الإدارية في الحالات السالفة الذكر بأن الملائمة في هذه الحالات شرط من شروط المشروعية ومن أجل هذا قام القضاء الإداري بفرض الرقابة عليها ونحن نتفق معهم في هذا التحليل.

و يبدو تشدد المحكمة أيضا فيما قرره من: أن مجرد انتماء المدعي إلى جماعة ذات مبادئ متطرفة أو منحرفة على الدستور أو النظام الاجتماعي لا يعني حتماً و بذاته اعتباره من

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 800

<sup>2</sup> ثروت عبد العال أحمد، الرقابة القضائية على سلامة القرارات الإدارية، دار الفكر، 1991

<sup>3</sup> محمد حسنين عبد العال، المرجع نفسه، ص 82

الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ بمقتضى قانون الأحكام العرفية ما دام يرتكب فعلا و شخصا أمورا من شأنها أن تصفه حقا بهذا الوصف ومن أحكامها الحديثة في هذا الصدد حكمها الصادر في 1980/5/27 في قضية تتلخص وقائعها أن وزير الداخلية أصدر قرارا بتحديد إقامته في طنطا و ذلك لخطورته على الأمن و النظام ، و قضت بإلغاء القرار المطعون فيه تأسيسا على أنه قد استند إلى سبب أفصحت عنه الأوراق قوامه ما أشارت إليه عن نشاطه الإجرامي وسوء سلوكه الإرهابي ، في حين لم يبين على ما سلف إيضاحه أن لذلك أصلا ثابتا يؤكد أو يؤيده أو يشير إلى صحة وجوده ، و من ثم كان القرار المطعون غير قائم على سبب يبزره في الواقع و القانون.<sup>1</sup> أيضا في مجال حرية العبادة رفضت المحكمة الإدارية في حكمها الصادر بتاريخ 1949/4/25 أن تبسط رقابتها على ملائمة قرارات الإدارة الصادرة في هذا الشأن فقد رفضت الإدارة الترخيص ببناء كنيسة في إحدى القرى و ذلك لأن الموقع المقترح لبنائها قد يؤدي إلى الإخلال بالنظام و الأمن و إثارة الفتنة بين السكان ، نظرا لقربها من مسجد القرية و مدرستها مما يهدد بقيام الاحتكاك بين الطوائف الدينية ، وقد ألغت محكمة القضاء الإداري هنا القرار بعد أن راجعت الإدارة في تقديرها لأهمية و خطورة السبب الذي تذرعت به و لكن المحكمة الإدارية العليا لم تقر محكمة القضاء الإداري فيما ذهبت إليه وألغت حكمها ، لأنه قد خرج عن مجال التعقيب القانوني الصحيح على القرار و اتجه و جهة أخرى عن مجال التعقيب القانوني في وزنها لمناسبات القرار أو ملائمة إصداره ، فأحل نفسه بذلك فيما هو داخل في صميم اختصاصها و تقديرها.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع نفسه، ص422

<sup>2</sup> عادل السعيد محمد أبو الخير ، المرجع نفسه، ص445

### البند الثالث: الشروط الواجب توافرها في سبب القرار الإداري

يشترط الفقه والقضاء الإداري عدة شروط يجب توافرها في الأسباب التي تستند إليها الإدارة في إصدار قرارها حتى يغدو القرار الإداري صحيحا، وتتمثل تلك الشروط فيما يلي:

#### أولاً: يجب أن يكون السبب قائماً عند إصدار القرار

يجب أن يكون سبب القرار قائماً حتى صدور القرار، فإذا زالت الأسباب التي تدفع الإدارة إلى إصدار قرار معين قبل صدور القرار، وصدر القرار برغم ذلك كان القرار غير مشروع لانعدام الأسباب، وإذا لم يتوافر السبب عند صدور القرار فلا يرفعه عنه عيب عدم المشروعية ظهور أسباب جديدة بعد صدوره طالما إنما لم تكن قائمة عند صدور القرار<sup>1</sup>، واستقلال كل قرار إداري بسببه وإن كان يستتبع - كقاعدة عامة - استتفاذ ركن السبب بمجرد صدور القرار الملازم له، فإن هذه القاعدة لا تصدق بالنسبة للأسباب التي تحمل طابع الاستمرار<sup>2</sup>

#### ثانياً: يجب أن يكون سبب القرار صحيحاً

يجب قانون لصحة القرار الإداري أن يقوم على وقائع صحيحة ثابتة وإلا انعدم أساسه وكان مخالفاً للقانون<sup>3</sup>، فإذا كان السبب غير صحيح اعتبر القرار الصادر بناء عليه باطلاً ويحكم بإلغائه لعدم استناده إلى سبب صحيح يبرره.

#### ثالثاً: يجب أن يكون السبب مما يقره القانون مبرراً للقرار المتخذ

الأصل أن الإدارة حرة في اختيار أسباب قراراتها ول كنه استثناء من هذا الأصل قد يحدد المنظم السبب أو الأسباب اللازمة لإصدار قرارات معينة وفي هذه الحالة يجب على الإدارة إصدار قراراتها بناء على تلك الأسباب. أما إذا أصدرت القرار استناداً إلى أسباب أخرى غيرها كان قرارها قائماً على سبب غير مشروع مما يتعين معه إلغاء القرار الإداري ولكن يلاحظ في هذا الشأن، أنه إذا كان الأصل أن كل قرار إداري، يجب أن يقوم على سبب مشروع، فإنه يكفي في ذلك سبب واحد يبرر اتخاذه، بمعنى أنه إذا تذرعت الإدارة في إصدار قرار معين بعدة أسباب، وتبين أن بعض هذه الأسباب غير صحيح، فإن القضاء الإداري لا يلغي القرار لهذا السبب، بل يمتنع عن الإلغاء إذا تبين أن الأسباب التي تثبت صحتها كافية لتبرير اتخاذ القرار.

<sup>1</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع نفسه، ص 130

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 796

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 796

رابعاً: يجب أن يكون السبب محددًا بوقائع ظاهرة يقوم عليها

يجب أن يكون سبب القرار الإداري محددًا واضحًا، فلا يكفي السبب العام المجهول وغير الواضح، لأن مثل هذا السبب لا يكفي لكي يحدد صاحب الشأن موقفه من القرار بقبوله أو التظلم منه أو بالطعن فيه، ولا يمكن القاضي من أعمال رقابته عليه فيعتبر والحالة هذه سببًا غير كافٍ لحمل القرار، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري أن عدم قيام الجهة الإدارية ببيان سبب جدي من خلال وقائع محددة يفقد القرار الإداري سبب إصداره، حيث قضت بأن<sup>1</sup> "قرار النائب العام بمنع المدعي من السفر بسبب بلاغ عضو هيئة الرقابة الإدارية المقيد برقم 215 لسنة 2000 حصر بلاغات أموال عامة عليا ويرقم 74 لسنة 2000 حصر تحقيق أموال عامة عليا، والثابت من الأوراق أنه وبغض النظر عن أن الواقعة المنسوبة للمدعي في هذا البلاغ سبق للمدعي العام الاشتراكي أن حققها في الشكوى المقيدة برقم 461 لسنة 2000 وتم حفضها بتاريخ 27-9-2000 وبغض النظر أيضا عن أن ذات الواقعة محل العديد من القضايا المدني المتداولة والمقامة من المدعي ومن البنوك سالفه البيان ضد شركة الحديد والصلب المصرية وذلك حسبما يبين من حوافظ المستندات المودعة في الدعوى وكذلك بغض النظر عن أن المدعي كان قد أخطر هيئة الرقابة الإدارية في تاريخ سابق على تقديمها ببلاغها للنيابة العامة عن واقعة شراء شركته لأذن الحديد وحصوله على تسهيلات ائتمانية من البنوك بضمانها ورفض شركة الحديد والصلب المصرية تسليم ما سبق أن تعهدت للبنوك تسليمه من كميات الحديد المتعاقد عليها"

<sup>1</sup> عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، المرجع نفسه ص 133

### البند الرابع: طبيعة عيب السبب

اختلف الفقهاء حول طبيعة عيب السبب وتحديد مكانه بين باقي أوجه إلغاء القرار الإداري واتجهوا في ذلك إلى اتجاهين هما:

**الاتجاه الأول:** ويرى أن عيب السبب ليس عيباً قائماً بذاته وإنما يندرج تحت باقي عيوب القرار الإداري.

**الاتجاه الثاني:** ويرى أن عيب السبب يعد وجهاً مستقلاً بذاته بين أوجه إلغاء القرار الإداري الأخرى، ويتعين علينا التعرض لهذين الاتجاهين بإيجاز مناسب ليتحدد موضوع عيب السبب ومكانه بين أوجه إلغاء القرار الإداري الأخرى.

#### أولاً: عيب السبب ليس عيباً مستقلاً بذاته

إذا كان ركن السبب مستقلاً من أركان القرار الإداري، فإن عيب السبب ليس عيباً مستقلاً بذاته بل يندرج تحت عيب مخالفة القانون، وقد أخذ بهذا الرأي أيضاً الدكتور سليمان الطماوي، فيرى أن عيب السبب ليس عيباً قائماً بذاته، وأن قانون مجلس الدولة لم يتضمنه لأنه لم يرد فيه صراحة عيب انعدام الأسباب، وإذا حدث أن ألغى مجلس الدولة في مصر قراراً ما بناء على عيب السبب، فإن هذا لا يعني وجود وجه جديد من أوجه الإلغاء، لأن الإلغاء في هذه الحالة يرجع إما إلى عيب مخالفة القاعدة القانونية أو إلى عيب الانحراف بالسلطة<sup>1</sup>، ولقد أخذ بهذا الرأي أيضاً الدكتور محمود حلمي حيث يرى أن إلغاء القرار الإداري في حالة انعدام الأسباب أو عدم صحتها، لا يقوم على أساس وجه جديد من أوجه الإلغاء، بل يرجع إلى عيب مخالفة القانون أو عيب الانحراف<sup>2</sup> وقد استدل الدكتور/ محمود حلمي على رأيه بأحد أحكام محكمة القضاء الإداري المصرية حيث قضت بأن للمحكمة بمقتضى رقابتها القضائية أن تتحرى الأسباب التي دعت الإدارة إلى إصدار القرار، فإذا ظهر أنها غير صحيحة، ولو ظلت الإدارة بحسن نية أنها صحيحة، فقد القرار أساسه القانوني الذي يجب أن يقوم عليه، وكان مشوباً بعيب مخالفة القانون. أما إذا كانت الإدارة قد أصدرت القرار، وهي تعلم أن هذه الأسباب غير صحيحة، وإنما استهدفت غاية أخرى غير الصالح العام كان القرار مشوباً بالانحراف وإساءة استعمال السلطة " ، ولقد استندت أصحاب هذا الرأي بصفة عامة من الفقهاء المصريين في تأييد رأيهم على القول بأن قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة نصت على أوجه إلغاء القرار الإداري على سبيل الحصر وليس من بينها عيب السبب.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 806

<sup>2</sup> محمود حلمي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1978، ص 203

فقد نصت قوانين مجلس الدولة المصري المتعاقبة وآخرها نص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة المصري الحالي رقم 47 لسنة 1972 على أنه "يشترط في طلبات إلغاء القرارات الإدارية النهائية أن يكون مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة القوانين أو اللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة" ويتضح من نص المادة سالفه الذكر أن عيوب القرار الإداري أربعة عيوب فقط وردت صراحة في المادة المذكورة وهي عيب الاختصاص وعيب الشكل وعيب مخالفة القانون وعيب إساءة استعمال السلطة. أما عيب السبب فلم يرد بصورة صريحة ضمن العيوب التي عددها النص.

### ثانياً: عيب السبب عيب مستقل بذاته

على عكس الرأي السابق اتجه جانب كبير من الفقه إلى القول بأن عيب السبب عيب مستقل وقائم بذاته ولا يندرج تحت غيره من عيوب القرار الإداري الأخرى، كذلك قرر هؤلاء الفقهاء أن النص المتعلق بأوجه الإلغاء في قانون مجلس الدولة المصري لم يغفل عيب السبب. فعندما ذكر "مخالفة القوانين واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها" فإنه لم يقصد عيب المحل وحده وإنما قصد عيب السبب كذلك "مخالفة القوانين أو اللوائح" تتعلق بعيب المحل، أما "الخطأ في تطبيقها أو تأويلها" فيرمز إلى عيب السبب، فالخطأ في وجود الوقائع أو وضعها القانون يؤدي إلى الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله، وبذلك يكون المشروع قد ربط بين أوجه الإلغاء وأركان القرار الإداري الخمسة بأن نص على كل من عدم الاختصاص، وعيب الشكل، وعيب مخالفة القانون، وعيب السبب، وعيب إساءة استعمال السلطة<sup>1</sup>

<sup>1</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، القرار الإداري ومجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979، ص 602

### الفرع الثالث: الرقابة القضائية على ركن الغاية وعب الانحراف بالسلطة

يقصد بركن الغاية في القرار الإداري، الهدف النهائي الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار وهو آخر أركان القرار الإداري وهو في ذات الوقت أدقها وأصعبها تحديداً، ويلحق بركن الغاية في القرار الإداري في بعض الأحيان، عيب يطلق عليه الفقهاء إساءة استعمال السلطة، أو الانحراف بالسلطة. ويقصد به بصفة عامة، أن يستعمل رجل الإدارة سلطته التقديرية في تحقيق غرض غير معترف له به، وسوف نتناول في هذا المطلب ركن الغاية في القرار الإداري، وعيب الانحراف بالسلطة وذلك على النحو التالي:

**البند الأول:** ركن الغاية وكيفية تحديد أهداف القرار الإداري.

**البند الثاني:** تعريف عيب الانحراف بالسلطة وخصائصه.

**البند الثالث:** صور عيب الانحراف بالسلطة.

**البند الرابع:** إثبات الانحراف بالسلطة.

**البند الأول:** ركن الغاية وكيفية تحديد أهداف القرار الإداري

يقصد بركن الغاية في القرار الإداري الهدف النهائي الذي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقه من إصدار القرار الإداري، وهدف القرار الإداري أو الغاية منه تختلف كل الاختلاف عن كل من سبب القرار، وكذلك محل القرار.

فمحل القرار الإداري هو الأثر القانوني لهذا القرار. فالقرار الصادر بفصل أحد الموظفين محله فصل هذا الموظف، أما سببه فهو الحالة الواقعية أو القانونية التي قامت قبل إصدار القرار، ومثالها المخالفات التأديبية التي يكون الموظف قد ارتكبها وأما الغاية من قرار الفصل أو الهدف النهائي منه فمن المفروض أن تكون المصلحة العامة وهي في مثالنا هذا حسن سير المرافق العامة.

**كيفية تحديد أهداف القرار الإداري**

مما لا شك فيه أن جميع الأعمال الإدارية يجب أن تتغيا المصلحة العامة، وذلك لأن السلطة التي تمنح لرجل الإدارة ليست امتيازاً أو حقا خاصاً لمصاحباً للوظيفة، وإنما اختصاص يمارس على مقتضى أحكام القانون، وفي نطاق الغاية التي يجب أن يتغياها كل نشاط إداري وهي المصلحة العامة. على أنه - إلى جانب هذا الهدف العام - قد يتحدد للعمل الإداري هدف معين داخل نطاق وأهداف المصلحة العامة يتعين عليه تحقيقه عملاً بقاعدة تخصيص الأهداف<sup>1</sup>، وتحديد أهداف القرار الإداري تتم وفق لما يلي:

<sup>1</sup> محمود عاطف البناء، مبادئ القانون الإداري، 1979، دار الفكر العربي، ص 255

أولاً: القاعدة العامة في هذا الشأن، هي أنه يجب على رجل الإدارة أن يستهدف في جميع أعماله وتصرفاته تحقيق الصالح العام، فإذا خرج عن تلك القاعدة، وسعى إلى تحقيق نفع شخصي، من وراء عمله، أصبح عمله مجرد اعتداء مادي لا يرقى إلى مرتبة القرار الإداري<sup>1</sup>.

ثانياً: لما كانت حدود المصلحة العامة واسعة فضفاضة، وليس من صالح حسن الإدارة أن يترك لرجل الإدارة، مطلقاً لحرية، في نطاق فكرة المصلحة العامة، فإن المنظم كثيراً ما يحدد له - في نطاق الفكرة السابقة - هدفاً مخصصاً لا يجوز له أن يسعى إلى تحقيق غيره باستعمال الوسائل التي بين يديه، حتى ولو كان الهدف الذي يسعى إليه متعلقاً بالمصلحة العامة، وهذا هو المقصود بقاعدة "تخصيص الأهداف".

ثالثاً: يمكن معرفة الهدف المخصص لاختصاص إداري معين مما يلي:

(أ) إذا حدد القانون صراحة الهدف من اختصاص إداري معين، فإن ذلك الهدف المحدد يكون هو الهدف الذي يجب أن يسعى لتحقيقه المسؤول عن هذا الاختصاص<sup>2</sup>.

(ب) يمكن استخلاص الهدف المخصص من قصد المنظم وروح النظام، مع الاستعانة بالأعمال التحضيرية والملابسات التي أحاطت بالنظام في حالة عدم إفصاح المنظم عن الهدف من اختصاص معين.

(ت) قد لا يحدد المنظم الهدف من اختصاص إداري معين ولكن طبيعة الاختصاص قد تفرض على الإدارة هدفاً محدداً

### البند الثاني: تعريف عيب الانحراف بالسلطة وخصائصه

عيب الانحراف بالسلطة، عيب متعلق بأهداف الإدارة إذا ما كانت سلطتها تقديرية، ويطلق قانون مجلس الدولة المصري، على هذا العيب تسمية "إساءة استعمال السلطة"<sup>3</sup> فالانحراف بالسلطة ينطوي على حالتين: إحداهما فقط إساءة استعمال السلطة، وتتمثل في استخدام الموظف سلطته لتحقيق مصلحة شخصية له دون المصلحة العامة<sup>4</sup>، والحالة الثانية تتمثل في قيام الموظف بتحقيق هدف آخر من أهداف المصلحة العامة، غير الهدف المخصص له، ومخالفاً بذلك قاعدة تخصيص الأهداف.

<sup>1</sup> إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل، 2013، عمان، ص 65

<sup>2</sup> إبراهيم سالم العقيلي، المرجع نفسه، ص 64

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 728

<sup>4</sup> شعبان عبد الحكيم سلامة، المرجع نفسه، ص 194

ولقد تعددت تعريفات الفقهاء في تعريف الانحراف بالسلطة، بأنه يتمثل في واقعة استخدام إحدى السلطات الإدارية لسلطاتها لتحقيق هدف آخر خلاف الهدف المعهود به إليها، كذلك بأنه نوع من عدم المشروعية يتمثل في كون القرار - الذي يتسم بالشرعية في جميع عناصره - يستهدف غرضاً آخر خلاف ذلك كان يجب عليه تحقيقه، أما تعريف الدكتور سليمان الطماوي عيب الانحراف بأنه عيب في الاختيار، فالإدارة بدلا من أن تختار الهدف المحدد لاختصاصاتها وسلطاتها، تسعى إلى تحقيق غرض آخر<sup>1</sup>

### خصائص عيب الانحراف بالسلطة

(1) رقابة القضاء الإداري في مجال الانحراف بالسلطة رقابة مشروعية، بمعنى آخر أن القرار الإداري المشوب بعيب الانحراف هو قرار إداري غير مشروع.

(2) إن عيب الانحراف بالسلطة يعد وجها احتياطيا للإلغاء، ومرد ذلك إلى طبيعة عيب الانحراف وصعوبة مهمة القاضي الإداري في بحثه، لأنه لا يقتصر على الرقابة الشكلية<sup>2</sup>، بل يمتد بتلك الرقابة إلى البواعث الخفية لأنه سيتصل لا على عناصر موضوعية، وإنما على عناصر نفسية وذاتية بالرئيس الإداري الذي أصدر القرار ومعنى عيب الانحراف عيب احتياطي أن القاضي لا يلجأ إليه إلا إذا لم تجد أوجه الطعن الأخرى، أما إذا تمكن القاضي من بناء حكمه بالإلغاء على أي وجه آخر من أوجه إلغاء القرار الإداري خلاف عيب الانحراف، فإنه يقضي بالإلغاء دون أن يتصدى لبحث عيب الانحراف

(3) إن مجلس الدولة الفرنسي لا يعتبر عيب الانحراف متعلقا بالنظام العام، ومن ثم فإنه لا يتعرض له من تلقاء نفسه إذا لم يثره الخصوم في الدعوى.

(4) إن عيب الانحراف بالسلطة كوجه من أوجه إلغاء القرار الإداري لا يجد له تطبيقا عندما يكون اختصاص الإدارة مقيدا.

فيعيب الانحراف بالسلطة يتعلق بهدف العمل الإداري وغايته في ميدان السلطة التقديرية للإدارة، أي في الأحوال التي يترك فيها المنظم للإدارة جانبا من الحرية في التدخل أو عدمه، وفي اختيار الوقت الملائم للتدخل. ومعنى ذلك أنه يوجد تلازم تام بين هذا العيب وبين السلطة التقديرية للإدارة، التي تعتبر المجال الطبيعي لظهور عيب الانحراف بالسلطة.<sup>3</sup> أما في مجال السلطة المقيدة فلا يظهر عيب الانحراف بالسلطة، لأن الإدارة تكون ملزمة باتخاذ القرار الإداري طبقا للقانون وفي حدود اختصاصها، وفي الشكل الذي رسمه لها

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة (الانحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية.

1966 ص 58

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 728

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 729

المنظم، واستنادا إلى أسباب صحيحة يقرها النظام، مع افتراض استهداف القرار للغاية المحددة له افتراضا لا يقبل إثبات العكس.

### البند الثالث: صور عيب الانحراف بالسلطة

تتمثل حالات أو صور الانحراف بالسلطة في ثلاث حالات هي:

1- حالة الانحراف الكلي عن المصلحة العامة.

2- حالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف.

3- حالة الانحراف في استعمال الإجراء.

### الفصل الأول: حالة الانحراف الكلي عن المصلحة العامة

الأصل أنه يجب رجل الإدارة استخدام سلطته في تحقيق المصلحة العامة، ولكن في هذه الحالة يستخدم رجل الإدارة سلطته في تحقيق أهداف أخرى لا تتعلق بالصالح العام<sup>1</sup>، وهذه الحالة هي حالة إساءة استعمال السلطة بالمعنى الدقيق، وصور الانحراف عن المصلحة العامة كثيرة ومتعددة ومن أهم تلك الصور ما يلي<sup>2</sup>

(1) استعمال السلطة بقصد تحقيق نفع شخصي لمصدر القرار.

(2) استعمال السلطة بقصد محاباة الغير.

(3) استعمال السلطة بقصد الانتقام.

(4) استعمال السلطة لغرض سياسي.

ومن الأحكام الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي قضية vallon- pont-darc بتاريخ 1975/1/22 بإلغاء القرار البلدي و الصادر بمنع الباعة الجائلين بممارسة تجارتهم إلا في السوق المخصص لهم في ميدان les fetes وفي صباح يوم الخميس من كل أسبوع فقط بدعوى أن احتياجات المرور تتطلب ذلك، حيث تبين للمجلس أنه لا يوجد بأوراق الدعوى ما يثبت صحة إدعاءات العمدة، كما تبين أيضا أن الهدف الحقيقي وراء العمدة هو حماية تجار المنطقة.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 738

<sup>2</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص 616

<sup>3</sup> عادل السعيد محمد أبو الخير، المرجع نفسه، ص 466

### الفصل الثاني: حالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف

رأينا في الحالة السابقة أن رجل الإدارة كان يبغى من القرار الإداري هدفاً آخر غير هدف المصلحة العامة، أما في هذه الحالة فإن رجل الإدارة حسن النية لا يسعى إلا لتحقيق الصالح العام، ولكنه يستخدم ما بين يديه من وسائل لتحقيق أهداف مما لا يختص هو بتحقيقها، فالمنظم قد يحدد للإدارة هدفاً خاصاً يتعين عليها استهدافه في قراراتها، بحيث تصبح هذه القرارات معيبة بعيب الانحراف بالسلطة إذا حالفت هذا الهدف المحدد حتى وإن تذرعت الإدارة باستهداف المصلحة العامة في قرارها لأن ذلك يعد منها مخالفة لقاعدة تخصيص الأهداف، ومن أبرز المجالات التي حدد القانون فيها للإدارة أهدافاً خاصة تستهدفها في قراراتها ولا تحيد عنها مجال الضبط الإداري وكذلك مجال الوظيفة العامة.

#### أولاً: في مجال الضبط الإداري

سلطة الضبط الإداري محددة الغرض بالمحافظة على النظام العام بمدلولاته الثلاثة وهي: الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة. فإذا جانبت الإدارة هذا الهدف فإن القضاء الإداري يحكم إلغاء قرارها لانحرافه عن الهدف المخصص له، ولو كان الغرض الذي استهدفته الإدارة لا يتنافى مع المصلحة العامة، ولقد ذهبت محكمة الإدارية العليا في جلسة 1980/2/16: أنه لا يجوز لمصدر القرار أن يستهدف غيرها ولو كانت هذه الغاية تحقق مصلحة عامة، وتطبيقاً لذلك فلقد قضت بعدم شرعية قرار ضبط صادر بإغلاق سوق خاصة يوم الاثنين من كل أسبوع ليحقق رواج سوق مجلس قروي الوسطي الذي أصابه الركود.<sup>1</sup>

#### ثانياً: في مجال الوظيفة العامة

وتتمثل حالات الانحراف بالسلطة في هذا المجال، في استخدام الإدارة لسلطتها في نقل الموظفين نقلاً مكانياً أو نوعياً أو في نطاق وضع تقارير الكفاية أو إنهاء الخدمة الوظيفية، وكذلك في نطاق الترقية بالاختيار

#### في مجال نقل الموظفين :

إن المنظم يعطي الإدارة سلطة نقل موظفيها من مكان إلى آخر، ومن وظيفة إلى وظيفة أخرى (النقل النوعي) وفقاً لمقتضيات الصالح العام، ولكن الإدارة قد تلجأ إلى نقل الموظف نقلاً مكانياً وذلك كعقوبة مقنعة تهرباً من إجراءات التأديب<sup>2</sup>، و من أحكام المحكمة الإدارية العليا حكمها الصادر بتاريخ 13 يناير 1926 الذي يبرر اختصاص القضاء

<sup>1</sup> عادل السعيد أبو الخير، المرجع نفسه، ص 487

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 757

الإداري ينظر قرارات النقل في بعض الحالات استثناء بقوله: "ومرد الاختصاص في شأن هذه القرارات يرجع إلى ما يعيبها، سواء لمخالفتها نص المادة 47 من قانون التوظيف "210 لسنة 1951" أو لصدورها مشوبة بالانحراف بالسلطة، وتكذب وجه المصلحة العامة، بإعطاء أسباب ظاهرية للنقل، حالة أنها تخفي في الواقع هدفا غير مشروع" وإعمالا لهذا المبدأ، قضت المحكمة الإدارية العليا:

بأن نقل الموظف بدون رغبته إلى جهة يكون مجال الترقية فيها مقفولا، يعتبر تصرفا مشوبا بعيب الانحراف، لأن ثابت كما يقول حكمها الصادر في 21 مارس سنة 1959: أن ظروف الحال وملابساته تقطع في أن نقل المدعي مديرا لمجلة الأزهر كان مشوبا بسوء استعمال السلطة إذ الانحراف عن الغاية الطبيعية التي تغياها القانون من النقل إلى غاية أخرى تنكب بها الجادة، وذلك بقصد إبعاده من سلك المعاهد وحرمانه من مزايا الترقى في درجاته إلى مكان ينقل عليه في هذا كله، بل كان هذا النقل تحايلا للهرب من مقتضى القضاء الذي أنصفه"<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص758

### في مجال وضع تقارير الكفاية وترقية الموظفين

وعلى صعيد الترقية ووضع تقارير الكفاية أوضحت محكمة القضاء الإداري في حكم متعلق بقرار للجنة شؤون الموظفين بترقية موظف بالاختيار، بعد رفع درجة كفايته على حساب موظف آخر خفضت من درجة كفايته أنه "إذا كان الثابت من استقراء حلف خدمة الموظف أنه لم يطرأ ما يؤثر في قدرته وكفايته حتى ينتهي الأمر بلجنة الشؤون الموظفين إلى خفض كفايته. . . . وإذا كان الثابت أيضا أنها رفعت كفاية موظف آخر على النحو الذي أهله للترقية بالاختيار في ذات الجلسة، الأمر الذي يقطع بأن ذلك الخفض وهذا الرفع لم يكونا إلا وسيلة استهدفت ترقية الموظف الأخير دون الأول عن طريق التحكم في درجات الكفاية. . . . وتكون لجنة شؤون الموظفين. . . . قد خالفت أحكام المادة 31 من القانون رقم 21 لسنة 1951، وشال تصرفها سوء استعمال لسلطة " <sup>1</sup>

### في مجال فصل الموظفين

تملك الإدارة في حالات محددة - سلطة الاستغناء عن الموظف متى تقرر إلغاء الوظيفة التي يشغلها، وقد تستغل الإدارة هذه السلطة للتخلص من بعض الموظفين بالغاء بعض الوظائف ظاهريا، تم إعادتها بعد ذلك لتعين عليها من تشاء، والقضاء الإداري يراقب هنا أيضا هذا الاستعمال المنحرف للسلطة <sup>2</sup>.

### الفصل الثالث: حالة الانحراف في استعمال الإجراءات

إن الانحراف في استعمال الإجراءات ليست سوى صورة من صور مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف فالقانون في بعض الأحيان يضع إجراءات معينة ويشترط اتخاذها إذا أرادت الإدارة الوصول إلى هدف معين. وهذه الإجراءات قد تحوى بعض الضمانات الفردية، وقد تتسم بشيء من الدقة والطول، ولسبب أو لآخر قد تحاول الإدارة ألا تتعبها مفضلة استعمال إجراءات أخرى ليس فيها مثل تلك الضمانات وتلك الدقة ويكون القانون قد وضعه الهدف آخر <sup>3</sup>، فإذا اتبعت الإدارة هذا المسلك يكون عملها هذا معيبا بعيب الانحراف في استعمال الإجراءات.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 98

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 760

<sup>3</sup> مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص 627

### البند الرابع: إثبات الانحراف بالسلطة

لاشك أن إثبات وجود انحراف بالسلطة من جانب الإدارة في قرار ما، يشكل صعوبة أمام القاضي الإداري إلى حد كبير، وذلك لعدة أسباب منها:

**أولاً:** أن العمل الإداري الذي يشوبه الانحراف بالسلطة عادة يكون مشروعاً من حيث مظهره الخارجي، وتتوافر له جميع أركان العلم الإداري السليم من حيث الشكل والسبب والمحل. وحتى فيما يتعلق بالغرض، فهو غالباً ما يبدو في شكله الخارجي متفقاً مع الصالح العام وليس متعارضاً معه<sup>1</sup>.

**ثانياً:** إن وجود الانحراف بالسلطة من عدمه يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالنوايا الداخلية لمصدر القرار، والهدف الخفي الذي يسعى إلى تحقيقه من وراء قراره. وهو عنصر يصعب على القاضي الإداري أن يتحقق من وجوده بمجرد استعراضه لأوراق الدعوى أو سماعه لأقوال الخصوم. أو لدفاع رجل الإدارة الذي لاشك أنه سيخفي عن القاضي نواياه الحقيقية فيما لو كانت متناقضة مع الهدف الظاهر من القرار.

**ثالثاً:** إن المدعي الذي يتهم الإدارة بالانحراف بالسلطة لا يملك عادة في يده من الوثائق والمستندات ما يستطيع أن يثبت به للقاضي الإداري وجود ذلك الانحراف بصورة حاسمة، لذا فهو مضطر إلى الاستناد - إلى حد كبير - إلى مجرد استنتاجات شخصية، أو إلى وقائع لا تمت بصلة مباشرة إلى الواقعة المشبوهة بعيب الانحراف، أو إلى معتقدات ترسخ في ذهنه أو خلافات مع الإدارة لا ترقى إلى مستوى الأدلة القاطعة. بينما تملك الإدارة من المستندات والوثائق ما يثبت براءتها من تهمة الانحراف. حتى لو كان هناك بين أوراقها ما يثبت العكس، فقد تعتمد إلى إخفائه ولا يملك المدعي القدرة على إثبات وجود لديها أو انتزاعه منها.

**رابعاً:** إن القاضي الإداري لا يستطيع أن يقتنع بسهولة بوجود انحراف في السلطة لمجرد أن أحد الأفراد قد أثار أمامه شبهة وجود ذلك الانحراف. فإن ذلك العيب الذي هو من الخطورة بحيث لا يملك القاضي أن يقضي بوجوده دون أن يتحقق منه ضارباً عرض الحائط بالاستقرار في النظام القانوني وفي العلاقات الإدارية بالإنفراد، وخاصة عندما يجد نفسه أمام قرار إداري تبدو عليه مظاهر الصحة ومستوفياً لكافة أركانه القانونية، في كل حالة أن هناك انحرافاً في السلطة في كل الأعمال الإدارية، فإن في ذلك مخاطرة إثارة أعصاب الإدارة ونشر الفوضى في المرافق العامة، كما أنه يؤدي إلى تهديد الاحترام الواجب للإدارة

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 766

والمساس بهيبتها أمام الجمهور، وقد يؤدي إلى تعطيلها وشل حركة وإعدام روح الابتكار والتجديد فيها<sup>1</sup>.

**خامسا:** لا يملك القاضي أن يثير هذا العيب أو يتعرض له من تلقاء نفسه بل لابد أن يطلب المدعي ذلك، كما هو الشأن بالنسبة لبقية العيوب التي تصيب القرار الإداري فيما عدا عيب عدم الاختصاص، الذي يتعلق بالنظام العام كما رأينا من قبل.

ولقد كان مجلس الدولة الفر نسي حتى نهاية القرن التاسع عشر لا يخرج في مجال إثبات وجود عيب الانحراف بالسلطة عن البحث في صلب القرار المطعون فيه، بحيث تظهر دلائل الانحراف من نصوص ذلك القرار. إلا أنه- وللأسباب التي سبق ذكرها- كان يصطدم غالبا بصعوبة استخلاص الانحراف من خلال نصوص القرار المطعون فيه والذي يتخذ عادة الشكل الخارجي للقرار المشروع، ومع حرص المجلس على ضرورة فرض رقابة جدية على ممارسة الإدارة لسلطتها التقديرية، وضرورة استقراء النوايا الحقيقية لرجل الإدارة بحثا عن دلائل الانحراف<sup>2</sup>، والغاء القرارات الإدارية الذي قد يشوبها ذلك العيب الخطير، اضطر المجلس إلى الخروج من حدود النصوص الضيقة للقرار الإداري، والبحث عن النوايا الخفية للإدارة من كافة المصادر الممكنة، سواء في ذلك الأوراق المودعة بملف الدعوى، أو مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع، أو حتى الظروف الخارجية عن النزاع تماما.

#### أ- إثبات الانحراف بالسلطة من نص القرار الإداري محل الطعن

إن نص القرار الإداري محل الطعن هو أول ما يلجأ إليه الطاعن لإثبات الانحراف بالسلطة، وما زال كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري يحاول أن يستخلص وجود الانحراف بالسلطة من عدمه من صلب القرار المطعون فيه كلما أمكن ذلك، ورغم حرص الإدارة على أن يكون النص الظاهر للقرار مطابقا للقانون<sup>3</sup>

#### ب \* الاعتراف

وهذه الوسيلة للإثبات نادرة الحدوث في العمل، ولكن المدعي قد يدفع الإدارة إلى الاعتراف بوجود الانحراف بالسلطة وهي قد تدفع لذلك عندما تتصور أنها لم تخطئ أو بسبب سوء تقدير منها، ولقد اعتبر مجلس الدولة المصري اعتراف الإدارة بالانحراف بالسلطة، سواء استخلص ذلك الاعتراف من نص القرار ذاته، أو من رد الإدارة على الطاعن أثناء تحضير دعوى الإلغاء بمثابة الأدلة القاطعة في هذا المجال، ومن ذلك حكمها الصادر

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، المرجع السابق، ص 172

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 768

<sup>3</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 769

في 4 مارس سنة 1956 حيث تقول: "استقر الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن يكون إثبات عيب إساءة استعمال السلطة عن طريق اعتراف الإدارة أو ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصدور الأمر الإداري"<sup>1</sup>

### ج- الإثبات من سائر أوراق الدعوى

بمراجعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري تبين أن كلا منهما يبحث عن عيب الانحراف بالسلطة في الأوراق الخاصة بملف الدعوى، فكل موضوع له عند الإدارة ملف خاص ويستطيع كل من المدعي والقاضي أن يستخلص أدلة الانحراف من هذه الأوراق والتي تتمثل في مداوات اللجنة التي أصدرت القرار<sup>2</sup>، وفي تعليمات الرئيس الإداري إلى الموظف الذي أصدر القرار، وكذلك في القرارات الإدارية الأخرى الصادرة قبل أو بعد القرار المطعون فيه و التي نتناول موضوعات لا مماثلة لموضوع القرار المطعون فيه أو مرتبطة به أو مرتبة عليه،

### د \* الإثبات من مجموعة القرائن المحيطة بظروف النزاع

إن القرائن المحيطة بظروف القرار موضوع الطعن يمكن أن يستدل منها على الانحراف بالسلطة سواء تلك التي سبقت إصدار القرار أو التي عاصرت إصدار القرار.

<sup>1</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 777

<sup>2</sup> سليمان الطماوي، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 777

## الخاتمة

أفضت بنا دراسة موضوع ضمانات حماية الحقوق والحريات العامة بين الرقابة الدستورية والرقابة القضائية إلى التأكيد أن الرقابة ضمانات هامة في النظام القانوني للحيلولة دون استبداد البرلمان السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية داخل الدولة، ووسيلة هامة لكفالة الحرية وقد اتضح لدى عرضي لدور الرقابة أنها ليست وحدها الوسيلة الكافية لتحقيق ذلك الهدف، إلا أنها ضمان مقبول ومعقول يكفل القيمة العملية الفعالة للقيود التي يحتويها الدستور والتي تمنع الاستبداد، وإذا كنا نحرص على الحيلولة دون أن يكون القانون أداة استبداد، فالعمل على رقابة دستورية القوانين عمل على الحيلولة دون استبداد المشرع والرقابة في سعيها لذلك إنما تهدف إلى كفالة الحريات العامة والحقوق الأساسية للأفراد.

فالدستور يكفل الحرية وأشكالها ويضمن ذلك نصوصه، ولذلك قد تتضمن القوانين والمراسيم عند تنظيمها لتلك الحريات نصوصا تعد إهدارا لتلك الحريات، وهنا تظهر أهمية الرقابة على دستورية القوانين في إبطال تلك القوانين والمراسيم وكفالة الحريات العامة. ولذلك نجد الكثير من الدساتير الحديثة تجعل بين نصوصها مكانا للنص على أحكام تلك الرقابة وشروطها، فالرقابة ضمانات هامة للحريات وعدم وجودها يؤدي إلى عظيم الإخاطر، وإن أزمة الديمقراطية تتلخص في محنة الحرية التي لم تستطع أن تكفلها النظم الديمقراطية ومبادئها الدستورية العامة، إلا أننا نشعر بأن الخطر الذي يهدد الحرية قريب، وأن هذا الخطر وإن كان يمكن أن ينبعث من استبداد أي سلطة من سلطات الدولة، إلا أنه يصبح خطرا مدمرا للحرية إذا انبعث من مشرع مستبد ذلك أن الاستبداد هنا سيأخذ ثوب الشرعية، وستنتهك الحرية تحت اسم القانون، كما أن اعتداءات السلطة التشريعية هي الأكثر استقرارا والأكثر استمرارا وخطورة بالمقارنة باعتداءات السلطة التنفيذية نظرا لصدور الاعتداءات الأولى في هيئة قوانين تتسم بصفتي العمومية والدواموفي ذلك يقول "والتر لهمان" حين يصف تحلل السلطة

التشريعية من مسؤولياتها أنه إذا كان العالم الحر يواجه خطرا جسيما فليس سبب ذلك أن أعداء الحرية قد بلغوا حدا كبيرا من القوة والإقناع بل سببه أن العديد من الدول الديمقراطية الكبرى تحكم حكما سيئا، وفي بعضها تقوية الحكم عن طريق اغتصاب الهيئة النيابية للسلطة، ولقد أحدث هذا الاغتصاب في المجتمع الغربي شللا وخوفا هائلا يهدد تحطيم مركز العالم الحر كله وتحطيم الحرية وهوما أثمر النضال الإنساني بعد نجاحه في التمييز بين السلطة والحاكم، نجاحه في إلزام السلطات بالقانون وكان التنظيم القانوني بقاعدته الأساسية المتمثلة في الدستور هو الإطار الذي يحوي ثمار هذا النضال في صيانة للحرية ودرءا للاستبداد .

كما تركزت هذه الدراسة على مبدأ المشروعية وأهميتها في حياتنا بعد تنوع نشاط ومهام الدولة الحديثة وامتدادها إلى ميادين عديدة، وإلى الحاجة لوجود منظومة قانونية تحمي الأفراد في علاقاتهم بمختلف مرافق الدولة بألية تصون وتحمي الحقوق والحريات العامة التي كفلتها الدساتير ونظمتها القوانين والأنظمة من تجاوزات السلطتين التشريعية والتنفيذية، كما تناول البحث أهمية نشاط وامتيازات السلطة ممثلا بما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية واسعة تعبر عنه عن طريق إرادتها المنفردة والملزمة، ومن خلال تصرفاً ونشاط يصدر بمقتضى القوانين والأنظمة لبلوغ هدف أو غاية تنشئ أو تلغي أو تعدل التزاما أو مركزا قانونيا، وأن مشروعية أو عدم مشروعية هذا التصرف تتحدد بمعرفة أركانه سواء ما تعلق ذلك بالشكل الخارجيللتصرف أو موضوعه فعييب عدم الاختصاص وعييب عدم الشكل والإجراءات تعتبر من العيوب الشكلية الذي يقابلها ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات في حين أن عيب مخالفة القانون وعييب السبب وعييب إساءة السلطة أو الانحراف بها تعتبر من قبيل العيوب الموضوعية في مقابل ركن المحل والسبب والغاية.

وقد تبين أن تحصين القرارات الإدارية هو من الأمور التي تثير الجدل والنقاش في النظام القانوني والقضاء الإداري، باعتبار أن القرار الإداري هو سلاح بيد الإدارة و أداة للظلم والتعسف بحق الأفراد إذا ما تجاوز حدوده، مع أن هدف أي قرار هو تحقيق

المصلحة العامة حتى لولم يقر بذلك القانون، وأن التسليم بقيام نظام قانوني يميز بين القرار الإداري المعدوم والقرار الإداري الباطل، لا يتصل بانعقاد القرار الإداري أو عدمه بل يقوم على المخالفة الجسيمة والبسيطة لمبدأ المشروعية، فالقرار المعدوم هو ما تخالف به الإدارة مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة، بينما القرار الباطل هو الذي تخالف به جهة الإدارة مبدأ المشروعية مخالفة بسيطة وفي أي حال فإن القرارات الإدارية تتمتع كمبدأ عام بقربنة الصحة أو المشروعية حتى يثبت العكس.

وتبين أنه منذ إعلان ولادة دعوى الإلغاء وتبلور مفهومها كدعوى قضائية كان الأساس فيها هو المحافظة على التوازن بين فاعلية الإدارة وحقوق الأفراد وحياتهم من ناحية، وإجبار الإدارة العامة على احترام مبدأ المشروعية من ناحية أخرى. لذلك أصبحت الوسيلة القضائية الرئيسية التي يلجأ إليها الأفراد لرفع الضرر الذي يلحق بهم نتيجة تصرفات الإدارة المخالفة لمبدأ المشروعية.

ومن خلال دراسة دور الرقابة على دستورية القوانين في صيانة الحقوق والحيات العامة، ودور القاضي الإداري في موضوع الطعن بالإلغاء فإنه يجب إتباع التوصيات التالية:

1. ضرورة إخضاع الأوامر والمراسيم الرئاسية الى رقابة المجلس الدستوري سواء رقابة سابقة أو لاحقة.

2 - ضرورة توسيع حق الافراد الطبيعيين في اللجوء الى تحريك الدعوى الدستورية لمواجهة تعسف السلطتين التنفيذية والتشريعية.

3 . ضرورة منح المجلس الدستوري سلطة مطلقة في التصدي تلقائيا لمختلف النصوص التشريعية والاتفاقيات الدولية.

4 . ضرورة منح أعضاء المجلس الدستوري عهدة مدى الحياة وعدم قابليتهم للعزل لتأكيد استقلاليتهم اتجاه السلطة التي عينتهم أو انتخبتم.

- 1- ضرورة إصدار تشريع يعيد النظر في السلطة التقديرية الواسعة الممنوحة للإدارة بالإضافة إلى الرقابة القضائية التي يمارسها القضاء الإداري على ممارسة تلك الصلاحية.
- 2- العمل قانونا في إلزام الإدارة بالإعلان الواضح عن قراراتها خلال فترة زمنية محددة ومراقبتها قضائيا.
- 3- زيادة وعي الفرد في العلاقة القانونية وإعلامه بالوسائل القانونية الموضوعية تحت تصرفه لإجباره على احترام الإدارة على احترام القواعد القانونية القائمة وقت إجراء التصرف القانوني.
- 4- جعل درجات التقاضي على درجتين بإنشاء مجالس قضائية إدارية متخصصة ومستقلة عضويا ووظيفيا تتعدد درجات التقاضي فيها.
- 5- ضرورة إعداد قضاة متخصصين ذوي كفاءة عالية في المنازعات الإدارية.
- 6- تسهيل إجراءات التقاضي بإلغاء شكليات غير ضرورية في عريضة الدعوى وترك الحرية للمدعي في أمر توكيل محامي وتخفيض الرسوم القضائية.
- 7- إخضاع قرارات رئيس الجمهورية إلى رقابة القضاء الإداري.
- 8- تفعيل دور القاضي الإداري بتوسيع اختصاصه وتقرير الولاية العامة له على جميع الطعون الموجهة ضد القرارات الصادرة من الإدارة، بدل من أفرادها إلى فردية أو تنظيمية .
- 9- ضرورة وضع قضاء مستعجل وتفعيل دوره في حسم الأمور الإدارية المستعجلة.
- 10- التخفيف من حدة وصرامة إجراءات الإثبات لضمان سرعة الفصل في الدعاوى الإدارية.

11-التأكيد على وضع ضمانات قانونية لعملية التحقيق للموظف العام خوفا لحكام قضائية صادر بالإلغاء.

12-مراقبة تنفيذ أحكام القضاء الإداري خاصة لوكانت السلطة تعمل على المماثلة في تفسير الأحكام القضائية.

و ختاماً،أحمد الله سبحانه و تعالى،إذ وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع الذي هو جهد بشري يعتريه النقص ،إذ الكمال لله وحده ،فما كان منه صواباً ،فيرجع الفضل فيه إلى الله تعالى ،ثم إلى الجهد و التوجيهات التي تفضل بها الأستاذ المشرف ، وما كان منه من نقص أو تقصير فمسؤوليته تقع على الباحث.

## قائمة المصادر والمراجع

### أولاً: الكتب

#### أ-الكتب العامة

- 1- إبراهيم احمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان و حرياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية،مصر، الطبعة 2007.
- 2- إبراهيم بدوي الشيخ، حقوق الإنسان بين المجتمع الدولي و المجتمعات القومية، بدون دار النشر و البلد، 1978.
- 3- إبراهيم حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء،مصر، دار الكتب، 2003.
- 4- إبراهيم عبد العزيز شيحا، النظم السياسية القانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية ،دون سنة.
- 5- إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري اللبناني، دار الجامعة،دون سنة و البلد.
- 6- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الجامعية،دون سنة و البلد.
- 7- احمد أبو الوفا محمد،الوسيط في قانون المنظمات الدولية-دار النهضة العربية،القاهرة-1999.
- 8- أحمد حافظ نجم: حقوق الإنسان بين القرآن و الإعلان، دار الفكر العربي،دون سنة والبلد.
- 9- أحمد حافظ نجم، القانون الإداري، الجزء الثاني، أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة- 1981.

- 10- أحمد سليم سعيقان، الحريات العامة لحقوق الإنسان، منشورات الحلبي 2010، لبنان.
- 11- إدريس بوبكرا: الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية، دار الكتاب الحديث، الجزائر، 2003.
- 12- إسماعيل الغزال، الدساتير والمؤسسات السياسية، مؤسسة زين الدين، 1996، دون البلد.
- 13- اشرف فايز اللماوي، دور الرقابة الدستورية في حماية الحقوق و الحريات في إطار التشريعات الوطنية والمواثيق الدولية، المركز القومي 2009.
- 14- أو اليزيد علي المتيت ،النظم السياسية والحريات العامة - المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية ،الطبعة الرابعة،دون البلد.
- 15- أويحي العيفا: النظام الدستوري الحالي، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، 2002.
- 16- إيناس محمد البهجي، يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، المركز القومي، القاهرة، 2013.
- 17- بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1993.
- 18- بومدين محمد، حقوق الإنسان بين السلطة الوطنية و السلطة الدولية، دون دار النشر، الطبعة الأولى، 2011، الجزائر.
- 19- ثروت بدوي، الدولة القانونية - دار النهضة، القاهرة، 1959.
- 20- ثروت بدوي، القانون الدستوري ،دون دار النشر، 1970، القاهرة.
- 21- ثروت بدوي، النظم السياسية، النظرية العامة، دار النهضة العربية القاهرة، الجزء الأول 1970.
- 22- ثروت بدوي، النظم السياسية، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة 1975.

- 23- ثروت بدوي، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، المجلد الأول، دون سنة، القاهرة.
- 24- جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، دار الحامد للنشر و التوزيع، 2008.
- 25- جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم: الحقوق، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 26- حاشى يوسف، في النظرية الدستورية، منشورات الجبلي الحقوقية، 2009.
- 27- حامد سلطان-القانون الدولي العام في وقت السلم-الطبعة السادسة-دار النهضة العربية-يناير 1976.
- 28- حسن ملحم، محاضرات في نظرية الحريات العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.
- 29- حسين مصطفى حسين، القضاء الإداري، ديوان المطبوعات، الجزائر، 1999.
- 30- حمدي العجمي، مقدمة في القانون الدستوري، دار الثقافة، 2009، دون البلد.
- 31- حمود حمبلي، حقوق الإنسان بين النظم الوضعية و الشريعة الإسلامية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1995.
- 32- حيدر ادهم عبد الهادي و مازن ليلو راضي، حقوق الإنسان، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة 2009.
- 33- خضر خضر، مدخل إلى الحريات العامة و حقوق الإنسان، المؤسسات الحديثة للكتاب، لبنان 2008.
- 34- خليل خالد خليل الظاهر، القانون الإداري، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار المسيرة للنشر، عمان 1997.

- 35- رامز محمد عمار و نعمت عبد الله مكي، حقوق الإنسان و الحريات العامة، بدون دار النشر و البلد، طبعة 2010 .
- 36- رمضان أبو السعود: النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، دون سنة.
- 37- ساسي سالم الحاج، المفاهيم القانونية لحقوق الإنسان عبر الزمان و المكان، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الثانية 1998، دون البلد.
- 38- سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، 2009، عمان
- 39- سامي جمال الدين، النظم السياسية و القانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2005.
- 40- سعاد شرقاوي، نسبية الحريات العامة، و انعكاساتها على التنظيم القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة 1979.
- 41- سعد عصفور، مقدمة القانون الدستوري، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1954.
- 42- سعد عصفور، استقلال السلطة القضائية، دون دار النشر و البلد، 1969.
- 43- سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، دستور 1971، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1980.
- 44- سعد عصفور، القانون الدستوري و النظم السياسية، دون طبعة، 1976
- 45- سعدي محمد الخطيب، أسس حقوق الإنسان في التشريع الديني والدولي، منشورات الحلبي، لبنان، دون سنة.
- 46- سعيد بوشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة العاشرة، الجزائر، 1993.
- 47- سعيد بوشعير: النظام السياسي الجزائري، ط 2، دار الهدى الجزائري، 1993.

- 48- سليم بركات: مفهوم الحرية في الفكر العربي الحديث، الطبعة الثانية، دار دمشق، دون سنة و البلد.
- 49- سليمان الطماوي ، القانون الدستوري و النظم السياسية، مطبعة عين شمس القاهرة 1988.
- 50- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، دار الفكر العربي القاهرة، 1977.
- 51- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، دار الفكر، القاهرة، 1986.
- 52- سهيل حسين الفتلاوي، حقوق الإنسان، دار الثقافة، دون البلد، 2007.
- 53- السيد صبري- مبادئ القانون الدستوري، الطبعة الرابعة، 1949.
- 54- السيد عبد الحميد فوده: حقوق الإنسان بين النظم القانونية الوضعية و الشرعية الإسلامية، دار الفكر الجامعي، 2004.
- 55- صالح جواد كاظم و علي غالب العاني: الأنظمة السياسية، دار الحكمة، بغداد، دون سنة و البلد.
- 56- صالح حسن سميع: أزمة الحريات السياسية في الوطن العربي، ط 1، الزهراء للإعلام العربي، 1988، دون البلد.
- 57- صلاح الدين عامر-قانون التنظيم الدولي(النظرية العامة)-دار النهضة العربية-طبعة1984، القاهرة.
- 58- صلاح عبد الرحمن الحديثي، سلافة طارق الشعلان، حقوق الإنسان بين الامتثال و الإكراه في منظمة الأمم المتحدة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2009.
- 59- طعيمة الجرف، القانون الإداري، مكتبة القاهرة، 1970، القاهرة.
- 60- طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، دون سنة.

- 61- عبد الحميد حشيش، مبادئ القضاء الإداري، دون دار الطبع، 1978، القاهرة.
- 62- عبد الحكيم حسان العيلي، الحريات العامة في الفكر دون دار النشر طبعة 1976، القاهرة.
- 63- عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، دون دار النشر، الطبعة الأولى 1956، القاهرة.
- 64- عبد الحميد متولي، أزمة الأنظمة الديمقراطية، دون دار الطبع، القاهرة، 1964.
- 65- عبد الحميد متولي، المفصل في القانون الدستوري، دون دار النشر، الجزء الأول، 1952.
- 66- عبد الرحمن اليوسفي، الأمم المتحدة-الصكوك و الآليات، إصدارات المعهد العربي لحقوق الإنسان، بدون سنة والبلد.
- 67- عبد العزيز سرحان، الإطار القانوني لحقوق الإنسان في القانون الدولي- دراسة مقارنة- الطبعة الأولى 1987، دون دار الطبع و البلد.
- 68- عبد العزيز شيخا، القضاء الإداري، دار النشر، 2001 دون البلد.
- 69- عبد العزيز محمد سالمان، رقابة دستورية القوانين، دار الفكر، 1995 دون البلد.
- 70- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف الإسكندرية، 1997.
- 71- عبد الغني بسيوني عبد الله، الوسيط في النظم السياسية و القانون الدستوري مطابع السعداني، 2004. دون البلد.
- 72- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي، لبنان، 2001.

- 73- عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996.
- 74- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدولي العام، الكتاب الثالث، الحقوق الإنسان، دار الثقافة للنشر و التوزيع 2006 دون البلد.
- 75- عبد الكريم علوان، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع-، عمان الطبعة الاولى 2001.
- 76- عبد الكريم علوان، الوسيط في القانون الدستوري، دار الثقافة، عمان، 2009.
- 77- عبد الواحد الفار، قانون حقوق الإنسان في الفكر الوضعي و الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1991.
- 78- عثمان خليل، المبادئ الدستورية العامة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956.
- 79- عثمان خليل عثمان- النظام الدستوري المصري- دون دار الطبع و البلد 1942.
- 80- عدنان العجلاني، الوجيز في الحقوق الإدارية، دون دار النشر و البلد، 1959.
- 81- عصام الدبس، النظم السياسية-أسس التنظيم السياسي، دار الثقافة، عمان، 2010.
- 82- عصام زناتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة، دار النهضة، القاهرة، 1998.
- 83- عصام علي الدبس، القانون الدستوري، دار الثقافة، عمان، 2011.
- 84- علي خطار شطناوي، القضاء الإداري، دار الثقافة، 2008.

- 85- علي عبد الرزاق الزيدي، حسان محمد شفيق، حقوق الإنسان، دار الباروزي، 2009.
- 86- علي هاني الطهراوي، القانون الإداري، الكتاب الأول، مكتبة دار الثقافة، عمان 1998.
- 87- علي يوسف شكري، مبادئ القانون الدستوري، دار صفاء، دون البلد 2011.
- 88- عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر بين نظام الوحدة و الازدواجية 1962-2000، دار الريحانة، الجزائر.
- 89- عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، 1979، الجزائر.
- 90- عمر إسماعيل سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية 1991.
- 91- عمر صدوق، دراسة في مصادر حقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية 2003.
- 92- عمرو فؤاد بركات، مبادئ القانون الإداري، بدون دار النشر 1985.
- 93- العيفا أويحي، النظام السياسي الجزائري، دار العثمانية 2004.
- 94- فريد علواش، آليات حماية القاعدة القانونية الدستورية في الجزائر، دار الجامعة الجديدة، 2010.
- 95- فؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية 1968
- 96- فوزي أو صديق: دراسات دستورية و العولمة (الجزائر نموذجا) ط 2، دار الفرق، الجزائر، 2001.
- 97- فوزي أو صديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2000.

- 98- فوزي أو صديق، الحقوق الحريات العامة دراسة دستورية تحليلية، منشورات دار النبأ الجزائري، 1997
- 99- قزو محمد أكلي، دروس في الفقه الدستوري و النظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006.
- 100- كريم يوسف أحمد كشاكش: الحرية العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1987.
- 101- كمال أبو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة و الإقليم المصري، القاهرة ، بدون دار النشر. 1960.
- 102- كمال الغالي، مبادئ القانون الدستوري و النظم السياسية، مطبعة رياض، دمشق، 1980.
- 103- لمى عبد الباقي محمود العزاوي، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي، الطبعة 2009.
- 104- ماجد راغب الحلو :القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2000.
- 105- ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات، الإسكندرية، دون سنة
- 106- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.
- 107- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1982.
- 108- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1985.
- 109- ماجد راغب الحلو، النظم السياسية و القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005.

- 110-مازن ليلو راضي و حيدر ادهم عبد الهادي، المدخل لدراسة حقوق الإنسان ن دار قنديل للنشر و التوزيع، عمان، الطبعة الأولى.دون السنة
- 111-محمد السعيد الدقاق، حقوق الإنسان في إطار نظم الأمم المتحدة-دون دار الطبع و البلد1988-الكتاب الثاني.
- 112-محمد السعيد الدقاق، أصول القانون الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية1986.
- 113-محمد الشافعي أبوراس: نظم الحكم المعاصرة، النظرية العامة في النظم السياسية، ج 1، عالم الكتب،دون سنة و البلد.
- 114-محمد الشافعي أبوراس، القضاء الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق،دون البلد و السنة.
- 115-محمد الصغير بعلی، القضاء الإداري، مجلس الدولة، دار العلوم لنشر والتوزيع،الجزائر 2010.
- 116-محمد المجذوب، القانون الدستوري و النظام السياسي، الدار الجامعية، لبنان، 2000.
- 117-محمد حسنين عبد العال، القانون الدستوري،دون دار النشر و البلد، 1975.
- 118-محمد رفعت عبد الوهاب، إبراهيم عبد العزيز شيحا: النظم السياسية و القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية 1998.
- 119-محمد رفعت عبد الوهاب، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة، دون البلد2008.
- 120-محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الدستوري، دار الفكر، الإسكندرية،دون سنة.

- 121- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، منشورات الحلبي، الإسكندرية، دون سنة.
- 122- محمد رفعت عبد الوهاب، حسين عثمان محمد عثمان، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
- 123- محمد رفعت عبد الوهاب، وحسين عثمان محمد عثمان، النظم السياسية، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
- 124- محمد طلعت الغنيمي: قانون السلام، منشأة المعارف الإسكندرية، 1970.
- 125- محمد عبد العال السناوي، النظرية العامة للقانون الدستوري و النظم السياسية المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 126- محمد عبد العال السناوي، الأحزاب السياسية و الأنظمة السياسية و القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.
- 127- محمد فؤاد مهنا، مبادئ و أحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، مؤسسة شباب الجامعة، 1973.
- 128- محمد مرغني خيرى، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، بدون دار نشر، الجزائر 1989.
- 129- محمد نعيم علوه، موسوعة القانون الدولي العام، حقوق الإنسان، مكتبة زين الحقوقية، الطبعة الأولى 2012.
- 130- محمد يوسف علوان و محمد خليل موسى، القانون الدولي لحقوق الإنسان المصادر و الوسائل، الرقابة الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، دون البلد و السنة.
- 131- محمد حافظ غانم، المنظمات لدراسة العليا في العدالة الجنائية، دون دار الطبع، ايطاليا، 1988.
- 132- محمد حافظ غانم، المنظمات الدولية، دون دار النشر و البلد، 1967.

- 133- محمود إسماعيل عمار، حقوق الإنسان بين التطبيق والضياع، مجدلاوي، 2002، الأردن.
- 134- محمود الجبوري، القضاء الإداري، دار الثقافة، عمان، 1998.
- 135- محمود حافظ، القضاء الإداري دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1967.
- 136- محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، 1977، القاهرة.
- 137- محمود حلمي، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، 1978.
- 138- محمود عاطف البناء، مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي 1979، القاهرة.
- 139- محمود عاطف البناء، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، القاهرة 1992.
- 140- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة 1966.
- 141- مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، الاتجاهات الحديثة في رقابة دستورية القوانين في الأنظمة اللاتينية، المركز القومي القاهرة، 2014.
- 142- مصطفى أبو زيد فهمي، القانون الإداري، ديوان دار النشر، الإسكندرية دون سنة.
- 143- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري و مجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1966.
- 144- مفيد شهاب، المنظمات الدولية، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة.
- 145- نبيل قرقور، حقوق الإنسان بين المفهوم الغربي و الإسلامي، دراسة في حرية العقيدة، دار الجامعة الجديدة القاهرة 2010.

- 146-نسيب محمد أرزقي، أصول القانون الدستوري و النظم السياسية ج 1، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة .
- 147-هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة، 2007.
- 148-وحيد رأفت، القانون الإداري، بدون دار النشر و البلد، 1938.
- 149-وحيد رأفت وايت إبراهيم، القانون الدستوري، بدون دار النشر و البلد، 1937.
- 150-يحي الجمل، النظام الدستوري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة 1974.

## ب: الكتب المتخصصة

- 1- إبراهيم سالم العقيلي، إساءة استعمال السلطة في القرارات الإدارية، دار قنديل، 2013.
- 2- أحمد أبو ألوف، المرافعات المدنية والتجارية، ط3، دار الفكر العربي 1980.
- 3- أحمد محمود جمعة، الطعون الاستثنائية أمام محاكم مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر 1986.
- 4- أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
- 5- آنفرانسوايرث -ترجمة -محمد لبيب شنب، المدخل للنظام القضائي الأمريكي، مكتبة القاهرة الحديثة، دون سنة.
- 6- بوبشير محند، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات، الجزائر 1993.
- 7- توفيق حسن فرج: المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون و النظرية العامة للحق )، مكتبة مكاوي، دون البلد 1975.
- 8- ثروت بدوي، تدرج القرارات الإدارية و مبدأ الشرعية، دار النهضة العربية، القاهرة 2007.
- 9- ثورة الجزائر، تأليف جوانجليسبي، ترجمة عبد الرحمان صدقي أبو طالب من سلسلة دراسات افريقية، الدار المصرية للتأليف والترجمة، دون سنة.
- 10- حسن السيد بسيوني، دور القضاء في المنازعات الإدارية، عالم الكتاب القاهرة، مصر، 1988.
- 11- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى الإلغاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون سنة.

- 12- رشيد خلوفي، القضاء الإداري، تنظيم واختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، 2005.
- 13- رمزي طه الشاعر-قضاء التعويض"مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية1990"-بدون دار نشر.
- 14- رمزي طه الشاعر، المسؤولية عن أعمال السلطة القضائية، مطبعة جامعة شمس، لطبعة الثالثة 1990.
- 15- سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1982.
- 16- سامي جمال الدين، المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1983.
- 17- سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية دون سنة.
- 18- سليمان الطماوي، قضاء الإلغاء، دار النشر، دون البلد 1987.
- 19- سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول"قضاء الإلغاء"، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.
- 20- سليمان الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة(الانحراف بالسلطة)، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الثانية، 1966.
- 21- سليمان الطماوي-النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة-دار الفكر العربي-القاهرة2006.
- 22- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 1956 القاهرة.

- 23- سليمان الطماوي-النظرية العامة للقرارات الإدارية دراسة مقارنة-دار الفكر العربي-القاهرة1966.
- 24- سليمان محمد الطماوي، محمود عاطف البناء، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 2006، القاهرة.
- 25- شعبان عبد الحكيم سلامة، القرار الإداري السلبي، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2011، الإسكندرية.
- 26- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على نشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 27- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضبط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة1976.
- 28- طعيمة الجرف "رقابة القضاء على أعمال الإدارة"، مكتبة القاهرة الحديثة، طبعة 1970.
- 29- طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة للقانون، مكتبة القاهرة، 1962.
- 30- طعيمة الجرف، رقابة القضاء لأعمال الإدارة العامة"قضاء الإلغاء"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1976.
- 31- عبد الحميد متولي، الحريات العامة، دون دار النشر، دون البلد، 1975.
- 32- عبد الرحمن عزوز "القضاء الشعبي"، دار النهضة ،مصر، 1977.
- 34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة.
- 35- عبد العزيز سرحان، الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، دار النهضة العربية، القاهرة 1966.

- 36- عبد العزيز عبد المنعم الخليفة، الدفع الإداري في دعوى الإلغاء والدعوى التأديبية والمستعجلة منشأة المعارف، 2007.
- 37- عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد: حقوق الإنسان و حرياته العامة وفقا لأحدث الدساتير العالمية و المواثيق الدولية، دراسة مقارنة، ط 1، دار النهضة العربية - القاهرة. 2005.
- 38 - عبد الله طلبه، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، جامعة دمشق، 1980.
- 39- عبد الناصر عبد الله أبوسمدانة، القرار الإداري في النظرية والتطبيق، دراسة التحليلية، المركز القومي، 2012، الطبعة الأولى، القاهرة.
- 40- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين الإدارة والقانون الإداري، دار الهومة الجزائر، 2003.
- 41- عوابدي عمار، النظرية العامة لمنازعات الإدارة في النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، 2003.
- 42- فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 43- غسان مدحت خير الدين، الرقابة القضائية على القوانين، دار الرياءة لبنان، الطبعة الأولى، 2013.
- 44- ماجد راغب الحلو، نظرية الموظف الفعلي في مؤلفنا بعنوان " أصول القانون الإداري" دراسة مقارنة، دون دار النشر، دون سنة.
- 45- ماهر الجبوري، القرار الإداري، دار اليازوري، عمان، 2012.

- 46-محسن العبودي: مبدأ المشروعية و حقوق الإنسان ( دراسة تحليلية في الفقه و القضاء المصري و الفرنسي )، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- 47-محفوظ لعشب، المسؤولية في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 48-محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم لنشر والتوزيع الجزائر، دون سنة.
- 49-محمد حسنين عبد العال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971.
- 50-محمد حافظ غانم، المنظمات للدراسات العليا في العدالة الجنائية-إيطاليا- سيرا كوزا، 1988، المجلد الثاني.
- 51-محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، الدار الجامعية، 2000.
- 52-محمد سمير محمد جمعة، إلغاء القرارات الإدارية القابلة للانفصال، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2013.
- 53-محمد طبلية، العمل القضائي في القانون المقارن و الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي في مصر، بدون دار النشر و البلد، طبعة 1965.
- 54-محمد عبد الله الشوابكة، رقابة الامتثال على دستورية القوانين، دار الثقافة، عمان، 2012.
- 55-محمد عبد الوهاب، البيروقراطية في الإدارة المحلية، دار الجامعة الجديد للنشر-الإسكندرية 2000.

- 56- محمد عصفور، استقلال السلطة القضائية، بدون دار النشر و البلد، 1969.
- 57- محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار الفكر العربي دون البلد، 1985.
- 58- محمد مرغنى خيرى، مجلس الدولة وقضاء الإلغاء، دون دار النشر طبعة 1996.
- 59- محمود صبحي علي، الرقابة على دستورية اللوائح دراسة مقارنة بين مصر و فرنسا و الكويت، دون دار النشر و البلد، الطبعة الأولى 2011.
- 60- محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985.
- 61- محمود محمد حافظ، القرار الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة، القاهرة، الطبعة الثانية 1972.
- 62- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري و المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، الطبعة الثانية.
- 63- مصطفى أبو زيد فهمي، القرار الإداري و مجلس الدولة، منشأة المعارف الإسكندرية، 1979.
- 64- معوض عبد التواب عبد الباسط، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ طبعة 3، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر 1995.
- 65- نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، دار المعرفة الجامعية، دون البلد 2000.
- 66- وهيب عياد سلامة، مجلس الدولة بين الإبقاء و الإلغاء-دراسة مقارنة، القاهرة، دار النهضة العربية، 1992.



## ثانيا: الأطروحات و مذكرات الماجستير

### أ- الأطروحات:

- 01- أحمد بن دلاع، الرقابة على دستورية القوانين في الجزائر، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس 1997.
- 02- علي عاشور الفار، دور الأمم المتحدة في الرقابة على حقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر 1993.
- 03- عويسات فتيحة، مدى فعالية الرقابة على دستورية القوانين في ضمان الحقوق و الحريات العامة، دكتوراه في قانون العام، جامعة سيدي بلعباس، 2010.
- 04- نصر الدين بن طيفور، السلطة الاستثنائية لرئيس الجمهورية الجزائري والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه، جامعة بلعباس، 2003.

### ب- مذكرات الماجستير:

- 01- دياس سهيلة، المجلس الدستوري و مجلس الدولة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2002.
- 02- فغول الزهرة، الممارسة الدستورية للحقوق و ضوابطها في إطار القانون الداخلي و القانون الدولي، مذكرة ماجستير، جامعة سيدي بلعباس، 2012.
- 03- مسراتي سليمة، إخطار المجلس الدستوري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2001.

04- موساوي عبد الحكيم، المركز القانوني للأقليات في القانون الدولي لحقوق الإنسان، مذكرة ماجستير، جامعة تلمسان 2008.

### ثالثا: المقالات

- 1- الأمين شريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2003، الجزائر.
- 2- بالي فطيمة، دور المجلس الدستوري في رقابة مطابقة القوانين العضوية للدستور، مجلة القانون، العدد 2، تيزي وزو، 2008.
- 3- بوزيد لزهاري: تعديل 28 نوفمبر 1996 و حقوق الإنسان، مجلة إدارة، مركز التوثيق و البحوث الإدارية، الجزائر، 1997.
- 4- بوسلطان محمد، الرقابة على دستورية المعاهدات في الجزائر، مجلة المجلس الدستوري، العدد 1، 2013.
- 5- جبار عبد المجيد، الرقابة الدستورية للقوانين العضوية ورأيا المجلس الدستوري المتعلق بقانوني الأحزاب / السياسية و الانتخابات، مجلة الإدارة، 2000.
- 6- حسين فريحة، إجراءات دعوى الإلغاء في الجزائر، مجلة إدارة، عدد 2، الجزائر، 2002.
- 7- خولة كلفاني، القضاء الاستعجالي في المواد الإدارية وفقا لتعديلات قانون 2001 مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الكفاءة المهنية، العدد 3، 2006.
- 8- السيد محمد بجاوي، المجلس الدستوري، مجلة الفكر البرلماني، العدد 5، 2004.
- 9- طه طيار، المجلس الدستوري الجزائري تقديم و حوصلة التجربة قصيرة، مجلة الإدارة، الجزائر.

10- عبد الرزاق زوينة، الرأي الاستشاري لمجلس الدولة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002.

11- عمار رزيق: نشر الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان في النظام القانوني الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 13، 2000، جامعة باتنة.

12- نواري أحلام، الآليات الإقليمية لحماية حقوق الإنسان و الصعوبات التي تواجهها، جامعة مولاي الطاهر، سعيدة، العدد الثاني، 2014.

### رابعاً: النصوص القانونية

#### أ- الدساتير

1- دستور 08 سبتمبر 1963، الجريدة الرسمية، عدد 64، بتاريخ 10 ديسمبر 1963.

2- دستور 19 نوفمبر 1976، الجريدة الرسمية، عدد 94، بتاريخ 24 نوفمبر 1976.

3- دستور 23 فيفري 1989، الجريدة الرسمية، عدد 09، بتاريخ 01 مارس 1989.

4- دستور 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، عدد 96، بتاريخ 08 ديسمبر 1996.

5- دستور الجزائر الصادر في 06 مارس 2016.

6- دستور فرنسا الصادر في 04 أكتوبر 1958

#### ب- النصوص التشريعية:

1- قانون عضوي رقم 01/98 مؤرخ في 30/05/1998 يتضمن اختصاصات مجلس الدولة، و تنظيمه، و عمله، عدد 37، لسنة 1998.

2- قانون عضوي رقم 11/89 مؤرخ في 5/7/1989 المتضمن قانون الأحزاب السياسية، عدد 27، لسنة 1989.

3- قانون عضوي رقم 00/48 مؤرخ في 28/06/2000 يتضمن النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري الصادر بالجريدة الرسمية رقم 48 المؤرخة في 16 أوت 2000

## خامسا: الاجتهاد القضائي

### قرارات المحكمة العليا و مجلس الدولة:

- 1- قرار المحكمة الإدارية العليا، الغرفة الإدارية، رقم 23650، الصادر بتاريخ 1982/01/09  
المجلة القضائية العدد 01، 1989
- 2- مجلس الدولة، في قراره رقم 150297، المؤرخ في 1999/2/1، مجلة مجلس الدولة، عدد 7،  
2002.
- 3- مجلس الدولة قراررقم: 01105 مؤرخ في 2004/01/20، مجلة مجلس الدولة عدد 8، 2006.
- 4- مجلس الدولة، قراررقم 013565، مؤرخ في 2004/01/20، مجلة مجلس الدولة وعدد 8،  
لسنة 2006.
- 5- مجلس الدولة قرار رقم 009993 مؤرخ في 2004/03/16، مجلة مجلس الدولة عدد 5،  
2004.
- 6- مجلس الدولة قرار رقم 009898 مؤرخ في 2004/04/20، مجلة مجلس الدولة عدد 5  
2004،
- 7- مجلس الدولة قرار رقم 018977 مؤرخ في 2005/10/04، مجلة مجلس الدولة، عدد 7،  
2005.
- 8- مجلس الدولة قرار رقم 020217 مؤرخ في 2005/10/18 مجلة مجلس الدولة، عدد 7،  
2005.
- 9- مجلس الدولة، قرار رقم 27279 مؤرخ في 2005/10/25 مجلة مجلس الدولة، عدد 8،  
2006.
- 10- مجلس الدولة، قرار رقم 02/626، مؤرخ في 2006/ 02/22، مجلة مجلس الدولة، عدد 8،  
2006.
- 11- مجلس الدولة، قرار رقم 030115 مؤرخ في 2006/03/28 مجلة مجلس الدولة، عدد 8،  
2006.

## الفهرس

01	المقدمة
07	الباب التمهيدي: الإطار الدستوري و القانوني للحقوق و الحريات العامة
09	الفصل الأول: الطبيعة الدستورية للحقوق و الحريات العامة
11	المبحث الأول: ماهية الحقوق والحريات العامة
11	المطلب الأول: تعريف الحقوق و الحريات العامة
19	المطلب الثاني: أنواع الحقوق و الحريات العامة
20	الفرع الأول: الحقوق و الحريات الشخصية
26	الفرع الثاني: الحريات الفكرية أو المعنوية
30	الفرع الثالث: الحريات الاقتصادية
32	الفرع الرابع: مبدأ المساواة
37	المبحث الثاني: التطور التاريخي للحقوق و الحريات العامة
37	المطلب الأول: الحقوق و الحريات إبان الثورة الإنجليزية
38	الفرع الأول: الماكناكرتا أو العهد الأعظم لعام 1215:
39	الفرع الثاني: عريضة الحقوق 1628
40	الفرع الثالث: قانون الهايباسكورييس:
41	الفرع الرابع: شرعة الحقوق 1689
42	المطلب الثاني: الحقوق و الحريات إبان الثورة الأمريكية
42	الفرع الأول: إعلان الاستقلال الأمريكي
43	الفرع الثاني: شرع الحقوق الأمريكية
44	الفرع الثالث: التعديلات الدستورية
47	المطلب الثالث: الحقوق و الحريات إبان الثورة الفرنسية
47	الفرع الأول: إعلان حقوق الإنسان و المواطن
49	الفرع الثاني: دستور 3 أيلول 1791
50	الفرع الثالث: دستور 24 حزيران 1793
51	الفرع الرابع: دستور لسنة 1814
51	الفرع الخامس: دستور 4 تشرين الثاني 1848
52	الفرع السادس: دستور الجمهورية الرابعة عام 1946
54	المبحث الثالث: الحقوق و الحريات في الاتفاقيات الدولية
55	المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية العالمية
55	الفرع الأول: ميثاق الأمم المتحدة

61	الفرع الثاني: الإعلان العالمي لحقوق الإنسان
65	الفرع الثالث: العهدان الدوليان
68	المطلب الثاني: الاتفاقيات الدولية الإقليمية
68	الفرع الأول: الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان و حرياته الأساسية
69	البند الأول: الحقوق المعترف بها
70	البند الثاني: الحقوق المسكوت عنها في الاتفاقية
71	الفرع الثاني: الاتفاقية الأمريكية لحماية حقوق الإنسان و حريات الأساسية
72	الفرع الثالث: الميثاق الأفريقي لحماية حقوق الإنسان و حريات الأساسية
74	الفصل الثاني: الضمانات الدستورية لحماية الحقوق والحريات العامة
75	المبحث الأول: الضمانات الدستورية العامة
76	المطلب الأول: سيادة الدستور
82	المطلب الثاني: مبدأ سيادة القانون
86	المطلب الثالث: مبدأ الفصل بين السلطات
89	المطلب الرابع: نظرية سيادة الأمة و الشعب
95	المبحث الثاني: الضمانات الدستورية الخاصة
95	المطلب الأول: النصوص الدستورية المتعلقة بتعديل الحقوق و الحريات العامة
97	المطلب الثاني: سمو المعاهدات و المواثيق الدولية على القانون الداخلي بموجب الدستور
100	المطلب الثالث: النصوص الدستورية المنظمة لدور الأفراد والهيئات في ضمان الحقوق والحريات العامة
101	الباب الأول: دور الرقابة على دستورية القوانين في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة
102	الفصل الأول: دور الرقابة السياسية و القضائية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة
103	المبحث الأول: دور الرقابة السياسية في ضمان حماية الحقوق والحريات العامة
103	المطلب الأول: وجهة نظر رجال الفقه بالنسبة للرقابة السياسية
104	الفرع الأول: الانتقادات الموجهة لأسلوب الرقابة السياسية
107	الفرع الثاني: مناقشة الانتقادات الموجهة للرقابة السياسية
111	الفرع الثالث: مدى اعتبار الرقابة السياسية رقابة على دستورية القوانين
111	الفرع الرابع: الرقابة السياسية ليست رقابة في حد ذاتها
113	المطلب الثاني: تطبيقات الرقابة السياسية في الدساتير الفرنسية
114	الفرع الأول: الرقابة في ظل دستور السنة الثامنة للجمهورية "دستور 13 ديسمبر سنة 1799
117	الفرع الثاني: الرقابة في ظل دستور 14 يناير سنة 1852
118	الفرع الثالث: الرقابة في ظل دستور سنة 1946
122	الفرع الرابع: الرقابة في ظل دستور 1958

127	المبحث الثاني: دور القضاء الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة.
127	المطلب الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.
128	الفرع الأول: نشأة الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.
129	البند الأول: الشكل الفيدرالي للدولة.
131	البند الثاني: السوابق التاريخية وآراء المفكرين القدامى.
131	البند الثالث: جمود الدستور الأمريكي وعلوه وغموضه.
134	الفرع الثاني: المحكمة العليا والرقابة القضائية.
135	البند الأول: التعريف بالمحكمة العليا الأمريكية.
138	البند الثاني: جهود المحكمة العليا في نشأة الرقابة القضائية.
143	الفرع الثالث: صور الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الأمريكية.
145	البند الأول: أسلوب الدفع الفرعي بعدم دستورية القوانين.
148	البند الثاني: أسلوب أوامر المنع.
152	البند الثالث: أسلوب الأحكام التقريرية.
156	المطلب الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر.
156	الفرع الأول: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر قبل إنشاء المحكمة العليا.
157	البند الأول: نظرة الفقه و القضاء حول الرقابة.
158	البند الثاني: موقف الفقه المصري من الرقابة.
159	البند الثالث: موقف القضاء المصري من الرقابة.
161	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على دستورية القوانين في مصر بعد إنشاء المحكمة العليا.
161	البند الأول: تشكيلة المحكمة العليا.
164	البند الثاني: تعيين رئيس الجمهورية لأعضاء المحكمة العليا ومدى ضمان استقلالها.
164	البند الثالث: تحديد مدة العضوية وقابليتها للتجديد وضمانات استقلال المحكمة.
165	الفرع الثالث: المحكمة الدستورية العليا.
165	البند الأول: تشكيل المحكمة الدستورية العليا.
166	البند الثاني: شروط العضوية و كيفية التعيين في المحكمة.
167	البند الثالث: حقوق أعضاء المحكمة و واجباتهم.
168	البند الرابع: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا.
171	البند الخامس: اضطلاع المحكمة الدستورية العليا على الرقابة على دستورية القوانين.
171	الفقرة الأولى: الدفع الفرعي من الخصوم.
172	الفقرة الثانية: الإحالة من المحكمة الموضوع.
172	الفقرة الثالثة: التصدي من المحكمة الدستورية العليا.

174	الفصل الثاني: دور الرقابة على دستورية القوانين في الدساتير الجزائرية.
176	المبحث الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1989
176	المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1963
178	المطلب الثاني: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1976
179	المبحث الثاني: الرقابة على دستورية القوانين ما بعد دستور 1989
179	المطلب الأول: الرقابة على دستورية القوانين في ظل دستور 1989
179	الفرع الأول: تنظيم المجلس الدستوري
182	الفرع الثاني: اختصاصات المجلس الدستوري
185	المطلب الثاني: المجلس الدستوري في ظل دستور 1996
186	الفرع الأول: تنظيم المجلس الدستوري
186	الفرع الثاني: تشكيل المجلس الدستوري
187	الفرع الثالث: أعضاء المجلس الدستوري
188	الفرع الرابع: إجراءات عمل المجلس الدستوري
190	الفرع الخامس: قواعد عمل المجلس الدستوري في مجال رقابة المطابقة و الرقابة الدستورية
190	البند الأول: رقابة مطابقة القوانين العضوية و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان للدستور
191	البند الثاني: رقابة دستورية المعاهدات و القوانين و التنظيمات
193	البند الثالث: صلاحيات المجلس الدستوري في مجال الرقابة على صحة الانتخابات و الاستفتاء
196	المطلب الثالث: المجلس الدستوري في ظل دستور 2016
197	الفرع الأول: تشكيلة المجلس الدستوري
197	الفرع الثاني: أعضاء المجلس الدستوري
198	الفرع الثالث: إجراءات عمل المجلس الدستوري
199	الباب الثاني: دور الرقابة القضائية في ضمان حماية الحقوق و الحريات العامة
201	الفصل الأول: دور مبدأ المشروعية كضمانة للحقوق و الحريات العامة في القضاء الإداري
202	المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية
203	المطلب الأول: تحديد مبدأ المشروعية
205	المطلب الثاني: عناصر مبدأ المشروعية
205	الفرع الأول: وجود دستور
206	الفرع الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات
207	الفرع الثالث: خضوع الإدارة للقانون
208	الفرع الرابع: تدرج الأعمال القانونية
209	الفرع الخامس: خضوع الإدارة للرقابة القضائية

212	المبحث الثاني: دور النظام القضائي في تبني مبدأ المشروعية
212	المطلب الأول: مفهوم مبدأ وحدة النظام القضائي
213	الفرع الأول: موقف النظام القضائي الانجليزي من المنازعة الإدارية
214	البند الأول: دور القاضي الانجليزي في الرقابة على عمل الإدارة
216	البند الثاني: إجراءات الرقابة القضائية على أعمال الإدارة الانجليزية
219	البند الثالث: التطور الذي لحق النظام الانجليزي
221	الفرع الثاني: موقف النظام القضائي الأمريكي من المنازعة الإدارية
222	البند الأول: أسس النظام القضائي الأمريكي
223	البند الثاني: دور القضاء الأمريكي في المنازعات الإدارية
225	البند الثالث: تطور النظام القضائي في الولايات المتحدة
227	المطلب الثاني: مفهوم مبدأ ازدواجية القضاء الإداري
227	الفرع الأول: النظام القضائي الفرنسي
229	البند الأول: تنظيم مجلس الدولة الفرنسي
232	البند الثاني: اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي
234	البند الثالث: اختصاصات مجلس الدولة الفرنسي في المجال القضائي
237	البند الرابع: ضمانات أعضاء مجلس الدولة الفرنسي
238	الفرع الثاني: النظام القضائي المصري
240	البند الأول: تعيين أعضاء مجلس الدولة المصري
246	البند الثاني: ضمانات أعضاء مجلس الدولة المصري
247	المطلب الثالث: موقف النظام القضائي الجزائري من النظم القضائية المقارنة
247	الفرع الأول: نشأة و تطور القضاء الإداري في الجزائر
250	الفرع الثاني: موقف مجلس الدولة الجزائري من المنازعة الإدارية
251	البند الأول: التنظيم الإداري لمجلس الدولة
253	البند الثاني: اختصاصات مجلس الدولة
296	الفصل الثاني: فعالية الرقابة القضائية على مدى مشروعية القرارات الإدارية في مجال الحقوق والحريات
297	المبحث الأول: ضوابط القرار الإداري و دوره في حماية الحقوق و الحريات العامة
298	المطلب الأول: المقومات الأساسية للقرار الإداري
300	المطلب الثاني: أنواع القرارات الإدارية
300	الفرع الأول: تقسيم القرارات الإدارية من حيث التكوين
302	الفرع الثاني: تقسيم القرارات الإدارية من حيث الرقابة القضائية
304	الفرع الثالث: تقسيم القرارات الإدارية من حيث العمومية والتجريد

311	المبحث الثاني: أوجه رقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في مجال الحقوق والحريات...
311	المطلب الأول: المشروعية الخارجية للقرار الإداري.....
311	الفرع الأول: الرقابة القضائية على ركن الاختصاص .....
320	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ركن الشكل.....
333	المطلب الثاني: المشروعية الداخلية للقرار الإداري.....
333	الفرع الأول: الرقابة القضائية على ركن المحل و عيب مخالفة القانون.....
342	الفرع الثاني: الرقابة القضائية على ركن السبب.....
353	الفرع الثالث: الرقابة القضائية على ركن الغاية وعيب الانحراف بالسلطة.....
363	الخاتمة.....