

رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية ودورها في إرساء دولة القانون



أ/ مراد هاشم

جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

د/ عادل عميرات

جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

ملخص:

إن الدور الطبيعي والأصيل للقاضي الإداري هو الفصل في المنازعة المطروحة عليه وفق النصوص القانونية القائمة، فلا يزيد دوره عن أن ينطق بالقانون القائم في خصوصية النزاع المعروض عليه ويطبقه، وقد يلجأ القاضي إلى تفسير القاعدة باجتهاده وتقديره إن كان النص القانوني به غموض، المهم أن يدرك إرادة المشرع من النص ومنه يستنبط الحكم، إلا أنه في بعض الأحيان يعرض على القاضي الإداري نزاع لا يجد له القاعدة القانونية التي تحكمه، وهو مطالب بالفصل في النزاع ولا يمكنه رد القضية لهذا الاعتبار، الأمر الذي يدفعه إلى إنشاء القاعدة القانونية لحل النزاع، أو يجد في القاعدة القانونية تعارض مع إحدى مصادرها أو القوانين الأسى منها فيمارس دور الرقابة على القاعدة القانونية، وهو ما نص عليه دستور 2016 من خلال الاقرار آلية "الدفع بعدم الدستورية" لتحريك الرقابة على النصوص القانونية بمناسبة دعوى قضائية والمنصوص عليها في المادة 188 من القانون 01-16 المتضمن تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 .

وعلى الرغم من أن إرادة المشرع الدستوري تهدف إلى تحقيق هذه الدعائم من أجل تعزيز دولة الحق والقانون، إلا أن هذا الاجتهاد يؤدي لا محالة إلى تداخل الوظائف بين السلطات التشريعية والقضائية، وفي ذلك إخلال بمبدأ الفصل بين السلطتين من حيث الاختصاص والصلاحيات، وهو ما يطرح التساؤل الفقهي والقانوني القديم الجديد؛ إلى أي مدى يمكن القول بأن دور رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية يخل بمبدأ الفصل بين السلطات كأحد دعائم دولة الحق والقانون، على الرغم من أن دوره الرقابي هذا يستند إلى مبدأ تدرج وسمو القاعدة القانونية؛ وهو أيضاً يعد من ركائز وسمات دولة الحق والقانون؟

الكلمات المفتاحية: الرقابة القضائية الإدارية، دولة القانون، القاعدة القانونية، مبدأ الفصل بين السلطات، سمو وتدرج القاعدة القانونية، الحقوق والحريات.

Abstract:

Le rôle naturel du juge administratif est de résoudre le litige dont il est saisi conformément aux textes légaux existants, son rôle n'excède pas le fait qu'il parle de la loi existante dans

l'intimité du litige et l'applique, le juge pouvant interpréter la règle avec diligence et appréciation. La volonté du législateur à partir du texte et d'en dériver le jugement, mais parfois il présente au juge administratif un litige qui n'a pas la base légale qui le régit, il est tenu de régler le litige et ne peut renvoyer l'affaire à cette considération, Cela l'oblige à créer une base juridique pour résoudre le différend, ou de trouver la base juridique d'un conflit avec l'une de ses sources ou les lois suprêmes dont Fimars le rôle du contrôle de la base juridique, ce qui est stipulé dans la Constitution de 2016 par le biais d'un mécanisme de déclaration « inconstitutionnalité de paiement » pour déplacer le contrôle des textes juridiques à l'occasion Un procès intenté en vertu de l'article 188 de la loi 01-16 portant modification de la Constitution algérienne de 2016.

Bien que la volonté du législateur constitutionnel vise à atteindre ces piliers afin de renforcer l'état de droit, mais cette entreprise crée conduit inévitablement à des fonctions qui se chevauchent entre les pouvoirs législatif et judiciaire, et Zllk violation du principe de séparation des pouvoirs en termes de compétence et de pouvoirs, ce qui soulève la question de la jurisprudence et ancienne nouvelle juridique, la mesure dans laquelle on peut dire que le rôle de contrôle du juge administratif de la règle du préjudice juridique au principe de séparation des pouvoirs comme l'un des piliers de l'Etat de droit, même si son rôle de surveillance qui repose sur le principe de gradation et de son Altesse la base juridique, il est aussi l'un des piliers et caractéristiques États Le droit et la loi?

مقدمة :

معلوم أن للرقابة الدستورية دور أساسي في بناء دولة الحق والقانون بضمان مبدأ سمو الدستور، وتعزيز الديمقراطية، وحماية الحقوق والحريات الأساسية، وبذلك فإن حركية التشريع داخل الدولة يجب أن يلازمها الحفاظ على سمو القاعدة الدستورية ما لم يمسه أي تعديل.

ولهذا الغرض أسس المشرع الدستوري الجزائري هيئة مختصة للحفاظ على مبدأ سمو الدستور، وإن كان عمل المجلس الدستوري كمؤسسة رقابية ظهر فقط منذ دستور 1989 مع بتحديد اختصاصاته فيما يخص الرقابة الدستورية وذلك على القوانين والتنظيمات والاتفاقيات والتعديلات وكذا الأنظمة الداخلية للبرلمان والتعديلات المدخلة عليها.

وقد حافظ المشرع الدستوري الجزائري على آلية وحيدة لتحريك عمل المجلس الدستوري وذلك عن طريق الاخطار من الجهات السياسية والمحصورة فقط في رئيسي الجمهورية ورئيس البرلمان إلى غاية عام 2016، وهذا ما شكل عائقاً حول فعالية رقابته وخصوصاً بالنسبة للقوانين العادية والتنظيمات في ظل عدم تكريس الرقابة الدستورية السابقة والوجوبية عليها، وهو ما قد يجعل من بعض النصوص تتضمن عبارات أو فقرات أو مواد غير دستورية وخصوصاً ما تعلق بالمساس بالحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الدستور.

غير أن التعديل الدستوري الأخير لعام 2016 لم يكتف بتوسيع جهات الاخطار إلى الوزير الأول ولعدد من أعضاء البرلمان فحسب، بل أدرج آلية جديدة لم تعرفها التجربة الدستورية الجزائرية ألا وهي "الدفع بعدم الدستورية" بموجب المادة 188 من القانون 01-16 المتضمن للتعديل الدستوري¹ متبنياً ما أقرته التجربة الدستورية الفرنسية بعد التعديل الدستوري لعام 2008 فيما يسمى: "مسألة أولوية الدستورية"؛ أنه يمكن للشخص الطبيعي أو الاعتباري أن يدفع أمام القاضي العادي أو الإداري بعدم

دستورية القاعدة القانونية المتحركة في النزاع المعروض أمامه، فيقوم الأخير بدور الرقابة على القاعدة القانونية، فغن وجد في الدفع وجهة أحاله للجهة مجلس الدستوري للنظر، وإثارة مسألة دستورية مبررها احترام مبدأ سمو وتدرج القواعد القانونية، وعدم المساس بالحقوق والحريات الأساسية المضمنة في الدستور، واحترام دعائم دولة الحق والقانون، إلا أنه بالمقابل يلاحظ أن هذه القاعدة الدستورية قد سببت تداخل في اختصاص وصلاحيات كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية وهو ما يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات كمقوم أساسي لدولة الحق والقانون. وانطلاقاً من أهمية هذه المسألة تطرح إشكالية هذا المقال: إلى أي مدى يمكن القول بأن دور رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية يخل بمبدأ الفصل بين السلطات ويمس بأحد دعائم دولة الحق والقانون، على الرغم من أن دوره الرقابي هذا يستند إلى مبدأ تدرج وسمو القاعدة القانونية؛ وهو أيضاً يعد من ركائز وسمات دولة الحق والقانون؟

واجابة عن هذه الإشكالية سنعمد المنهج الجدلي بين الرأيين، من خلال تم تقسيم الدراسة لمبحثين، في المبحث الأول نبين أن رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية هي تدعيم وتكريس لدعائم دولة الحق والقانون، كون هذه الوظيفة تحمي مبدأ سمو وتدرج القاعدة القانونية، وذلك لأجل ضمان الحقوق والحريات للأشخاص، وفي المبحث الثاني نبين الرأي الثاني الذي يري في دور الرقابة على القاعدة القانونية من قبل القاضي الإداري الذي منحه له دستور 2016 "آلية الدفع بعدم الدستورية"، إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، وتدخل في صلاحية التشريع المنوطة للهيئة التشريعية وللسلطة التنفيذية "رئيس الجمهورية" عن طريق الأوامر الرئاسية.

المحور الأول: رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية تكريس لدولة الحق القانون

نحاول في هذا المحور بيان وجهة ما ذهب إليه عدّة تشريعات دستورية، كالدستور الفرنسي من بعد تعديل 2008، والدستور المصري 2014، والدستور الجزائري 2016، في تمكين القاضي الإداري من ممارسة² دور الرقابة على القاعدة القانونية، من بعد الدفع من قبل أحد الخصوم بعدم دستورية القاعدة القانونية، انطلاقاً من مبدأ سمو وتدرج القاعدة القانونية، وحماية الحقوق والحريات. ولعله من المنطقي أن نعرض ولو بشكل مختصر مفاهيم المصطلحات المفتاحية التي تركز عليها المداخلة، لكي ندرك أبعادها ومؤثراتها في التحليل في ما بعد، ثم نعرض لمبدأ سمو وتدرج القاعدة القانونية حجة هذا الرأي، مع ذكر بعض النماذج من الاجتهادات والأحكام القضائية الإدارية لمستندة لهذا التسبيب.

أولاً: أهداف ومبررات الدفع بعدم دستورية ورقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية

يعتبر الدفع بعدم دستورية القوانين آلية جديدة للرقابة في المنظومة القانونية الجزائرية، استحدثها المؤسس الدستوري الجزائري، نصت عليها المادة 188 من دستور 2016، في الفصل الأول من الباب الثالث تحت عنوان الرقابة؛ أين تم منح الأفراد حق الإخطار بدفع بعدم دستورية نص قانوني، متأخرة بذلك قياساً مع العديد من الدول، كالولايات المتحدة الأمريكية، وفرنسا، وإسبانيا، وألمانيا، والمغرب، وتونس، ومصر... الخ. كخطوة هامة في إرساء أحد وأهم مرتكزات دولة الحق والقانون وهو حماية الحقوق

والحريات وانطلاقاً من مبدأ سمو القاعدة القانونية، متغاضياً عن احتمالية المس بمبدأ الفصل بين السلطات؛ من خلال إعطاء السلطة القضائية وبشكل غير مباشر مراقبة القاعدة القانونية وإحالتها للمجلس الدستوري وهي مسألة تثار في الفقه الدستوري. وتحول قاضي الموضوع الإداري إلى قاض دستوري سلمي؟. مرتكزاً على مقارنة حماية الحقوق والحريات، ومبدأ سمو وتدرج القاعدة القانونية.

وتعد هذه الإشكالية من أبرز الإشكاليات التي تثيرها المادة 188 المرتبطة بقانون المراجعة عن طريق الدفع بعدم دستورية القوانين؟ إضافة لإشكاليات جزئية أخرى تهم نظام تصفية الطلبات لتفادي احتمال حدوث اختناق للمجلس الدستوري الذي يتصف بمحدودية أعضائه (12 عضو) والتي يتشكل من هيئة واحدة؟، وفي أي درجة من درجات التقاضي ستمت إحالة القضية على المجلس الدستوري؟ وما هي الآليات الاحترازية التي يمكن إقرارها لضمان التحقق من جدية الدفع بعدم الدستورية؟ إضافة لإشكالات متعلقة بالآثار المترتبة عن قرار المجلس الدستوري في مجال الدفع بعدم الدستورية؟.

ومن باب المؤكد فإن المؤسس الدستوري الجزائري قد أقر هذا النص- الدفع بعدم الدستورية- للمتنازعين أمام قاضي الموضوع الإداري، وحوله إلى دور رقابي على القاعدة القانونية، انطلاقاً من المقاربة التي ذكرناها وسيأتي تفصيلها، واستأنس بالقانون الدستوري المقارن وهو ما سنتفحصه في العنصر الموالي

1- محاكاة القانون الدستوري المقارن بالدفع بعدم الدستورية

أ- مفهوم الدفع بعدم الدستورية

فاذا كانت الرقابة بطريق الدعوى تتخذ طريق الهجوم المباشر على القانون محل النزاع، فإن الرقابة بطريق الدفع ليست كذلك؛ فهذه الوسيلة تسمح للخصوم المتضررين اثناء قضية أو نزاع منظور أمام محاكم الموضوع بالدفع بعدم دستورية القانون الذي يراد تطبيقه في هذه القضية، فاذا تبين للمحكمة أن الدفع جدي فإنها توقف النظر في القضية الأصلية لحين تقرير دستورية القانون، لاعتبار سمو وتدرج القاعدة القانونية.

وهكذا يتضح أن هذه الطريق تمثل "وسيلة دفاعية" ينظر فيها صاحب الشأن اثناء نظر دعواه حتى يراد تطبيق قانون عليه مع أنه يتضرر منه، ويرى عدم دستوريته، فيدفع أمام المحكمة "بعدم الدستورية".

ب- الدفع بعدم الدستورية في الفقه الدستوري المقارن

إذا قارنا الأنموذج الجزائري بغيره من الدساتير التي أقرت هذا النص؛ نجد أن النصوص الدستورية المحددة في المادة 188 من الدستور الجزائري "ليست محددة بشكل دقيق دفعا بعدم الدستورية،-l'exception- الذي يفترض "أن القاضي العادي المختص بالنظر في الدعوى الأصلية مختص أيضاً بالبث في الدعوى الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية". في حين أن الأمر يتعلق بمسألة فرعية -préjudicielle- تلزم القاضي الذي أثبت أمامه بالتوقف عن البث في الدعوى الأصلية وانتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المختص في حسم النزاع"³.

إن لجوء المواطنين بطريقة الإدعاء أو الدفع إلى القضاء الدستوري مُعترف به اليوم في غالبية البلدان، وحتى في أكثر الدول العربية باستثناء لبنان. النموذج المعياري الأكثر دلالة، خارج سياق المراجعة الشعبية

المفتوحة والشكوى، هو الدفع بحسب النظام الفرنسي الجديد QPC مع آليات غريبة. يتميز النهج الفرنسي الجديد اليوم "ببساطته وسرعته وفاعليته وإدارته بشجاعة وحكمة ومسؤولية تجنباً لعدم الاستقرار الاجتماعي والحقوق".

وبذلك فحق إحالة القوانين غير الدستورية على المجلس الدستوري لم يعد قاصراً على الطبقة السياسية، بل أصبح من حق المتقاضين أيضاً من خلال قانون الدفع بعدم الدستورية، مما يشكل ثورة حقوقية ونقله نوعية وخطوة حاسمة في النظام الدستوري الجزائري.

استبعد بوضوح الطعن المباشر أمام المجلس الدستوري حيث يتعين أن يمر هذا الطعن وجوباً عن طريق المحكمة العليا ومجلس الدولة. "وها خلاف النموذج الألماني حيث جاء في المادة الأولى من القانون الأساسي الألماني "أن الحقوق الأساسية تلزم السلطة التشريعية والتنفيذية والقضائية ولها نفاذ مباشر كقوانين واجبة التطبيق"، في حين وضحت مواد أخرى الإجراءات الواجبة الاتباع التي تبيح للأفراد تقديم دعوى دستورية مباشرة أمام المحكمة الدستورية إذا ما انتهك حق من حقوقهم".

كما أجاز الدستور الإسباني في الفقرة الثانية من المادة (161) منه رفع الدعوى الدستورية المباشرة بواسطة الفرد أمام المحكمة الدستورية الإسبانية بسبب مخالفة الحقوق والحريات المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة (53) من الدستور وهي الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور، ويتوافر هذا الحق لكل شخص طبيعي أو قانوني له مصلحة مشروعة، وكذلك الحال لمحامي الشعب، وجوهر الرقابة على دستورية القرارات من خلال الدعوى المباشرة التي يرفعها الأفراد يتمثل في أن المدعى ينقل قضيته الموضوعية مباشرة إلى المحكمة الدستورية دون أن يتوسط في ذلك قرار من المحكمة العادية أو قرار من أية سلطة أخرى .

إن هذا التغيير سيمس كذلك بالأساس وظيفة القاضي العادي أو الإداري، الذي كانت مهمته فقط تطبيق القانون، حيث سيصبح على القاضي من الآن فصاعداً إصدار أحكام تتعلق بالتصريح بمدى جدية الدفع بعدم دستورية قانون.

حصر الدفع بعدم الدستورية في القانون المتعلق بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً مستبعداً إمكانية الطعن في دستورية القرارات الإدارية والأحكام القضائية. فلا يكفي أن النص التشريعي مخالف للدستور، حيث يتوجب أن هذا النص التشريعي محل الطعن ينتهك الحقوق والحريات المضمونة دستورياً.

أن يوجه الدفع إلى القانون الذي سيطبق في النزاع أي الذي له انعكاس مباشر على مآل الدعوى المعروضة على المحكمة المختصة .

خطر فردنة القانون *individualisation du droit* من خلال فتح مجال مراجعة القضاء الدستوري للمواطنين كافة، بدون آليات تصفية، مع ما قد يستتبع ذلك من تضخم وتجاوز. مع إقرار بضرورة أن تكون العدالة الدستورية في خدمة المواطن، تطرح المبالغة في المراجعة الفردية وانطلاقاً من الاختبار أشكاليات تنظيمية عديدة. تنمي العولمة الهويات الفردية والجماعية وايضاً الحاجة الى مزيد من الصلة الاجتماعية والتضامن .

تلعب المحاكم دور المرشح (المصفي) التي يحثول دون الإثقال من أعباء المجلس الدستوري عبر غلبة الطلبات لاستبعاد تلك تشوهم المجاوزات أو التكرار، لكن الطريقة غير المباشرة لها سيئة واضحة تتمثل في توقف فعاليتها على نحو كبير على قدرة تلك الهيئات على تحديد الاحكام العامة التي قد تكون مخالفة للدستور، ورغبتها في تقديم طلبات الى المجلس الدستوري⁴.

وهكذا نكون قد فصلنا في الحجة الأولى للمؤسس الدستوري الجزائري، وما بقي ينقص هذا الإجراء كي يكتمل ويفك لبس التداخل بين وظيفتي التشريع والقضاء وهي إشكالية المداخلة، وأما المقوم الثاني لهذا الإجراء هو الارتكاز على مقارنة حماية الحقوق والحريات وسمو القاعدة القانونية وتدرجها، وهذا ما انفصله في العنصر الموالي.

2- حماية الحقوق والحريات الخاصة والعامة

إن أي نظام دستوري لا يكتسب الطابع الديمقراطي إلا إذا كفل للأفراد جميع حقوق المواطنة، وعلى رأسها الحق في التقاضي، دفاعا عن حقوقهم وحرياتهم أمام مختلف جهات التقاضي العادية والإدارية والدستورية، وبدون هذا الحق المحوري ضمن قائمة حقوق الإنسان تظل الحقوق الدستورية غير مضمونة، وغير مشمولة بالحماية القضائي⁵، وعرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها، وسلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها بدعاوى حفظ النظام، ولا يخفى أن وجود القضاء الدستوري- وإن كان غير كاف لوحده في تقرير الاستقرار الشعور العام بالعدل والإنصاف والحماية الكاملة للحقوق والحريات- يبقى من أهم المعايير الدولية المعتبرة في دولة الحقوق والحريات⁶.

وعليه يبدو أن تعديل 2016 في مادته 188 جعل الجهاز القضائي يتمتع بحق الإخطار مؤسسا، غير أننا نرى أن مجرد تمكين الأفراد المتقاضين من حق الدفع بعدم دستورية قانون ما بناءً على "إحالة" من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، على الشكل المشار إليه أعلاه، باعتبار الدفع بعدم الدستورية يؤدي إلى إشراك القضاة بصورة غير مباشرة، حين يقومون بالتثبت من توفر الشروط المطلوبة لإحالة ذلك الدفع إلى المجلس الدستوري، جدير بالسماح للقضاء بالمساهمة في حماية مبدأ سمو الدستور وصيانة الحقوق والحريات العامة، بموجب آلية الإخطار⁷.

وعليه هدف المؤسس الدستوري تعزيز مفهوم المواطنة؛ بمنح المواطن سلطة الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية، وتجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي وتعارض إرادة الممثل مع إرادة المواطنين، فيصدر النصوص التشريعية والقواعد القانونية من دون أن تعرض لرقابة المجلس الدستوري، تحديداً فيما يخص القوانين الإدارية والعادية، وارتأ بأن حصر الاخطار في ممثلي الشعب غير كاف، وتجاوز تأثير الاعتبارات السياسية على محدودية الاخطار، ومواكبة المكانة التي أصبحت تحتلها الحقوق والحريات بتضمينها في دساتير أغلب الدول باعتبارها قوانين أساسية وفي القوانين الداخلية الأخرى، إلا أن الحديث عن وجود سلطة للمواطن في الدفاع عنها يرتبط أكثر بطرحه مسألة دستورية النصوص القانونية وخصوصا ما يمس الحقوق والحريات الأساسية. وتظهر بصفة عامة سلطة الأفراد إما عن طريق الدعوى

voie d'action بمهاجمة القانون مباشرة لإلغائه أو استبعاد تطبيقه (كما في ألمانيا واسبانيا والنمسا) أو عن طريق الدفع voie d'exception كما هو الحال في أمريكا⁸.

3- احترام مبدأ سمو وتدرج القاعدة القانونية

شكل وجود تدرج للقواعد القانونية واحدا من أهم أركان دولة القانون. وفي هذا الإطار، يكون اختصاص مختلف هيئات الدولة محددا بشكل دقيق، ولا تكون القواعد التي تملئها هذه الهيئات أو تصدر عنها صحيحة إلا إذا احترمت القواعد الأعلى منها في الدرجة.

ورغم أن فكرة تدرج القواعد هي فكرة نظرية، إلا أن إسقاطها على النظم الدستورية الحديثة يقتضي أن يكون الدستور أعلى هذه القواعد الملزمة، باعتباره، نظريا تعبيراً عن السلطة التأسيسية التي تسمو على كل سلطة؛ يليه القانون الذي يعبر عن الإرادة العامة؛ ويكون متبوعاً بالتنظيم الذي يتميز نظريا بطابعه التنفيذي. وهكذا يوجد في أعلى هذا البناء الهرمي الدستور، ويكون متبوعاً بالالتزامات الدولية، ثم القوانين ثم اللوائح والتنظيمات، وفي قاعدة الهرم تظهر القرارات الإدارية أو العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص فيما بينهم.

وهذا التسلسل القانوني للقواعد يلزم جميع أشخاص القانون. وهكذا فالدولة، مثلها في ذلك مثل كل فرد من الأفراد، لا تستطيع تجاهل مبدأ التدرج: فكل قاعدة، أو كل قرار لا يحترم قاعدة أعلى منه يكون عرضة لجزاء قانوني. وهكذا تجد الدولة، التي تملك الإختصاص في إملاء القوانين، نفسها ملتزمة بقواعد القانون، وتكون وظيفتها المتمثلة في "التعديل" مثبتة ومشروعة.

إن تدرج قواعد القانون يقود آليا إلى نوع من التبعية للجهاز التنفيذي، ولكن لنوع من الشرعية للنشاط الإداري أيضا، ذلك أن الإدارة لا تتصرف إلا بمقتضى القانون، وفي الحدود التي يسطرها القانون، ما يؤدي إلى تقييد سلطتها المشروعة.

إن هذا النمط لتسلسل القواعد يستلزم إذن الاعتراف بمساواة جميع الأشخاص أمام هذه القواعد المعمول بها؛ إذ في الحالة العكسية، أي في وجود استثناءات على مبدأ المساواة، لا يكون لتدرج القواعد القانونية معنى أصلا، ولا يظهر أثره المنشود في تقييد سلطة الدولة⁹.

ثانياً : الاجتهاد القضائي الإداري في الرقابة للقاعدة القانونية والدفع بعدم الدستورية

في هذا الفرع سنعرض لاجتهاد مجلس الدولة المصري وحكمه الصادر بتاريخ 2016/06/21 من محكمة القضاء الإداري بإلغاء الأمر الرئاسي الموقع على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية وبالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير.

فالدعوى رقم 43709 المقامة من: على أيوب محمد قدرى فريد خصم متدخل انضمamina إلى المدعى. ضد رئيس الجمهورية " بصفته"، وضد رئيس مجلس الوزراء "بصفته"، وضد رئيس مجلس النواب " بصفته". وفي الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق المقامة من خالد علي عمر. ضد رئيس الجمهورية بصفته، ورئيس مجلس الوزراء بصفته، وزير الدفاع بصفته وزير الخارجية بصفته، وزير الداخلية بصفته.

الوقائع

أقام المدعى الأول الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2016/4/10 وطلب في ختامها الحكم بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ وإلغاء القرار المطعون فيه بإبرام وتوقيع المطعون ضدهما الأول والثاني اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية وبالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير مع ما يترتب على ذلك من آثار إحصاءها عدم أحقية المطعون ضده الثالث في مناقشة الاتفاقية. وذكر المدعى شرحاً للدعوى أنه تم إبرام اتفاق بين الحكومة المصرية والمملكة العربية السعودية بتاريخ 2016/4/9 بالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير ضمن الاتفاق على تعيين الحدود البحرية بين البلدين، وأضاف المدعى أن التنازل عن الجزيرتين يعد عملاً إدارياً يجوز مخاصمته بدعوى الإلغاء وأنه يخالف نص المادة (151) من الدستور، كما يخالف اتفاقية ترسيم الحدود التي أبرمت عام 1906 وأن الجزيرتين جزء من إقليم الدولة المصرية وخاضعتين لسيادتها التي مارسها عليها وفقاً للقرارات الصادرة من الحكومة المصرية ومنها قرار مجلس الوزراء رقم 1068 لسنة 1983 بإنشاء محمية طبيعية في الجزيرتين وقرار وزير الداخلية رقم 422 لسنة 1982 بإنشاء نقطة شرطة في جزيرة تيران يشمل اختصاصها جزيرتي تيران وصنافير وفي ختام الصحيفة طلب المدعى الحكم بطلباته المشار إليها.

كما أقام المدعى الثاني الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق بصحيفة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ 2016/4/10 وطلب في ختامها الحكم بقبول الدعوى شكلاً وبوقف تنفيذ وإلغاء قرار المطعون ضده الثاني بإعادة ترسيم الحدود بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية وما يترتب على ذلك من آثار إحصاءها الإبقاء على تبعية جزيرتي تيران وصنافير ضمن السيادة والملكية المصرية. وذكر المدعى شرحاً للدعوى أن الحكومة المصرية أعلنت عن إبرام اتفاقية إعادة ترسيم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية وأصدر مجلس الوزراء بياناً بتاريخ 2016/4/9 تضمن أن جزيرتي تيران وصنافير تقعان داخل المياه الإقليمية السعودية وهو أمر يجافي حقائق التاريخ والواقع والقانون لأن الجزيرتين مصريتان طوال مراحل التاريخ وأن المسافة بينهما وبين شاطئ سيناء أقرب من المسافة بينهما وبين المملكة العربية السعودية وأنها تقعان داخل المياه الإقليمية المصرية وفقاً للمرسوم الملكي الصادر في 1951/1/15 بتحديد المياه الإقليمية المصرية المعدل بالقرار الجمهوري بتاريخ 1958/2/17 وقرار رئيس الجمهورية رقم 145 لسنة 1983 بشأن الموافقة على اتفاقية قانون البحار الموقع عليها بتاريخ 1982/12/10 فالبحر الإقليمي لمصر يبلغ 12 ميلاً بحرياً وأن القوات المسلحة المصرية كانت موجودة في الجزيرتين في عام 1956 و عام 1967 ، وأن اتفاقية السلام بين مصر وإسرائيل التي صدر قرار رئيس الجمهورية رقم 153 لسنة 1979 بالموافقة عليها نصت على أن تضمن مصر حرية الملاحة في مضيق تيران، وصدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 1068 لسنة 1983 بإنشاء محمية طبيعية في جزيرتي تيران وصنافير، وصدر قرار وزير الداخلية رقم 422 لسنة 1982 بإنشاء نقطة شرطة في جزيرة تيران وقرار وزير الزراعة رقم 472 لسنة 1982 بشأن حظر صيد الطيور والحيوانات والأسماك والكائنات البحرية في بعض مناطق محافظتي سيناء وشمل الحظر منطقة جزيرة تيران ، وقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 338 لسنة 1995 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون البيئة والذي حظر صيد الطيور والحيوانات في عدة مناطق منها جزيرة تيران وعدل القرار المشار إليه بالقرار رقم 1741 لسنة 2005 واستمر حظر صيد الطيور والحيوانات بجزيرة تيران ،

وصدر قرار وزير الداخلية رقم 80 لسنة 2015 بإنشاء قسم ثان شرطة شرم الشيخ ويدخل في نطاقه جزيرة تيران , وتضمن قرار وزير الداخلية رقم 542 لسنة 2015 بإنشاء قسم سجل مدني ثان شرم الشيخ ويشمل اختصاصه جزيرة تيران وصدر قرار رئيس الجمهورية رقم 549 لسنة 1990 بالموافقة على مذكرة التفاهم بين حكومة جمهورية مصر العربية وسلطات المجموعة الأوروبية لتمويل مشروع محمية رأس محمد الموقعة بتاريخ 13/6/1989 وتضمن الاتفاق أن تشمل المحمية جزيرتي تيران وصنافير, ونعى المدعى على القرار المطعون فيه مخالفته نص المادتين 151 و 1 من الدستور وفي ختام الصحيفة طلب المدعى الحكم بطلباته المشار إليها.

ونظرت المحكمة الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق بجلسة 2016/5/17 حيث طلب الأستاذ/ خالد سليمان المحامي قبول تدخله في الدعوى خصماً منضماً إلى جهة الإدارة ودفع الحاضرون عن الدولة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى, وبعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري , كما نظرت المحكمة الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق بالجلسة ذاتها حيث أودع المدعى أطلس مصر والعالم الصادر من إدارة المساحة العسكرية بوزارة الدفاع, كما أودع حافظة مستندات طويت على صورة طبق الأصل من برقيات تلغرافية أرسلها إلى جهة الإدارة مطالباً بعدم تسليم الجزيرتين , والتمس التصريح له بإضافة طلب جديد إلى طلبه الأصلي بوقف تنفيذ وإلغاء القرار السلبي بالامتناع عن إصدار قرار بوقف أي عمل من أعمال إخلاء جزيرتي تيران وصنافير ووقف أي عمل من أعمال تسليمهما إلى المملكة العربية السعودية, وطلب استمرار ممارسة مصر لحقوق السيادة كافة عليها دون إهدار أو انتقاص, وعدم الاعتداد بأي إجراء قام به المطعون ضدهم إلا بعد عرض اتفاق تقسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية على الاستفتاء الشعبي وموافقة الشعب عليه طبقاً لنص المادة (151) من الدستور, وطلب عدد من المواطنين الواردة أسماؤهم في محضر الجلسة قبول تدخلهم انضماماً إلى المدعى, كما طلب الأستاذ / خالد سليمان المحامي تدخله خصماً منضماً إلى جهة الإدارة, ودفع الحاضرون عن الدولة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى وبعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري فقررت المحكمة ضم الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق إلى الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق للارتباط وليصدر فيهما حكم واحد وكلفت طالبي التدخل باتخاذ إجراءات تدخلهم بعرائض معلنة وسداد الرسم المقررة, كما كلفت جهة الإدارة بتقديم الاتفاقية محل النزاع والكتب والمراسلات والمحاضر والقرارات المرتبطة بها وبيان الإجراءات التي اتخذت في شأنها وأجلت المدعين لجلسة 2016/6/7 على أن تقدم هيئة مفوضي الدولة تقريراً برأيها القانوني.

وقامت هيئة مفوضي الدولة بتحضير الدعوى على الوجه الثابت بجلسات التحضير حيث أودع المدعى في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق ثماني عشرة حافظة مستندات وأودع المدعي في الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق خمس حوافظ مستندات وكتاب موسوعة سيناء وأودع الحاضر عن الدولة ثلاث حوافظ مستندات طويت كل حافظة على صورة لحكم صادر من هذه المحكمة في الدعويين رقمي 51200 لسنة 65 ق و 7039 لسنة 67 ق وحافظة مستندات طويت على كتابي وزارة الخارجية - الإدارة القضائية - برقمي صادر 724 و 725 إلى نائب رئيس هيئة قضايا الدولة رئيس قسم القضاء الإداري الدائرة الأولى أفراد وموقعين من السفير حازم رمضان مساعد وزير الخارجية ومدير الإدارة القضائية , وتضمن الكتاب

الأول الرد على الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق وتضمن الكتاب الثاني الرد على الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق وورد بالكتابين أن موضوع الدعوى يمس العلاقات الدولية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية وإن محلها يتعلق بعمل من أعمال السيادة وإن الاختصاص بتقدير تلك الاتفاقية أصبح معقوداً لمجلس النواب دون السلطة القضائية وختم كتابيه المشار إليهما بأنه : (لذا فقد ترون إبداء الدفوع الآتية : أصلياً بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بنظر الدعوى لتعلقها بعمل من أعمال السيادة , واحتياطياً : بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى احتراماً لمبدأ الفصل بين السلطات واختصاص مجلس النواب بها عملاً بنص المادة (151) من الدستور , ومن باب الاحتياط بعدم قبول الدعوى لانتفاء القرار الإداري, وأودعت هيئة قضايا الدولة مذكرتي دفاع دفعت فيهما بعدم اختصاص المحكمة والقضاء عموماً ولائياً بنظر الدعوى, واحتياطياً : بعدم قبول الدعوى

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق، وسماع الإيضاحات، وبعد المداولة.

ومن حيث إن تكليف الدعوى وإسباغ الوصف الصحيح على الطلبات هو من سلطة المحكمة ولما كان المدعيان قد وصفا تصرف جهة الإدارة المطعون عليه بالقرار الإداري, وكان القرار الإداري بتعريفه المشهور في قضاء هذه المحكمة بأنه إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة وفقاً لأحكام القوانين واللوائح بقصد إحداث أثر قانوني ومن بين ما يميز القرار الإداري عن أعمال الإدارة الأخرى أنه يصدر بإرادة منفردة من جهة الإدارة, أما الاتفاقية الدولية أو المعاهدة فهي عمل قانوني تبرمه السلطة التنفيذية مع دولة أخرى أو منظمة دولية من أشخاص القانون الدولي وما يميز إبرام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية عن القرار الإداري أنها عمل قانوني لا يتم بالإرادة المنفردة للسلطة التنفيذية فهي تغاير في طبيعتها القرارات الإدارية ولا تختلط بها وعلى هدى ذلك فإن التكليف الصحيح لطلبات المدعين في الدعويين هي الحكم: ببطالان توقيع ممثل حكومة جمهورية مصر العربية على الاتفاقية الخاصة بترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية في أبريل 2016 والمتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وصنافير إلى المملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار.

كما يطلب المدعى في الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق احتياطياً : وقف تنفيذ وإلغاء قرار جهة الإدارة السلبي بالامتناع عن وقف أي عمل من أعمال إخلاء جزيرتي تيران وصنافير أو يتعلق بتسليم الجزيرتين إلى المملكة العربية السعودية مع ما يترتب على ذلك من آثار وأخصها استمرار مصر في ممارسة حقوق السيادة كافة على الجزيرتين.

ومن حيث إنه عن الدفع المبدئ من جهة الإدارة بعدم اختصاص المحكمة – والقضاء عموماً – ولائياً بنظر الدعويين استناداً إلى أن إبرام الاتفاقية محل الدعويين يعد عملاً من أعمال السيادة, وإلى أن الطلبات في الدعويين تتعلق بأعمال برلمانية لأن مجلس النواب يختص بالموافقة على المعاهدات, فإن هذا الدفع مردود في أساسه المستند إلى نظرية أعمال السيادة, بأنه طبقاً لما قضت به المحكمة الإدارية العليا فإن أعمال السيادة ليست نظرية جامدة وإنما تتسم بالمرونة وتتناسب عكسياً مع الحرية والديمقراطية فيتسع نطاقها في النظم الديكتاتورية ويضيق كلما ارتقت الدولة في مدارج الديمقراطية (حكم المحكمة

الإدارية العليا في الطعن رقم 13846 لسنة 59 ق ع جلسة 2013/4/21). يضاف إلى ذلك أن الدستور الحالي حظر في المادة 97 منه تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ومن ثم فالأصل هو اختصاص القضاء بنظر جميع الطعون التي توجه ضد أي عمل أو قرار يصدر عن جهة الإدارة ولا يخرج عن رقابته إلا ما يصدق عليه من هذه الأعمال أو القرارات أنه من أعمال السيادة وذلك التزاماً لنص المادة 17 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972 والمادة 11 من قانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972 ، ولما كانت نصوص هذين القانونين قد خلت من تحديد جامع مانع لما سمي بأعمال السيادة أو الضوابط والعناصر التي يستدل بها عليها فمن ثم كان علي القضاء وحده فيما يصدره من أحكام ويقرره من مبادئ في كل حالة علي حده تحديد ما يدخل من الأعمال أو القرارات ضمن هذه الأعمال وما يخرج عنها، أخذاً بعين الاعتبار أن عدم اختصاص القضاء بنظر هذه الأعمال أو القرارات هو محض استثناء من الحظر المشار إليه بنص المادة 97 من الدستور، وأن الأصل في تفسير النصوص أن الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره . وقد استقر قضاء هذه المحكمة مؤيداً بقضاء المحكمة الإدارية العليا علي أن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي تباشرها الحكومة باعتبارها سلطة حكم في نطاق وظيفتها السياسية وأن عدم امتداد الرقابة القضائية إليها التزاماً بنص المادتين سالفتي الذكر ليس مردّه أن هذه الأعمال فوق الدستور والقانون وإنما لأن ضوابط ومعايير الفصل في مشروعيتها لا تنهياً للقضاء بالإضافة إلى عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً في ساحات القضاء وغني عن البيان أنه إذا انتفي هذا المناط كما هو الشأن في الدعويين الماثلتين وجب الالتزام بالأصل المشار إليه وهو اختصاص القضاء بنظر الطعون علي تلك الأعمال، والثابت من الأوراق أن موضوع الدعويين مسألة قانونية خالصة تدور حول صحيح تطبيق نص المادة 151 من الدستور ومدي مشروعية التوقيع علي الاتفاق المطعون عليه بما يتضمنه من التنازل عن الجزيرتين المذكورتين في ضوء النصوص القانونية واللائحية والاتفاقيات التي تحكم وضعهما والظروف التاريخية والواقعية المحيطة بهما علي ما سيرد تفصيله ولا شك أن ما يتعلق بأرض الوطن والسيادة الثابتة عليه هو شأن كل مواطن في مصر والشعب وحده هو صاحب السيادة يمارسها ويحميها وهو مصدر السلطات ويصون وحدته الوطنية طبقاً لنص المادة 4 من الدستور، ومن ثم فإن التنازل عن جزء من أرض هذا الوطن أو النيل من سيادته ليس من المسائل التي ينطبق عليها المناط سالف الذكر الذي أخذت به أحكام مجلس الدولة لإدراج عمل من أعمال الإدارة أو قرار ضمن طائفة أعمال السيادة والنأي به بعيداً عن رقابة القضاء.

ومن حيث إنه في ظل العمل بالدستور المصري الصادر عام 1971 اخضعت المحكمة الدستورية العليا المعاهدات التي اصبحت لها قوة القوانين لرقابتها وقضت بان ذلك يطرح على المحكمة توافر المتطلبات الشكلية ليكون لها قوة القانون ورفضت الاحتجاج بفكرة أعمال السيادة لمنعها من نظر الدعوى الدستورية المتعلقة بالاتفاقيات الدولية (حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته 1993/6/19 في القضية رقم 10 لسنة 14 ق دستورية، وفي ظل العمل بأحكام دستور 1971 جرى قضاء محكمة القضاء الإداري على الحكم بعدم الاختصاص بنظر معظم الدعاوى المقامة طعنًا على المعاهدات الدولية إلا أن الواقع الدستوري في مصر قد تغير وجد واقع دستوري جديد ، فقد تضمن الدستور الحالي النص في

الفقرة الأخيرة من المادة (151) على أن: (وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدات تخالف أحكام الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة) وكانت المادة (145) من دستور 2012 تنص في فقرتها الأخيرة على أنه : (ولا يجوز إقرار أي معاهدة تخالف أحكام الدستور) حيث ورد القيد على سلطة مجلسي الشعب والشورى في إقرار المعاهدات، أما نص المادة (151) من الدستور الحالي فقد ورد فيه الحظر على الإبرام ومصطلح إبرام المعاهدات أعم وأشمل من مصطلح إقرار المعاهدات والحظر الوارد في المادة (151) من الدستور يمتد إلى السلطة التنفيذية فهو يحظر عليها كل عمل من أعمال إبرام المعاهدات الدولية بما فيها التوقيع عليها إذا كانت المعاهدة تخالف الدستور أو يترتب عليها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة وذلك حتى لا ترتبط الدولة باتفاقيات من هذا النوع وهو حظر وقائي ومقصود ليجنب الدولة والمواطنين مخاطر إبرام اتفاقيات تخالف الدستور أو تؤدي إلى التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة وليمنع السلطة التنفيذية من الاقترب من مثل هذه الاتفاقيات، كما أنه حظر مطلق ولا استثناء فيه ولا مجال للتحلل منه تحت أي ظروف أو مبررات وهو ما يوجب على السلطة التنفيذية قبل التوقيع على أي اتفاقية أن تدرسها دراسة دقيقة وافية للتأكد من خلوها من القيدين المشار إليهما ، فإن تبين لها أن الاتفاقية مخالفة للدستور أو تؤدي إلى التنازل عن جزء من إقليم الدولة وجب عليها أن تحجم عن التوقيع عليها ، وضمن الدستور بذلك احترام أحكامه وعدم جواز خرقها عن طريق اتفاقيات دولية، كما قصد التأكيد على أن لإقليم الدولة قداسة بالمعنى الوطني وحرمة بالمعنى القانوني وأنه يشكل وحده واحدة ولا سبيل إلى التنازل عن أي جزء منه، وأرسى الدستور بذلك فكرة الاختصاص الممنوع أو المحظور على السلطة التنفيذية في مجال إبرام المعاهدات الدولية.

ومن حيث إن المعاهدة الدولية تتميز بأمرين الأول أنها ذات طبيعة دولية لأنها تبرم بين الدول وبعضها أو بين الدول والمنظمات الدولية والتي يجمعها وصف أنها من أشخاص القانون الدولي العام والأمر الثاني أن لها طابعاً وطنياً لأنها تحمل الدولة بالتزامات دولية وقد ترتب عند تطبيقها آثاراً تتعدى إلى حقوق وحريات المواطنين لذلك فمن شروط صحتها أن يتم إبرامها بمراعاة أحكام القانون الداخلي للدولة وفي مقدمتها الدستور وقواعد القانون الدولي الحاكمة لإبرام المعاهدات والتي تضمنتها اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية ووافقت عليها مصر بموجب قرار رئيس الجمهورية رقم 535 لسنة 1981 والمنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 10/6/1982 والتي تجيز للدولة المتعاهدة في علاقتها مع الدولة أو الدول الأخرى الأطراف في المعاهدة أن تتمسك ببطلان المعاهدة إذا كان التعبير عن موافقتها على الالتزام بالمعاهدة قد انطوى على خرق بين لقاعدة ذات أهمية أساسية من قواعد القانون الداخلي أو إذا وقع خطأ في إبرام المعاهدة وكان الخطأ خاصاً بواقعة أو حالة افترضت الدولة وجودها وقت عقد المعاهدة وكانت تشكل قاعدة أساسية لموافقتها على الالتزام بالمعاهدة أو إذا أبرمت الدولة معاهدة نتيجة سلوك تدليسي لدولة أخرى أو إذا تم إفساد ذمة ممثل الدولة أو إكراهه أو إكراه الدولة عن طريق التهديد بالقوة وذلك على الوجه المنصوص عليه بالمواد 46 و48 و49 و50 و51 و52 من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات الدولية ، ومن جهة القانون الداخلي فإن موافقة ممثل الدولة على المعاهدة يجب أن يتم صحيحاً وفقاً لأحكام قانون

الدولة ومن ثم فالنزاع القائم بين المواطنين وبين السلطة التنفيذية حول اختصاصها بإبرام معاهدة معينة هو نزاع وطني يخضع لأحكام قانون الدولة.

ومن حيث إنه حتى يمكن لجهة الإدارة التمسك بنظرية أعمال السيادة لمنع القضاء من نظر عمل من أعمالها فإن أول شروط أعمال تلك النظرية هو أن يكون العمل القانوني داخلاً في اختصاصها، وأن يكون مستوفياً للاشتراطات التي يقررها الدستور ومتجنباً المحظورات التي يفرضها، فإذا ثبت أنها غير مختصة به أو أن جهة الإدارة أهدرت الشروط التي يقررها الدستور أو وقعت في الحظر الذي يفرضه فلا يجوز لها أن تستتر خلف ستر أعمال السيادة لمنع القضاء من بسط رقابة المشروعية على عملها، وإذا كان دفع الحاضر عن جهة الإدارة بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى، إنما ينطوي على تسليم لا ريب فيه بحدوث واقعة الاتفاق على ترسيم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية في أبريل 2016 الذي تتنازل فيه مصر عن جزيرتي تيران وصنافير للمملكة العربية السعودية وذلك على النحو الوارد ببيان مجلس الوزراء، ولما كان الدستور في الفقرة الأخيرة من المادة (151) قد حظر على السلطة التنفيذية إبرام اتفاقيات من شأنها التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة فإن قيام الحكومة المصرية بالتوقيع على ذلك الاتفاق لا يعد عملاً من أعمال السيادة وإنما هو عمل من أعمال الإدارة مما يختص القضاء بنظر الطعن عليه التزاماً بحكم المادة (97) من الدستور والذي حظر تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء، ويعد توقيع الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها بما ينطوي عليه من التنازل عن الجزيرتين سالفتي الذكر هو عمل قانوني إداري تنبسط إليه ولاية محاكم مجلس الدولة إعمالاً لحكم المادة (190) من الدستور، ومن ثم فإن تقدير مشروعية توقيع الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها يدخل في ولاية هذه المحكمة طبقاً لنص المادة (190) من الدستور آنفة الذكر ونص البند (14) من المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة، ولا محل لاستناد جهة الإدارة إلى سابقة قضاء هذه المحكمة بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى في شأن اتفاقية السلام مع إسرائيل وأخرى كانت بشأن اتفاقية تحديد المنطقة الاقتصادية الخالصة مع قبرص لأن أحكام القضاء ليست جامدة وتتغير بتغير الموضوع والزمان والقانون الحاكم للنزاع، والاتفاقية محل هذه الدعوى تغاير في موضوعها لاتفاقيتين المشار إليهما، واللذين لم يثبت انطوائهما عن أي جزء من أراضي الدولة، هذا فضلاً عن اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له لأن الدستور الحالي استحدث حكماً جديداً حظر بموجبه حظراً مطلقاً التنازل عن أي جزء من إقليم الدولة بحكم خاص، فضلاً عن أن هذه المحكمة لم تقض في جميع الدعاوى الخاصة بالاتفاقيات الدولية بعدم اختصاصها ولائياً بنظرها فعلى سبيل المثال قضت بجلسة 2013/5/28 في الدعوى رقم 12300 لسنة 67 بشأن نص في الاتفاق الاوربي المتوسطي لتأسيس مشاركة بين حكومة جمهورية مصر العربية والجماعات الاوربية والتي صارت لها قوة القانون إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية ما تضمنه من إبرام اتفاقيات لإعادة توطين مواطني دولة ثالثة في مصر ومن ثم فإن الاستناد إلى سوابق الأحكام غير مفيد لجهة الإدارة في هذا الشأن، ولا يغير مما انتهت إليه المحكمة في هاتين الدعويتين بنظرهما.

ومن حيث إنه عن الدفع بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى استناداً إلى أن الطلبات في الدعوى تتعلق بعمل برلماني لأن مجلس النواب يختص بالموافقة على الاتفاقيات طبقاً لنص الفقرة الأولى من المادة (151) من الدستور، فإن إبرام المعاهدات الدولية من اختصاص السلطة التنفيذية وهي التي توقع عليها، واختصاص مجلس النواب بالموافقة على المعاهدات - في الحالات التي يجوز له ذلك طبقاً للدستور - تال لمرحلة التوقيع عليها ولا يختلط اختصاص كل سلطة وعرض جهة الإدارة لعملها على البرلمان أو عدم عرضه لا أثر له في مباشرة محاكم مجلس الدولة لرقابة المشروعية على أعمال الإدارة ولا يحجب اختصاص محاكم مجلس الدولة عن نظرهاتين الدعويين ومن ثم فإن الدفع المبدئي بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الدعوى استناداً إلى الأساسين المشار إليهما يكون غير صحيح ويتعين الحكم برفضه والقضاء باختصاص المحكمة بنظر الدعوى .

ومن حيث إن رئيس مجلس النواب لا صفه له في الدعويين ومن ثم يتعين عدم قبول الدعويين في مواجهته وتكتفى المحكمة بالإشارة إلى ذلك في الأسباب دون المنطوق.

ومن حيث إن كلتا الدعويين استوفت أوضاعهما الشكلية، ومن ثم يتعين قبولهما شكلاً في مواجهة باقي المدعى عليهما¹⁰ .

ومن ثم يكون ما قام به ممثل الحكومة المصرية من التوقيع على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية في أبريل 2016 والتي تضمنت تنازل مصر عن الجزيرتين للمملكة العربية السعودية بحجة أنهما تقعان داخل المياه الإقليمية السعودية قد انطوى على مخالفة جسيمة للدستور تبطله وذلك علي الرغم من محاولة ستر هذا التنازل المحظور خلف اتفاق على ترسيم الحدود البحرية، لأن ترسيم الحدود البحرية مع دولة لا يتصل إقليمها البري مع الإقليم البري المصري لا يجوز أن يمتد أثره إلى أي جزء من الإقليم البري المصري الذي يشمل جزيرتي تيران وصنافير، وبناء عليه يتعين الحكم ببطالان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها مع ما يترتب على ذلك من آثار وأخصها استمرار جزيرتي تيران وصنافير ضمن الإقليم البري للدولة المصرية وضمن حدودها واستمرار خضوعهما للسيادة وللقوانين المصرية وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح دولة أخرى ، وإن تظل المياه التي تفصل بين جزيرة تيران وجزيرة صنافير مياهاً داخلية مصرية ، وكذلك المياه التي تفصل بين جزيرة تيران وسيناء مياهاً داخلية مصرية ، واستمرار مضيق تيران واقعاً داخل الأراضي المصرية من الناحيتين مع استمرار حقوق مصر عليه بوصفها دولة المضيق وفقاً لقواعد معاهدة فيينا لقانون المعاهدات وقواعد القانون الدولي والاصول الدبلوماسية المتبعة في هذا الشأن.

المحور الثاني : رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات وهو من

ركائز دولة القانون

نحاول في هذا المحور مقابلة الرأي الأول بالرأي الذي يرى في تمكين القاضي الإداري من ممارسة دور الرقابة على القاعدة القانونية، من بعد الدفع من قبل أحد الخصوم بعدم دستورية القاعدة القانونية، وهو الدور الغير طبيعي للقاضي الإداري، إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات، وهو من دعائم دولة الحق والقانون، فكما يقول مؤسس مبدأ الفصل بين السلطات "مونتسكيو": "إن قاضي الوطن ليس سوى

الفهم الذي ينطق بكلمات التشريع، فهم أشخاص لا يمكنهم التخفيف من قوة أو صرامة القانون"، وكما يقول "روبيسيير" أن كلمة اجتهاد يجب أن تمحى في لغتنا، ففي دولة لها دستور وتشريع فإن اجتهاد المحاكم ما هو إلا قانون"¹¹.

ولهذا سنستعرض تفاصيل الفقهية والقانونية لهذا الرأي لأبأس بأن نذكر مبدأ الفصل بين السلطات ولو بإيجاز. والنقد الثاني بعدم اختصاص القضاء الإداري برقابة الدستورية للقاعدة القانونية وهو مبدأ ثابت.

أولاً: الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات

تقوم الأنظمة السياسية المختلفة على سلطات أساسية مركزية، منظمة بواسطة الدستور، الذي يبين كيفية تشكيلها، واختصاصاتها، وعلاقتها ببعضها، وهذه السلطات هي: السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطات القضائية، بل إن العلاقة بين هذه السلطات هي التي تحدد في كثير من الأحيان نوع النظام السياسي القائم في كل دولة، وستكتفي الدراسة في هذا المبحث، بالإحاطة بمفهوم كل من هذه السلطات الثلاث من الناحية النظرية، لتكون قاعدة علمية تُبنى عليها الإجابة على إشكالية الدراسة.

أ- السلطة التنفيذية

يشمل مفهوم السلطة التنفيذية كل الموظفين الذين يشاركون في تنفيذ القوانين بدءاً من رئيس الدولة وحتى آخر موظف في السلم الإداري للدولة والاختصاص المعقود لها، حيث يوجد على رأس المؤسسة التنفيذية شخص واحد (ملكا أو إمبراطورا أو رئيسا أو أميراً أو سلطاناً أو... الخ) يُهيمن عليها ويُطلق عليه أيضاً رئيس الدولة، وهو الذي يعيّن مساعديه.

غير أن هذه الهيمنة تختلف قوتها من نظام لآخر فقد تكون قوية ومركزة في بعض النظم وضعيفة في نظم أخرى، كما تختلف صلاحيات واختصاصات هذه السلطة، حيث تعطى بعض الأنظمة صلاحيات واسعة، مثل صلاحية التعيين والعزل، وحل البرلمان، والتشريع والاعتراض على القوانين ورسم السياسة العامة للدولة وقيادة الجيش... إلخ، بينما تقتلص هذه الصلاحيات من نظام لآخر، حيث تتدرج إلى درجة يصبح فيها رئيس هذه السلطة لا يمارس أي سلطة تُذكر، وإنما تُعهد دساتير تلك الأنظمة بممارستها إلى الوزارة التي تكون مسؤولة أمام البرلمان، أما الرئيس فدوره شرفي (يسود ولا يحكم)، إضافة إلى اختلاف النظم السياسية في كيفية اختيار وتعيين رئيس هذه السلطة وكذا الشروط الواجب توافرها فيه وكيفية عزله وتعويضه... إلخ، حيث تتعدد الطرق والآليات وتختلف من نظام لآخر¹².

ت- السلطة التشريعية

تقوم بمهمة التشريع وسن القوانين المنظمة للدولة وشؤون الموظفين في شتى المجالات إضافة إلى مهمة الرقابة، وتسمى هذه السلطة غالباً: البرلمان، مجلس الشعب، مجلس الشورى، مجلس الأمة، أو مجلس الشيوخ... إلخ.

- مهمة التشريع : البرلمان يقوم بإعداد النصوص القانونية، وذلك بدراستها بداخل لجان مختصة، ومناقشتها مع الحكومة وإعداد تقارير حولها تُعرض على النواب للتصويت عليها.

- مهمة الرقابة : تتعدد وسائلها فقد تبدأ من إبداء الرغبات إلى الأسئلة، فالاستجواب و تَقْصِي الحقائق، والتحقيق حول أعمال الوزارات ونشاطاتها، وطرح الثقة بوزير أو للوزارة ككل.

وقد تكون لها مهمة اقتصادية أو مالية، من خلال المصادقة على الميزانية العامة للدولة أو رفضها. وتختلف الأنظمة السياسية في شكل السلطة التشريعية، وطريقة عملها، وصلاحياتها، ومدى قوتها وضعفها، فقد تكون مُمَثِّلَة بـ برلمان من مجلس واحد أو من مجلسين كما هو معمول به في العديد من الدول (مجلس الشعب، مجلس الأمة، مجلس الشيوخ ومجلس العموم... الخ)، وقد يكون التشريع مهمة خالصة للبرلمان أو الهيئة التشريعية كيفما كان شكلها، وقد تُشاركها في ذلك الهيئة التنفيذية في بعض الحالات وبعض الأنظمة السياسية مثل النظام شبه الرئاسي، كما أن الأنظمة السياسية تختلف في طريقة انتخاب أعضاء السلطة التشريعية وتعيينهم، وكذا عددهم ونسبة تمثيلهم، إضافة إلى مدة عضويتهم التي تراوحت بين الثلاث سنوات إلى مدى الحياة في بعض الأنظمة¹³.

ج- السلطة القضائية

إذا كانت المؤسسة التشريعية تختص بسن القوانين، والمؤسسة التنفيذية تتولى تنفيذها، فإن الجهة القضائية تكفل بتطبيقها على ما يُعرَض عليها من منازعات سواء كانت بين الأشخاص الذين يشملهم القانون الخاص، أو كانت بين أشخاص القانون الخاص من جهة وأشخاص القانون العام من جهة أخرى، أو كانت بين أشخاص القانون العام فقط، كما تقوم بمراقبة أعمال المؤسسات، ومدى تماشيها مع الدستور أو القانون، تطبيقاً لمبدأ الشرعية الذي هو من المبادئ الأساسية للديمقراطية الذي يميزها عن الأنظمة الديكتاتورية، وإن كان تطبيقه يختلف من نظام لآخر وكذا استقلاليتها.

ومن المتفق عليه أن السلطة القضائية تكفل احترام القواعد القانونية والتنظيمية التي تضعها المجالس التأسيسية للدستور، والمؤسسات التشريعية والتنفيذية، بل إن القاضي لا يستطيع رفض بحث الموضوع والنطق بالحكم استناداً إلى غموض نص أو عدم وجوده إطلاقاً، فهو مُلْزَم بالحكم في الموضوع المطروح أمامه بالاستناد في مثل تلك الحالات في الأعراف والمبادئ العامة للقانون والعدالة أو العهود والاتفاقيات المبرمة بين الأفراد في إطار القانون، فهذه الأخيرة مُلْزَمة لأطرافها.

كما أن السلطة القضائية لا تتوقف عند إصدار الحكم أو النطق به، بل تأمر بتنفيذه وعلى الغير فرداً أو سلطة عامة التقيد به.

غير أن الأنظمة السياسية تختلف فيما بينها من حيث تشكيل السلطة القضائية، وعلاقتها بالسلطات الأخرى (التنفيذية، التشريعية)، وكذا طرق شغل المناصب فيها، والتي غالباً ما تتعدد حسب علاقة السلطة القضائية بالسلطات الأخرى.

2- تعريف مبدأ الفصل بين السلطات

بظهور المبادئ الديمقراطية الليبرالية الداعية إلى الحد من السلطة الفردية، وتأمين حقوق الأفراد، قام بعض المفكرين بصياغة نظريات فكرية داعية لتقسيم السلطات لأقسام بحيث تحد حكم الفرد المطلق، ويتحول الحكم لسلطات الدولة الثلاث التي ذكرناها سابقاً. وبالتالي وضع هذا المبدأ لتنظيم العلاقة بين السلطات الثلاث الذي يتراوح بين الفصل والوصل والتعاون المتوازن.

وقد ارتبط مبدأ الفصل بين السلطات باسم الفقيه مونتسكيو (Montesquieu) الذي كان له الفضل في إبرازه كمبدأ أساسي لتنظيم العلاقة بين السلطات العامة في الدولة ومنع الاستبداد بالسلطة، وإذا كان ظهور هذا المبدأ بصفة رسمية على يد مونتسكيو، فإن جذوره ترجع إلى زمن بعيد قبل القرن الثامن عشر ميلادي بوقت طويل¹⁴.

حيث ساهم في ظهوره المفكرين السياسيين الإغريق أفلاطون (Plato) وأرسطو (Aristote)، حيث حدّد أفلاطون دور الدولة الذي يجب أن يتوزع على هيئات مختلفة مع إقامة التوازن بينها، أما أرسطو فقسّم وظائف الدولة إلى ثلاث: المداولة، الأمر والعادلة، على أن تكون كل وظيفة مستقلة عن الأخرى مع أنها يجب أن تتعاون فيما بينها، كما تطرق "جون لوك" (John Locke) إلى أهمية مبدأ الفصل بين السلطات في كتابه "الحكومة المدنية" حيث قسّم سلطات الدولة إلى ثلاث: تشريعية وتنفيذية واتحادية وحث على الفصل بين السلطتين التشريعية والتنفيذية... وغيرها من الدراسات التي تناولت موضوع الفصل بين السلطات.

ومع هذا فإن مبدأ الفصل بين السلطات لم يأخذ الأهمية الكبيرة التي نالها، ولم يتّضح مضمونه وتبلور معالمه وحدوده، إلا بعد نشر مونتسكيو (Montesquieu) لمؤلفه الشهير "روح القوانين" (L'esprit des lois) سنة 1748، حيث قسّم مونتسكيو وظائف الدولة إلى ثلاث: الوظيفة التشريعية والوظيفة التنفيذية والوظيفة القضائية، وأكد على ضرورة الفصل بينها، بحجة أنها لو اجتمعت في يد هيئة واحدة لأدى ذلك إلى الاستبداد والاستئثار بالسلطة، وذلك نظراً للطبيعة البشرية التي تسعى وتُحب الاستبداد والطغيان إذا سمحت لها الظروف، بل الأكثر من ذلك فإن مونتسكيو أكد على ضرورة قيام كل سلطة بمراقبة السلطات الأخرى، لوقفها عند الحدود المقررة لها.

غير أن الفصل بين السلطات عرف عدة تفسيرات، وظهر تطبيقه على عدة أوجه، تركزت أساساً على طريقتين هما:

- الفصل المطلق الذي تبناه النظام الرئاسي (نظرياً على الأقل).
 - الفصل المرن في النظامين: البرلماني والشبه رئاسي.
 - ومبدأ الفصل بين السلطات يحقق ثلاث عناصر أساسية، وهي:
 - المساواة: حتى لا تنفرد أية سلطة بسيادة الدولة وإنما تتقاسمها.
 - الإستقلالية: تكون على مستوى الهيئات والوظائف، بحيث لا يحق لأي عضو الجمع بين وظيفتين في هيئتين مختلفتين، ناهيك عمّا يتضمنه النظام الرئاسي، حيث لا وجود للتعاون بين السلطتين التنفيذية والتشريعية، فلا يحق للحكومة حل البرلمان، ولا يحق للبرلمان سحب الثقة من الحكومة وكل منهما له استقلاليته الخاصة.
 - التخصص: أي أن كل هيئة تمارس وظيفة محددة.
- ومهما تكن صيغة تطبيق هذا المبدأ سواء كانت مطلقة أو مرنة فإنه يؤدي في النهاية إلى إتقان كل سلطة لعملها، وقيامها به على أكمل وجه، كما يحقق في النهاية حسن سير العمل في كل الهيئات الرئيسية في الدولة: التشريعية، التنفيذية والقضائية.

ثانياً: عدم اختصاص القضاء الإداري برقابة دستورية القاعدة القانونية

لقد أحدث تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 علاقة بتّ القضاء العادي بالمجلس الدستوري، وترتب على ذلك آثار على مستوى هذه العلاقة بعد اقرار آلية الدفع بعدم الدستورية؟ وعليه تحول القضاء الإداري من القضاء العادي إداري إلى قضاء دستوري يعنى برقابة الدستورية ودوره في تحريك رقابة الدستورية كرقابة بعدية، وكل ذلك محاكاة للتجربة الفرنسية على الخصوص.

فالسطة القضائية كغيرها من السلطات داخل الدولة ملزمة بالقاعدة العامة أو المبدأ الدستوري القائل بالفصل بين السلطات، وهذا بعدم تجاوز حدود الاختصاص المحدد لها دستورياً، مما يجعل من القضاء الإداري محكوماً بمجال اختصاصه فلا يتدخل في اختصاصات مؤسسات دستورية أخرى قائمة كالمجلس الدستوري مع أنه في الدستور الجزائري هيئة استشارية وليس هيئة قضائية بعكس الدستور الفرنسي والبناني والمغربي¹⁵. فهل بهذا الإجراء يكون قد أقر المشرع بشكل ضمني بالصفة القضائية على المجلس الدستوري الجزائري.

وما تجدر الإشارة إليه أن مجلس الدولة وهو الهيئة العليا في القضاء الإداري فالمشرع منحه دور النظر في مضمون النص القانوني قبل إصداره فهو يدخل ضمن دوره الاستشاري فقط، حيث فسخ الدستور الجزائري منذ تعديل 1996 المجال أمام مجلس الدولة من خلال ابداء رأيه في مشاريع القوانين التي تقدمها الحكومة حسب نص الفقرة الثانية من المادة 119 من الدستور، إلا أن نطاق الاستشارة لم يكن واسعاً ليشمل جميع المشاريع، وهذا ما أكدته المجلس الدستوري في رأيه عند رقابته لنص المادة 04 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، عندما صرح بأن المشرع لم يتقيد بالنص الدستوري حينما أضاف اختصاصات استشارية أخرى لمجلس الدولة وهي (مشاريع الأوامر، ومشاريع المراسيم الرئاسية والتنفيذية)¹⁶.

لعل المؤسس الدستوري أراد أن يكون مرن في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، فلم يراعي هذا المبدأ بعد الفصل التام، وفي حين لم يدمج السلطات واختصاصاتها بشكل تام، وفضل اعتماد مبدأ الفصل المتعاون بين السلطات، ولهذا نجد أنه لم يمكن القاضي العادي أو الإداري من تعديل القاعدة القانونية المخالفة للقاعدة الأسى ولا التي تمس بحقوق وحريات الأشخاص، أو الدفع بشكل مباشر بعدم الدستورية؛ وإنما فضل أن يكون دور القضاء الإداري تحريك الرقابة الدستورية على القاعدة القانونية محل الدفع، واستبعد الاخطار المباشر، مستفيداً من التجربة الدستورية والسياسية في فرنسا التي شهدت صراعاً تاريخياً بين السلطات تجسد أكثر في ظهور السلطة القضائية كطرف، وهذا بخصوص دور القضاء في رقابة أعمال السلطة التنفيذية أو التشريعية، فتم اعتبار السلطة القضائية من فروع السلطة التنفيذية فلم تعط أي دور بالنظر لما حملته تجربة المحاكم الفرنسية آنذاك بتنفيذها لرغبات الملك¹⁷، فظل القضاء بعيداً عن أي دور في رقابة دستورية القوانين.

ونظراً لتبني الدستور الجزائري 1989 المعدل والمتمم للنموذج الفرنسي المحدث في دستور 1958 ولكن مع بعض الخصوصية من حيث التنظيم والاختصاصات، إلا أنه لم يسمح للمحاكم والمجالس القضائية ولا حتى الهيئات القضائية العليا (المحكمة العليا ومجلس الدولة كأعلى هيئتين في القضاء العدلي والإداري

بإثارة مسألة الدستورية عن طريق الاخطار المباشر حتى في التعديل الدستوري الجديد. فظلت فكرة استبعاد اخطار المجلس الدستوري الجزائري من طرف الهيئات القضائية مكرسة، رغم أن الرقابة على دستورية القوانين ظلت بنوعها سواء السابقة أو اللاحقة لصدور النص تأخذ مكانتها الدستورية. ومن جهة أخرى شمل الأمر أيضاً عدم النص على وجوب استبعاد القضاء العادي لأي نص قانوني يتعارض مع الدستور عن طريق الدفع من المتقاضي، كما كان عليه الحال مثلاً في لبنان حينما سمح للقضاء العدلي بتطبيق هذه الآلية على اثر المرسوم التشريعي رقم 90 بتاريخ 9/10/1983 المعدل للمادة الثانية من قانون أصول المرافعات المدنية لعام 1993، وهذا إلى غاية صدور القانون المتعلق بإنشاء المجلس الدستوري اللبناني طبقاً للمادة 19 من الدستور¹⁸.

الخاتمة

من المؤكد أن آلية الدفع بعدم الدستورية التي تنص عليها الفقرة الأولى للمادة 188 من تعديل الدستور الجزائري لعام 2016 قد خلقت دور الرقابة على القاعدة القانونية من قبل القاضي الإداري، ولكن بشكل غير مباشر عن طريق اقرار وجود سلطة للمواطن في الدفاع عن الحقوق والحريات الأساسية مما ساهم بتعزيز مفهوم المواطنة وأوجد امكانية تجاوز عقبات مبدأ التمثيل الشعبي وتحقيق المصلحة العامة بإلغاء النص المخالف للدستور من طرف المجلس الدستوري، ولكن تبقى سلطة المواطن مقيدة لأنه لا يمكن أن تمارس إلا بمناسبة دعوى قضائية، وفقط بالنسبة للتشريع الذي يتوقف عليه مآل النزاع والذي يمس بالحقوق والحريات الأساسية، إضافة إلى القيد الزمني المنصوص عليه في المادة 215 من التعديل الدستوري.

كما أسست هذه الآلية لعلاقة جديدة بين المجلس الدستوري الذي تعززت صفته القضائية، والقضاء العدلي والإداري الذي صار له دوراً إضافياً يسمح لو حقيقة بالمساهمة في بناء دولة القانون وحماية الحقوق والحريات الأساسية لشأن يدعم تطبيق القاضي للقانون المطابق للدستور، ولكن بعد احالة المسألة من طرف مجلس الدولة المجلس الدستوري. وهذا ما يختلف تماماً عن حكم القاضي وفقاً للقانون ولو كان لسالفاً للدستور كما نجده في الدولة القانونية. وأخيراً، يمكن القول:

- أن تكريس الزامية استشارة مجلس الدولة في كل مشاريع القوانين والأوامر تعد حقيقة ضمانة مبدئية حماية للحقوق والحريات الأساسية ولكن يجب أن تضاف لها التنظيمات أيضاً، وإن كان الأخذ بالرأي غير الزامي إعمالاً بمبدأ الفصل بين السلطات.

- إن توسيع صلاحية الاخطار إلى ممثلي الشعب - عدد من أعضاء البرلمان - يعد تعزيز لمبدأ التمثيل وحماية للحقوق والحريات الأساسية رغم أنه غير كاف، إلا أن مثل هذا الاخطار مطلوب، وبالنظر أيضاً لعدم اعمال آلية الدفع بعدم الدستورية إلى غاية مارس 2019 كما نص عليه التعديل الدستوري لعام 2016.

- اقرار الدفع بعدم الدستورية يكرس قاعدة أن "صاحب الحق يجب أن يملك سلطة الدفاع عنه"، غير أن اثارها من قبل الأفراد بطريقة مباشرة أمام الهيئة المختصة (المجلس الدستوري أو لمحكمة دستورية)

يصعب تطبيقه، وبالتالي تبني المشرع الدستوري الجزائري لآلية الدفع يسير في هذا الاتجاه مع وجوب الأخذ بعين الاعتبار عملية التصفية التي يقوم بها هذا القضاء تخفيفاً للضغط على الهيئة المختصة. إلا أن تمكين الأخيرة من ممارسة هذا الدور في الحقيقة فيه مج لسطة القضاء بالتشريع من خلال ممارسة دور الرقابة على القاعدة القانونية، وفي ذلك لامحالة انقاص من شدة الفصل بين السلطتين وبالتالي اهتزاز داعم من دعائم دولة الحق والقانون.

- أخيراً، فإن النقد الموجه للمؤسس الدستوري أنه حول القضاء الإداري إلى نوع من حكومة القضاة بسبب دوره الرقابي الغير مباشر في وضع قواعد القانون الإداري، يبقى نقداً غير صحيح؛ لأن الرقابة القضائية الإدارية لا تخرج حرفية النص ولا عن روحه؛ والعور الدستوري الذي يكتشفه القاضي عن طريق المدعي يكون على قاعدة يتم إصدارها من طرف المشرع في شكل قوانين. وفي النهاية تعود للمشرع لأجل التعديل، فعن أي حكومة قضاة يجري الحديث إذن؟

من كل ما سبق بيانه، تظهر هذه النتيجة التالية: إن رقابة القاضي الإداري على القاعدة القانونية هو أمر داعم أساسي لدولة قانون، وإن الدور الذي يقوم به هو دور لازم وأساسي في تكريس مبدأ سمو القاعدة القانونية وتدرجها وحماية للحقوق والحريات، ولكنه دور غير واضح إلى أن يصدر القانون العضوي الذي ينظم إجراءات الطعن والإحالة والتصفية للقاعدة المطعون فيها، وبالتالي نتهي اللبس في تداخل صلاحية السلطات التشريعية والتنفيذية التي تصدر الأوامر.

الهوامش:

1 القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج رقم 14-مؤرخة في 07/03/2016.

2

3 كمال حمريط، الدفع بلعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، موقع الكتروني : <http://diae.net/47347> زيارة بتاريخ 01.2018/20.

4 كمال حمريط، الدفع بلعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، موقع الكتروني : <http://diae.net/47347> زيارة بتاريخ 01.2018/20.

5 يقول الدكتور رفعت عيد سيد " عندما أمارس حرتي في العقيدة أو ممارسة الشعائر الدينية، ثم يأتي البرلمان و يتعدى — عن طريق التشريع- على حرتي هذه فانه لا يتعدى فقط على حق ذاتي لي في الحرية، بل يعطل في الوقت نفسه من سريان القاعدة الدستورية التي تأمر باحترام كل من حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية، وعندما ألجأ إلى إقامة الدعوى على هذا التشريع أمام القضاء فانا بجانب اني أمارس حقاً لي في اللجوء إلى محراب القضاء الجأ إلى الوسائل التي رسمها الدستور للدفاع عن أحكامه" أنظر رفعت عيد سيد، الوجيز في الدعوى الدستورية، ط 1، دار النهضة العربية، 2004، ص 18.

6 ليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع2، 2013، ص6.

7 يعي الجمل، أنظمة الحكم في الوطن العربي، أزمة الديمقراطية في الوطن العربي، ط1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1984، ص 36.

8 Claude Leclercq, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Litec, 10ème Edit., paris ,1999,pp 106-108.

9 Jacques CHEVALLIER, L'État de droit, Montchrestien, 4ème édition, Paris, 2003, p. 70

10 وذكر قرار المحكمة العديد من التسييبات الأخرى والتي تركز كلها على مبدأ سمو القاعدة القانونية الدستورية وعلوها على الاتفاقيات الدولية. وللمزيد أنظر الموقع : تاريخ الزيارة 20/01/2018.

<https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0>

11 حنان براهيمي، اجتهد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع4، 2009، ص330.

- 12 سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة ، ج2 ، ط7 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2005 ، ص ص 11-18.
- 13 المرجع نفسه، ص ص 19 / 30.
- 14 مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النجاح للكتاب، ط1، الجزائر، 2005، ص ص 126/120.
- 15 القانون رقم 93-250 صادر في 14/7/ 1993، إنشاء المجلس الدستوري.
- 16 رأي رقم 06/ر.ق.ع/م.د/ 98 مؤرخ في 19 مايو 1998 يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله للدستور، ج. ر. ج. ج، عدد 37 مؤرخة في 1 يونيو 1998.
- 17 Jean-Louis Halperin, 1789-1815 un quart de siècle décisif pour les relations entre la justice et le pouvoir en France, Justices n°03, 1996, pp 13-15.
- 18 أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2002، ص 49.