



جامعة الشهيد حمّـة لخضر الوادي  
كلية الحقوق والعلوم السياسية



بمشاركة

– المنظمة الجهوية للمحامين ناحية ورقلة  
– مخبر السياسات العامة وتحسين الخدمة العمومية في الجزائر

أعمال الملتقى الدولي الثامن

التوجهات الحديثة للقضاء الإداري  
ودوره في إرساء دولة القانون

يومي الثلاثاء والأربعاء 06-07 مارس 2018

الجزء الأول

بقاعة المحاضرات الاستاذ الدكتور أبو القاسم سعد الله

دار الضحى للنشر والإشهار

الجلفة - الجزائر

Dareldouha2014@gmail.com

027.92.27.38 / 05.50.87.37.71

الطبعة الأولى

2020

الإيداع القانوني: أكتوبر

ردمك: 978-9931-745-74-7

حقوق التأليف محفوظة للمؤلف

تصميم وتنسيق حمدي مصطفى الأزهر

hamdilazhar3@gmail.com



# الهيئات المشرفة على الملتقى

## اللجنة العلمية للملتقى

الرئيس الشرفي للملتقى: أ. د. عمر فرحاتي مدير الجامعة

رئيس الملتقى: د. المكي دراجي عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

مدير الملتقى: أ. د. فاروق خلف

المشرف العام على الملتقى: د. عمار زعبي

رئيس اللجنة العلمية للملتقى: د. ريم سكفالي

أعضاء اللجنة العلمية:

الأستاذة: د. فائزة جروني - د. آمنة سلطاني - د. مليكة بطينة - د. الشريف وكوك - د. جمال غريسي - أ. بشير

فطحيمة تجاني - أ. عبد الله كنتاوي - أ. غنية نزلي - أ. الأزهر لعبيدي - أ. أحلام حراش - أ. صالح جابر.

## اللجنة التنظيمية للملتقى

رئيس اللجنة التنظيمية: د. الصادق جراية

الأستاذة: عبد الحميد فرح - محمد نعرورة - سارة شيبات - جعفر عرارم - محمد الطاهر جرمون - بدر شنوف - عبد الفتاح

حلواجي محمد بجاق - أحمد سعود - دريس كمال فتحي - إلهام بن خليفة - الهادي دوش - سليم دحه.

طلبة الدكتوراه: خليل زغدي - عبد الفتاح سويد - جلول محده - عثمان حويذق - فضيلة شعبان.

## اللجنة التقنية للملتقى

الإداريون: عز الدين غبش (رئيسا) - حنين حساني - رتبة عبد اللاوي - إسماعيل احمدودة - لسعد بوحامد - فؤاد

العائب.

## لجنة التوصيات

رئيس لجنة التوصيات: الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زويونة

## أعضاء لجنة التوصيات

أ. د. عمار بوضياف (الجزائر) - أ. د. محمد الصغير بعلي (الجزائر) - أ. د. سعيد مقدم (الجزائر) - Pr.

(France) ANDRE Gaston Cabanis - أ. د. عصام بن حسن (تونس) - أ. عبد الرزاق زوني (تونس)

- د. محمد الأمين عبيد (موريتانيا) - أ. د. عصام نجاح (الجزائر) - أ. د. حسين فريجة (الجزائر) - أ. عبد العزيز

نويري (الجزائر) - أ. عمر بوراوي (الجزائر).

## اللجنة المشرفة على تجميع أعمال الملتقى

د/ المكي دراجي - د/ محمد الأخضر كرام - د/ زعبي عمار

# أهداف الملتقى

يسعى الملتقى إلى تحقيق الأهداف التالية:

- معرفة دور القضاء الإداري ميدانيا من خلال القرارات والأحكام في بناء وتكريس دولة القانون، وبيان سلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة،
- رصد إسهامات القضاء الإداري الجزائري في بناء وتكريس دولة القانون،
- عرض تجارب القضاء الإداري المقارن،
- تقييم التجربة، برصد الإيجابيات وبيان السلبيات واقتراح حلول مناسبة للحد منها.

## محاور الملتقى

المحور الأول: المجالات الحديثة لتدخل القاضي الإداري.

- علاقة القضاء الإداري بالقضاء الدستوري،
- افتتاح القاضي الإداري على الاتفاقيات الإقليمية والدولية،
- افتتاح القاضي الإداري على منظومة الحريات الأساسية وحقوق الإنسان،
- القاضي الإداري والانفتاح الاقتصادي.

المحور الثاني: استقلالية المنظومة الإجرائية الإدارية.

- توسع الإطار القانوني للدعاوى الإدارية،
  - تجارب الدول في مجال الفصل الإجرائي.
- المحور الثالث: الوسائل القانونية المدعمة للقضاء الإداري في تنفيذ أحكامه.

- الحلول محل الإدارة،
  - توجيه أوامر للإدارة،
  - فرض الغرامة التهديدية،
  - تفعيل الجزاءات الجنائية.
- المحور الرابع: مستقبل القضاء الإداري في ظل التوجهات الحديثة.

- أثر الإصلاحات الجارية على القضاء الإداري،
- عصريّة القضاء الإداري،
- التكوين المتخصص للقاضي الإداري،
- استقلالية القضاء الإداري،
- الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري.

# برنامج جلسات الملتقى

اليوم الأول: الثلاثاء 06 مارس 2018  
الجلسة الافتتاحية: 09:30-08:30  
قاعة المحاضرات الكبرى

- النشيد الوطني،
- كلمة الدكتور المكي دراجي رئيس الملتقى الدولي،
- كلمة الأستاذ الدكتور عمر فرحاتي الرئيس الشرفي للملتقى ومدير جامعة الشهيد حمّ لخضر بالوادي،
- الإعلان عن الافتتاح الرسمي للملتقى الدولي.
- المداخلة الافتتاحية: أ. د. ناصر بوغزالة محمد (جامعة الوادي).

الجلسة الأولى: 12:00-10:00 ( قاعة المحاضرات الكبرى )

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور سعيد مقدم (الجزائر)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
الإطار الدستوري لهيكل القضاء الإداري واختصاصاته	تبسة	أ. د. عمار بوضياف
القاضي الإداري ومراقبة دستورية القوانين	تونس	أ. د. عصام بن حسن
تطور سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة	قاضي مجلس الدولة	أ. عمر بوراوي
تفعيل الجزاءات الجنائية "موريتانيا نموذجاً"	نواكشوط موريتانيا	أ. د. محمد الأمين عبيد
مناقشة وإثراء		

الجلسة الثانية: 14:00-12:00 ( قاعة المحاضرات الكبرى )

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور عصام بن حسن (تونس)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
مجلس الدولة الجزائري ودوره في إرساء دولة القانون	قاضي مجلس الدولة	أ. عبد العزيز نويري
Les évolutions de la justice administrative française et la construction européenne	Toulouse- France	Pr. André Gaston Cabanis
توجيه أوامر للإدارة	المسيلة	أ. د. حسين فريجة د. محمد هشام فريجة
مجلس الدولة نحو نظرية جديدة للتعايش مع تحولات الدولة والنظم	الوادي	د. آمنة سلطاني

اليوم الثاني: الأربعاء 07 مارس 2018

الجلسة الثالثة: 10:00-08:00 (قاعة المحاضرات الكبرى)

رئيس الجلسة: الأستاذ الدكتور عمار بوضياف (الجزائر)		
عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
دور القاضي الإداري التونسي في تكريس دولة القانون	قاضي تونس	أ. عبد الرزاق زونوي
حماية القاضي الإداري للحريات الأساسية عن طريق "استعمال الحريات الأساسية"	قائمة	أ. د. عصام نجاح ط. د. حنان نواصرية
الاتجاهات الحديثة لرقابة القضاء الإداري على السلطة التقديرية للإدارة "نظريتنا الخطأ البين والموازنة بين المنافع والأضرار"	أدرار	د. غيتاوي عبد القادر د. بجاوي الشريف
السور المستقبلي للقاضي الإداري في ظل تحولات القانون الإداري	بسكرة	د. عادل بن عبد الله
مناقشة وإثراء		

الجلسة الرابعة: 12:00-10:00 (قاعة المحاضرات الكبرى)

رئيس الجلسة: الأستاذ عبد الرزاق زونوي (تونس)		
عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
الازدواجية القضائية في الجزائر وتدعيم دور القضاء الإداري	مع ض الاجتماعي	د. عبد الرحمن خليفي
الثنائية القضائية وتعزيز دولة القانون	الجزائر	أ. د. سعيد مقدم
القضاء الإداري مستجدات وآفاق	مستشار بالمحكمة العليا سابقا	أ. عبد العزيز أمقران
مظاهر عصرنة القضاء الإداري الفرنسي من خلال تحليل التعديلات الأخيرة للتقنين الفرنسي للعدالة الإدارية	الجزائر	د. سليم كسير
مناقشة وإثراء		

# برنامج ورشات المتقني

الورشة العلمية الأولى (الأربعاء 2018/03/07): 11:30-08:30 (القاعة رقم 01)

المجالات الحديثة لتدخل القاضي الإداري

رئيس الورشة: د/ السعيد خويدي (ورقة) \* مقرر الورشة: د/ عبد القادر حوبه (الوادي)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
المكانة الدستورية للقضاء الإداري في فرنسا والجزائر	الأغواط	د. مصطفى بن جلول
ممارسة القاضي الإداري للرقابة الدستورية	ورقة	د. محمد منير حساني
Le juge administratif juge constitutionnel?	Biskra	Dr.Hania Ahmid Dr.Warda cherfeddine
جديد التعديلات الدستورية المغربية في مجال الرقابة على دستورية القوانين	قسنطينة خنشلة	د. بوزيد سراغني ط. د. عبد الحليم عوان
الدور المستجد لمساهمة القاضي الإداري في وضع القاعدة القانونية والرقابة على تطبيقها	تيارت	د. حبشي لزرق
رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية و دورها في إرساء دولة الحق والقانون	الوادي	د. عادل عميرات ط. د. مراد هاشم
القاضي الإداري الفرنسي في مواجهة الاتفاقيات الدولية : نحو أفول نظرية أعمال الحكومة	بسكرة	ط. د. سفيان عبدلي
دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات على ضوء الإصلاحات التشريعية والدستورية	جيجل	د. خلاف فاتح
القضاء الإداري ودوره في تكريس الحماية الدولية لحقوق الإنسان	ورقة	د. خويدي السعيد
التوجه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي شأن مفهوم الحرية الأساسية	سطيف	د. سميحة لعقابي أ. شمس الدين بشير الشريف
دور القضاء الإداري في حماية الحريات الأساسية من خلال الرقابة على أعمال السلطات الإدارية	البلدية 2 المدية	د. قاشي علال ط. د. مجراني محمد مين
دور القاضي الاستعجالي الإداري في تحقيق التوازن بين حماية حقوق وحريات الأفراد ومقتضيات المصلحة العامة	أدرار	أ. محمد علي
تجسيد دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية	الأغواط	د. فاطمة الزهراء غريبي ط. د. يحيى غريبي
التوجهات الحديثة لتضام الموضوع في حماية الحقوق والحريات الأساسية	الوادي	ط. د. عماري سناء ط. د. غمام جريدي مليكة
رقابة القاضي الإداري على الظروف الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات	غليزان	د. هواري ليلي
القضاء الإداري في الجزائر ودوره في حماية حرية الصحافة	الوادي	د. رشيد خضير أ. ليلي خضير
مناقشة وإثراء		

الورشة العلمية الثانية (الأربعاء 2018/03/07): 11:30-08:30 (القاعة رقم 02)

المجالات الحديثة لتدخل القاضي الإداري

رئيس الورشة: أ. د/ بوبكر خلف (الوادي) \* مقرر الورشة: د/ آمنة سلطاني (الوادي)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
الدفع بعدم دستورية القوانين أمام القاضي الإداري في الجزائر وفرنسا "اقترب من الرقابة القضائية الدستورية، تعزيز لدولة القانون؟"	الوادي	أ. صالح جابر أ. جعفر عرارم
دور القاضي الإداري في تطبيق المعاهدات الدولية -دراسة مقارنة -	الوادي سطيف	د. مرغني حيزوم بدر الدين ط.د/ زرقان وليد
القضاء الإداري التونسي في الفترة الانتقالية - دعامة أساسية لمخرجات انتخابية شفافة -	تونس بسكرة	ط. د. يحيى مجيدي ط. د. علي شتيوي
دور القضاء الإداري في رقابة العملية الانتخابية " رقابة مرحلة الترشح نموذجاً"	م ج بركة	أ. سهام عباسي ط. د. نهلة جديدي
الرقابة القضائية على الانتخابات المحلية "بلدية ورقلة أمودجا"	ورقلة	د. أحمد سويقات
دور مجلس الدولة الجزائري في تكريس دولة القانون	الوادي	ط. د. موسى ييكي ط. د. فائزة موساوي
التطبيقات الحديثة لمبدأ الأمن القانوني في قضاء مجلس الدولة	الوادي	ط. د. يحيى عبد الحمي
موازنة القاضي الإداري بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة	خشلة	د. بوكاش محمد ط. د. زينب خالدي
التوجهات الحديثة لمنازعات الصفقات العمومية: نحو ضمان الأمن القضائي	الوادي	أ. بشير فطحية تجاني أ. الأزهر لعبيدي
جدلية اختصاص القاضي الإداري في منازعات صفقات المؤسسات العمومية	البلدية	أ. رحاني راضية
القضاء الإداري كآلية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية	الوادي البلدية	د. عمار زعي ط. د. الزهرة برة
رقابة القضاء الإداري على قرارات سلطات الضبط الاقتصادي	الوادي	أ. حلواحي عبد الفتاح ط. د. حلواحي عبد الرؤوف
رقابة القضاء الإداري على آليات الضبط الاقتصادي	تبسة	أ. صالح زمال
رقابة القضاء الإداري على قرارات سلطات الضبط المصرفي	الوادي ورقلة	ط. د. توفيق العابد ط. د. براهيم سليم
رقابة القضاء الإداري على قرارات لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة COSOB	الوادي	ط. د. دهانة بشير
دور القاضي الإداري في التحكم الخاص بالمواد الإدارية	الوادي	د. كمال دريس فتحي
مناقشة واثناء		

الورشة العلمية الثالثة (الأربعاء 2018/03/07): 11:30-08:30 (القاعة رقم 03)

استقلالية المنظومة الإجرائية الإدارية

رئيس الورشة: أ. د/ معراج جديدي (الجزائر) \* مقرر الورشة: د/ نجاة بوساحة (الوادي)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
نحو مدى ضرورة استقلالية قانون الإجراءات الإدارية	الوادي تبسة	أ. د. فاروق خلف أ. باديس بن حدة
التوجهات الحديثة لتحديد النزاع الإداري واختصاص القاضي الإداري في الجزائر	الجلفة المسيلا	د. ساعد العقون ط. د. مرية العقون
قواعد اختصاص القاضي الإداري في الجزائر	المدينة	د. توفيق شندارلي
دور القاضي الإداري في خلق قواعد الاختصاص في القرار الإداري، اجتهاد مرتبط بتطور فكرة المرفق العام والمصلحة العامة -دراسة مقارنة بين الجزائر وفرنسا -	جيجل	ط. د. لعلامة زهير
إشكالية الصفة في القضاء الإداري	المدينة	د. هارون أوران
قواعد الإجراءات الإدارية في مواجهة القواعد الإجرائية العادية	تيزي وزو	ط. د. سلماني منير
خصوصية الجانب الإجرائي للدعوى الإدارية في التشريع الجزائري	ورقلة الوادي	ط. د. ربيعي كاتية يسرى د. كرام محمد الأخضر
استحداث دعوى استعجال التسبيق المالي ضمانا لتحقيق العدالة الإدارية	الوادي	د. ريم سكفالي د. محمودي بشير
سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقدية	بسكرة	د. يعيش تمام أمال
الدعوى الاستعجالية التعاقدية في مادة الصفقات العمومية وتحول رقابة القاضي الإداري من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية	خميس مليانة	أ. خيرة بن سالم
دور القاضي الإداري في خلق التوازن في المنازعات الضريبية	تندوف الوادي	د. محمد حمودي ط. د. شهرزاد مناصر
إجراءات المنازعة الضريبية أمام القضاء الإداري	الوادي البلدية	أ. سارة شيبات ط. د. عفاف بن عمارة
إتقال كاهل القاضي الإداري بمنازعات عقارية لا طائل منها في ظل السجل العيني: الأسباب والحلول	المدينة	أ. د. جمال بوشنافة ط. د. عثمان حوينق
خصوصية دور القاضي الإداري في الإثبات	الوادي بسكرة	ط. د. لعوي الحسين ط. د. حمدي مريم
دور القاضي الإداري في توزيع عبء الإثبات في المنازعة الإدارية	بسكرة الوادي	د. نسيغة فيصل ط. د. غربية سمية
مناهج تدخل القاضي الإداري في النزاع الاقتصادي التنافسي	قسطنطينة	ط. د. بوعروج شعيب ط. د. بوحلمة صلاح الدين
رقابة القاضي الإداري على أعمال سلطات الضبط الاقتصادي: آلية لحماية حقوق المتعاملين الاقتصاديين وتكريس لنهضة القانون	بسكرة تبسة	د. بدرة لعور ط. د. عبد الحق مزودي
الدور التقويي لمجلس الدولة الجزائري	خنشلة	د. بوقرة اسماعيل ط. د. موراود سمير
مناقشة واثر		

الورشة العلمية الرابعة (الأربعاء 2018/03/07): 11:30-08:30 (القاعة رقم 04)

الوسائل القانونية المدعمة للقضاء الإداري في تنفيذ أحكامه

رئيس الورشة: أ. د. محمد بن محمد (ورقاة) \* مقرر الورشة: د. دريس كمال فتحي (الوادي)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
وسائل وسلطات القاضي الإداري في مواجهة الإدارة	تندوف	د. عبد الكريم بن منصور أ. عماد شرفي
سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة	قالمة	د. حميد شاوش ط. د. أسيا بورجبية
سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة	بسكرة	ط. د. قتال الطيب
دور القاضي الاستعجالي الإداري في توجيه أوامر للإدارة-المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نموذجاً -	سوق اهراس	د. بروك حليلة أ. بوعجيلة نبيل
الاستعجال القانوني آلية لمواجهة تجاوزات الإدارة العامة في إبرام الصفقات العمومية	سطيف	ط. د. عبد الوهاب شرقي
تطور وسيلة القضاء الإداري في توجيه الأوامر بالتنفيذ إلى الإدارة	المدية	د. بن عائشة نبيلة
دور القاضي الإداري في ملاءمة الوقائع القانونية مع القرار الإداري	تيزازة الجزائر	د. نوال ليرابن ط. د. حافة العروسي
اتجاهات القضاء الإداري الجزائري في الحد من القيود الواردة على مبدأ سيادة القانون	الوادي	ط. د. عادل زلاسي ط. د. عباس صادقي
رقابة القاضي الإداري على أعمال السلطة التنفيذية	باتنة	أ. بريس محمد عبد المنعم أ. نويس نبيل
رقابة القضاء الإداري للقرار التأديبي	الوادي الاعواط	د. أحمد سعود د. عبد الوهاب ملياني
ضمانات مشروعية الجزاءات الإدارية	الوادي	أ. راضية زرقيني أ. بلخير الدراجي
الجزاء الجنائي كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية	الوادي	أ. نزلي غنية ط. د. فضيلة شعبان
آليات تنفيذ أحكام القضاء الإداري في التشريع الجزائري "الغرامة التهديدية، الجزاءات الجنائية نموذجاً"	باتنة	د. مجشاشي راجح ط. د. مراد دلندة
الغرامة التهديدية كوسيلة قانونية ناجعة في تكريس أحكام القانون الإداري	خنشلة تبسة	د. ياسين قوتال ط. د. حميدان عبد الرزاق
الغرامة التهديدية كآلية لإجبار الإدارة على تنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة ضدها	مستفانم	د. جيلالي عبد الحق
الغرامة التهديدية في تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية	الوادي أم البواقي	د. وكواك الشريف د. ملاوي إبراهيم
آليات تدخل القاضي الإداري لتنفيذ أحكامه	الوادي	ط. د. حاتم مولود
وسائل التنفيذ الجبري للأحكام الصادرة ضد الإدارة-دراسة مقارنة	الوادي	ط. د. غنا درة عائشة ط. د. بهي لطيفة
سلطات القاضي الإداري في مجال تنفيذ القرار القضائي الإداري الصادر بالإلغاء في مواجهة الإدارة	أم بواقي تبسة	ط. د. حنان فارس ط. د. دلال خير الدين
الضمانات الجزائية لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية	الوادي	د. إلهام بن خليفة
مناقشة واثراء		

الورشة العلمية الخامسة (الأربعاء 2018/03/07): 11:30-08:30 (القاعة رقم 05)

مستقبل القضاء الإداري في ظل التوجهات الحديثة

رئيس الورشة: د. توفيق شندارلي (المدية) \* مقرر الورشة: د. جمال غريسي (الوادي)

عنوان المداخلة	المؤسسة	المتدخل
استقلالية القضاء الإداري في الجزائر	أدرار الوادي	أ. عبد القادر الهلي ط. د. عتاب كلثوم
استقلالية القضاء الإداري وضماناته بين النصوص والواقع في الجزائر	الوادي	د. جمال غريسي أ. عامرة مباركة
استقلالية القضاء الإداري الجزائري ضمانة لتكريس دولة القانون	الوادي	ط. د. حياقي صباح ط. د. بوخزنة ماجدة
حدود استقلالية السلطة القضائية في التشريع الجزائري وفي السياسة الشرعية	المسيلة الوادي	أ. د. محفوظ بن الصغير ط. د. أمال بولوسة
استقلالية القضاء الإداري ودوره في تحقيق الانتقال الديمقراطي	الوادي	ط. د. لعبيدي مراد ط. د. سايحي إسماعيل
استقلالية القضاء الإداري	الوادي	ط. د. زينب خلوط أ. عتيقة نصيب
ضمانات استقلال القضاء الإداري الجزائري	الوادي	ط. د. كمال صمامة ط. د. محمد السعيد تركي
حاجة القضاء الإداري لضمانات أساسية لتحقيق دولة القانون	الوادي	ط. د. الصادق بن عزة
تكوين القاضي الإداري كضمانة لاستقلاله الوظيفي	الوادي	د. نجاة بوساحة
الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري	خنشلة	ط. د. رزيق رحمة
الطابع الاجتهادي للقضاء الإداري في ظل التوجهات الحديثة من منظور التشريع الجزائري والفرنسي	خنشلة	ط. د. علاء الدين قليل
دور الاجتهاد القضائي الإداري في تكريس دولة القانون	باتنة	د. عربي باي يزيد أ. هشام مخلوف
مآخذ على الوظيفة الاستشارية لمجلس الدولة في الجزائر	الاعواط	د. بن عطية لخضر أ. ملياني عبد الرحمان حميد
أثر الإصلاحات السياسية الحديثة على القضاء الإداري في المجال الانتخابي	الاعواط بسكرة	د. محمد ذيب د. نبيلة جياوي
التوجهات الحديثة للقضاء الإداري في الرقابة على ملائمة طلبات نزح الملكية	الوادي تبسة	أ. أحلام حراش د. هدى عزاز
دور القاضي الإداري في تكريس الحماية القانونية للأملك الوطنية	المدية	د. لعروسي حلیم ط. د. جلول محده
دور الإصلاحات الجارية على القضاء الإداري في عصرته	الوادي	ط. د. خوازم فوزي ط. د. لهزيل عبد الهادي
مناقشة واثر		

الجلسة الختامية تلاوة التوصيات

# قائمة المحتويات



الصفحة	المتدخل	عنوان المداخلة
13	المستشار/ عز الدين حمدان	إستقلالية القضاء القاضي بين واجب الإنضباط وخطر الإنصياع- التجربة التونسية مثالا-
24	أ.د/شعبان أحمد رمضان أ/ أحمد سيد محمود	دور مجلس الدولة المصري في حماية حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية ( بناء الكنائس، وإدارتها نموذجًا )
48	د.محمودي بشير د. ريم سكفالي	إستحداث دعوى إستعجال التسبيق المالي ضمانة لتحقيق العدالة الإدارية
52	د/ محمد منير حساني	ممارسة القاضي الإداري لرقابة الدستورية
61	ط.د/ربيعي كاتيه يسرى د/كرام محمد الأخضر	خصوصية الجانب الإجرائي للدعاوى الإدارية في التشريع الجزائري
69	ط/د الزهرة برة *** د/ عمارزعي	القضاء الإداري كآلية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية
82	د/ آمننة سلطاني	مجلس الدولة نحو نظرية جديدة للتعايش مع تحولات الدولة والنظم
95	أ/ كمال فتحي دريس	دور القاضي الاداري في التحكيم الخاص بالمواد الإدارية
120	د/ سويقات أحمد	الرقابة القضائية على الانتخابات المحلية «بلدية ورقلة أنموذجا»
133	د/هوارى ليلي	رقابة القاضي الإداري على الظروف الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية
147	د/ جمال بوشنافة ط. د/ عثمان حويذق	إثقال كاهل القاضي الإداري بمنازعات عقارية لا طائل منها في ظل السجل العيني - الأسباب والحلول -
154	د/ مرغني حيزوم بدر الدين د/ زرقان وليد	دور القاضي الاداري في تطبيق المعاهدات الدولية- دراسة مقارنة-
162	د/ رشيد خضير	القضاء الإداري في الجزائر ودوره في حماية حرية الصحافة
173	د/ إلهام بن خليفة	الضمانات الجزائية لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية
183	د/ حلیم العروسي ط. د/ جلول محدة	دور القاضي الإداري في تكريس الحماية القانونية للأملك الوطنية
198	أ/ مراد هاشم د/ عادل عميرات	رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية ودورها في ارساء دولة القانون
219	د/ مرغني حيزوم بدر الدين د/ زرقان وليد	إستقلالية المنظومة الإجرائية الإدارية
244	د/ جمال غريسي أ/ مباركة عمامرة	استقلالية القضاء الإداري وضمائنه بين النصوص والواقع في الجزائر
262	أ/ غنية نزي ط. د. /فضيلة شعبان	الجزاء الجنائي كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية
276	لجنة التوصيات	التوصيات



## إستقلالية القضاء

### القاضي بين واجب الإنضباط وخطر الإنصياع- التجربة التونسية مثالا-



المستشار/ عز الدين حمدان  
الرئيس السابق لإتحاد القضاة بتونس



#### مقدمة

لا إختلاف في أنّ القضاء في أيّ دولة تحكمه جملة من الثنائيات في منظومة مؤسّساتيّة وسياسيّة، ذلك أنّه من الملامح الأساسيّة للدولة التسلّطيّة خضوع قضاتها لسلطان السياسة، فالقضاء عامّة والقاضي بإعتباره مركزا للسلطة القضائيّة، يحتلّ مكانة جوهريّة في المنظومة المؤسّساتيّة لأيّ دولة، فمهمّة الحكم والفصل في المنازعات يمكن أن تجعل منه العصى الغليظة التي يحكم بها السياسي كما يمكن أن تجعل منه العنصر الأساسي في بناء دولة القانون، وهي معادلة تخضع لمنطق ثنائيّة الإستقلال والخنوع بالنسبة للقاضي فردا ومؤسسة.

ويكمن تقديم إستقلال القضاء على أنّه قدرة القضاء على التفاعل مع السلطة السياسيّة في وجهها التنفيذي والتشريعي، في إعلاء القانون وحماية حقوق الإنسان من دون أن يكون أداة تطوّعها هذه الأخيرة لتحقيق غايات تمثّل إنحرافات عن مفهوم دولة القانون أين تقتصر سلطة الدولة على حماية المواطنين من الممارسة التعسفية للسلطة.

وقديما قيل أنّه "ليس بالخبز وحده يحيا الإنسان... إنه يعيش من القوانين أيضاً"، وهو قول يختزل وجهها من أوجه مفهوم دولة القانون في إعتقادنا، فترسيخ مقومات دولة القانون يجعل سلطات هذه الأخيرة تخضع و تنقيد في جميع مظاهر نشاطها بأحكام القانون أي أن جميع سلطات الدولة، التشريعية والتنفيذية والقضائية، لا يمكنها أن تتصرف إلا في حدود أحكام القانون وتكون الدّولة ضامنة لرخاء المواطن الإقتصادي والإجتماعي وحاميا لحرّياته والكفيل القانوني لممارستها كلّما كان قضاؤها قضاء دولة قانون.

فإرساء قضاء مستقل يشكل بهذا المعنى احد اهم المرتكزات الاساسية لقيام دولة القانون، وعلى استقلال القضاء يتوقف الوجود الفعلي لبقية مقومات دولة القانون، فلا قيمة للدستور ولا لمبدأ الفصل بين السلطات ولا للمواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بالحقوق والحريات إلا بوجود قضاء مستقل و رقابة قضائية تضمن احترام احكام الدستور والقانون، وتضمن ممارسة كل سلطة اختصاصاتها في حدود مبدأ فصل السلطات وتضمن حماية الحقوق والحريات الفردية. ولا قيمة للرقابة القضائية إلا اذا أُرسى قضاء مستقل يمارسها دون أي تدخل من قبل السلطة التنفيذية او التشريعية<sup>1</sup>.

والإستقلال في هذا الإطار لا يعدّ في حقيقة الأمر غاية موجّهة للقضاء في حدّ ذاته سلطة كان أو هيئة وإنما إلى المتقاضين بإعتبارهم "مستهلكين غير إراديين للقضاء" ولهم يقدّم هذا الضمان، فمن "الضروري أن يتولّى القانون حماية حقوق الإنسان لئلا يضطرّ المرء آخر الأمر إلى التمرد على الإستبداد والظلم"<sup>2</sup> فلطالما كان العدل هو الدين الأول للسيادة<sup>3</sup> وقياسا يمكن القول أن الإستقلال هو دين القضاء الذي عليه الوفاء به للشعب عموما صاحب هذا الدين، وللمتقاضي بصفة خصوصية، إستنادا إلى أنّه صاحب السيادة في دولة القانون ومن إرادته تنبثق مؤسسات الدولة؛ التي تبقى مدينة له بذلك و الملقى على كاهلها ، بما لها من آليات تحتكرها، أن تفي بهذا الدين الأزلي والوجوبي، وذلك من خلال منحها للمنظومة القضائية، سلطة كانت أم هيئة، وفردا أو مؤسسة، أكبر ضمانات الإستقلال الوظيفية والمادية والقانونية، والتي على القاضي تأكيد أهليته لها بإعتبار أنّه عليه أن يمارس استقلاله ويعيشه، لا فقط بإعتباره واجبا أخلاقيا تفرضه جسامه وظيفته وسلطته وإنما بإعتباره حقا وواجبا<sup>4</sup>. غير أنّ ممارسة هذا الإستقلال بالنسبة للقاضي لن تكون بالأمر اليسير أو من قبيل المسلمات، فثنائية الحق والواجب وما تفرضه من تشبّع بصفات القاضي العضوي، ستجابه حتما بثنائية الخنوع والإنصياع صفاتا مميزة للقاضي السلطاني، العون أو الموظف العمومي الخاضع لقاعدة الهرمية الوظيفية.

في إطار هذه الثنائية إستقلال القضاء الحق والواجب، أو القاضي بين واجب الإنضباط لهذه القاعدة "النظامية" وما تفرضه عليه من أخلاقيات قضائية في ممارسته لسلطته وخشية الخنوع سآبني مقاربتى التحليلية هذه وفق المخطط التالي:

## إستقلال القضاء الحق والواجب

### 1. استقلال القضاء حق

## 2. استقلال القضاء بماهو واجب

استقلال القاضي، بين إكراهات الصفة والمفهوم الكلاسيكي للأخلاقيات القضائية وخشية الخنوع

1. الإكراهات الوظيفية خطر على إستقلال القاضي

2. مدونة أخلاقيات عمل القاضي مدخل لتطويع القضاء وضرب إستقلال القاضي

أولاً: إستقلال القضاء الحق الواجب:

### 1. استقلال القضاء حق

لا أحد يمكنه اليوم أن ينفي حالة الإهتزاز في الثقة المتعلقة بإستقلال القضاء في بلدنا، وما أثمره من تداعيات نفسية وأخلاقية تعكسها موجة الإنتقادات للأحكام القضائية الصادرة عن جميع تفرعات الأفضية دستورية كانت ( رأي هيئة مراقبة دستورية مشاريع القوانين المتعلق بحق الأمنيين في الإنتخاب بالنسبة للإنتخابات التشريعية والرئاسية، و رأيها حول دستورية قانون المجلس الأعلى للقضاء بعد إحالته إليها من قبل رئيس الجمهورية ) أو إدارية ( بعض القرارات المتعلقة بإلغاء مرسوم المصادرة) وما خلفته من لغو، أو عدلية ( قضية إنزال العلم بكلية الآداب بمنوبة، قضية الحاويات المرتبطة بمواطن بلجيكي، قضايا ضحايا الثورة)، أو عسكرية (قضية القياديين الأمنيين المشتبه بهم في أحداث التي تلت انتفاضة 2011).

الأمر الذي يسوغ معه القول أنه لئن كان هذا الحق – إستقلال القضاء- غير قابل للمساومة وتكفله الدساتير بإعتبارها النصوص الأعلى قيمة قانونية (وهو ما كرّسه المؤسس ضمن الفصل 102 من الدستور التونسي لسنة 2014 بأن أكد على إعتبار "القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات. وأنّ القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون" وأنه " يحجر كل تدخل في سير القضاء." و الفصل 109 الذي حجّر كلّ تدخل في القضاء ) كما تعمل بقية التشريعات الأخرى على ترسيخه، فإنّه لا مناص من الإقرار بأنّ القاضي والقضاء لا يسود فقط بأحكامه ونصوص القوانين وإنما يُهاب خاصّة بالثقة التي يزرعها لدى المتقاضين<sup>5</sup>.

ذلك أنّ صائغي هذه النصوص توجّسا مما قد يمسّ مصالحهم، قد يعمدوا إلى جعلها مشبعة بالإبهام بما يفتح أبواب التأويل والتطويع، ويفقد الضمانات النصّية جدواها ونجاعته، وهنا تبرز

الحاجة لرقابة دستوريّتها بهدف حماية هذه الضمانات وزجر التجاوزات والخروقات التي يمكن أن تشوبها.

ومن هنا تبرز الحاجة الملحة للقاضي الدستوري بإعتباره الحلقة الأولى والقلعة التي تسهر على سلامة بنيان دولة القانون وتجسد وتحمي إستقلال بقية القضاة في علاقتهم بالسلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>6</sup> ، لأنّ سقوط حصن القضاء الدستوري سهوا أو تهاونا أو تأمرا، يؤدي ضرورة إلى تهاوي بقية البناء المرتبط بإستقلال القضاء سلطة وفروعا، ذلك أنّ القضاء الدستوري علاوة على حمايته لإستقلال القضاء من شأنه أن يلهم بقية الأقضية على التشبع بصفات الحيادية وقواعد الإنضباط والإلتزام في تطبيق القانون وحماية الحقوق والحريّات من جهة، وبإعتباره المراقب والضامن لعدم تداخل وظائف هذه السلطات والتفريق بينها من جهة ثانية. فالفصل الوظيفي بين مهام السلطة القضائية وغيرها له أهمية قصوى إعتبارا إلى أنّه يجعل القاضي في مأمن من كل مشاغبة أو تأثير خارجي مهما كان مآته .

وهنا نخلص إلى مبدئين هامّين أوّل أنّ السلطة السياسية بوجهها التنفيذي والتشريعي لا يمكنها التدخّل في القضاء طالما قام القاضي الدستوري بوظيفته الرقابية على الوجه المطلوب والمأمول منه، وثان وهو نتاج للأوّل ، أنّ القاضي لن يسمح لنفسه بأن يكون " مفتيا " للسلطة السياسية وابتعد عن إمكانية توظيفه في إقامة معادلة بين المشروعية و النجاعة ومحاولة تكييف أحكامه طبقا للواقع السياسي بدل التعامل مع النزاعات المطروحة عليها كوقائع يفصل فيها طبقا لنصّ القانون<sup>7</sup>.

على أنّ القول بأنّ إستقلال القضاء حقّ، مسألة تقتضي بعض التمحيص، من ذلك تحديد المعنيين بهذا الإستقلال، ودراسة الآليات الكفيلة بتحقيقه. فلا يمكن الحديث عن قضاء مستقلّ إذا لم يكن القاضي المعهود له بهذه الوظيفة مستقلاّ في ذاته وشخصه قبل التفكير في إستقلال وفصل السلطة القضائية عن سائر السلط الأخرى، وتحقق ذلك يبقى رهين توفّر جملة من الشروط والآليات ترتبط بطرق إنتدابه وتكوينه وتوفير آليات حسن سير عمله وحسن التصرف في الموارد البشرية وما يقتضيه من ضمانات وظيفية ترتبط بترقية ونقله وتأجير القاضي، كلّ ذلك في علاقة بالسلطة السياسية.

وجدير البيان أنّ بعض هذه الضمانات تطرح إشكالا في بعض البلدان سيّما تلك التي تمرّ بتجربة إعادة البناء الديمقراطي بما تفرضه من إعادة هيكلة لمؤسسات الدولة ومرافقها ومن بينها

المرفق القضائي وقد طرحت المسألة في عديد الدّول شأن جنوب إفريقيا وصربيا وتونس، فهل أنّ إعادة البناء تقتضي تطهير القضاء من ذوي الشبهة؟ ومن له سلطة التطهير؟ وماهي آلياته؟ تجارب إختلفت فيها الطّرق وتركت كلّ منها ندوبا ظلّ تقييمها محلّ جدل إلى اليوم.

فتنصيب الدستور على إستقلال القضاء في تونس لم يثن السّلطة السياسيّة بوجهها في تونس على إصدار بعض التشريعات التي ضمنّت لها اليد العليا على القضاء في تونس بتعلّة الخشية من دولة القضاة فكان صدور قانون المجلس الأعلى للقضاء خارقا لمبدأ تضارب المصالح من جهة تركيبة المجلس، وماسّا بمبدأ إستقلاله بفتح باب تسييسه من خلال حذف المواع التي إشتطها في أعضاء المحكمة الدستوريّة فيما يتعلق بممارسة العمل السياسي.

كما ستخلق قراءة الفصل 92 من الدستور في مطّته الرابعة ونصّه التطبيقي والفصل 106 منه وقراءة الفصل 45 من القانون المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء إشكالا عند تسمية القضاة غير السّامين وكذلك تحديد السّامين منهم، عند الفصل في بيان صاحب السّلطة في ذلك<sup>8</sup>، وهي مسألة لن يكون الحسم فيها يسيرا حتّى بعد صدور النصّ التطبيقي للفصل 106 من الدستور.

## 2. إستقلال القضاء بما هو واجب:

ينصّ الفصل 108 من الدستور على أنّه "لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول. والمتقاضون متساوون أمام القضاء". كما أكّد الفصل 103 "يشترط في القاضي الكفاءة. ويجب عليه الالتزام بالحياد والنزاهة، وكلّ إخلال منه في أدائه لواجباته موجب للمساءلة".

مقتضيات دستوريّة توازن بين حقّ المتقاضي بما يليقيه من واجبات على كاهل القاضي أثناء فصل في المنازعات، واجبات ترتبط في جزء منها بمفهوم المحاكمة العادلة كترسيخ لأحد مقوّمات دولة القانون التي تكون فيها السيادة للشعب صاحب الدّين كما يبيّن سلفا، وتبعيّا للمواطن، وفي جزء ثان بجملة من أخلاقيات المهنة، معادلة يمتحن فيها قدرة القاضي على تحويل القانون إلى عدالة، ذلك أنّ إستقلال القضاء حق إنساني لمنظوري العدالة أكثر منه إمتيازا للقضاء في حدّ ذاته.

فالقاضي حرّ ومستقلّ في تكييف الوقائع وهو حرّ في إستنتاج ما يمكن أن يترتب عن تكييفه المذكور، وهو حرّ كذلك في أحكامه ضمن ضوابط نصّ القانون والتي تظلّ خاضعة لرقابة قضائيّة أعلى في بقية أطوار التقاضي، بيد أنّ كلّ قاضي يحترم وظيفته و ذاته لا بدّ أن يفكر عند إصداره

لحكمه في أنه لا توجد درجة أو طور تقاض آخر، وأتته عليه أن يصدره كما لو كان نهائياً وباتاً، وهنا نقف عند أخلاقيات المهنة من نزاهة وحياد وكفاءة بماهي واجب تسهم وتؤسس حجر أساس إستقلال القاضي. كما أنّ الإستقلال بالنسبة للقاضي يفرض عليه التجديد في فقه قضائه وأن لا يخشى من مخالفة ما ساد من فقه قضاء على أن يؤسس له؛ فقراءة النصوص وتكييف الوقائع علم غير صحيح، لكنّه كذلك عمل معرفي لا يمكن أن يتطور إلاّ بالجرأة على حدّ عبارة العميد George Vedel « " . فإستقلال القاضي هنا ليس غاية بحدّ ذاته وإنّما سبيل لغاية أعظم وهو تحقيق العدالة، يكون معه القضاء محايداً ومنصفاً للجميع دون تمييز أمام القانون.

فضلا عن ذلك فإنّ أخلاقيات العمل القضائي تفرض على القاضي حسن التعامل مع حرّيته، هنا تكون المسؤولية هي التي تقود الأخلاق وتحدد مجال الحرّية<sup>9</sup>. وهنا يجد القاضي نفسه مجبراً على التعامل مع حرّيته خارج المفهوم المتداول إلى مفهوم طلائعي يرتبط بما يفرضه عليه واجبه من سموّ يحول دون ممارسات يمكن أن تمسّ من استقلاله أو حياده أو نزاهته في إنجاز عمله القضائي، أو يجعله لا محلّ مسائلة وتتبع قضائي وإنّما يشعره بخسارته للإحترام الذاتي الذي تفرضه صفة القاضي.

فلا جدال في أنّ المسؤولية هي المقابل المشروع والمنشود للحرّية بما تقتضيه من خروج عن المفاهيم القانونية المألوفة التي يحددها القانون لضوابط هذه الحرّية. وهي ضوابط قد تؤول إذا ما تعلق الأمر بالخوض في الشأن العام إمّا إلى تصنيفه ضمن زمرة المارقين في نظر البعض والطلائعي في نظر الآخر ، أو إلى القاضي الموظّف الملتزم بضوابط وظيفته كلّما ظلّ قابعا في برجه العاجي وما قد يؤول إليه الأمر من خنوع. الأمر الذي يؤول بنا إلى تناول فحوى هذه الضوابط الأخلاقية في علاقتها بإستقلال القاضي.

ثانيا: استقلال القاضي إكراهات الصفة والمفهوم الكلاسيكي للأخلاقيات القضائية وخشية الخنوع ينصّ الفصل الأوّل من مبادئ "بانغالور"<sup>10</sup> بشأن سلوك الجهاز القضائي على أنّ: " استقلال السلطة القضائية شرط مسبق لسيادة القانون وضمانة جوهرية للمحاكمة العادلة . ولذلك يتعيّن على القاضي أن يدعم ويوجد استقلال السلطة القضائية على الصعيدين الفردي والمؤسساتي."

هذه المبادئ الكونية تشدد على قيمة إستقلال السلطة القضائية والقاضي في البعدين المؤسساتي والفردي وتؤكّد على دور القاضي في تجسيد هذا الإستقلال غير أنّ دراسة المنظومة التشريعية التي سادت تنظيم عمل القضاء ولازالت تجاها بنا بوضع القاضي اليوم أمام جملة من

الإكراهات والإلتزامات التي تنفي أيّ تمييز بينه وبين الموظف العمومي بما يجعل "إستقلال القضاء" مجرد محاكاة في بعض الدول لواقع دول أخرى، من جهة مركزه الوظيفي تسمية أو تأجير أو ترقية أو في ما من شأنه أن يرتبط بالشأن العام وإكراهات واجب التحفظ، بل أنه يجابه أحيانا إكراهات وظيفية تضع صفة مواطنته موضع تساؤل.

### 1. الإكراهات الوظيفية خطر على إستقلال القاضي:

هي إكراهات ترتبط بطرق إنتداب بعض أصناف القضاة و تطوّر مساهم الوظيفي، فضلا عن صنف ثان يرتبط بالتكوين وتطوير معارف القاضي.

فإنتداب بعض القضاة يظلّ حبيسا لإرادة السّلطة السياسيّة في بعض الدّول من ذلك أنّ ثلثي أعضاء المحكمة الدّستوريّة في تونس موكول لرئيس الجمهوريّة وللسلطة التشريعيّة التي تعين أربعة أعضاء يخضع ترشيحهم لإرادة الأحزاب السياسيّة وإنتخابهم للتحالف الحزبي داخل المجلس بإعتباره منح كلّ كتلة نيابية حق ترشيح أربعة أسماء ترفع للجلسة العامة لمجلس النواب، وهو ما يجعل ثلثي قضاة المحكمة الدستورية مشوبا بشبهة الولاء السياسي ويفتح باب القدح في حياديتهم وإستقلالهم، ويضع مستقبل آراءها موضع لبس<sup>11</sup>.

فضلا عن ذلك فإنّ تطوّر المسار المهني للقاضي وتأجيره طبقا للنصوص التشريعيّة النافذة، يظلّ قاصرا عن كفالة إستقلال القاضي طالما لا تزال بعض الوظائف القضائيّة خاضعة للسلطة التقديرية ومنطق الهرميّة الإداريّة القضائيّة بما من شأنه أن يدخل القاضي في دوامة الخنوع والسعي إلى إرضاء من بيده قرار ترقيته، وهي مسائل قد تؤول إلى تطويع القاضي في عمله القاضي بما يشكله هذا الأمر من هتك لإستقلاله وضربا لنزاهته وحياده ومساسا بجوهر المحاكمة العادلة بما تقتضيه من تحكيم للقانون وسموّه، سيّما إذا تكاثفت هذه الإكراهات سالفه الذكر مع ضعف التكوين بالنسبة للقاضي.

لقد أقرّ مونتاسكيو في مؤلّفه "روح القانون" أنّه لاشيء يعطي قوّة للقوانين أكثر من الخضوع المواطنين المطلق للقضاة، وإننا لنكاد نجزم أنّه لاشيء يمثّل خطرا داهما على إستقلال القضاء والقضاة من تكوين محدود وموجّه لهم أو ضعف فادح في تكوين القاضي. ذلك أنه من السهل والشائع لدى السّلطة السياسيّة أن تعمد إلى تكوين محدود للقاضي يكرّس قصورا معرفيا لديه يجعله حبيسا إمّا لخوفه من الخطأ أو لرئيسه أو للسلطة، فيتحوّل من كائن حر في الأصل والمهية إلى كائن محكوم المصير يخشى المساءلة مسكون بهوس التقصير، وهي مسألة تتطلّب مراجعة جذريّة في نظرنا.

فضلا عن هذه الإكراهات الوظيفية والتي أتينا على بعضها، تنضاف جملة من الإكراهات التي تفرضها أخلاقيات ممارسة العمل القضائي.

## 2. مدونة أخلاقيات عمل القاضي مدخل لتطويع القضاء وضرب إستقلال القاضي:

لئن كان التقيد بالقيم الأخلاقية بالنسبة للقاضي يعدّ أمرا محمودا، إعتبارا وأنّ الوعي الأخلاقي لدى القاضي هو الربط بين الواجب والمبادئ الأخلاقية الإجتماعية التي تحفظ صورة العدالة في إطار إقامة موازنة بين حرّيته الشّخصية ومسؤوليته الوظيفية، خاصّة وأنّ السّلطة القضائية تعدّ حصن ومتراس الحقوق والحرّيات فإنّ إقرار مدونة لسلوك القاضي وتمييزه بضروب محددة تحكّم فكره قبل فعله من شأنها أن تكون مدخلا للسّلطة لتكبيّل إستقلاله.

فإلزام القاضي بواجب التحفظ<sup>12</sup> إنّما يعدّ في النهاية إخضاع له، وزجّ به في زمرة الموظّفين العموميين الذي عليهم أن يتجنّبوا كل ما من شأنه أن يمسّ بسمعة وهيبة الوظيف بما يختلّه هذا المفهوم اللّبدي من ترك لحرّية مطلقة للإدارة في تحديد ما يشكّل مسّا من هيبة الوظيف عن عدمه، وما يفتحه ذلك من مداخل لضرب الإدارة لإستقلال القاضي والقضاء.

زد على ذلك فإنّ بعض التنصيصات الواردة بهذه المدونات أو المجلّات الضابطة لأخلاقيات العمل القضائي تحمل في طياتها مقتضيات تتعارض ومبدأ المواطنة. فالحدّ من حرّية وحقّ التظاهر أو التعبير عن معارضة سياسة الحكومة مكرّس في بعض المدونات الأخلاقية شأن المشروع المقدم من وزارة العدل التونسية الذي تضمّن في فصله 30 أنّه على القاضي " الحد من المشاركة في التظاهرات التي من شأنها جلب الشبهة أو إحداث فتنة، أو تفضي إلى التأثير سلبا على صفته أو طبيعة عمله". كما أنّ مدونة أخلاق القاضي الفرنسي ميّزت بين القاضي العادي الذي ليس له حق إبداء رأيه في سياسة الحكومة<sup>13</sup> والقاضي النقابي الذي له حرّية التعبير داخل الأطر النقابية<sup>14</sup>، وهي مسائل تتعارض بداهة والمبادئ الدستورية والكونية المتعلقة بالمساواة وحرّية التعبير بما يجعل كل محاولة في التضييق على القضاة في ممارستها هذه الحقوق مسّ بإستقلالهم ومحاولة لتطويع القضاء، بما يتنافى والغاية الحقيقية التي من أجلها تمّ وضع معايير للسلوك الأخلاقي لدى القضاة والتي تهدف خصيصا لتزويد القضاة بالإرشادات ولتوفر للسّلطة القضائية إطار عمل لتنظيم سلوك العمل القضائي. ويقصد بها أيضا مساعدة أعضاء السلطتين التنفيذية والتشريعية والمحامين وعموم الوالجرين للقضاء، على فهم ودعم السلطة القضائية بصورة أفضل .

وفي حقيقة الأمر فإنّ واجب التحقّظ لقي نقدا لاذعا من نقابة القضاة الفرنسيين بمناسبة عرض مجلس النواب الفرنسي تنقيح القسم القضائي سنة 2006 حيث نددت بإدراج هذا الواجب ضمن القسم في بيّانها الصّادر بتاريخ 9 ديسمبر 2006 وعبّرت عن رفضها لذلك مؤكّدة على أنّ التنقيح المعروض هو قسم يكرّس خضوع القاضي<sup>15</sup> الفرنسي مبيّنة ضرورة أن يتلاءم هذا الواجب مع مبدأ الإستقلال الذي يميّز القاضي عن الموظّف العمومي مثلما أقرّته لجنة التأديب للنيابة العامّة في قرارها الصادر بتاريخ 9 أكتوبر 1987.

## خاتمة

يقول أنطونيو غرامشي: « Je suis pessimiste avec l'intelligence, mais optimiste par la volonté » وقراءة واقع العدالة والقضاء اليوم قد تدفعنا إلى التشاؤم، لكن التفاؤل بتغيير هذا الواقع يقتضي من القاضي الإرادة والجرأة والإلتزام، فهيبة سلطة القضاء والقاضي لا تستمدّ فقط مما يمنحه له القانون من آليات، وإنّما يجد أصله وروافد قوّته في روح وثقافة العدل الكامنة فيه، في إنسانيته وجرأته، في استقلاله وكفاءته، ذلك أنّ إقرار عدالة للإنسانية، عدالة تُحترم وتهاب، يقتضي أن يكبر القضاء ويربو في الصعوبات والمخاطرة... والمخاطرة بإقرار العدل هي ديدن ورسالة القاضي الملتزم العادل.

## الهوامش:

1 ) الفصل 102 من الدستور التونسي لسنة 2014 " القضاء سلطة مستقلة تضمن إقامة العدل، وعلوية الدستور، وسيادة القانون، وحماية الحقوق والحريات. القاضي مستقل لا سلطان عليه في قضائه لغير القانون".

2 ) ديباجة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان 10 ديسمبر 1948.

3 (Selon Portalis, avocat et jurisconsulte français du 18ème siècle, « la Justice est la première dette de la souveraineté »

4 ) « L'indépendance est vue non seulement comme une exigence morale, mais comme un droit et un devoir » Jean-Marc Varaut, directeur des études de l'institution de droit pénal du barreau de paris, in dictionnaire de la justice, PUF2004.

5) « la justice ne règne pas seulement par ses décisions ; elle domine surtout par la confiance qu'elle inspire ». Monsieur Pierre Arpaillange, Procureur Général près la Cour de cassation française

6 ) le Conseil constitutionnel français prévoit que «l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement» moyennant quoi « il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions ou de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leurs compétences ». Guy Carcassonne, Professeur de droit public Université de Paris X – Nanterre (France) rapport introductif, in « L'indépendance de la justice », Actes du deuxième congrès de l'Association des Hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF) Dakar – 7 et 8 novembre 2007

7-) شأن النزاعات الإنتخابية وما يمكن أن تؤدّي له من عواقب في نظ البعض إذا لم يقع خلق موازنة من طرف القاضي بين مقتضيات المشروعية وقراءة آثار ذلك على الواقع السياسي والأمن والسكينة العامين.

مسألة تداولها البعض من السياسيين والقانونيين عند إصدار المحكمة الإدارية لأحكام تقرّ بإختصاصها بالنظر في النزاعات المرتبطة بمرسوم المصادرة وتقضي بإلغائه لعدم شرعيّته

8) الفصل 92 من الدستور يمنح لرئيس الحكومة حق التسمية في الوظائف المدنية العليا مثلما حددت بالقانون عدد 33 لسنة 2015 المؤرّخ في 17 أوت 2015 ، في حين إقتضى الفصل 106 من الدستور أن "يسمى القضاة بأمر رئاسي بناء على رأي مطابق من المجلس الأعلى للقضاء.

يسمى القضاة السامون بأمر رئاسي بالتشاور مع رئيس الحكومة، بناء على ترشيح حصري من المجلس الأعلى للقضاء، ويضبط القانون الوظائف القضائية السامية. " والحال أنّ الفصل 45 من القانون الأساسي عدجد 34 لسنة 2016 المؤرخ في 28 أفريل 2016 والمتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء أكد على أنّ يبتّ كل مجلس قضائي في المسار المهني للقضاة الراجعين إليه بالنظر من تسمية وترقية ونقله."

9 d'Antoine Garapon, « L'éthique prend le relais de la règle lorsque celle-ci ne peut entrer dans les méandres de la vie » in « Ethique du juge », Dictionnaire de la Justice.

10) المبادئ المنبثقة عن المجلس الإقتصادي والإجتماعي للأمم المتحدة سنة 2006 والمتعلقة بتدعيم المبادئ الأساسية لسلوك الجهاز القضائي.

11) الفصول 11 و12 و13 من قانون أساسي عدد 50 لسنة 2015 مؤرخ في 3 ديسمبر 2015 يتعلق بالمحكمة الدستورية .

الفصل 11. يعين مجلس نواب الشعب أربعة أعضاء طبقا لما يلي:

لكل كتلة نيابية داخل مجلس نواب الشعب، أو لكل مجموعة نواب غير منتمين للكتل النيابية يساوي عددهم أو يفوق الحد الأدنى اللازم لتشكيل كتلة نيابية، الحق في ترشيح أربعة أسماء على الجلسة العامة، على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون.

ينتخب مجلس نواب الشعب الأعضاء الأربعة بالاقتراع السري وبأغلبية الثلثين من أعضائه فإن لم يحرز العدد الكافي من المرشحين الأغلبية المطلوبة بعد ثلاث دورات متتالية يفتح باب الترشيح مجددا لتقديم عدد جديد من المرشحين بحسب ما تبقى من نقص مع مراعاة الاختصاص في القانون من عدمه.

وفي صورة التساوي في عدد الأصوات المتحصل عليها، يصرح بفوز الأكبر سنًا.

الفصل 12. يعين المجلس الأعلى للقضاء أربعة أعضاء طبقا لما يلي :

لكل مجلس قضائي الحق في ترشيح أربعة أسماء على الجلسة العامة على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون. تحدث لدى المجلس الأعلى للقضاء لجنة خاصة تتكون من رؤساء المجالس القضائية الثلاثة توكل لها مهمة التثبت في توفر شروط الترشيح من عدمها.

تنتخب الجلسة العامة للمجلس الأعلى للقضاء بالاقتراع السري وبأغلبية ثلثي أعضائها أربعة أعضاء، على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون.

تعاد عند الضرورة دورات انتخابية متتالية إلى حين استكمال انتخاب الأعضاء الأربعة.

في صورة التساوي في عدد الأصوات المتحصل عليها، يصرح بفوز المترشّح الأكبر سنًا.

الفصل 13. يعين رئيس الجمهورية، أربعة أعضاء على أن يكون ثلاثة منهم من المختصين في القانون.

(12) - الفصل 10: من مشروع مجلة الأخلاقيات القضائية المنشور ببوابة وزارة العدل التونسية "على القاضي أن يلتزم الحياد والتحفظ وتجنب كل نشاط سياسي أو حزبي وأن يحافظ على هيئته ووقاره بين الناس بحفظ لسانه وملبسه ومسكنه وسائر شؤونه مما يمكن أن يجلب سوء الضن به أو بأهله أو أعوانه.

الفصل 111 من الدستور المغربي " للقضاة حرية التعبير بما يتلاءم مع واجب التحفظ والأخلاقيات القضائية"  
13 ) f3 « toute manifestation d'hostilité au principe et à la forme du gouvernement de la république est interdite aux magistrats, de même que toute démonstration politique incompatible avec la réserve que leur impose leurs fonctions »

14 ) f5 « le magistrat qui bénéficie du droit de syndiquer, s'exprime librement dans ce cadre syndical »

15 (Le Syndicat de la magistrature s'oppose à toute rédaction du serment qui consisterait en une simple énumération d'obligations disciplinaires. En particulier, il conteste l'introduction dans ce serment de l'obligation de réserve qui n'était nullement l'enjeu des débats de la commission d'enquête parlementaire. En effet, l'engagement politique et syndical est une liberté constitutionnelle accordée à tout citoyen et tout magistrat, comme l'a rappelé la commission de discipline du parquet dans un avis du 9 octobre 1987, « L'obligation de réserve (...) ne saurait servir à réduire les magistrats au silence et au conformisme ; elle doit se concilier avec l'indépendance qui distingue le magistrat du fonctionnaire. »

Un serment doit rappeler les valeurs fondamentales et communes d'une profession. L'indépendance et le rôle de gardien des libertés individuelles qui constituent les valeurs fondatrices de l'institution judiciaire, telles que les rappellent les articles 64 et 66 de la Constitution, doivent nécessairement constituer les éléments principaux d'un serment rénové de la magistrature.

Le Syndicat de la magistrature exige le retrait de la proposition de modification du serment des magistrats et la reconnaissance du droit syndical par le statut de la magistrature.

## دور مجلس الدولة المصري في حماية حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية ( بناء الكنائس، وإدارتها نموذجًا )



أ.د/شعبان أحمد رمضان

جامعة أسيوط \_ مصر

أ/ أحمد سيد محمود

جامعة أسيوط \_ مصر

\*\*\*\*\*

مقدمة :

يعد إنشاء دور العبادة، وإدارتها من أهم مواضع ممارسة الشعائر الدينية؛ باعتبار هذه الدور من أهم رموز الحرية الدينية، والنطاق المشترك بين الأديان، وموضع ممارسة الشعيرة الدينية الأهم في الأديان كافة، وهي الصلاة وبالتالي فإنه يتعين تدخل المشرّع وجهاً لإدارة بتنظيمها على نحو ييسّر مباشرة الشعائر الدينية، ويكفل عدم الاحتكاك بين ممارسي هذه الشعائر، وحيث إن ممارسة الشعائر الدينية مستقرّة في القضاء المصري على أنها لأصحاب الديانات السماوية الثلاث (اليهودية، والمسيحية، والإسلام) التي يمكن ممارسة شعائرها علناً في مصر؛ لأن مسألة بناء المعابد اليهودية لا تُثير أي مشاكل تذكر؛ نظراً لقلّة أتباع الديانة اليهودية في مصر، وكذا تُظهر دراسة تاريخ التنظيم القانوني للأوقاف بشكل عام أن عملية بناء المساجد ظلت دائماً خارج نطاق التنظيم التشريعي حتى بعد صدور قرار من مجلس الوزراء الذي يُنظم مسألة بناء المساجد ويضع لها بعض الضوابط التي تغاضت السلطات عن مخالفة هذه الضوابط في حين تُحكّم الدولة سيطرتها الكاملة على إدارة وتوجيه النشاط الديني داخل المساجد من خلال احتكار حق ولاية شؤون المساجد، وتعيين القائمين عليها، ومراقبتهم، وإقرار القضاء الإداري للدولة بهذا الحق؛ لذا نركز في هذه المداخلة على إنشاء والكنائس، وإدارتها باعتبار أن غالبية المصريين من غير المسلمين هم من أتباع الديانة المسيحية.

مشكلة الدراسة :

تكمن المشكلة الرئيسة هنا في هذا البحث في غياب تشريعات تُنظّم عملية بناء الكنائس، وإدارتها.

أسباب اختيار الموضوع :

\_ تنامي مشكلات المجتمع المصري المتعلقة بترخيص الكنائس، وبنائها.

\_ محاولة الإسهام في إيجاد حلول لهذه المشاكل.

#### أهداف البحث :

يهدف هذا البحث إلى معرفة دور مجلس الدولة إفتاءً، وقضاءً في توفير الحماية اللازمة لدور عبادة غير المسلمين في مصر.

#### المنهج المتبع :

سيعتمد البحث على المنهج الوصفي التحليلي حيث نقرأ النصوص القانونية، وأحكام وقرارات مجلس الدولة قراءةً موضوعيةً حرةً لاستنتاج الأحكام، ومحاولة الخروج بنتائج علمية، وهو ما نريد عرضه، وتناوله في إيجاز من خلال مبحثين.

المبحث الأول: وفيه نتناول التنظيم القانوني لبناء الكنائس، وإدارتها في مصر من خلال استعراض النصوص الدستورية المقررة لحرية العقيدة وممارسة الشعائر، والمراحل التي مرت بها مسألة بناء الكنائس، وإدارتها في الواقع المصري.

المبحث الثاني: وفيه نعرض لأهم المبادئ التي قررها مجلس الدولة فيما يتعلق ببناء الكنائس، وإدارتها.

#### المبحث الأول: التنظيم القانوني لبناء الكنائس، وإدارتها

حرصت الدساتير المصرية المتعاقبة جميعها منذ دستور سنة 1923م على تقرير الحريات العامة في صلبها قصداً من الشارع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيداً على المشرع العادي فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث إطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعياً فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري بأن قيد حرية أو حقاً ورد في الدستور مطلقاً أو أهدر أو انتقص من أيهما تحت ستار التنظيم الجائز دستورياً، وقع عمله التشريعي مشوباً بعيب مخالفة الدستور<sup>(1)</sup>.

#### المطلب الأول: النصوص الدستورية المقررة لحرية العقيدة

يتبين من استقصاء النصوص الخاصة بحرية العقيدة في الدساتير المصرية المتعاقبة أنها حرصت على التأكيد على تلك الحرية وكفالتها، بدءاً من دستور 1923م الذي نصَّ في المادة (12) منه على أن "حرية الاعتقاد مطلقة"، ونصت المادة (13) علي ان "تحمي الدولة حريه القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقا للعادات المرعية في الديار المصرية علي ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا ينفى الآداب " وفي دستور 1971م تناولت المادة (46) من الدستور مبدأ حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية حيث تنص على أن (تكفل

الدولة حرية العقيدة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية)، وقد أغفل المشرع الدستوري في دستور 1971م النص على قيد (عدم الإخلال بالنظام العام، والآداب العامة)، وقضت المحكمة العليا الدستورية بأن "إغفاله لا يعني إسقاطه عمداً أو إباحة إقامة الشعائر الدينية ولو كانت مُخلّة بالنظام أو منافية للآداب. ذلك أن المشرع رأى أن هذا القيد غني عن الإثبات والنص عليه - أما الأديان التي يحمي هذا النص حرية القيام بشعائرها فقد استبان من الأعمال التحضيرية لدستور 1923م عن المادتين 12 ، 13 منه وهما الأصل الدستوري لجميع هذه النصوص - ومنها نص المادة 46 من دستور 1971م - إنما هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة (اليهودية، والمسيحية، والإسلام)"<sup>(2)</sup>.

وقد جاء النص على حرية العقيدة في دستور 2012م في المادة (43) التي نصت على أن (حرية العقيدة مصونة، وتكفل الدولة حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية، وذلك على النحو الذي ينظمه القانون)، وهذه هي السابقة الأولى في النصوص الدستورية التي يُنص فيها صراحةً على قصر حرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة للأديان السماوية فقط وأحال تنظيم ذلك للقانون، فلأول مرة يحيل النص الدستوري إلى التشريع مسألة تنظيم ممارسة الشعائر الدينية، وإقامة دور العبادة بعدما قصر هذا الحق على أتباع الأديان السماوية (اليهودية، والمسيحية، والإسلام) بما يعني التزام المشرع بسن قانون ينظم هذه المسألة، واستقر الحال بتلك المادة في التعديل الدستوري الصادر في 2014م في نص المادة (64) من الدستور المعدل التي تنص على أن "حرية الاعتقاد مطلقة، وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق يُنظمه القانون"، وهذا النص يكاد يكون مطابق لنص المادة (43) من دستور 2012م المعطل، التي قصرت حق ممارسة الشعائر الدينية على "أتباع الديانات السماوية" فقط<sup>(3)</sup>. وأنت التعديلات بنص جديد للمادة (235) التي نصت على أن "يصدر مجلس النواب في أول دور انعقاد له بعد العمل بهذا الدستور قانوناً لتنظيم بناء وترميم الكنائس بما يكفل حرية ممارسة المسيحيين لشعائهم الدينية"<sup>(4)</sup>. ويعتبر دستور 2012م والمعدل في 2014م هو أول دستور مصري يستخدم مصطلح "الأديان السماوية" ضمن نصوصه، فالدساتير السابقة لم تُشر إلى أديانٍ بعينها في الدستور سوى دين الإسلام بوصفه دين الدولة، وكانت هذه الإشارة العابرة هي ما اعتمدت عليه المحكمة العليا في حكمها الصادر عام 1975م بشأن أتباع الطائفة البهائية التي اعتبرتها في حكم المرتدين، وأن السماح ببناء محافل بهائية والحال هذه يعد إخلالاً بالنظام العام للدولة وفقاً لتعريف لجنة دستور 1923م وإخلاقاً بالمادة الثانية من دستور 1971م التي تعتبر الإسلام دين الدولة<sup>(5)</sup>. وبناءً عليه، فقد تم اعتبار هذه الأديان بذاتها أحد مكونات النظام العام التي يشكل الخروج عليها إخلالاً بالنظام العام للدولة.

بعد استعراض كافة النصوص الدستورية بدءًا من دستور 1923م حتى التعديل الدستوري سنة 2014م يمكن القول: إن تلك النصوص قد ميزت بشكل واضح بين حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية التي تقتضيها هذه العقيدة، فلإنسان أن يؤمنَ بأى دين سماوي أو غير سماوي، وله أن يكون ملحدًا أو كافرًا ما دامت هذه المعتقدات كامنة داخل النفس، وكل ما في الأمر أن الإنسان في هذه الحالة يتحمل نتيجة اختياره<sup>(6)</sup>.

أما حرية ممارسة الشعائر الدينية، كالقيام بالصلوات أو العبادات التي تتطلبها العقيدة، فتقتصر على الديانات السماوية الثلاث (اليهودية، والمسيحية، والإسلام) التي يمكن ممارسة شعائرها علنًا في مصر<sup>(7)</sup>.

### المطلب الثاني: بناء الكنائس، وإدارتها في الواقع المصري

من القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية "ترك أهل الذمة، وما يدينون" فعقد الذمة يتضمن إقرار الذمي على عقديته، وعدم التعرض له بسبب ديانته، وفيما يتعلق بحرية ممارسة العبادة بالنسبة لغير المسلمين من أهل الذمة، وحريةهم في إنشاء معابدهم كالكنائس والبيع وحكم معابدهم القديمة ومدى حريةهم في إقامة شعائرهم الدينية فالاجتهادات الفقهية كثيرة ومتنوعة وتختلف باختلاف الأحوال وقت الفتح<sup>(8)</sup>، ومن جانبنا نرجح ما ذهب إليه الزيدية، وابن القاسم المالكي من أنه يجوز لأهل الذمة إحداث الكنائس والمعابد الأخرى في أمصار المسلمين - عدا أرض الحجاز - وفيما فتحوه عنوة إذا أذن لهم الإمام بذلك<sup>(9)</sup>، كما نرجح القول الثاني في المذهب الحنبلي، وهو إبقاء كنائسهم القديمة في الأمصار المفتوحة عنوة لقوة الأدلة التي ذكروها<sup>(10)</sup> كما أن هذا الإبقاء يتفق وإقرار الإسلام لأهل الذمة على عقيدتهم، وعدم التعرض لهم بشأنها، وهذا ما أيدته الوقائع التاريخية في مختلف أرجاء الدولة الإسلامية، وفيما يخص الواقع المصري فإن أمر بناء الكنائس، أو هدمها في مصر لم يكن تبعًا للمصلحة الذي تم في وقت الفتح بين عمرو بن العاص، والأقباط وإنما يتوقف على سياسة الحاكم -واليًا كان أم خليفة-، وهو ما يفسر لنا التناقض في قرارات الولاة في هذا الشأن حيث كان بعضهم يُبيح، وبعضهم يمنع<sup>(11)</sup>.

وفي هذا المقام يُذكر أن والي مصر "موسى بن عيسى بن موسى" العباسي في خلافة "هارون الرشيد" أذن للنصارى سنة 171هـ ببناء الكنائس التي هدمها الوالي قبله "علي بن سليمان"، فبُنيت بمشورة الإمام الليث بن سعد، وعبد الله بن لهيعة، فقالا هي من عمارة البلاد، واحتجًا أن عامة الكنائس التي بمصر لم تُبن إلا في الإسلام في زمن الصحابة والتابعين<sup>(12)</sup>.

وفيما يتعلق بالقول بمنع الذميين من إظهار شعائرهم الدينية خارج كنائسهم في أمصار المسلمين<sup>(13)</sup>، مبناه في الغالب مراعاة المصلحة العامة للدولة الإسلامية آنذاك لئلا يحدث من إظهار شعائرهم في أمصار المسلمين شيء من الفتنة، والاضطراب، فليس المنع إذن منصبً على الشعائر الدينية

ذاتها؛ وإنما لأمرٍ آخر، ولهذا لم يمنع هؤلاء الفقهاء إظهار شعائرهم الدينية في القرى والمواضع التي ليست من أمصار المسلمين، أو في قرى أهل الذمة أنفسهم<sup>(14)</sup>، ولو كان المنع للشعائر ذاتها مُنعت في كل مكان<sup>(15)</sup>.

ومما يعزز قناعتنا بهذا الرأي ما جاء في كثيرٍ من العهود التي أبرمت بين قادة الجيوش الإسلامية الفاتحة، وبين أهل البلاد المفتوحة من تعهد المسلمين بترك الناس، وما يدينون والتخلى بينهم وبين كنائسهم ومعابدهم، وأن يُسمح لهم بالاحتفال بأعيادهم، ومناسباتهم الدينية<sup>(16)</sup>.

وفي مصر ومنذ الفتح الإسلامي استمر أمرُ بناء الكنائس لا يحكمه قانونٌ أو نظامٌ ثابتٌ حتى خضوع مصر للحكم العثماني، ففي عهد السلطان عبد المجيد -سلطان الإمبراطورية العثمانية- صدر سنة 1856م، أولُ فرمانٍ يُنظم مسألة بناء دور العبادة لغير المسلمين ثم مرت هذه المسألة بعدد من المراحل حتى انتهينا إلى النص في دستور 2012م المعدل عام 2014م، التي نصت مادته 235 على أن: "يُصدر مجلس النواب في أول دور انعقادٍ له بعد العمل بهذا الدستور قانونًا لتنظيم بناء وترميم الكنائس، بما يكفل حرية ممارسة المسيحيين لشعائرهم الدينية))، وبمقتضى هذا النص أصدر مجلس النواب القانون رقم 80 لسنة 2016 ينظم عملية بناء وترميم الكنائس.

ويمكننا هنا أن نميز بين مرحلتين مرت بهما مسألة بناء الكنائس في مصر: الأولى قبل إصدار القانون رقم (80) لسنة 2016م بشأن تنظيم أعمال بناء، وترميم الكنائس وملحقاتها. والثانية بعد إصدار هذا القانون.

المرحلة الأولى: قبل إصدار القانون رقم (80) لسنة 2016م \_ بشأن تنظيم أعمال بناء وترميم الكنائس، وملحقاتها.

لا توجد تاريخيًا في مصر أي قوانين تفصيلية خاصة ببناء الكنائس حتى تاريخ صدور القانون رقم (80) لسنة 2016م \_ بشأن تنظيم أعمال بناء وترميم الكنائس وملحقاتها\_ ويمثل بناء الكنائس في مصر أزمة يختلط فيها الديني بالسياسي، والقانوني بالأمني، وتُنسب أسباب هذه الأزمة في الأساس إلى الخط الهمايوني الذي أصدره الخليفة العثماني عبد المجيد الأول سنة 1856م لإنصاف الأقليات غير الإسلامية من رعايا الدولة العثمانية، وإزالة مظاهر التمييز بينهم، وبين المسلمين، وتقدير المساواة بين كل رعايا الدولة بصرف النظر عن العقيدة الدينية، وقد كان الهدف من إصدار هذا فرمان كما تُشير المراجع التاريخية هو سد ثغرات التدخل الأجنبي الاستعماري في شؤون الدولة العثمانية بدعوى وحجة حماية الأقليات الدينية ذات الروابط المذهبية مع الدول الاستعمارية في ذلك التاريخ<sup>(17)</sup>، وتنظيم مسألة

بناء دور العبادة لغير المسلمين في الولايات العثمانية فمن ضمن ما نص عليه "احترام شعائر غير المسلمين الدينية، والحفاظ على دور عبادتهم، ولم يصادر حرية عبادتهم، أو يعوق بناء معابدهم، وترميمها لكنه اشترط الحصول على (فرمان سلطاني) تصريح بالبناء"<sup>(18)</sup>

وتُفيد الوثائق الرسمية أن أمر إنشاء الكنائس، وتعميرها ظل شأنًا مصريًا داخليًا متوارثًا منذ الفتح الإسلامي، مرهونًا دائمًا بإذن الحاكم قبل وبعد إصدار الخط الهمايوني سنة 1856م، نشأت عنه قاعدة قانونية عرفية غير مسنونة لها صفة العمومية والقدم والثبات والإلزام - أقرها الخط الهمايوني ولم يستحدثها - ظلت موجودة رغم تغيير، وتعديل الدساتير وأنظمة الحكم في مصر وهو ما دأب على تسميتها بالتقاليد أو القواعد المرعية أو ما جرى عليه العمل، ومما يزيد قناعتنا بذلك أنه بالرجوع إلى الأوامر الملكية، أو القرارات الجمهورية الصادرة بالترخيص للطوائف المسيحية بإنشاء الكنائس لم نجد لها تشير يومًا إلى الخط الهمايوني وإنما تؤكد أنه شأنًا محليًا يتولاه حكام مصر من أسرة محمد علي، دون الحاجة لرفع الأمر إلى السلطان العثماني<sup>(19)</sup>، وتوارثه رؤساء الجمهورية بعد سقوط الملكية، وعلى النقيض من رأينا هذا أكد قضاء وإفتاء مجلس الدولة في عدد من المناسبات أن استئثار الحاكم في مصر (ملك - رئيس جمهورية) بسلطة إصدار تراخيص بناء الكنائس مرده إلى أحكام الخط الهمايوني"<sup>(20)</sup>

وهناك أيضا سببٌ آخر في تأزم هذه المسألة ألا وهو الشروط "العزبية"، نسبة إلى وكيل وزارة الداخلية في الحقبة الملكية عزبي باشا الذي وضع عشرة شروط لبناء الكنائس تحت عنوان التحريات التي يجب مراعاتها عند الطلب بالترخيص بإنشاء كنيسة جديدة، يتحتم فيها استيفاء بعض البيانات<sup>(21)</sup>، وقد أصبحت هذه الشروط حجر عثرة في طريق بناء الكنائس، وبخاصة مع طول الوقت الذي يحتاجه صدور الترخيص فكثيرا ما تتغير خلاله معالم المكان الذي أُعد لإقامة كنيسة مثل أن يقام مسجد قريبا منه فيحول ذلك دون إصدار الترخيص ببناء الكنيسة.

وعلى النقيض من ذلك لم تمثل مسألة إدارة النشاط الديني، وحق ولاية شؤون دور العبادة لغير المسلمين أية مشكلة تُذكر لأي طرف من الأطراف نظرًا لتمتع الطوائف الدينية من غير المسلمين بالاستقلالية التامة في إدارة شؤونهم الدينية منذ الفتح الإسلامي لمصر فقد أدرك العرب منذ البداية أنه لا بد أن يدير بابا الأقباط شؤون الكنائس والأديرة، وتنظيم الشؤون الداخلية لأهل ملته مثل الزواج، والمواثيق، وترك للأقباط الحرية في اختيار رؤسائهم الدينيين، واقتصر دور الحاكم على إصدار توقيع لتثبيت انتخاب الرئيس الديني للأقباط<sup>(22)</sup>. وفي ظل الإمبراطورية العثمانية كان بطريك أية طائفة لا يستطيع أن يباشر أية سلطة، أو ولاية على طائفته حتى بعد انتخابه، إن لم يمنحه السلطان براءة التثبيت التي كانت تقره رسميًا حاكمًا على كنيسته، وكانت البراءات تعين حدود السلطة والإنعامات

الممنوحة لكل بطيريك. وكانت براءة التثبيت تخول للبطاركة حق الحكم بالأمر التي تتعلق برعاياهم، وهي أحكامُ الوراثة وفرض الضرائب، والحقوق المدنية، وأحكام الزواج، وكل علاقات رؤوسهم وصلاتهم بالحكومة، وكانوا يدافعون أمام الولاة عن رعاياهم، وكانت ترفع الأمور القضائية التي تناول المسيحيين إلى محاكم البطاركة الخاصة، وكان البطاركةُ يديرون في حرية تامة أوقاف طائفهم، وكنائسها، ومدارسها، ومستشفياتها، وكان لهم الحق في إقامة الاحتفالات الدينية، ومن ضمن صلاحياتهم توقيع أشكال العقوبة المناسبة على رعاياهم من المدنيين أو الكهنة، ومن الأمور المقررة أن ولاية البطاركة كانت تصدر عن الباب العالي إلا أن هذا الإجراء كان يختلف عند المصريين؛ إذ إن الرؤساء الدينيين في مصر هم أصلاً مصريون ويباشرون سلطاتهم في مصر، وبالتالي لا يعاملون مثل الرؤساء الدينيين للطوائف المختلفة الأخرى الذين يعيشون في ظل الإمبراطورية العثمانية، ومن ثم كان يكفي أن يعترف الخديوي بولاية الرئيس الديني<sup>(23)</sup>.

وأعطى التقليد الكنسي عبر العصور للأكليروس - رجال الكهنوت - دورهم في إدارة الكنيسة أو تدبيرها بالمعنى الكنسي، ورعاية جماعة المؤمنين روحياً؛ ولذا تؤكد الكنيسة على أن الكهنوت أبوة، وحب، وخدمة، وليس سلطة، ولا يستطيع أحد أن يتقدم للكهنوت إلا باختيار شعبي، ومن هنا يبرز مبدأ حق الشعب في اختيار راعيه<sup>(24)</sup>. واستمر هذا الوضع حتى عصرنا الحالي فلا سلطان للدولة على الكنائس في تعيين أو عزل أية درجة أو رتبة من درجات أو رتب الكهنوت أو الرقابة عليهم من الناحية المالية أو الروحية، ولا دخل للدولة بما يُقال داخل الكنائس في العظات، أو الدروس، أو المحاضرات، أو الأفكار التي تلقنها لشبابها ولجمهورها ولا رقابة للدولة على مصادر تمويل الكنائس أو أوجه إنفاق الأموال، وقد استقر إفتاءً وقضاءً مجلس الدولة على أن الكنائس منشآت تابعة للرئاسة الدينية أي للبطيركية وهذا يجعل للرئاسة الدينية وحدها الحق في الإشراف المالي، والإداري على الكنيسة بما لها من الولاية على شؤون الطائفة الدينية وليس لجهات الإدارة ولا لأية جهة أخرى أي إشراف على الكنيسة في هذا الخصوص علاوة على اعتبار الطوائف الدينية غير الإسلامية المعترف بها من السلطة الداخلية مرافق عامة تتمتع بخصائص الأشخاص الإدارية، وأن مجالس إدارتها والهيئات المشرفة عليها تأخذ المركز القانوني ذاته.

#### المرحلة الثانية: في ظل قانون بناء الكنائس، وترميمها:

صدر القانون رقم 80 لسنة 2016 م، الخاص بتنظيم أعمال بناء الكنائس، وترميمها، وملحقاتها لغرض استيفاء الاستحقاق الدستوري المنصوص عليه في المادة 235 من باب الأحكام العامة والانتقالية في التعديل الدستوري عام 2014 م، وقد وافق مجلس النواب على هذا القانون بعد التوافق بين الحكومة والكنائس المصرية الثلاث، وللمهتمين بهذا الشأن عدة ملاحظات على هذا القانون أهمها:

1- القانون خصص أكثر من ثلثه لتعريف المصطلحات المستخدمة فيه، علمًا أن غالبها لا يثير أي لبس كمصطلحات المنبر، والصحن، والمنارة. إنما يعبر كما وصفه البعض عن روح القانون الذي يتصف بالحيطة، والحذر في كل ما يتصل بموضع الكنائس.

2 - اقتصر القانون على تنظيم بناء الكنائس، وترميمها فقط، مع الإشارة في الديباجة إلى أن تنظيم أوضاع الأديرة، وما تحويه من دور وأماكن عبادة يصدر به قانون مستقل، فكان من الأولى ألا يقتصر القانون على تنظيم بناء الكنائس فقط؛ بل كان يجب أن يتناول بالتنظيم مسألة بناء الأديرة، وتنظيم أملاكها ما يناسب الغرض منها؛ فقد لوحظ في الفترة الأخيرة تحول كثير من الأديرة من أماكن للعبادة، والتبتل إلى صروح اقتصادية عملاقة بما توافر لها من إمكانيات مادية ضخمة نتيجة ضم آلاف الأقدنة من الأراضي الزراعية وبسط سيطرتها على آلاف الأقدنة الصحراوية، بما يتنافى مع الغرض من إنشاء الدير، ولا علاقة له بحرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية<sup>(25)</sup>.

2 - المسألة الأهم في هذا القانون هو ربط شرط بناء الكنيسة بحسب التعداد السكاني للأقباط، وهو ما لم ينص عليه بالتحديد، فما العدد الممكن الذي نستطيع أن نقول بأن هذا العدد هو العدد الأمثل، إنها مسألة تقديرية، ويصعب تحديدها، في ظل انتهاج الدولة المصرية للنهج الفرنسي من منع استعمال خانة الديانة في الاستبيانات، والمسوح الميدانية، بحيث يتم التعامل مع المواطنين سواسية.

هذا المستجد يفرض اشتغال المسوح، والاستبيانات على بيان الديانة، بحيث يمكن تحديد بيان التعداد تفصيليًا، ويمكن تفادي تقليل زمن جمع البيانات السكانية باللجوء للمعالجات، والتقديرات الإحصائية بحسب آخر تعداد ففي حالة رفض الجهاز المركزي للتعبئة والإحصاء للتعداد على أساس الديانة، وغيره من الأجهزة المعنية بالبحث العلمي، والقائمة به، هل سيظل الأمر على ما هو عليه؟ وفي حال إذا استمر الأمر كما هو، فإننا أمام مسألة تقديرية لا يوجد سند موضوعي لها، فلو افترضنا أن أحد المحافظين قد تعنت في رفض البناء تحت دعوى التعداد، فهل سوف يقوم المتضرر باللجوء للقضاء؟ وما السند الموضوعي له؟ ما لم تتوفر التعدادات المؤيدة له<sup>(26)</sup>؛ لذلك كان من الأفضل تحديد حد أدنى للمساحة التي يُسمح بإقامة الكنائس عليها؛ تجنبًا للاختلاف حول تقدير معيار الحاجة والعدد، وهما شأنان تقديران لا تحكمهما معايير موضوعية، وكلاهما يخضعان للجدل<sup>(27)</sup>.

هذا، ويشير البعض إلى أن السبب في صياغة هذا النص بهذه الكيفية هو أن الجهات الرسمية، مدعومة برأي الأجهزة الأمنية، تتخوف من تغيير الهوية المعمارية "العربية/الإسلامية" لمصر، من خلال التمدد والتوسع في بناء الكنائس، خصوصًا مع ما ترده هذه الأجهزة إلى تمويلات أقباط المهجر، وعلاقاتهم المالية

بالكنيسة، ما قد يوفر دعمًا وموردًا ماليًا كبيرًا لها، يساعدها في بناء العديد من الكنائس من دون أن تكون هناك حاجة فعلية لها، وفق ما تقدره الأجهزة<sup>(28)</sup>.

وفي تقديرنا يرجع السبب في وجود هذا النص إلى أن الحكومة تريد الاحتفاظ بقدر من السلطة تسمح لها بفرض نوع من التوازن بين متطلبات الطوائف المسيحية وبين الدواع الأمنية التي قد تعوق تحقيق جميع هذه الطلبات، وهذا معناه أن الأمن هو الفاعل الرئيس في منح أو عدم منح تراخيص بناء الكنائس، وهنا نكون أمام عملية بعثٍ لشروط العزبي باشا في ثوب جديد.

4- المادة السابعة قننت ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية استثناء الكنيسة من عدم الرجوع في الوقف أسوة بالمسجد<sup>(29)</sup>.

5- قصور بعض أحكام هذا القانون على سبيل المثال المواد الثامنة، والتاسعة، والعاشر التي تناولت تقنين أوضاع الكنائس المقامة دون تراخيص رسمية. فقد اشترط القانون في المادة التاسعة شروطاً لتوفيق أوضاع الكنائس القائمة دون ترخيص، وهي:

أولاً- ثبوت سلامة المبنى الإنشائية.

ثانياً- إقامة المبنى وفقاً للاشتراطات البنائية المعتمدة.

ثالثاً- الالتزام بالضوابط، والقواعد التي تنظمها شؤون الدفاع عن الدولة في حين تقضى المادة الثامنة بأنه لا يجوز للجنة المختصة بتوفيق أوضاع الكنائس غير المرخصة أن تمنع أو توقف ممارسة الشعائر الدينية في تلك المباني أيا كانت الأسباب.

وهو ما يفتح الباب لتساؤلات حول موضوعات عده أهمها:

- المدى الزمني الذي لا يجوز خلاله منع أو إيقاف ممارسة الشعائر الدينية في الكنائس غير المرخصة بعد تقديم طلب توفيق الأوضاع، وهل المقصود من ذلك الفترة الزمنية من تقديم طلب توفيق الأوضاع حتى تاريخ صدور قرار اللجنة؟ وهذا ما نرجحه أم أن هذا الحظر يستمر حتى بعد صدور قرار اللجنة بعدم توافر شروط توفيق الأوضاع؟ وهذا يعني الاعتراف ضمناً بتلك المباني "الكنائس" وهذا يناقض الحكمة من توفيق الأوضاع.

- المدة الزمنية التي يصدر خلالها قرار اللجنة فعلى الرغم من تحديد مدة زمنية لتقديم طلبات توفيق الأوضاع التي تنتهي في 28 سبتمبر 2017م وأنه لا يجوز للجنة نظر الطلبات التي ترد بعد هذا التاريخ، فلم يحدد القانون أو قرار تشكيل اللجنة مدّة زمنية للانتهاء من نظر الطلبات والرد عليها، وفي رأي البعض هذا يُعطي الفرصة للمماطلة وعدم الرد على الطلبات المقدمة بدون إبداء أي أسباب<sup>(30)</sup>، ونرى أن مرد ذلك يرجع إلى أن المشرع يعلم ضخامة عدد الكنائس والملحقات القائمة بدون الترخيص وهو ما أنبأت عنه

تصريحات ممثلى الكنائس الثلاث وقد بلغت طلبات توفيق الاوضاع التى قدمت للجنة أكثر من 3700 طلب<sup>(31)</sup>.

- عدم تحديد مصير المباني التي لم تستوف شروط توفيق الأوضاع أو التي تهدمت أو سقطت قبل صدور قرار اللجنة أو التي ثبتت للجنة استخدامها كنائس لفترات زمنية طويلة، وفي هذه الحالة نرى وجوب الترخيص بهدم هذه المباني وإعادة بنائها كنائس وفقاً لأحكام هذا القانون إذا ثبت أن هذه المباني كانت مستغلة فعلاً ككنائس وطلب ممثل الطائفة ذلك وإلا منعت إقامة الشعائر الدينية فيها بشكل نهائى، مما يستدعى تعديل هذا القانون وإضافة نصٍ يلزم الحكومة بإصدار تراخيص هدم لهذه الكنائس، وإعادة بنائها.

### المبحث الثاني: مجلس الدولة وأهم المبادئ التي قررها بخصوص بناء الكنائس، وإدارتها

بادئ ذي بدء نُشير الى أن ما نتناوله في هذا المبحث من مبادئ قررتها أحكام وفتاوى مجلس الدولة، تتعلق بالمرحلة الزمنية السابقة على إصدار قانون بناء وترميم الكنائس رقم 80 لسنة 2016م الذي تُشير بعضُ التقارير الغير رسمية إلى أنه رغم مرور أكثر من عام على صدوره إلا أنه لم يُنشر بالجريدة الرسمية أي قرار رسمي بالترخيص ببناء كنيسة طبقاً لأحكام هذا القانون على الرغم من تقديم عدد من الطلبات التي قوبلت بالتجاهل من قبل المسؤولين ولم يتم البت فيها على الرغم من انتهاء المدة القانونية التي حددها القانون للبت في هذه الطلبات<sup>(32)</sup>، أما عن الطعن على ذلك أمام محاكم مجلس الدولة فذلك مما لم يصل علمنا إليه حتى الانتهاء من هذا البحث.

### المطلب الأول: أهم المبادئ التي قررها مجلس الدولة بخصوص بناء الكنائس

أوضح مجلسُ الدولة منذ البداية أن إقامة دور العبادة لغير المسلمين يستلزم صدورَ ترخيص بها من الجهات المختصة؛ وذلك طبقاً للعادات المرعية، وأن صدور هذا الترخيص من رئيس الدولة تمليه اعتبارات خاصة بالأمن، ولا يتعارض ذلك مع حرية العقيدة المنصوص عليها في الدستور، وأن تصرفات الإدارة في الترخيص بإقامة دور العبادة تخضع لرقابة مجلس الدولة، وقد تناول مجلسُ الدولة هذا الأمر تفصيلاً على النحو التالي:

أولاً- ضرورة صدور ترخيص لبناء دور العبادة والأبنية الخاصة بالاجتماعات الدينية طبقاً للعادات والقواعد المرعية.

أكدت العديد من الفتاوى والأحكام الصادرة عن مجلس الدولة أنه " لا تجوز إقامة الشعائر الدينية لغير المسلمين في مكان مخصص لذلك إلا بعد الحصول على أمر ملكي بالترخيص به؛ ذلك لأن إقامة الشعائر الدينية لكل الطوائف قد كفلها الدستور في حدود القوانين الوضعية، والعادات المرعية، وهي تشترط لإمكان مباشرتها بالنسبة لغير المسلمين (وكما يقضي بذلك الخط الهمايوني) أن يكون ذلك بأمر ملكي كريم يخصص المكان المطلوب لإقامة الشعائر الدينية فيه؛ وذلك بعد مراعاة الاشتراطات المتطلبية لمثل ذلك من ثبوت ملكية المكان، وبعده، أو قربه من أماكن العبادة الأخرى، أو عدد سكان أهل الطائفة التي تطلب ذلك مع ملاحظة ما يكون هناك من الظروف التي لها علاقة بالأمن، والنظام العام، ومراعاة غير ذلك من الاشتراطات الموضوعية التقديرية للوزارة، أما قبل صدور الأمر الملكي الكريم فلا يمكن إقامة الشعائر الدينية في مكان قد تخصص لها، ولا يشفع في ذلك موافقة مسلمي الناحية، وأهل الطوائف الأخرى، أو إقرار أية هيئة من الهيئات، أو نزع المظهر الخارجي الذي يوحي أن المكان مخصص للعبادة فعلاً، وإن الشعائر الدينية تقام فيه"<sup>(33)</sup>.

الأمر نفسه ينطبق على الأبنية " التي تقام فيها الاجتماعات التي يعقدها بعض أفراد الأقباط لدراسة الكتاب المقدس أو لإلقاء محاضرات دينية... فقد جاء الخط الهمايوني شاملاً عامًا لكل ما يخصص لمكاتب، ومعابد، وكنائس لأفراد الطائفة الواحدة"<sup>(34)</sup>.

وهنا لا يقتصر طلب الترخيص بإنشاء دور العبادة للطوائف غير الإسلامية عند إقامة مبان تخصص للعبادة ابتداء بل يجب أيضًا عند تحويل أي مبنى إلى كنيسة، أو دار عبادة، وعلى ذلك فلو صرح للمدعى بإقامة المنزل، ثم استعمله بعد ذلك كنيسة؛ فإن جهة الإدارة تملك في هذه الحالة حق منع إقامة الشعائر الدينية فيه، وغلقه حتى يصدر قرار جمهوري يرخص بذلك"<sup>(35)</sup>.

وعن القواعد التي يجب على الإدارة مراعاتها عند النظر في طلبات الترخيص بإقامة الكنائس أوجب مجلس الدولة في رده على طلب وزارة الداخلية الرأي في الترخيص بإقامة الكنائس، والمعابد للطوائف غير الإسلامية. أفاد بأن قسم الرأي مجتمعًا قد بحث هذا الموضوع بجلسته المنعقدة بتاريخ 1952/10/27م، فتبين له أن الوزارة تسير في تنظيم إقامة المعابد والكنائس للطوائف غير الإسلامية وفقًا لما يقضى به الخط الهمايوني الصادر سنة 1856م الذي يشترط وفقًا لأحكامه الحصول على إذن سابق بإنشاء الكنائس والمعابد، وأنه في سنة 1933م وضعت الوزارة عدة قواعدٍ لمراعاتها عند النظر في طلبات الترخيص، وسارت على مقتضاها من ذلك الحين"<sup>(36)</sup>.

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى أن... " وزارة الداخلية منوطٌ بها التدخل لحفظ الأمن، ومنع الاحتكاك بين الطوائف الدينية المختلفة فلها تأسيسًا على ذلك " أن تضع القواعد التي تنضبط بها معايير

هذا التدخل، فأوضحت في كتابها الدوريين رقمي 78 في 19 من ديسمبر سنة 1933م، و 79 في 11 من أكتوبر سنة 1939م هذه القواعد، ومنها ما يقتضي تقديم رسم يُبين عليه موقع الكنيسة الجديدة، وجميع الأماكن المحيطة به من كافة الجهات، وخصوصًا تعيين المساكن التي لأشخاص من غير المطلوب لهم بناء الكنيسة، وكذلك تعيين موقع الأضرحة، والمساجد الموجودة بالجهة، وذكر أبعادها على الرسم ذاته، ثم تطبيقه في النهاية على الطبيعة، وإذا كانت توجد كنائس للطائفة غير الكنيسة المطلوب إنشاؤها، فيبين موقعها على الرسم وأبعادها فيها، إلى آخر مثل هذه البيانات التي تساعد جهة الإدارة في تحديد موقفها لتتخذ قرارها بما يؤدي إلى تحقيق المصلحة العامة<sup>(37)</sup>.

إذن فالقاعدة العامة في الترخيص ببناء دور العبادة لغير المسلمين تتمثل في ضرورة صدور ترخيص بإنشاء هذه الدار، أو تحويل مبنى قائم إلى دار عبادة، ولا يكتسب المبنى صفة "دار العبادة" إذا رخص لغير هذا الغرض حتى وإن أُقيمت فيه الشعائر الدينية، وأن الترخيص يصدر من رئيس الدولة طبقًا لأحكام الخط الهمايوني، وأن القواعد الواجب على جهة الإدارة مراعاتها عند النظر في طلبات الترخيص هي قواعد العزبي باشا(الشروط العشرة) الصادرة عن وزارة الداخلية سنة 1934م.

ثانيًا - صدور الترخيص ( من رئيس الدولة) طبقًا لأحكام الخط الهمايوني، وقواعد وزارة الداخلية تُمليه اعتبارات خاصة بالأمن، ولا يتعارض مع حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية، ولا تخالف الدستور.

أفادت فتوى مجلس الدولة صراحة ببقاء أحكام الخط الهمايوني نافذة بعد العمل بدستور 1923م جاء فيها "لما كانت إقامة الشعائر الدينية في جماعات تتم في أماكن خاصة في دور العبادة، ولما يتطلبه إنشاء هذه الدور، وإقامة شعائر الأديان المختلفة فيها من تنظيم تُمليه اعتبارات خاصة بالأمن، والسكينة، وما إليها. فقد أُخضع هذا الإنشاء لترخيص الإدارة طبقًا لأحكام الخط الهمايوني الصادر سنة 1856م الذي ظل قائمًا، ونافذًا بعد العمل بالدستور بناء على حكم المادة 167 منه التي تقضي بأن كل ما قرره القوانين، والمراسيم، والأوامر، واللوائح، والقرارات من الأحكام، وكل ما سُن أو أُتخذ من قبل من الأعمال، والإجراءات طبقًا للأصول، والأوضاع المتبعة يبقى نافذًا بشرط أن يكون نفاذه متفقًا مع مبادئ الحرية، والمساواة التي يكفلها الدستور، ومن الواضح أن اشتراط صدور ترخيص من الإدارة بإقامة دور العبادة تنفيذًا لأحكام الخط الهمايوني ليس فيه ما يتنافى مع حرية الاعتقاد، أو حرية إقامة الشعائر الدينية؛ لأن الاعتبارات التي ترعاها الإدارة في منح التراخيص، أو رفضها لا تمس هذه الحريات بحال من الأحوال"<sup>(38)</sup>.

واستقر قضاء محكمة القضاء الإداري على أن إخضاع إقامة الكنائس لأحكام الخط الهمايوني " لم يقصد به عرقلة إقامة الشعائر الدينية، أو إقامة العقبات التي لا مبرر لها والتي تحول دون إنشاء هذه الدور، بل أريد به أن يراعى في إنشائها الشروط اللازمة التي تكفل قيام هذه الدور في بيئة محترمة تتفق مع وقار الشعائر الدينية وطهارتها، وألا تكون سبباً في الاحتكاك ما بين الطوائف الدينية المختلفة، وأنه ليس في إخضاع إنشاء الكنائس والمعابد لإذن جهة الإدارة ما يتنافى مع حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية المنصوص عليها في الدستور، ولا ينم عن روح التعصب، أو عدم المساواة بين الأفراد، وإنما رد ذلك إلى اعتبارات خاصة بالأمن، والسكينة، ومنع الاحتكاك بين الطوائف الدينية المختلفة"<sup>(39)</sup>.

واعتبر مجلس الدولة أن صدور الترخيص من رئيس الدولة طبقاً لأحكام الخط الهمايوني لا يتعارض وأحكام دستور عام 1923م؛ لأن المادة 153 منه نصت على ما يلي: "ينظم القانون الطريقة التي يباشر بها الملك سلطته طبقاً للمبادئ المقررة بهذه الدستور فيما يختص بالمعاهد الدينية، وبتعيين الرؤساء الدينيين، وبالأوقاف التي تديرها وزارة الأوقاف، وعلى العموم بالمسائل الخاصة بالأديان المسموح بها في البلاد. وإذا لم توضع أحكام تشريعية تستمر مباشرة هذه السلطات طبقاً للقواعد وللعادات المعمول بها الآن، ولما كانت القاعدة المتبعة طبقاً لأحكام الخط الهمايوني سالف الذكر، فإن القاعدة تظل مرعية إلى أن يصدر التشريع المشار إليه في المادة 153 من دستور 1923م"<sup>(40)</sup>.

وأكدت محكمة القضاء الإداري أن ذلك لا يمثل قيداً على حرية العقيدة، وممارسة الشعائر الدينية " فثمة فارقٌ بين حرية العقيدة، وما تقتضيه من حق كل فرد من أفراد الكنيسة... في مباشرة الشعائر الدينية الخاصة بهذه الطائفة بصفته الفردية، وبين إقامة دور الكنائس، والمعابد، وفارق كبير بين الأمرين فأن يكون للدولة قدرٌ من الرقابة على إقامة هذه الدور تضمن للجميع القيام بشعائرهم الدينية في جو من الهدوء، والسكينة ليس فيه ما يخل بحرية العقيدة، وأداء المواطن لهذه الشعائر بصفته الفردية على أنه صورة من الصور؛ لأن العقيدة هي أمرٌ شخصيٌّ، وداخلي، ومن ثم فإن لكل شخصٍ أن يعتقد ما يشاء أما إقامة دور العبادة فأمر آخر يحكمه القانون، وينظمه"<sup>(41)</sup>.

### ثالثاً - التفرقة بين حرية العبادة وبين إقامة دور العبادة.

من المبادئ التي قررها قضاء مجلس الدولة، أن ثمة فرق بين حرية العبادة، وبناء دور العبادة، وقد أفصحت محكمة القضاء الإداري عن رأيها هذا في قضية طعن أمامها أحد الأشخاص في أمرٍ إداري بمنع اجتماع ديني في منزله، وبوقف الشعائر الدينية في هذا المكان الذي أطلق عليه اسم كنيسة القصاصين، وظهر في خريطة المساحة بهذا الاسم، هنا فرقت المحكمة بين أمرين:

الأول: الاجتماع الديني.

الثاني: تغيير صفة المكان من ملك خاص إلى ملك عام يُخصص للعبادة.

أما بالنسبة للأمر الأول وهو حرية الاجتماع للقيام بشعائر الدين فقالت\_ أي المحكمة\_ "الدستور يحمي هذه الحرية ما دامت أنها لا تُخل بالنظام العام، ولا تنافي الآداب والحكومة لم تزعم شيئاً من ذلك، ومن ثم يكون الأمر بتعطيل الاجتماع الديني قد وقع باطلاً مما يتعين معه القضاء بإلغاء الأمر المطعون فيما تضمنه من منع الاجتماعات الدينية.

وعن الأمر الثاني وهو تحويل الملك الخاص إلى كنيسة عامة فإن كتاب وزارة الداخلية المؤرخ في 9 من ديسمبر سنة 1933م والخاص بالترخيص ببناء كنائس جديدة لا تسري أحكامه إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه الأحكام مع حرية إقامة الشعائر الدينية وفقاً للعادات المرعية التي جاءت إجمالاً في الخط الهمايوني الصادر سنة 1856م، والفرمان الصادر في 14 ديسمبر سنة 1874م. وفضلاً عن ذلك فإن اشتراطَ الترخيص لإنشاء دور العبادة على نحو ما جاء في الخط الهمايوني لا يجوز أن يُتخذ ذريعةً لإقامة عقبات لا مبررَ لها تحول دون إنشاء هذه الدور مما لا يتفق مع حرية إقامة الشعائر الدينية، وأكدت المحكمةُ حقها في بسط رقابتها على تصرفات الإدارة في الإذن بإقامة دور العبادة حتى تطمئن إلى أنه ليس فيه تعسف في حبس الإذن، أو تلوؤ في إصداره.

وانتهت المحكمةُ إلى أن المدعي محقٌّ في دعواه بطلب إلغاء الأمر الإداري الصادر من وزارة الداخلية بوقف الاجتماعات الدينية بالمكان الذي يُخصّص لها بناحية القصاصين، وبالتالي يكون هذا الأمرُ قد خالف القانون، وأصبح حقيقاً بالإلغاء<sup>(42)</sup>.

والمحكمة في حكمها سالف الذكر أقرت حرية الاجتماع للقيام بشعائر الدين في منزل المدعي، باعتباره منزلاً، وليس كنيسة يستلزم الأمر لقيامها اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة للترخيص بها، وبالتالي رأت أن قرارَ الإدارة بوقف الاجتماعات الدينية في هذا المنزل يتعارض مع حرية إقامة الشعائر الدينية للجميع، ما دامت أنها لا تُخل بالنظام العام، ولا تنافي الآداب، وترتيباً على ذلك ألغت القرارَ المذكور<sup>(43)</sup>.

وعادت المحكمة لتؤكد أن إقامة الشعائر الدينية للأفراد، أو الجماعات علانية، أو غير علانية مباحة للجميع، وتحمي الدولة حرية القيام بها طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام، ولا يناهز الآداب، وإقامة الشعائر الدينية في ذاتها أمرٌ يختلف عن إقامة دور العبادة لإقامة الشعائر الدينية فيها، فإقامة دور العبادة منوطٌ بصدور إذن من الإدارة بذلك، فإذا لم يتبع ما يقضى به القانون عند إقامة دور العبادة كان من حق الإدارة أن تمنع استخدامها دور للعبادة<sup>(44)</sup>.

رابعاً - تصرفات الإدارة في الترخيص بإقامة دور العبادة تخضع لرقابة قضاء مجلس الدولة.

في دعوى تخلص وقائعها في أن مجلس الوزراء أذن بتأجير أحد الأمكنة للجمعية الخيرية القبطية ببورسعيد لإقامة كنيسة عليه لكن وزارة الداخلية عارضت في إقامة الكنيسة على هذا المكان استناداً إلى أمور تتعلق بالأمن والسكينة إذ خشيت الفتنة لاحتمال حدوث احتكاك بين المسلمين، والأقباط لقرب الكنيسة من المدارس، والمسكن، والجوامع، والمحلات العمومية وقد أقام المدعي دعواه طالبا إلغاء قرار الوزارة بمنع بناء الكنيسة.

هنا انتهت محكمة القضاء الإداري إلى رفض الدعوى مؤسسة حكماً على أنه لاعتبارات تتعلق بالصالح العام قضى الخط الهمايوني الصادر من الباب العالي في فبراير سنة 1856م بوجود الحصول على ترخيص بإقامة الكنيسة أو المعبد، والقول بأن قرار مجلس الوزراء الصادر بتأجير الأرض قد حوى في طيه التصريح بإقامة الكنيسة هو قول غير سديد؛ لأن هذا القرار قاصرٌ على التأجير لإقامة الكنيسة إذا توافرت الشروط القانونية الأخرى، وليس ثمة في هذه القواعد ما يدعو إلى القول بأن هناك تفرقة في المعاملة ونقضاً لمبدأ المساواة بين جميع المواطنين إذ ليست هناك قيود على حرية العقيدة، ولا على إقامة الشعائر، وكل ما هنالك إنما هو قدرٌ من الرقابة مُنح للدولة لتضمن للجميع الحرية الدينية في جوٍّ من الهدوء، والسكينة، والجهة الإدارية قد رفضت الترخيص ببناء الكنيسة بناءً على أسباب صحيحة قدرتها الإدارة بما لها من حق التقدير مبتغية وجه الصالح العام خشية حصول فتن بين المسلمين والأقباط؛ مما قد يخل بالنظام والأمن العام، وهذه الأسباب تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها الإدارة من رفض طلب الترخيص في الموقع المذكور، ولم تنحرف في ذلك سلطتها العامة، ولم ينطو قرارها على أية شائبة من إساءة استعمال السلطة، ودليل ذلك أنها عرضت على المدعي أن يختارَ قطعة أرضٍ أخرى لإقامة الكنيسة عليها على أن يكون اختياره الجديد ما يزيل الأسباب التي رفضت الجهة الإدارية الترخيص بسببها<sup>(45)</sup>.

طعن في الحكم المذكور أمام المحكمة الإدارية العليا التي ذهبت إلى أنه لا مرأى في أن وزارة الداخلية قد أولها القانون السلطات الكفيلة بالمحافظة على الأمن، وتوقى الإخلال به، فتصدر قراراتها بما يحقق تلك الأغراض دون انحراف، أو خطأ في التقدير، وإلا كانت خاضعة فيما يتعلق بتلك القرارات لرقابة القضاء الإداري.

وناقشت المحكمة الأسباب التي استندت إليها الإدارة في رفضها إعطاء الترخيص، وجاء في أسباب الحكم "وإذا كان ما ساقته الوزارة تبريراً للقرار المطعون فيه هو خشية الفتنة لاحتمال حدوث احتكاك بين المسلمين والأقباط فإنه قول غير سديد؛ ذلك أنه ليس هناك أحياء خاصة بالأقباط، وأخرى خاصة بالمسلمين بل إنهم جميعاً يعيشون جنباً إلى جنب وتوجد كنائس في أحياء غالبية سكانها العظمى من

المسلمين، كما وأن هذه الكنائس مقامة في وسط أمكنة أهلة بالسكان، وبالقرب من المدارس، والمؤسسات العامة، والمنشآت الخاصة، بل وبعضها مقامٌ بجوار الجوامع، ومع ذلك فلم تقم الفتنة، أو حصل من جراء هذا أي إخلال بالنظام أو الأمن، وهذا راجعٌ إلى سماحة الدين الإسلامي، والتفهم الواعي لحرية العقيدة التي حرصت مصر على تقريرها، وإعلانها في كل مناسبة.

والمكان الذي سُتقام عليه الكنيسةُ موضوع النزاع يقع في منطقة توجد بها كنائس لطوائف أخرى أقل عددًا من طائفة الأقباط الأرثوذكس، وعلى مقربة من الكنيسة المراد إقامتها، وأن الشكوتين اللتين قُدمتا للاعتراض على بناء الكنيسة قد انحصر فيهما سببُ الاعتراض على الجرس الذي سُيدق فيها مما يتسبب عنه إزعاج، وبعد أن وضح للشاكين حقيقة الأمر بالعمل على منع أي إزعاج لهم تنازلوا عن شكواهم هذا إلى أن الكنيسة المراد إقامتها تقع في قسم أول بورسعيد، وهو خال من كنائس لطائفة الأقباط الأرثوذكس، ويبلغ عددهم في هذا الحي حوالي أربعة آلاف، وأما الكنيستان الأخرتان للطائفة فتقعان في أقسام أخرى، وتبعدان عن هذه الكنيسة بحوالي كيلو مترا، وإن مجموع أفراد الطائفة المذكورة في مدينة بورسعيد حوالي تسعة آلاف.

لكل ما تقدم يكون القرار الصادر بعدم الترخيص في إقامة الكنيسة على المكان الصادر بشأنه قرار مجلس الوزراء في 1954/4/21 م قد صدر مخالفًا للقانون، وبناءً على أسباب لا تؤدي إلى المنع أو عدم الترخيص بإقامة الكنيسة المذكورة<sup>(46)</sup>.

ولا شك أن حكم المحكمة الإدارية العليا سالف الذكر يهدف أولاً، وأخيراً إلى إزالة العقبات التي تحول دون إقامة دور العبادة للطوائف غير الإسلامية مع مراعاة الحفاظ على النظام والأمن العام في الوقت نفسه، وهو الأصل الذي ابتغته وزارة الداخلية عند وضعها القواعد العشرة التي تسترشد بها الإدارة عند البت في طلب الترخيص ببناء الكنائس، والمعابد.

**خامساً - القرار الصادر بتخصيص قطعة أرض لإقامة كنيسة عليها يقوم مقام شرط الملكية.**

من المبادئ المهمة التي أرستها الجمعية العامة لقسي الفتوى والتشريع أن القرارات الصادرة من الجهات الحكومية بتخصيص قطعة أرض لإقامة كنيسة عليها يقوم مقام شرط الملكية المطلوب للتخصيص طالما لم يقترن هذا التخصيص بأجل مؤقت، وأن اشترط البناء خلال برنامج زمني معين؛ فذلك من أجل الحث على إقامة الكنيسة، واستعمال الأرض في الغرض المخصصة من أجله، وانتهت الفتوى إلى القول "إن التخصيص الصادر من جهاز مدينة 6 أكتوبر- وهي إحدى جهات الدولة المنوط بها كفالة حرية العقيدة وتأدية كل طائفة لشعائرها - يُعنى عن شرط الملكية المطلوب للتخصيص بإقامة الكنيسة<sup>(47)</sup>.

ولاشك أن لهذه الفتوى دورًا كبيرًا في تيسير إجراءات ترخيص الكنائس، وبخاصة في المدن، والمجتمعات العمرانية الجديدة.

سادسا: المساواة بين الكنيسة، والمسجد :

يترتب على الاعتراف بالعقيدة الدينية طبقا للتنظيم القانوني المصري - التشريعي و القضائي - أن تتساوى الدور المعدة لممارسة شعائر هذه الأديان في الحماية التي أوجبه القانون للمساجد، وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا على مبدأ المساواة بين الكنيسة والمسجد عندما قضت بعدم دستورية استثناء الكنيسة من عدم الرجوع في الوقف أسوة بالمسجد<sup>(48)</sup> وهو نفس المبدأ الذي التزمته محكمة القضاء الإداري بالإسكندرية عندما أقرت للكنيسة المصرية حصانة المسجد، وأرست مبدأ "حظر هدم الكنائس" وأوجبت ترميمها، وأوقفت المحكمة بيع بطيركية الروم الأرثوذكس الكنيسة للغير بقصد هدمها، معتبرة أن ذلك الأمر يعد مخالفاً للنظام العام ومبادئ الشريعة الإسلامية حيث إن "لجنة الفتوى بالأزهر الشريف أفادت في فتاها رقم 628 بتاريخ 2013/11/13م ردًا على استفسار هيئة قضايا الدولة عن مدى مشروعية هدم الكنائس، وبيعها، وشراؤها وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية جاء فيها - ( أن لغير المسلمين في ديار المسلمين حق حماية دور العبادة الخاصة بهم فلا يجوز هدم كنائسهم وإذا تهدمت كنيسة فللمسلمين إعادتها لأن الأبنية لا تبقى دائما )، وانتهت اللجنة إلى أنه : (لا يجوز التعرض للكنائس أو الأديرة بالهدم أو الاعتداء عليها أو تحويلها لغير الغرض الذي أقيمت من أجله ومن فكّر في ذلك فلم يستجب لقرآن ربه وأحاديث رسوله ﷺ - ولم يحسن الجوار ولم يرع عهده ولم يظهر بمظهر التسامح الذي هو من أبرز صفات المسلمين فقد خان الله، ورسوله، وذمة المسلمين )، ومخالف أيضا لحكم المحكمة الدستورية العليا الذي ساوى بين المسجد والكنيسة في كونهما دارا للعبادة، والكنيسة متى أقيمت فيها الصلوات صارت عامة لجميع المسيحيين<sup>(49)</sup>.

وقبلت المحكمة للمرة الأولى تدخل البابا تواضروس الثاني بابا الإسكندرية وبطيرك الكرازة المرقسية باعتباره رمزا دينيا، ورئيس مجلس إدارة هيئة الأوقاف القبطية للأقباط الأرثوذكس، والأنبا باخوميوس مطران البحيرة ومطروح للأقباط الأرثوذكس، والقمص لوقا أسعد عوض، عن نفسه وبصفته وكيل شريعة الأقباط الأرثوذكس برشيد، وألفونس ميخائيل عن نفسه وبصفته ناظر كنيسة أم النور برشيد، أرجعت المحكمة ذلك إلى "أن المشرع الدستوري نص على أن حرية الاعتقاد مطلقة وحرية ممارسة الشعائر الدينية وإقامة دور العبادة لأصحاب الأديان السماوية حق يُنظمه القانون ومن ثم صار كل ما يتعلق بدور العبادة لأصحاب الأديان السماوية من الحقوق التي رفعها المشرع الدستوري إلى مصاف الحقوق الدستورية تقابلها حرية ممارسة الشعائر الدينية وبهذه المثابة فإن البابا تواضروس الثاني رمز

ديني يكون له ومن معه مصلحة في التدخل في الدعوي للدفاع والذود عن الكنيسة التي هي مكان العبادة للديانة المسيحية بغض النظر عن اختلاف الطوائف، والمثل فمصلحتهم قائمة في الإبقاء على الكنيسة كدار عبادة للمسيحيين ما يتعين معه الحكم بقبول تدخلهم في الدعوى. وانتهت المحكمة إلى أن امتناع جهة الإدارة عن إصدار ترخيص بهدم الكنيسة محل التداعي قائما على سبب صحيح يبرره قانون.

ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه المحكمة؛ لما في ذلك من إعلاء لشأن الحرية الدينية وتعزيز ل ضمانات حرية ممارسة الشعائر الدينية، وتأكيد مبدأ المواطنة والمساواة بين جميع المصريين بصرف البصر عن الاختلاف في الدين، أو العقيدة.

المطلب الثاني: أهم المبادئ التي قررها مجلس الدولة بخصوص إدارة الكنائس

أولاً – الطوائف الدينية غير الإسلامية المعترف بها، ومجالس إدارتها، والهيئات المشرفة عليها مرافق عامة تتمتع بخصائص الأشخاص الإدارية.

في قضية تتلخص وقائعها في أن المجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس أصدر قراراً بفصل أحد القساوسة ممن يعملون بخدمة أحد الكنائس لمرضه وبلوغه سن متقدم، فطعن المذكور على هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري التي تعرضت للطبيعة القانونية للمجلس الملي، ولبطيركية الأقباط الأرثوذكس، وانتهت إلى اعتبارها مرفقاً عاماً يديره شخص من أشخاص القانون الإداري، حيث قضت بأن المجلس الملي العام للأقباط الأرثوذكس، والمجالس الفرعية التابعة تعد من أشخاص القانون العام. وانتهت المحكمة إلى أن المجلس الإكليريكي حينما يحاكم الإكليروس فإنه يستمد اختصاصه مباشرة من القانون، ويجلس لهذه المحاكمة كهيئة تأديبية، ومن ثم تكون القرارات التي تصدر عنه في هذا الشأن قرارات تأديبية لها الصفة الإدارية<sup>(50)</sup>.

وفي حكم لاحق انتهت المحكمة إلى أنه "من المقرر قضاء أن البطرركخانة المارونية تعد من أشخاص القانون العام، ومن ثم تعد القرارات الصادرة عنها قرارات إدارية تصلح محلاً لدعوى الإلغاء"<sup>(51)</sup>؛ وفيما له علاقة بإدارة شؤون الطائفة، أو الملة ذهب المحكمة إلى القول "وحيث إنه ولئن كان للرئيس الديني للملة، أو الطائفة أن يبطل انضمام أي فرد مسيحي الديانة إليها فقد قبوله، ويعتبر كأن لم يكن إذا تبين له عدم جدية الانضمام، ومن ثمّ فله أن يتحقق قبل قبول الطلب من جديته، وأن يستوثق من صدوره عن نية سليمة، فإذا تحقق ذلك الاستيثاق؛ فإنه لا يجوز إبطال العضوية إلا إذا ثبت يقينياً عدم جدية طالب

الانضمام في طلبه، بيد أنه يتعين أن يكون إلغاء العضوية مبنياً على أسباب واقعية وقانونية تبرره صدقاً وعدلاً، وإلا غدا القرار غير مشروع<sup>(52)</sup>.

يُستفاد مما سبق أن المحكمة خلصت إلى أن الهيئات والطوائف الدينية تعد مرافق عامة متى اعترفت بها الدولة، وباشرت عليها سلطة وصائية<sup>(53)</sup>، وتعد القرارات الصادرة عنها قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام محكمة القضاء الإداري، وأن قرارات هذه الهيئات فيما يتعلق بالعاملين بها، أو الأفراد التابعين لها يجب أن تُبنى على أسباب واقعية وقانونية.

وإذ طرح الأمر على المحكمة الإدارية العليا انتهت إلى أنه متى كانت إدارة شؤون الطائفة تقوم بقسط من السلطة، وتباشر بعض أوجه النشاط التي تدخل في ولاية الدولة فإن هذا الجهاز يعد شخصاً من أشخاص القانون العام يتولى إدارة مرفق عام من مرافق الدولة. مما يُستفاد منه أن هذه الطائفة تعد مرفقاً وتدخل نطاق الأشخاص الإدارية<sup>(54)</sup>، ولم يقف قضاء الإدارة العليا عند طائفة معينة بل امتد إلى غيرها من الطوائف الدينية، وما عداها من الهيئات الدينية غير الإسلامية المعترف بها من الدولة فقد انتهت إلى أن الكنائس الإنجيلية المعترف بها، ومن بينها كنائس نهضة القداسة تعتبر من أشخاص القانون العام المنوط بها إدارة مرفق عام من مرافق الدولة مستعينة في ذلك بقسط من اختصاصات السلطة العامة- ليس ما يحول من حيث الأصل دون أن تستوي قرارات المجمع العام لكنائس نهضة القداسة كقرارات إدارية إذا استقامت لها مقومات القرار الإداري وأركانه، قانوناً.

ومن ثم يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بنظر الطعون في هذه القرارات، وقد أسست المحكمة الإدارية العليا قضاءها في هذا الصدد على أن الهيئات الدينية التي تقوم على إدارة، ورعاية شؤون الطوائف المسيحية تعتبر من أشخاص القانون العام بما وسد لها من السلطة العامة ما كانت تمارسه الدولة أساساً خاصة وقد حدد المشرع القواعد المنظمة لها استناداً إلى أن هذه المجالس تقوم برسالة دينية في غاية الأهمية، وهي تعميق التعاليم الدينية، وإدارة المؤسسة الدينية، وأداء الشعائر، وغرس التربية في نفوس أفراد الطائفة<sup>(55)</sup>.

ثانياً- الهيئات المشرفة على الشؤون الدينية، والروحية، ومسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين تختص كذلك بإدارة الكنائس، وتعيين المشرفين على إدارتها بما يضمن حسن أداء كل كنيسة لرسالتها الروحية استناداً إلى السلطة المخولة لها بمقتضى نصوص القوانين المنظمة لهذه الهيئات. فيما يخص إدارة الكنائس وتعيين المشرفين على إدارتها استقر إفتاءً، وقضاء مجلس الدولة على أن الكنائس منشآت تابعة للرئاسة الدينية أي للبطريركية، وهذا يجعل للرئاسة الدينية وحدها الحق في

الإشراف المالي، والإداري على الكنيسة بما لها من الولاية على شؤون الطائفة الدينية، وليس لجهات الإدارة ولا لأية جهة أخرى أي إشراف على الكنيسة في هذا الخصوص<sup>(56)</sup>.

وفي هذا الشأن تقول محكمة القضاء الإداري أن الكنيسة تُصبح بمجرد إنشائها وقفًا على الطائفة التي يمثلها البطريرك بوصفه الرئيس الديني، والروحي لها الذي يصبح مسئولاً عنها أمام السلطات المدنية عما يجري فيها ومسئولاً عنها أمام الطائفة عن حسن إدارتها، وإقامة الشعائر فيها، وهذه المسؤولية تستوجب بطبيعة الحال أن يكون للبطريرك أو من يمثله حق الإشراف على الكنيسة ماليًا وإداريًا، والإشراف على كل ما يتصل بها من إقامة الشعائر الدينية، وجمع النذور والإنفاق على الكهنة، والخدم، وصيانة المبنى، والأثاث إلى آخر ما يحقق الغرض من إقامتها، ويمكنها من أداء رسالتها وتأسيسًا على ذلك فإن أية محاولة لسلب البطريرك حقه في الإشراف المالي، والإداري على الكنيسة، أو مشاركته فيه تكون خروجًا على هذا الأصل القانوني المعمول به، ولا يؤثر في ذلك أن يتطوع فرد أو جماعة من الطائفة لبناء كنيسة ما بأموال يتبرعون بها، أو يسهمون في جمعها من أفراد الطائفة طالما أن ذلك لا يُغني عن تقديم طلب الترخيص من البطريرك بوصفه الرئيس الديني الأعلى للطائفة<sup>(57)</sup>، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا عند نظر طعن متعلق بمسألة إدارة إحدى الكنائس التابعة للطائفة الإنجيلية عندما أيدت حكم محكمة القضاء الإداري القاضي بإلزام المدعى عليه بتسليم الكنيسة محل النزاع إلى المجلس الإنجيلي مع ما يترتب على ذلك من آثار، وقد أقامت المحكمة قضاءها على أن المجلس الملي الإنجيلي - استنادًا على السلطة المخولة له بمقتضى نصوص الأمر العالي الصادر في 1902/3/1م- أصدر قرارًا في 1972/5/10 بتفويض المدعى عليه في الإشراف على الكنيسة الرسولية بالمنيا، ثم عاد وأصدر قرارًا في 1975/2/19 بسحب قراره السابق استنادًا إلى أن ثمة مخالفات نسبت ضد المدعى عليه مما بات يهدد الكنيسة بالتدهور؛ ولذلك قرر المجلس الملي الإشراف على هذه الكنيسة عن طريق لجنة يرأسها المدعى مما يجعل هذا القرار صادرًا من سلطة مختصة بإصداره، وقائمًا على أسباب صحيحة ومستخلصة من الأوراق، ومن ثم يتعين إجابة المدعى إلى طلبه الخاص بتسليم الكنيسة محل النزاع، وأكدت المحكمة الإدارية العليا على حق الرئاسة الدينية في الإشراف المالي والإداري على الكنائس التابعة لها فتقول "يعتبر المجلس الملي للإنجيليين الهيئة المشرفة على الشؤون الدينية والروحية، ومسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالإنجيليين الخاضعين لأحكام الأمر العالي الصادر في 1902/3/1م - يختص كذلك بإدارة الكنائس الإنجيلية من حيث منح لقب كنيسة إنجيلية، وتعيين المشرفين علي إدارتها بما يضمن حسن أداء كل كنيسة لرسالتها الروحية"<sup>(58)</sup>.

الخاتمة : نخلص في نهاية هذا البحث إلى النتائج التالية :

1- إخضاع الترخيص بإنشاء الكنائس لقواعد وشروط غير مشروطة في حالة المسجد فيه تفرقة بين المصريين، ومخالفة أحكام الدستور الذي يقضي بالمساواة بين المصريين، وينص على حرية العقيدة، وأداء الشعائر الدينية.

2- الطوائف الدينية غير الإسلامية في مصر تتمتع بسلطات مطلقة في إدارة شؤونها الدينية، وبخاصة مسألة إدارة دور العبادة، وتعيين الأجهزة المشرفة عليها سواء من الناحية الروحية، أو الناحية المالية، ومحاسبة القائمين عليها، ولا سلطاناً لسلطات الدولة في إدارة الكنائس إلا في حدود رقابة مجلس الدولة على القرارات ذات الصلة الإدارية.

#### الهوامش:

- (1) الدعوى رقم 37 لسنة 9 قضائية " دستورية " المحكمة الدستورية العليا، جلسة 19/5/1990م، مكتب فني السنة الرابعة، ج 1، قاعدة رقم 33 ، ص 256
- (2) الدعوى رقم 7 لسنة 2 ق عليا (دستورية) ، جلسة 1/3/1975. مجموعة أحكام المحكمة العليا. القسم الأول، الجزء الأول، ص 228 وما بعدها
- (3) راجع حرية الدين والمعتقد في مشروع الدستور المعدل ورقة موقف. تقرير صادر عن المبادرة المصرية للحقوق الشخصية بالقاهرة، 2013، ص 5: 6 ، متاح أيضا على موقع المنظمة على الإنترنت على الموقع [www.eipr.org](http://www.eipr.org)
- (4) وقد تم نشر التعديل الدستوري بالجريدة الرسمية بالعدد (3) مكرر (أ) بتاريخ 18/1/2014
- (5) الدعوى رقم 7 لسنة 2 ق عليا (دستورية) ، جلسة 1/3/1975، سبق الإشارة إليها.
- (6) المستشار الدكتور. محمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان في قضاء وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض والدستورية العليا، الكتاب الثاني، ط 1 ، سنة 2013، إصدارات المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص 875 ، وراجع أيضا د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، سنة 1986 ، ص 428 : 429
- (7) الدعوى رقم 7 لسنة 2 ق عليا (دستورية) ، جلسة 1/3/1975، سبق الإشارة إليها.
- (8) راجع ابن القيم، أحكام أهل الذمة، تحقيق: أبي براء يوسف بن أحمد البكري - أبو أحمد شاکر بن توفيق العاروري، الناشر، رمادي للنشر، الدمام، الطبعة الأولى: 1418هـ/1997م م 3، ص 1176 : 1190
- (9) راجع د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، طبعة مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1402هـ/ 1982م، ص 96- وراجع أيضاً. كمال السعيد حبيب. الأقليات والسياسة في الخبرة الإسلامية (من بداية الدولة النبوية حتى نهاية الدولة العثمانية)، مكتبة مدبولي، القاهرة، سنة 2000م، ص 81
- (10) الشيخ منصور بن يونس بن إدريس الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج 4 ، تحقيق. إبراهيم أحمد عبد الحميد، طبعة عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة سنة 1423هـ/2003م. ، كتاب الجهاد باب أحكام الذمة، ص 1362
- (11) هويدا عبد العظيم رمضان، المجتمع في مصر الإسلامية من الفتح العربي إلي العصر الفاطمي، الجزء الثاني، طبعة الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، سنة 1994م، ص 293
- (12) أبو عمر محمد بن يوسف الكندي المصري، كتاب الولاة وكتاب القضاة، طبعة مطبعة الآباء اليسوعيين، بيروت، سنة 1908ص-132- وراجع أيضاً جمال الدين أبي المحاسن يوسف بن تغرى بردى الأتافي، النجوم الزاهرة في ملوك

- مصر والقاهرة، تعليق محمد حسين شمس الدين، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، الجزء الثاني، سنة 1413 هـ 1992/م، ص 84
- (13) الهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، ج4، مرجع سابق، ص 1364 وراجع الشيخ محمد عيش، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل وهامشه حاشيته المسماة تسهيل منح الجليل، الجزء الأول، طبعة دار صادر، بيروت، دون سنة، أو مكان نشر، ص 763، وأيضًا ابن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ط3، سنة 2003م/1424 هـ، ج8، ص 104
- (14) الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق الشيخ على محمد معوض، الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، طبعة دار الكتب العلمية، بيروت، ج9، ط3، سنة 2003م/1424 هـ، ص 449 - وراجع أيضًا الإمام السرخسي الحنفي، شرح السير الكبير، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، ج3، طبعة دار الكتب العلمية بيروت- لبنان، ط1، سنة 1417 هـ / 1997م، ص 262 : 263
- (15) د. عبد الكريم زيدان، أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام، مرجع سابق، ص 100
- (16) راجع القاضي أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم، الخراج، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1399 هـ / 1979م، ص 146 وما بعدها
- (17) أحمد عبد الرحيم مصطفى، في أصول التاريخ العثماني، دار الشروق، القاهرة، الطبعة الثانية، سنة 1986م، ص 207-209
- (18) د. ميلاد حنا، مصر لكل المصريين، دار سعاد الصباح، الكويت، الطبعة الأولى سنة 1993م، ص: 195
- (19) راجع جاك تاجر، أقباط ومسلمون منذ الفتح حتى عام 1922م، مرجع سابق، ص 237، وأيضًا الراهب القمص أنطونيوس الأنطوني، وطنية الكنيسة القبطية، وتاريخها، منذ عام 150 إلى 1882 م، ط2، سنة 2004، دون مكان نشر، ص 374
- (20) فتوى قسم الرأي رقم 524 في 27/10/1952، المرجع السابق.
- (21) الصادر من وكيل وزارة الداخلية المؤرخ 1933/12/19 والمعمول به من أول فبراير 1934
- (22) "إن مسألة اعتماد السلطة المدنية لانتخاب البابا أصبحت قانونًا في مصر منذ سنة 799م في ولاية "الليث بن الفضل" راجع د. جاك تاجر، أقباط ومسلمون منذ الفتح العربي إلى عام 1922م، القاهرة 1951، دون ذكر دار نشر، ص 259، وراجع أيضًا، سيدة إسماعيل كاشف، مصر في فجر الإسلام " من الفتح العربي إلى قيام الدولة الطولونية"، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1994م، ص 191
- (23) تقرير: الحالة الدينية في مصر سنة 1995م، إصدار مركز الدراسات السياسية والاستراتيجية بالأهرام المصري، الطبعة الثانية، 1996، ص 107: 108
- (24) المرجع السابق، ص 87: 88
- (25) على سبيل المثال دير الأنبا أنطونيوس على ساحل البحر الأحمر استحوذ على 1500 فدانًا ضمت ضمن أسواره، دير "أبو مقار" في وادي النطرون يحوز 2700 فدان، دير "أبو فانا" محافظة المنيا استحوذ على 552 فدان والقائمة تطول. المستشار. طارق البشرى، الدولة والكنيسة، دار الشروق، القاهرة، ط1، سنة 2011م، ص: 28-34

- (26) د. محمود أحمد عبد الله - الخبير بالمركز العربي للبحوث والدراسات -، ملاحظات هادئة على قانون بناء الكنائس، منشور على موقع جريدة البوابة الإلكترونية بتاريخ 3/9/2016 <http://www.albawabhnews.com>
- وراجع أيضًا القس رفعت فكرى ، ملاحظات على مشروع قانون بناء الكنائس "2-3" ، جريدة الدستور على الموقع الإلكتروني بتاريخ 23/8/2016 على الموقع الإلكتروني <http://www.dostor.org>
- (27) لجأ أحد المفوضين من قبل إحدى الطوائف عند تقدمه بطلب للجهة المختصة لاستخراج ترخيص بناء كنيسة إلى جمع توقيعات المواطنين المسيحيين المقيمين بالمنطقة المراد بناء كنيسة فيها وتقديمه ضمن مستندات الترخيص كدليل على حاجة المنطقة لبناء هذه الكنيسة ، وعلى الرغم من هذا امتنع المحافظ عن إصدار الترخيص بدون سبب واضح . راجع إسحق إبراهيم ، محلك سر " عام على قانون بناء وترميم الكنائس " ، تقرير صادر عن المبادرة المصرية للحقوق الشخصية ، القاهرة ، ط1 ، نوفمبر 2017، ص 9
- (28) محمد عبد المعطى محمد. مقال بعنوان مصر : قانون بناء الكنائس الصدام الأول بين الحكومة والنظام، منشور على موقع موقع جريدة المدن الإلكترونية على الموقع الإلكتروني [www.almodon.com/arabworld](http://www.almodon.com/arabworld) بتاريخ 24/8/2016
- (29) الدعوى رقم 162 لسنة 21 قضائية – دستورية عليا- ، جلسة 3/7/2004 ، مكتب فنى 11 ، ج 1 ، قاعدة رقم 67 ، ص 420 وما بعدها
- (30) إسحق إبراهيم، محلك سر ، مرجع سابق ، ص 12
- (31) المرجع السابق ، ص 13 ، وراجع أيضا . حسنى ميلاد ، الطوائف المسيحية تنتهى من تقديم طلبات تقنين أوضاع الكنائس غير المرخصة ، بتاريخ 27/9/2017 بوابة أخبار اليوم على الموقع الإلكتروني: <https://akhbarelyom.com>.
- (32) راجع إسحق إبراهيم ، محلك سر " عام على قانون بناء وترميم الكنائس " ، مرجع سابق
- (33) إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 4589 لسنة 1-بتاريخ 29/5/1947م، تاريخ الجلسة 29/5/1947، ص 975
- (34) المستشار فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة في حماية الحقوق، والحريات العامة، الجزء الأول، سنة 1988م ، ص 270
- (35) الدعوى رقم 1332 قضاء إداري، سنة 13 ق، جلسة 25/10/1960 ، مجموعة السنة 15، بند 17، ص 25.
- (36) فتوى قسم الرأي رقم 524 في 27/10/1952. ، المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في خمسين عامًا، اليوبيل الذهبي، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها.
- (37) الدعوى رقم 891 بتاريخ 14/2/1956م، السنة 6ق، مجموعة السنة 10، بند 221، ص 208 وراجع أيضًا إدارة الفتوى والتشريع بمجلس الدولة فتوى رقم 4589 لسنة 1-بتاريخ 29/5/1947م، تاريخ الجلسة 29/5/1947، ص 975
- (38) فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم 524 في 27/10/1952. ، المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في خمسين عامًا، مرجع سابق، ص 165 وما بعدها.
- (39) الدعوى رقم 615 ق.أ لسنة 5 ق، جلسة 16/12/1952م، مكتب فني مجموعة السنة 7، بند 98، ص 147 وراجع الدعوى رقم 251 ق.أ، سنة 7ق، جلسة 16/6/1953،، مكتب فني مجموعة السنة 7، ج 3، بند 778، ص 1584 و الدعوى رقم 891 بتاريخ 14/2/1956م، السنة 6ق، مجموعة السنة 10، بند 221، ص 208 ، و الدعوى رقم 114 قضاء إداري جلسة 9/5/1961 ، سنة 12 ق، مجموعة السنة 15، بند 168،
- (40) فتوى قسم الرأي مجتمعا رقم 524 في 27/10/1952. ، المختار من فتاوى الجمعية العمومية لقسي الفتوى والتشريع في خمسين عامًا، المرجع السابق ص 165 وما بعدها ، وراجع أيضًا الدعوى رقم 891 بتاريخ 14/2/1956م،

- السنة 6ق، مجموعة السنة 10، بند 221، ص 208
- (41) الدعوى رقم 901، لسنة 22 ق، جلسة 1979/2/26 م أشار إليها المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين: الحقوق والحريات العامة، وحقوق الإنسان في قضاء، وإفتاء مجلس الدولة وقضاء النقض- والدستورية العليا، مرجع سابق، ص 972
- (42) الدعوى رقم 615 قضاء إداري، جلسة 1952/12/16 م، سنة 5 ق، مجموعة السنة 7، بند 98، ص 147
- (43) المستشار. فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة في حماية الحقوق، ج1، مرجع سابق، ص 272- 273
- (44) المرجع السابق، ص 273
- (45) الدعوى رقم 1403 قضاء إداري، سنة 10 ق، جلسة 1961/5/9، أشار إليها المستشار فاروق عبد البر. دور مجلس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة، ج2، المرجع السابق، ص 290 - 291
- (46) - الطعن رقم 1416 لسنة 7 ق، جلسة 1964/5/30 م، المكتب الفني السنة 9، الجزء 2، ص 1071
- (47) - فتوى رقم 694 بتاريخ 1998/6/3 ملف رقم 193 /2/7، المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، المكتب الفني، خلال المدة من أكتوبر 1996 إلى يونية سنة 2000، ج 2، ص 1228 وما بعدها
- (48) الدعوى رقم 162 لسنة 21 قضائية – دستورية عليا-، جلسة 2004 /3/7، مكتب فني 11، ج 1، قاعدة رقم 67، ص 420 وما بعدها
- (49) الدعوى رقم 831 لسنة 13 قضائية، جلسة 2016 /3 /28، الدائرة الأولى بحيرة برئاسة المستشار محمد عبد الوهاب خفاجي نائب رئيس مجلس الدولة، ، حكم غير منشور
- (50) الدعوى رقم 8 لسنة 7ق، جلسة 1954/4/6 م، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، سنة 8، ج3، بند 601، ص 1171.
- (51) الدعوى رقم 17019، سنة 56 ق، جلسة 2004 /3/9 م، مختارات من أهم أحكام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة، الدائرة الأولى، في الحقوق والحريات العامة، في الفترة من أكتوبر 2001 م حتى ديسمبر 2004 م، المكتب الفني، طبع الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، سنة 2006/ م، ص 375 - 377
- (52) الحكم السابق نفسه.
- (53) د. محمد على الكيك، الحماية الجنائية للعاملين بالطوائف غير الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية- سنة 2005، ص 67
- (54) الطعن رقم 698 إدارية عليا، السنة 12 ق، جلسة 1969/4/5 م، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا، س 14، مبدأ 74، ص 563. مرجع سابق.
- (55) الطعن رقم 1190، السنة 20 ق، جلسة 1980 /12/20، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها محاكم مجلس الدولة " الحقوق والحريات العامة " من سنة 1947 حتى 1997 م " المكتب الفني بمناسبة اليوبيل الذهبي لمجلس الدولة، مطابع الطوبجي التجارية بالقاهرة. ص 373: 383
- (56) الدعوى رقم 1628 ق لسنة 9 ق، جلسة 1957 /4 /16 م، أشار إليه المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين: الحقوق والحريات العامة وحقوق الإنسان، مرجع سابق، ص 996، والفتوى الصادرة عن إدارة الفتوى والتشريع لوزارة الشؤون الاجتماعية والعمل – فتوى رقم 217 في 1959 /3/30 م أشار إليه المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 996- 997
- (57) الدعوى رقم 908 - لسنة 13 ق، جلسة 1960/8/16، مكتب فني السنة 14، ج 1، الصفحة 386- وراجع الدعوى

رقم 1293 ق أ، لسنة 21 ق، جلسة 1970/6/23، أشار إليه المستشار الدكتور / محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص 1007: 1010  
(58) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 4390 لسنة 37 قضائية عليا بجلسة 1994/12/11 م، المكتب الفني، لسنة 40 ، الجزء الأول، صفحة 563 القاعدة رقم: 47.

## إستحداث دعوى إستعجال التسبيق المالي ضمانة لتحقيق العدالة الإدارية



د/ محمودي بشير  
جامعة الشهيد حمة لخضر بالواي  
د/ سكفالي ريم  
جامعة الشهيد حمة لخضر بالواي



### مقدمة :

في إطار الإصلاحات التي عرفتها المنظومة القضائية الإدارية ، أستحدثت المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية عددا من الدعاوى التي تخص قضاء الإستعجال الإداري مواكبا بذلك التطورات الحاصلة في الدول المقارنة ، وذلك بغية خلق التوازن بين سلطات الإدارة وحقوق الأشخاص ، ومن ثم الوصول إلى دعائم دولة القانون .

وتعتبر دعوى إستعجال التسبيق المالي من بين هذه الدعاوى المستحدثة ، والتي تعتبر من الدعاوى المميزة كونها تعمل على تمكين الدائن من الحصول على تسبيق مالي لمواجهة بعض المصاريف أو لحفظ بعض المصالح والحقوق ، وكذا توفير حماية للدائن الذي يجد نفسه مجبرا لإنتظار مدة طويلة للتوصل إلى إسترجاع ماله من حق لدى الغير .

وعليه نطرح التساؤل الآتي :

ما مدى مساهمة دعوى إستعجال التسبيق المالي في إحداث التوازن بين سلطات الإدارة وحقوق الأشخاص ؟  
وللإجابة على هذه الإشكالية قسمنا هذه الدراسة إلى مبحثين :

### المبحث الأول : الإطار المفاهيمي لدعوى إستعجال التسبيق المالي .

وسنحاول التعريف بهذه الدعوى المميزة (المطلب الأول) وكذا معرفة الشروط الواجب توفرها (المطلب الثاني) .

#### المطلب الأول : تعريف دعوى إستعجال التسبيق المالي .

نص المشرع على هذه الدعوى ضمن الكتاب الرابع المخصص للإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية ، ضمن الباب الثالث المعنون ب " في الإستعجال " المدرج ضمن الفصل الرابع المعنون ب " الإستعجال في مادة التسبيق المالي " وذلك من خلال المواد من 942 إلى 945 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup> ، وهي دعوى تدخل ضمن إطار دعوى الإستعجال الإداري يتمكن الدائن من خلالها الحصول على تسبيقات مالية ، وذلك من خلال تمكين قاضي الإستعجال الإداري من منح تسبيق مالي للدائن الذي سبق له رفع طلب في الموضوع ، بالإضافة إلى عدم وجود نزاع جدي بشأن وجود الإلتزام .

وللاشارة فإن المشرع الفرنسي كان سابقا في هذا المجال وذلك بإستحداثه لهذه الدعوى التي نظمها بموجب المادة : R 541/1 من قانون العدالة الإدارية<sup>2</sup> المعدلة بالمادة الأولى من المرسوم رقم : 1115-2000 الصادر بتاريخ : 2000-12-22<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني : شروط دعوى إستعجال التسبيق المالي .

من خلال المادة : 942 ق إ م إ يمكن أن نستخلص شروط دعوى إستعجال التسبيق المالي ، حيث تنص على : " يجوز لقاضي الإستعجال أن يمنح تسبيقا ماليا إلى الدائن الذي رفع دعوى في الموضوع أمام المحكمة الإدارية ، مالم ينازع في وجود الدين بصفة جدية ويجوز له ولو تلقائيا أن يخضع دفع هذا التسبيق لتقديم ضمان " .

وعليه يجب توافر شرطين حتى ينظر قاضي الإستعجال في طلب التسبيق المالي :

**أولا : رفع دعوى في الموضوع :** حيث يجب على الدائن حسب المادة أعلاه رفع دعوى في الموضوع أمام الجهة القضائية التي ينتمي إليها قاضي الإستعجال ، ويكون الهدف من هذه الدعوى الحصول على الحكم بإدانة مالية ، بالإضافة إلى وجوب قبول الدعوى المرفوعة في الموضوع قبل رفع الدعوى الإستعجالية ، وللاشارة فإن المشرع الفرنسي قد ألغى شرط إقتران دعوى إستعجال التسبيق المالي بشرط رفع دعوى في الموضوع في النظام القانوني الفرنسي بموجب المرسوم رقم : 1115-2000 المذكور أعلاه ، ويكون بذلك قد حرر الدائن من شرط قد يحول دون تمكنه من رفع لدعوى الإستعجالية في آجال قصيرة .

**ثانيا : عدم المنازعة في وجود الدين بصفة جدية :** وقد أدرجت المادة : 942 ق إ م إ هذا الشرط صراحة ، بحيث يجب على قاضي الإستعجال أن يبحث في مدى وجود منازعة جدية حول وجود الدين .

وحتى يتمكن قاضي الإستعجال من معرفة مدى وجود منازعة جدية في وجود الدين عليه التأكد أولا من وجود مدين ، حيث على المدعي تحديد المدين تحديدا دقيقا ، وكذا إستخدام وسائل الإثبات كالكتابة كما يمكن الإعتماد على تقرير الخبير .

لكن شرط أن يكون الدين غير متنازع فيه بصفة جدية يلتقي مع شرط عدم المساس بأصل الحق ، إذ أن الإستعجال ملزم بإبراز خلو الدين من كل منازعة جدية ، وهذا سيستدعي منه أن يخوض في الأصل ، ولذلك يعتبر التأكد من هذا الشرط من الأمور الصعبة<sup>4</sup>.

ويمكن أن يستفاد من هذه الدعوى في المادة الجبائية فيما يخص دفع الرسم على القيمة المضافة (T V A) حسب قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ : 10-07-2002 في قضية : "SARL Grey diffusion" .

وكذا في مجال الصفقات العمومية وذلك عند إمتناع المتعامل العمومي عن دفع المبالغ المتفق عليها في الصفقة للمتعاقد معها<sup>5</sup>.

### المبحث الثاني : الإطار الإجرائي لدعوى إستعجال التسبيق المالي :

والذي من خلاله نتطرق لإجراءات رفع دعوى إستعجال التسبيق المالي (المطلب الأول) وكذا طرق الطعن ضد الأوامر الصادرة عن هذه الدعوى (المطلب الثاني) .

## المطلب الأول : إجراءات رفع دعوى إستعجال التسبيق المالي :

هناك جملة من الإجراءات يستوجب مراعاتها عند رفع دعوى إستعجال التسبيق المالي وهي :

أولا : تقديم طلب إجراء التسبيق المالي :

وذلك من خلال :

1- إيداع عريضة موقعة من طرف محام متضمنة البيانات اللازمة<sup>6</sup> ، أمام قاضي الإستعجال المختص إقليميا ونوعيا .

2- وجوب إرفاق هذه العريضة بعريضة دعوى موضوع مرفوعة أمام قاضي الموضوع ترفع أمام الجهة القضائية نفسها التي قدم إليها طلب التسبيق المالي .

ثانيا : تبليغ المدعى عليه : حيث يتم تبليغه في أقرب وقت ومنحه أجلا للرد لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاته وعليه إحترام هذه الآجال بصرامة وإلا إستغني عنها دون أعذار<sup>7</sup> .

ثالثا : صدور الأمر : أمام قاضي الإستعجال آجلا قصيرة للفصل في طلب التسبيق المالي ، وله سلطة تقديرية في منح التسبيق المالي من عدمه وبإمكانه رفض الطلب حتى ولو توفرت الشروط المطلوبة ، وهذا في حالة ما إذا كان مقررا على الشخص العمومي إتباع إجراءات طريق الحالة التنفيذية.

أو في حالة ما إذا كان طلب التسبيق المالي أو من آثاره أن يعرقل الأثر الموقوف للمعارضة المرفوعة على الحالة التنفيذية<sup>8</sup> .

أما في الحالة التي يأمر فيها قاضي الإستعجال بمنح تسبيق مالي فبإمكانه أن يخضع دفع هذا التسبيق لضمان<sup>9</sup> .

## المطلب الثاني : طرق الطعن ضد الأوامر الصادرة عن إستعجال التسبيق المالي :

تخضع الأوامر الصادرة عن إستعجال التسبيق المالي إلى طرق طعن تتمثل في الإستئناف والطعن بالنقض .

أولا : جواز الطعن بالإستئناف :

وفقا للمادة : 943 من ق إ م إ فإن الأمر الصادر عن المحكمة الإدارية يكون قابلا للإستئناف أمام مجلس الدولة خلال أجل خمسة عشر (15) يوما من تاريخ التبليغ الرسمي .

وعليه فإن المادة أعلاه قد حددت أجل الإستئناف ب 15 يوما يبدأ بالسريان من يوم التبليغ الرسمي .

وحسب المادة : 944 ق إ م إ فإنه إذا نظر مجلس الدولة في الإستئناف يجوز له أن يمنح تسبيقا ماليا إلى الدائن الذي طلب ذلك مالم ينازع في وجود الدين بصفة جدية ، ويجوز له ولو تلقائيا أن يخضع هذا التسبيق لتقديم ضمان .

وعليه يمكن القول أن مجلس الدولة يتمتع بسلطات قاضي الدرجة الأولى ، ويمكن الإشارة إلى أن مجلس الدولة يتمتع بسلطات تخدم مصالح المستأنف من جهة ومصالح المستأنف عليه من جهة أخرى .

فإذا ما تكلمنا عن تقديم ضمان فإن هذا يخدم مصالح المستأنف لكن بالمقابل يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ الأمر القاضي لمنح التسبيق إذا كان تنفيذه من شأنه أن يؤدي إلى نتائج لا يمكن تداركها ، وإذا

كانت الأوجه المثارة تبدو من خلال التحقيق جدية ، ومن طبيعتها أن تبرر إلغاءه ورفض الطلب<sup>10</sup> .

ثانيا : جواز الطعن بالنقض : يجوز الطعن بالنقض في الأوامر الصادرة عن المحكمة الإدارية والمتضمنة رفض أو منح تسبيق مالي في أجل شهرين من التبليغ الرسمي للأمر<sup>11</sup> .

#### خاتمة

من خلال ما سبق فإن دعوى إستعجال التسبيق المالي تعتبر من الدعاوى الإدارية المهمة المستحدثة التي من خلالها يمكن تحقيق نوع من العدالة الإدارية أين يمكن للدائن إستيفاء دينه في آجال قصيرة في حال توفرت الشروط لذلك .

-ولهذا نجد من الأولى الإهتمام بهذه الدعوى وإعتمادها نظرا لبساطة إجراءاتها .

-حذف شرط إقتران دعوى إستعجال التسبيق المالي بشرط رفع دعوى في الموضوع وهذا لتمكين الدائن من إستيفاء دينه بأقل إجراءات ، وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي .

#### الهوامش :

1 القانون رقم : 09-08 المؤرخ في : 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، ج ر عدد 21 ، المؤرخ في : 23 أفريل 2008 .

2 Decret n: °2000-1115 du 22 Novembre 2000 , j o du 23 Novembre 2000 , p 18611 .

3 وهي المادة التي إستلهمها من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1973 ثم أدمجها في المادة الإدارية بموجب المرسوم 907-88 المؤرخ في : 2-9-1988 المتعلق بالإجراءات الإدارية .

4 صالح التريكي ، مولود جديد على فراش القضاء الإستعجالي ، "إستعجال التسبيقات" ، مقال منشور بمجلة دراسات قانونية ، مجلة تصدرها كلية الحقوق بصفاقس ، العدد 10 ، 2003 ، المطبعة الرسمية للجمهورية التونسية ، تونس ، ص 120 .

5 Daniel chabanol , code de justice administrative annotations commentaires , jurisprudences , 5éme édition , le moniteur , paris , 2012 , p 585.

6 المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

7 المادة 928 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

8 لحسين بن الشيخ آث ملويا ، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري ، دراسة قانونية فقهية وقضائية مقارنة (د ط) دار هومة ، الجزائر 2007 ، ص 67 .

9 المادة 2/942 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

10 المادة 945 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

11 المادة 956 قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

## ممارسة القاضي الإداري لرقابة الدستورية



د/ محمد منير حساني

جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - الجزائر

\*\*\*\*\*

### مقدمة:

في إطار بناء ازدواجية للنظام القضائي، أسس المؤسس الدستوري لجهاز القضاء الإداري وسمى له وظيفة معيارية هي ضبط مشروعية الأعمال الإدارية، سواء المنفردة منها أم العقود الإدارية. ولقد فصل المشرع هذا التأسيس بتوفيره للقضاء الإداري آليات وتقنيات قضائية لضبط المشروعية، وهي دعاوى المشروعية، (الإلغاء، التفسير وفحص المشروعية)<sup>1</sup>، ونظم آليات رفع النزاع الإداري بما يتناسب هو والوظيفة القضائية.

فانطلاقاً من النصوص القانونية، يتبدى أن المؤسس الدستوري لا يعترف للقضاء الإداري عموماً باختصاص نوعي مباشر في رقابة الدستورية، بيد أن فلسفة وظيفة القاضي الإداري وتقنيات عمله، تؤكد إمكانية ممارسته لرقابة الدستورية، فمفهوم مبدأ المشروعية ذاته وتحولاته في دولة القانون، جعل القاضي الإداري يراقب دستورية العمل الإداري بصفة أصيلة (المبحث الأول)، كما أن ابتكار تعديل 2016 للدستور لآلية الاخطار عن طريق الدفع بعدم الدستورية، أتاح الفرصة أمام القاضي الإداري للمشاركة في رقابة دستورية التشريع (المبحث الثاني).

### المبحث الأول: رقابة القاضي الإداري لدستورية العمل الإداري

يقتضي مفهوم دولة القانون خضوع الإدارة أيضاً للقانون بمفهومه الواسع، ضماناً لمشروعية عملها، والدستور هو أسى مصادر تلك المشروعية، فرجوع القاضي الإداري إليه أساسي ويجعله يفحص دستورية الأعمال الإدارية (المطلب الأول). غير أن هذه الأعمال قد تأتي لتنفيذ تشريعات هي نفسها غير دستورية، وهذا يشكل حداً أمام رقابة دستوريتها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مصادر الكتلة المشروعية أساس لرقابة دستورية الأعمال الإدارية

إن عمل قضاة الحكم عموماً هو عمل تقني وموضوعي؛ إذ يبدأ القاضي بتكييف الوقائع المطروحة أمامه ويعطيها الوصف القانوني المناسب لها، وهذا يساعده على استخلاص الأحكام القانونية

المنظم لها باعتبارها واقعة قانونية. بعد هذا، يلجأ القاضي إلى منهجية القياس، ليقبس مدى مطابقة تلك الوقائع للحكم القانوني المرجعي لها، ويتخذ وفق ذلك حكمه فيها<sup>2</sup>.

وعمل القاضي الإداري يأتي في الإطار نفسه، باعتباره قاضي حكم أيضاً، حيث يتثبت من مطابقة وقائع النزاع الإداري لأحكام القانون الإداري، فيحكم حينها هذه الأخيرة في صحة الأعمال الإدارية المطعون في مشروعيتها، من هنا تتشكل علاقة المشروعية بين هذه الأعمال والقانون الإداري، والتي يعمل القاضي الإداري على ضمانها، وهي فلسفة القضاء الإداري بالأساس<sup>3</sup>.

وانطلاقاً من هذا، فإن مصادر مبدأ المشروعية هي مجموع القواعد القانونية المرجعية لرقابة القاضي الإداري لصحة الأعمال الإدارية، بداية من القواعد الدستورية السامية، بما فيها الدباجة، تتلوها أحكام المعاهدات المصادق عليها، ثم النصوص التشريعية العضوية والعادية، والقواعد التنظيمية. وتشكل هذه القواعد في مجموعها ما يسمى بالكتلة المشروعية للأعمال الإدارية، والمرجعية للقاضي الإداري في عمله<sup>4</sup>.

وبتفحص المصادر المذكورة، يلاحظ أن هناك قاسماً مشتركاً بين مصادر كتلة المشروعية للقاضي الإداري وكتلة الدستورية للقاضي الدستوري، ففي قمة مصادر الكتلتين توجد القواعد الدستورية والمعاهدات، فهي مرجعية للقاضي الإداري والدستوري، وللعاملين المعياري والإداري، وفي هذا الخصوص يروا منظري الليبرالية أنه في دولة القانون تعد مصادر المشروعية جزءاً من الدستورية، بينما العكس في الدولة القانونية، إذ كانت مصادر الدستورية جزءاً من المشروعية<sup>5</sup>.

هذا الاحتواء في دولة القانون، جعل القاضي الإداري عند تحققه من المشروعية يعود إلى القواعد الدستورية ويحكمها في صحة الأعمال الإدارية موضوع النزاع، ليضمن إنتاجها وفقاً للدستور. وحسب الفقيه "هانس كلسن"، يشكل هذا العمل في الوقت نفسه بسطاً للدستورية يؤمنه القاضي الإداري.

فدستورياً كما أشرنا أعلاه، لا يملك القاضي الإداري وظيفة رقابة الدستورية، لكن تأمينه لها بالشكل المبين هو ممكن ومشروع، باعتبار الدستور أعلى القواعد المرجعية له. وعملياً يؤمن ذلك بالنسبة للأعمال الإدارية المنفردة والعقود الإدارية، لكن بشرط أساسي، هو عدم ارتباطها بنص تشريعي تنفذه أو تستند إليه<sup>6</sup>، في الحكم المطعون فيه بالذات، وفي الوقت نفسه يقف على مخالفتها الدستور. وفي هذه الحالة يقابل القاضي الإداري العمل الإداري مباشرة بالقواعد الدستورية، وينظر في مدى مطابقته لها، وبهذا هو يراقب مدى دستوريته.

فعمليا يمارس القاضي رقابة الدستورية من خلال تقنيات رقابة المشروع ذاتها، أي بواسطة دعاوى المشروع، وأهمها دعوى الإلغاء، فيتبع نفس الإجراءات الإدارية في تحريكها والتحقيق فيها، إلى غاية اتخاذه حكمه في هذا النزاع، ويكون مرجعه في هذا الحكم هو الدستور فقط. وعمليا يمارس القاضي الإداري هذه الرقابة بتقنيات فحص المشروع حيث يلغى العمل الإداري الذي يتوصل إلى عدم دستوريته، كإلغائه للقرار الإداري.

أما في حالة اتخاذ الأعمال الإدارية وفقا لنص تشريعي ما ومخالفتها له، فرقابة القاضي الإداري هنا تكون لضبط مشروعيتها فحسب وليس الدستورية، أي أنه لا يعود إلى القاعدة الدستورية العامة والحاكمة للعمل الإداري ما دام هناك قاعدة تشريعية قريبة تنظمها. وفلسفة هذا الطرح هي فلسفة العلاقة بين القواعد المعيارية ذاتها، فالتنظيم وظيفته في النظام الدستوري تنفيذ التشريع، ولا علاقة له مباشرة بالدستور، بينما يجسد التشريع الأحكام الدستورية ويضعها موضع التطبيق بعدما كانت عامة ومجردة.

**المطلب الثاني: القوانين غير الدستورية حد أمام رقابة دستورية الأعمال الإدارية المنفذة لها**  
وفقا لتسلسل القواعد القانونية في هرم هانس كلسن، تعد الأعمال الإدارية قواعد تنظيمية، تختص بها بالأساس إدارات السلطة التنفيذية في الدولة، وضمان مشروعيتها يلزم احترام إنتاجها للقواعد التي تعلقها بالكامل<sup>7</sup>، إلى جانب هذا، فصل المؤسس علاقتها بالتشريع، واعتبرها منفذة للقواعد التشريعية، بنصه على أن " يندرج تنفيذ القوانين في المجال التنظيمي للوزير الأول<sup>8</sup>.

في هذا المفهوم تكون صحة الأعمال الإدارية في مطابقتها المباشرة لقواعد التشريع التي تنظمها، وليس الدستور، لذا فإنه في حالة ما إذا استنتج القاضي الإداري مخالفة العمل الإداري المراقب للدستور، نتيجة مخالفة القانون المنظم له ذاته للدستور، فإنه في هذه الحالة ليس من اختصاصه أن يراقب دستورية العمل الإداري، لأن الأصل في وظيفته المعيارية هو ضبط مشروعية القرار الإداري نسبة للقانون إن وجد، حفاظا على مبدأ الفصل بين السلطات<sup>9</sup>. ومتى كانت الأعمال المراقبة مطابقة للتشريع المنفذ له كانت صحيحة حتى ولو كان غير دستوري.

وفي القانون المقارن تسمى هذه الحالة بحالة القوانين الشاشة، *Loi Ecran*<sup>10</sup>، وقد ابتكر أحكامها مجلس الدولة الفرنسي في اجتهاده في قضية *Arrighi*<sup>11</sup>، وسماها الفقه بذلك الاسم، لأن القانون هو واسطة بين القواعد الدستورية والتنظيمية، ولا يمكن للقاضي الإداري هنا فحص دستورية القانون والحكم عليها.

## المبحث الأول: رقابة القاضي الإداري لدستورية العمل الإداري

القانون شكل من أشكال الإنتاج المعياري، موضوعه إنتاج قواعد عامة ومجردة وملزمة تؤطر الظواهر الاجتماعية، وهو وظيفة معيارية للسلطة التشريعية تمارسه لتجسيد الدستور، لذا يدنو القانون مرتبة من الدستور في سلم القواعد القانونية، ويأخذ صحة إنتاجه منه، من خلال علاقة الدستورية التي بين النصين، والتي بانتفائها يصبح القانون دون مرجع أساسي له، فيستحق الإلغاء لضمان سلامة النظام القانوني<sup>12</sup>، والعدالة الدستورية هي صاحبة هذا الاختصاص. فوفقا للدستور، لا يختص القاضي الإداري بفحص دستورية القانون (المطلب الأول)، ولكنه عمليا يمكنه ذلك من خلال آلية الدفع بعدم الدستورية (المطلب الثاني).

## المطلب الأول: رقابة الدستورية ووظيفة القضاء الدستوري

إذن كما أشير إليه سابقا، الوظيفة المعيارية للقاضي الإداري هي ضبط مشروعية الأعمال الإدارية لا رقابة دستورتها، ولا رقابة دستورية القوانين المنفذة لها، هذا ما ضمنته الدستورية الغربية لإقامة مفهوم مبدأ الفصل بين السلطات في شكله الكلاسيكي للفقهاء "مونتيسكيو"، بأن تضمن لكل سلطة عمومية سلطتها ومنع في مواجهة باقي السلطات، وللسلطة التشريعية وظيفة صناعة التشريع، ولا يمكن للقضاء العادي مراقبة مدى صحته، حتى ولو كان قضاء إداريا، باعتبار القانون عملا يمثل الإرادة العامة للشعب، يحمل قواعد عامة ومجردة وملزمة. لذا اتخذ منظرو القانون الدستوري المقارن سبيلين في بناء رقابة صحة التشريع، الأول أوروبي بالتأسيس لجهاز حَكَمٍ خارج السلطات العمومية الثلاث، وهو جهاز العدالة الدستورية "المجلس الدستوري أو محكمة دستورية"، باعتباره المكلف دستوريا بحفظ سمو الدستور على ما دونه من القواعد القانونية، أو بتكليف القضاء العادي نفسه بهذه الوظيفة، يمارسها إلى جانب تأمينه للعدالة، وهو النموذج الأمريكي للعدالة الدستورية<sup>13</sup>.

وفي هذا الإطار، نص الدستور الجزائري على أن المجلس الدستوري هيئة مستقلة تكلف بالسهرة على احترام الدستور"، ونص على أن "يفصل المجلس الدستوري برأي في دستورية المعاهدات والقوانين والتنظيمات...."، كما "يبدي المجلس الدستوري (... رأيه وجوبا في دستورية القوانين العضوية بعد أن يصادق عليها البرلمان"<sup>14</sup>.

في مقابل هذا، ينص الدستور على أن "يمثل مجلس الدولة الهيئة المقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية. وتضمن المحكمة العليا ومجلس الدولة توحيد الاجتهاد القضائي في جميع أنحاء البلاد ويسهران على احترام القانون"<sup>15</sup>.

من هذه الهندسة الدستورية يتجلى أن القاضي الإداري لا يختص أصالة برقابة دستورية القوانين، وأن هناك فاصلا بين العدالتين، الدستورية يمارسها المجلس الدستوري لفحص صحة انتاج القواعد المعيارية ومنها القوانين، ولها تقنياتها الخاصة المنظمة بالدستور نفسه، والعدالة القضائية العادية، والتي تشمل فلسفتها القضاء الإداري، يمارسها للبت في نزاعات تفسير القواعد القانونية، لذا لم يمنح أي تقنيات تؤهله للأبعد من لذلك، حيث أنه لم يجعل الدستور من المعنيين بالإخطار ولا من مالكيه، فقد نص على أن " يخطر المجلس الدستوري رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الأمة أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو الوزير الأول. كما يمكن إخطاره من خمسين نائبا أو ثلاثين عضوا في مجلس الأمة"<sup>16</sup>. فلا يمكن للجهات الفاعلة في صناعة القانون أن تلجأ إلى القضاء الإداري للدفاع عن مصالحها وتوجهاتها في القانون. إلى جانب هذا، أنه ما دام لا يختص بالنظر في الدستورية، لم يذكره الدستور أيضا عند تنظيمه لحجية رقابة الدستورية، فاعتبر أنه إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد أثره ابتداء من يوم قرار المجلس الدستوري<sup>17</sup>.

جميع هذه التقنيات الدستورية، الناظمة لعملية رقابة الدستورية، غير معني بها القاضي الإداري، ما يؤكد عدم اختصاصه بها صراحة.

### المطلب الثاني: الدفع بعدم الدستورية آلية لممارسة القاضي الإداري رقابة الدستورية

علاوة على المبررات النصية والفلسفية لعدم اختصاص القاضي الإداري برقابة دستورية التشريع، نجد أنه نتيجة الحركية والتطور الذي يميز القانون الدستوري المقارن، وتقارب نموذجيه الأوروبي والأمريكي، امتلك القاضي الإداري بعض سلطة ممارسة بعض الصلاحيات اللصيقة برقابة الدستورية، تمكنه عمليا من ممارستها.

في هذا الإطار، نص تعديل 2016 للدستور الجزائري على آلية جديدة لتفعيل رقابة الدستورية، وهي آلية الإخطار من خلال الدفع بعدم الدستورية، معتبرا أنه " يمكن إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة، عندما يدعي أحد الأطراف في المحاكمة أمام جهة قضائية أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور"<sup>18</sup>.

بهذه الآلية يتيح المؤسس الدستوري للأفراد دخول العدالة الدستورية للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم ضد النصوص القانونية ذاتها، والمنازعة فيها، وهذا تلطيف من الطبيعة السياسية لرقابة الدستورية بالجزائر، والتي تتماشى والنموذج الأوروبي الذي تتبناه، برقابة قضائية للدستورية، تراعي

الحقوق والحريات، وهي فلسفة العدالة الدستورية الأمريكية. وهذا يتيح للجميع الاستفادة من العدالة الدستورية، سياسيين ومواطنين، ويجعلها تؤمن الفلسفتين، السياسية والقضائية القانونية في رقابتها للدستورية.

وما يميز التجربة الجزائرية في تبنيها للعدالة الدستورية القضائية، هو جعل المؤسس الدستوري مباشرتها أمام القضاء العادي والإداري في شكل دفع بعدم الدستورية، الأمر الذي يتيح الفرصة للقاضي الإداري بأن يشرك المجلس الدستوري في رقابة الدستورية. وتجسيدا لهذه الآلية الدستورية، نظم المجلس الدستوري بعض إجراءاتها في النظام المحدد لقواعد عمله، باعتباره المختص بالبث في تلك الدفوع، واعتبر رقابته للدستورية هنا هي رقابة بعدية<sup>19</sup>.

وما يستشف من التنظيم الدستوري للإخطار عن طريق الدفع بعدم الدستورية، هو أنه عبارة عن دفع يقدمه أحد الطرفين المتنازعين أثناء سير الخصومة أمام القضاء الإداري (موضوع الدراسة)، وليس بعريضة افتتاحية، وهذا منطقي وصواب؛ لأن المؤسس الدستوري لا يمنح القاضي الإداري اختصاصا أصيلا برقابة الدستورية، رغم أن موضوع الدفع هو مسألة دستورية حكم تشريعي وليس العمل الإداري موضوع الدعوى الأصلية. وبهذا لا يشكل الدفع بعدم الدستورية دعوى جديدة من دعاوى المشروعية، وإنما يقدم ضمنها فقط ولا يختص القاضي الإداري بالبث فيه بالكامل.

فاختصاص النظر في هذا الدفع النوعي وذو الأولوية هو من اختصاص القاضي الدستوري، ومع ذلك، أمكن للقاضي الإداري أن يشاركه في ذلك ويمارس رقابة دستورية حقيقية على الحكم التشريعي المطعون فيه، بل وقبل القاضي الدستوري نفسه؛ إذ إن بحث هذا الأخير في مدى الدستورية متوقف على قرار القاضي الإداري بأن الحكم معيب فعلا، ثم إحالته على المجلس الدستوري. ويتخذ القاضي الإداري قراره ذلك من خلال اختصاصه بدراسة جدية الدفع بعدم الدستورية، التي يختص بها ليغربل ويصفي الطعون بعدم الدستورية المقدمة لديه، ويحيل الجدية منها فقط. ودراسة الجدية هي عملية موضوعية بحثية، يفحص من خلالها القاضي الإداري مدى مطابقة الحكم التشريعي للدستور، بل للكثلة الدستورية كلها. ومن دون هذا الإجراء الموضوعي سيكون دور القاضي الإداري مجرد تسجيل للدفوع بعدم الدستورية قبل إحالتها على المجلس الدستوري، وهذا ليس مراد المؤسس الدستوري.

وليتخذ القاضي الإداري قراره في جدية الدفع، سيلجأ إلى تقنيات القضاء الدستوري، ومنها التفسير الدستوري ليستخلص التفسير الصحيح المقابل للحكم التشريعي، ومن ثم يفسر الحكم التشريعي ليرى

مدى مطابقته للوجه المرجعي الأساسي له، ومن هذه المقابلة يقدر مدى توافر العلاقة الدستورية بين الحكّمين<sup>20</sup>.

أما نتيجة فحص القاضي الدستوري للدستورية فتترجم في قراره حول إحالة الدفع بعدم الدستورية على المجلس الدستوري، وهو قرار لحالة من حالتين، إما بإحالة الدفع أو عدم إحالته، والحالتان تؤكدان مشاركته في فحص الدستورية.

ففي حالة ما إذا قرر إحالة الدفع على المجلس الدستوري، فهذا يعني أنه توصل إلى جديّة الدفع، ولن يتوصل إلى ذلك إلا بعد تثبته من أن الحكم معيباً دستورياً فعلاً، ومن ثم يستحق إكمال فحص دستوريته من جهاز المجلس الدستوري، وهنا قد شارك القاضي الإداري في فحص الدستورية.

أما قرار القاضي الإداري بالامتناع عن إحالة الدفع إلى المجلس الدستوري، فيتخذه بعد توصله إلى عدم جديّة الدفع، وأن الحكم التشريعي المطعون فيه دستوري ولا يحمل أيّاً من العيوب الدستورية، ولن يحيله إلى المجلس الدستوري أصلاً. وقراره في هذه الحالة مثل قرار القاضي الدستوري وحكمه بدستورية حكم تشريعي بعد فحص مطابقته للدستور.

وباستعراض الحالتين تتأكد كيفية مشاركة القاضي الإداري في رقابة الدستورية، وكذا حجمها، التي قد تصل إلى حد أن يكون يمارسها لوحده.

## الخاتمة

من هذه الدراسة تأكد أن القاضي الإداري يمارس حقيقة رقابة الدستورية، وذلك على الأعمال الإدارية أوحى النصوص التشريعية. ورغم أهمية هذه الممارسة في تأمين دولة القانون من خلال حفظ سمو الدستور، إلا أنها غير منظمة له صراحة دستورياً ولا قانونياً، مما قد يؤدي إلى تعسف القاضي الإداري بها، وتوسعه فيها بشكل يغير في طبيعة وظيفته القضائية، ويمس بمبدأ الفصل بين السلطات، ويغذي شبح حكومة القضاة. واستناداً لما طرح، وللإستفادة من هذه المساهمة النوعية، يقترح ما يلي:

- بعد تأسيس الدستور لآلية الدفع بعدم الدستورية، يستحسن تفصيل المشرع لنظامها القانوني، بإيضاح سلطة القاضي الإداري في دراسة تلك الدفوع النوعية، ثم هل تتوقف عند استلامه لها وإحالتها للقضاء الدستوري؟ أم أنه مؤهل للبحث في الدستورية فعلياً للوقوف على جديّة الدفوع قبل إحالتها؟ وكذا مسألة حجية قرارات القاضي الإداري في هذه الآلية، وخاصة قراره بعدم الإحالة، بتبيين مدى قابليته للمراجعة والطعن.

- إضافة لما سبق، وحفاظاً على سلامة مبدأ المشروعية ذاته، يجدر بالمشرع تنظيم لجوء القاضي الإداري إلى تحكيم الدستور في صحة الاعمال الإدارية، خاصة حالة تنفيذها لنص تشريعي، كي يلزم القاضي الإداري باحترام الهرم القانوني في الكتلة المشروعية، ولا يلجأ إلى رقابة الدستورية وقت ما شاء. وجميع هذه المسائل من شأنها أن تبني نظاماً قانونياً لممارسة القاضي الإداري لرقابة الدستورية، وتسهم في بناء دولة القانون، كما تغذي فكرة الأمن القانوني بصفة عامة.

## الهوامش:

1- المواد 801، 900 و901 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 الصادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

2 - A. VIALA, *Les Réserves D'interprétation Dans La Jurisprudence Du Conseil Constitutionnel, Thèse de Doctorat, Droit, Montpellier I, L.G.D.J, Paris, 1999, p: 5.*

3 - G. VEDEL, *Excès de pouvoir Législative et excès de pouvoir administrative, CCC, n° 1 / 1996, p. 86 – 87.*

4 - *Justice administrative et État de droit, Intervention de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, à l'Institut d'études judiciaires de l'Université Panthéon-Assas sur le thème "Justice administrative et État de droit", le lundi 10 février 2014. <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Justice-administrative-et-Etat-de-droit>. Consulté le : 24/10/2017.*

5 - L/ FAVOREU, *Légalité et constitutionnalité, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 3 - novembre 1997. P. 2 et 3. <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-3/legalite-et-constitutionnalite.52858.html>. Consulté le : 11/01/2009.*

6 - Genevois (Bruno). *Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution, Revue française de droit administratif, 2000, n° 4, juillet-août, p. 718.*

7 - C. BRAM, *Les Hiérarchiques Des Normes En Droit Constitutionnel Français; Essai d'analyse systématique, The, Droit Public, Ecole Doctorale Droit et Sciences humains, Université DE CERGY PONTOISE, 04 Décembre 2008, p.04.*

8 - المادة 143/2 من دستور 1996 المعدل.

9 - C. BRAM, *ibid, p.5.*

10- Jean-Louis Mestre, *Introduction historique au droit administratif français, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 165.*

11 - *L'arrêt Arrighi du Conseil d'État Français du 6 novembre 1936 : la théorie de la loi-écran, <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat?page=5> Consulté le : 20/12/2018.*

12 - E. MILLARD, *La Hiérarchie Des Normes : une critique sur un fondement empiriste, Halshs, version n° 1, p. 05.*

13- ع. العبد الله، الرقابة على دستورية القوانين (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة دمشق، المجلد السابع عشر، العدد: 12، 2011، ص: 12.

14-

14- المادة 182 من دستور 1996 المعدل.

15 - المادة 171 من الدستور نفسه.

16 - المادة 187 من الدستور نفسه.

17 - المادة 191 من الدستور نفسه.

18 - المادة 188 من الدستور نفسه.

19- المادة 09 من النظام المحدد لقواعد عمل المجلس الدستوري، المصادق عليه بتاريخ 16 أبريل 2016، الجريدة الرسمية العدد 29 المؤرخة في 11 ماي 2016.

20 - François LUCHAIRE, Conseil constitutionnel français, RIDC, Année 1981, Volume 33, Numéro 2, p. 393.

## خصوصية الجانب الاجرائي للدعاوى الإدارية في التشريع الجزائري



ط/د ربيعي يسرى كاتيه جامعة ورقلة  
د/ كرام محمد الأخضر جامعة الوادي



مقدمة:

لم يعد الحديث عن السلط القضائية في الجزائر يحمل نفس المدلول الذي كان عليه قبل التعديل الدستوري المعروضة امام الجهات القضائية وذلك انطلاقا من الفصل الدستوري الصريح بين اختصاصي القضاء العادي و القضاء الإداري بعدما كان القضاء قبل التعديل الدستوري السابق الذكر يعرف بنظام وحدة الموضوع والاجراء ووحدة الجهات القضائية الفاصلة في الدعاوى، وهو الامر الذي ترتب عنه العديد من الآثار القانونية أولها انشاء جهات قضائية إدارية تعنى بالولاية العامة للنظر في الدعاوى الإدارية الى جانب جهات القضاء العادي، وانشاء محكمة خاصة للفصل في التنزع القائم بين اختصاص الجهتين القضائيتين.

فكل هذا وذلك قد شكل منحى جديد في توجه القضاء في المنظومة الجزائرية وهو الامر الذي استدعى إيجاد منظومة قانونية تنظم الجانب المستحدث في هذا المجال وبالخصوص الجانب الاجرائي للدعاوى الإدارية فبعدما كان قانون الإجراءات المدنية ينظم كافة الأمور الإجرائية في الدعاوى القضائية، أدخلت عليه العديد من المواد المنظمة للأمور الإجرائية في الدعاوى الإدارية ليشكل لنا قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وان دل ذلك على شيء، فانه يدل على خصوصية الإجراءات التي تسير بها الدعاوى الإدارية في النظام الجزائري، ومن خلال هذه الورقة البحثية سنحاول التفصيل في خصوصية الإجراءات القضائية في الدعاوى الإدارية انطلاقا من طرح الاشكال الاتي: كيف نظم المشرع الجزائري خصوصية الإجراءات القضائية في الدعاوى الإدارية عقب تحول النظام القضائي الجزائري من الوحدة الى الازدواجية؟؟

### المحور الأول: معايير اختصاص القاضي الإداري الجزائري

إن التحول الذي عملته دستور 1996 بخصوص السلطة القضائية في الجزائر و الذي تمحور حول ازدواجية الجهات القضائية بيزدواج موضوع الدعاوى فقد جاء إثر مجموعة التطورات التي واكبت النزاعات الإدارية و إثر مختلف القضايا التي كان من الضروري إيجاد جهات مستقلة تفصل فيها حتى تزيل العبء الذي كانت تشهده جهات القضاء العادي او القضاء الموحد الذي كان ينظر في الدعاوى القائمة بين الافراد فيما بينهم بتطبيق قواعد القانون الخاص او بين الفرد و مؤسسات الدولة العمومية و اين ينطبق فيها قواعد القانون العام و من اجل أن يتحدد اختصاص القاضي الإداري من اختصاص القاضي

العادي كان قد سبق لتجارب الدول في مجال ازدواجية القضاء اتباع عدد من المعايير التي يتجدد بموجها اختصاص القاضي الإداري و قد خطى المشرع الجزائري في تحديد ذلك خطى المشرع الفرنسي باعتماد المعيارين العضوي و المادي و تميز في حين اخر بمعيار جامع سنوردهم فيما يلي

### 1/ المعيار العضوي كاساس لاختصاص القاضي الإداري

يكون النزاع إداريا و يرجع الاختصاص فيه بالنتيجة الى القاضي الإداري متى كان احد اطرافه شخصا معنويا عاما<sup>1</sup> و مفاد ذلك ان العبرة في تولي القاضي الإداري الفصل في المنازعة هو الجهة التي تكون طرفا في النزاع و هو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري و التي تتعلق بقواعد الاختصاص و قد حدد في ذلك الجهات الإدارية التي ينظر القاضي الإداري في النزاعات التي تكون طرفا فيها و ذلك على سبيل الحصر حيث حددها في الدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية<sup>2</sup> و هي مؤسسات عمومية تتمتع الشخصية المعنوية التي يترتب عنها حتما التمتع بأهلية التقاضي و الذمة المالية المستقلة

الا ان هذا المعيار يعد بسيط الاستعمال ذلك ان النزاع الذي يكون إداريا متى كان احد اطرافه شخصا معنويا عاما يكون غير جامع ولا مانع<sup>3</sup> فحصر المشرع للأشخاص المعنوية التي يتولى الفصل في نزاعاتها القاضي الإداري قد يأخذ مجرى اخر في حال ظهور اشخاص عامة اخرى في نزاع ما او في كون هذه الأشخاص المذكورة في المادة 800 استعانت بهيئات او اشخاص خاصة من اجل القيام بعمل ما و شاب نزاع على اثر ذلك و حكم القضاء ان مثل هذه النزاعات إدارية<sup>4</sup> في اطار تسيير المرفق العام . كما هو الحال في المادتين 55 و 56 من القانون 88\_01 اللتان جاء من خلالهما ادراج الأشخاص الخاصة التي تشارك في تسيير الأملاك العامة او التي تمارس صلاحيات السلطة العامة كتصرف الشخص العادي و التي تدرج وفق النزاعات الإدارية

و بذلك فان المشرع الجزائري قد جعل من المعيار العضوي معيارا مرنا فبالرغم ان هذه الأطراف التي حددتها المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ليس ضمن المادة 55 و 56 السابقة الذكر ان المشرع قد ادرج النزاعات تكون طرفا فيها ضمن اختصاص القاضي الجزائري على أساس عنصر المشاركة في تسيير المؤسسات العمومية او التصرف بامتيازات السلطة العامة<sup>5</sup>

### 2/ المعيار المادي كاساس لاختصاص القاضي الإداري

وفقا للمعيار المادي يكون الاعتداد بموضوع النشاط و مضمونة و يمكن تعريفه بالنظر الى غاية النشاط الذي يستهدفه الجهاز الإداري و يشمل المعيار المادي في تحديد اختصاص القاضي الإداري عنصرين عنصر يتعلق بالمرفق العام اذي يهدف الى تحقيق المصلحة العامة و عنصلا يشمل التصرف بامتيازات السلطة العامة مفهوم العنصرين في النشاط الإداري الذي يقوم به طرف النزاع و الذي يجعل من القاضي الإداري مختصا للنظر في الدعوى غمهما كان الطرف او الهيئة او الجهاز الذي قام بالنشاط

عاما او خاصا فان العبرة بالفعل او الخدمة التي يقوم بها فمتى وصف الفعل بانه يحقق مصلحة عامة او كان التصرف بموجب الامتيازات العامة فان ذلك يقضي باختصاص القاضي الإداري و قد اعتمده المشرع الجزائري في اطار الاخذ بالمعيار العضوي بصفة مرنة من اجل الامام بكافة العناصر التي تدخل في نطاق الهيئات العامة و في نفس الوقت ابعده من خلال الاخذ بالمعيار المادي بعض النزاعات التي بالرغم كون الهيئات العمومية المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية طرف فيها من دائرة اختصاص القضاء الإداري و أولى الفصل فيل لجهات القضاء العادي و قد جاء ذلك بصريح النص في المادة 801<sup>6</sup> من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية حيث جعل أساسا من مخالقات الطرف و المنازعات المتعلقة بدعوى المسؤولية عن الضرر الموجب التعويض الناجم عن المركبات التابعة للدولة او الولاية او البلدية او المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري من اختصاص القضاء العادي. يمكن القول بان المشرع في تحديد اختصاص القاضي الإداري جاول الجمع بين المعيارين العضوي و المادي او الموضوعي من اجل الامام من جهة أولى بكافة الهيئات العمومية سواء المذكورة على سبيل الحصر في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية او الإدارية او من خلال مرونة هذا المعيار الذي وسع بها نطاق الهيئات لتشمل المؤسسات العمومية الاقتصادية الصناعية او التجارية و ذلك وفقا للمواد 55 و 56 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 88\_01 و ذلك من خلال عنصري صلاحيات السلطة العامة و المشاركة في تسير الأملاك العامة كما اتخذ من المعيار المادي المتعلق بالنشاط الذي تقوم به الهيئة او المؤسسة مهما كان وصفها و الذي يهدف أساسا الى تحقيق المصلحة العامة او يتخذ شكل من اشكال صلاحيات السلطة العامة في التصرف

### المحور الثاني : خصوصية الإجراءات المتعلقة بالدعاوى الإدارية

ان الحديث عن اختصاص القاضي الإداري في النزاعات الإدارية يوضح الطبيعة الخاصة الذي يتميز بها هذا النوع من الدعاوى و هو الامر الذي يستدعي وجود إجراءات خاصة لسيرها امام الجهات القضائية الإدارية إضافة للإجراءات العامة التي يعرف بها الدعاوى القضائية العادية و التي ينظمها قانون الإجراءات المدنية سابقا والإدارية عقب التعديل الدستوري لسنة 1996 و الذي قضى بازدواجية القضاء و القانون بتبني نظام القضاء الإداري المستقل عن نظام او هيكل القضاء العادي و هو نص الإجراءات المدنية و الإدارية و فيما يلي نعرض اهم الخصائص التي تميز إجراءات الدعاوى امام القضاء الإداري عن غيرها من الدعاوى امام القضاء العادي وقبل ذلك نعرف الإجراءات القضائية أمام القضاء الإداري، وهي القواعد القانونية المتعلقة برفع الدعاوى وطرق الطعن الإدارية، سير الخصومة ، المقررات القضائية وكيفية تنفيذها .

### 1 / الإجراءات الإدارية تتمتع بطابع الاستقلالية

مبدئيا فان حكام قانون الإجراءات المدنية لا تطبق على الدعاوى الإدارية التي تخضع لإجراءات خاصة بها<sup>7</sup> إلا ان ذلك لا يمنع من وجود نصوص خاصة قد تحيل عليها من اجل تطبيقها كما قد يلجا القاضي الى نصوص الإجراءات المدنية حتى في غياب الإحالة عليها من قوانين خاصة كونها تمثل النواة الأساسية للإجراءات القضائية باعتبارها نصوص قانونية تحمل مبادئ عامة في الإجراءات القضائية قد تكون صالحة في جانب القضاء العادي والإداري على حد سواء

2/ الإجراءات الإدارية تتميز بعدم مساواة اطراف الدعوى<sup>8</sup>

اهم ما يميز الدعاوى الإدارية انها تنشعب بين طرفين متباينين احدهما شخص عام و الاخر شخص طبيعي فهي تقوم على أساس طرفين غير متساويين في المركز القانوني فالشخص العام المتمثل في الدولة او احد مؤسساتها تكون عادة تتمتع بامتيازات السلطة العامة بصفتها تحمي المصلحة العامة و هو عكس الفرد الذي لا يمثل الا نفسه و مصلحته الشخصية و اذا كان هدف الإجراءات الإدارية هو ضمان حقوق الفرد الدستورية فانه في نفس الوقت يكون هدفها كذلك ضمان المصلحة العامة<sup>9</sup>

وهذا ما يبرر الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في اطار إجراءات لرفع الدعوى ضدها كالتقيد القانوني الذي يلزم الخصم ضدها يرفع التظلم امام الجهات الإدارية المصدرة للقرار او الجهة التي تعلقها في السلم الإداري قبل اللجوء الى الجهات القضائية و كذا انعدام الأثر الواقف للدعوى الإدارية الا في حالات استثنائية و شروط معينة<sup>10</sup>

ضف الى ذلك ان الإدارة تملك حق اتخاذ القرار و كذا تنفيذه في حق الفرد دون الحاجة للصيغة التنفيذية التي تمنحها الجهات القضائية، وعلى الفرد في حال رفضه للقرار ان يثبت الدليل الذي يبرر تعسف الإدارة، و هذا الامر الذي يستعصي بلوغه امام السر المهني الذي تقره قوانين الوظيفة العامة

3/ الطابع الكتابي للإجراءات الإدارية

تنص المادة 9 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على ان الأصل في إجراءات التقاضي ان تكون مكتوبة، و توجد هذه المادة في الفصل المخصص للإجراءات المتعلقة بجميع القضايا سواء كانت إدارية او عدلية، و يضمن هذا الاجراء لاطراف الدعوى او غيرهم من الاطلاع على كافة مجريات القضية طيلة سير الدعاوى و هو ما يادي الى حسن سير قطاع العدالة ككل، و يشارك هذا الطابع في تحقيق اهداف قاعدة إجرائية أخرى و هي قاعدة الوجاهية<sup>11</sup>.

و في فرنسا حيث تستقل الإجراءات الإدارية بقانون خاص عن الإجراءات المدنية، فان إجراءات التقاضي في المواد الإدارية تلجأ بشكل واسع عن الإجراءات المدنية الى الكتابة و سبب ذلك يعود إلى:

أولاً: دور القاضي الإداري في الدعوى

ثانياً: الأصل الإداري للمنازعات الإدارية.

فالكثابة هي وسيلة التعبير العادية للإدارة مثلما أن المحادثة الشفوية هي وسيلة التعبير العادي للانسان<sup>12</sup>. لان الإجراءات كتابية، فإن المذكرات والوثائق تودع بكتابة ضبط الهيئة القضائية المختصة، وللأطراف حق الاطلاع عليها، بل ويأمر القاضي بتبليغها لهم، ولم يسمح بالمناقشة الشفوية أمام مجلس الدولة سوى عام 1850.<sup>13</sup>

ان الشكل الكتابي للإجراءات الإدارية خاصية ساهمت في رأي المختصين في قوة القضاء الإداري لان الكثابة هي وسيلة ابداع وجمع وتحليل الأفكار. وإن الأطراف يستطيعون تقديم الملاحظات الشفوية أمام المحاكم الإدارية عند انعقاد الجلسة، ولكنهم يفضلون دائما الاكتفاء بالمذكرات المكتوبة<sup>14</sup>

4/ سرية الإجراءات الإدارية

تتميز الاعمال الإدارية بالسرية منذ التحضير للقرار الإداري الى غاية الإفصاح عنه، فالقرارات الإدارية الفردية تبقى فبمواجهة الجماعة حتى عد نفاذها او تطبيقها كما ان عمل الإدارة و وثائقها محاطة بالسرية وفقا لما تنص عليه قوانين الوظيفة العامة، و السير خلافا لذلك يعد افشاء للسر المهني و يخلف العقوبات التأديبية في حق مرتكبه، لهذا فان سير الدعوى الإدارية تبقى سرية الى درجة ما، فأثناء التحقيق في القضايا لا يجوز الاطلاع على ملف الدعوى و وثائقا سوى لأطراف الخصومة، لكل ذلك استوحى القضاء الإداري اجراءاته من قاعدة السرية هذه المعروفة و الراسخة في العمل الإداري<sup>15</sup>.

5/ الإجراءات الإدارية فاحصة وليست اتهامية:

وتستخلص هذه الميزة انطلاقا من دور القاضي الإداري في الدعوى حيث تقسم الإجراءات عادة على نوعين إجراءات اتهامية وإجراءات فاحصة:

اما عن الإجراءات الاتهامية فهي التي يكون الدور الأساسي فيها لأطراف الدعوى، وهو ميزة الدعوى المدنية التي تقوم أساسا على طلبات ودفع الأطراف والتي تعد صلب دور القاضي في اتخاذه للحكم. وهي عكس الإجراءات الفاحصة التي يركز فيها دور القاضي على توجيه الدعوى والبحث عن الأدلة، وتحت هذا النوع تندرج الدعوى الجزائية والدعوى الإدارية، ولو انه لا ينبغي حسب الأستاذ " دباش" المبالغة في هذا التمييز، لانه ليس مطلقا. ففي فرنسا تشهد الإجراءات المدنية شيئا فشيئا تخليا عن حرية الأطراف في توجيه الدعوى، كما أن الإجراءات الفاحصة في المواد الإدارية ليست تامة<sup>16</sup>

6- الإجراءات الإدارية أقل تكلفة :

العدالة الإدارية أقل تكلفة من العدالة المدنية فإذا كانت القاعدة هي إلزامية اللجوء إلى خدمات المحامين، فإن استثناءات كثيرة مقررة على القاعدة بموجب نصوص متفرقة بالنسبة لأهم الدعوى، بما فيها دعوى تجاوز السلطة أحيانا. والهدف من هذه الاستثناءات هو ضمان سهولة التقاضي للدفاع عن الحقوق العامة، غير أن هذه الإعفاءات كثيرا ما بقيت نظرية، لأن تعقيدات القانون الإداري غالبا ما فرضت على المتقاضين حتمية الاستعانة بخدمات المحامين.

### المحور الثالث: تقييم التجربة الجزائرية في مجال القضاء الإداري:

تعد تجربة الجزائر في مجال الفصل بين هرمي القضاء العادي والإداري تجربة حديثة من نوعها، عملت خلالها الجزائر على تدعيم وتسوير قطاع القضاء الإداري بكل ما هو ضروري لحسن سيره في اطار الحفاظ على حقوق الفرد في مواجهة الإدارة.

وفيما يلي سنحاول الحديث عن اهم النقاط التي لا يزال النقص فيها ظاهرا في مجال القضاء الإداري المستقل دون غض النظر عن الجانب الإيجابي الذي أحدثه الفصل بين نظامي القضاء من تخفيف العبء الذي كانت تشهده الجهات القضائية والذي كان يادي الى طول فترة الفصل في الدعاوى وكذا عدم التحديد الدقيق الذي كان يفتقده قانون الإجراءات المدنية فيما يخص موضوع الدعاوى الإدارية بالغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية والمحكمة العليا

#### 1/ فيما يخص معيار اختصاص القاضي الإداري الجزائري:

ان حصر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للهيئات التي تمثل اطراف النزاع في الدعاوى الإدارية ضد الفرد او الشخص الطبيعي تعد نقصا قانونيا لكونها تضمنت الأشخاص العامة الكلاسيكية فقط و هو ما لا يتلاءم مع مجموع التطورات التي يشهدها المجتمع و المؤسسات العامة في الدولة و لرغم ذكر المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية للهيئات غير الممركزة و ضمها في افراد النزاع الإداري الا ان كون المادة 80 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية باعتبارها حدث اختصاص الولاية العامة للجهات القضائية الإدارية انطلاقا من تحديد الأطراف المعنية، كان من المفروض ان تكون اكثر دقو و تفصيلا.

#### 2/ فيما يخص التكوين الذي يتلقاه القضاة

لا يزال القاضي في الماجة الإدارية يخضع لنفس التكوين الذي يتلقاه القضاة في المواد العادية، وهذا الأمر قد يحد من مستوى اطلاع القاضي على خصوصية الدعاوى الإدارية، وهو ما يعيق سرعة الفصل فيها، فمن الاجدر اخضاع القاضي الإداري او الطالب القاضي الى تكوين متخصص أكثر في المادة الإدارية و جعله في منصب قاضي اداري طيلة مدة معينة ومعتبرة دون تنقله بين مختلف مناصب القطاع من قاضي إلى قاضي جزائي الى قاضي اداري، فهذا الامر لا يفي بالغرض الذي يساهم في تحقيق العدالة ودولة القانون و ضمان الجودة في الاحكام القضائية.

#### 3/ فيما يخص أيضا النص على الزامية الكتابة في إجراءات التقاضي امام الجهات الإدارية

فانه رغم الجانب الإيجابي الذي تحمله لكونها وسيلة لجمع الأفكار وتحليلها بشكل أعمق وأصح، الا انها تؤدي الى البطء في الإجراءات والذي يادي الى تأخر في الفصل في الدعاوى، خاصة فيما يخص تبادل المذكرات الكتابية بين طرفي الدعوى امام الجهة القضائية وهذا نظرا لأجل الجواب المحدد قانونا بمدة شهرين وهي مدة طويلة تأخر الفصل في الدعوى.

## خاتمة:

ان الحديث عن تحول السلطة القضائية في الجزائر ، كان ظاهرا من خلال ما حملته دستور 1996 بالفصل بين جهتي القضاء الإداري و العادي، والذي ترتب عنه انشاء هيئات قضائية إدارية مستقلة عن الجهاز العادي والذي كان نتيجة له تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، انطلاقا من تحديي معايير الاختصاص للفصل في الدعاوى الإدارية الى تمديد الإجراءات التي تسير عليها الدعاوى في هذا المجال، كل هذا قد دعم بمجموعة من القوانين العضوية المنظمة للهيكل الإداري القضائية من محاكم إدارية كجهة ابتدائية عامة للفصل في المنازعات الإدارية وجلس الدولة كجهة عليا للقضاء الإداري والتي اختتمت بإنشاء محكمة التنازع للفصل في تنازع الاختصاص بين جهتي القضاء المختلفتين.

لكن بالبحث الدقيق في النصوص المنظمة للقضاء الإداري يظهر الكثير من النقائص التي يجب اخذها بعين الاعتبار لضمان قضاء اداري ناجح ومتخصص اكثر، فرغم كل الخصائص التي تميزت بها الاجراءات الإدارية امام القضاء الإداري إلا ان العديد منها لا يزال يشكل في تطبيقه حاجزا أمام تحقيق مبدأ النزاهة و الشفافية في سبيل تحقيق العدالة و دولة للقانون.

ومن خلال هذه المداخلة نقدم مجموعة من النتائج والمقترحات حول القضاء الإداري والإجراءات المتبعة أمامه:

- إن الإجراءات القضائية الإدارية رغم ما يظهر فيها من تميز عن الإجراءات المدنية المتخذة أمام الجهات القضائية إلا أنها في حقيقة الامر لا تعد سوى سوى اسقاطا لهذه الأخيرة مع معايير اختصاص القضاء الإداري
- إن الإجراءات الإدارية وخاصة الطابع الكتابي لها أصبح يشكل عمليا نقطة سلبية تتمثل في طول فترة الحكم في القضايا المرفوعة امام الجهات القضائية والذي يجعل المتقاضين في غالبية الأحوال يتخلون عن متابعة هذه الدعاوى
- خصوصية الإجراءات الإدارية تقتضي اختصاص القاضي الإداري وهو الامر الذي لم يتداركه القانون المنظم لمهنة القضاة وتكوينهم لحد الساعة في الجزائر وعلى ضوء هذه النتائج نقترح بعض التوصيات في اخر هذه المداخلة:
- من الضروري التفكير في تكوين متخصص للقاضي الإداري يكون متميزا ومرتكزا أكثر في القواعد الإدارية.
- على المشرع الجزائري ضبط الإجراءات المتبعة امام الجهات القضائية الإدارية لضمان تفعيل دورها في متابعة الدعاوى الإدارية وتحقيق العدل بالفصل في القضايا في أقرب الاجال وبأبسط القواعد.

## الهوامش:

- 1 بوحميده عطالله، الوجيز في القضاء الإداري 3، دار هومه، الجزائر، 2014 ص 137
- 2 انظر المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري
- 3 بوحميده عطالله، المزج السابق ص 137
- 4 نفس المرجع السابق.
- 5 أنظر المادة 55 و 56 من قانون رقم 01/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر عدد 2.
- 6 انظر المادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والادارية
- 7 مسعود شهبوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء 1، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013 ص122.
- 8 نفس للمرجع السابق، ص123.
- 9 نفس المرجع السابق، ص 125.
- 10 مسعود شهبوب، امتيازات الإدارة امام القضاء، مجلة الفكر القانوني، العدد 4، 1987، ص34.
- 11 رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء 1، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص81.
- 12 Charles Debbasch. *instittution et droit administratif. T2. COLLECTION THEMIS P. U.F PARIS.1978.p 445*
- 13 مسعود شهبوب، مرجع سابق ص126.
- 14 JEAN MARIE AUBY. Et ROBERT DUCOS- ADER. *INSTITUTION ADMINISTRATIF. 4E.ED DALLOZ. PARIS 1978.P 468.*
- 15 Charles Debbasch. *Contentieux administratif. Alloz. Paris.1975. p16.*
- 16 JEAN MARIE AUBY ET ROBERT DUCOS-ADER. *OP CIT P 467.*

## القضاء الإداري كآلية لحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية



ط د/ الزهرة برة جامعة البليدة 2 لونسبي علي

د/ زعبي عمار جامعة الوادي



مقدمة :

يعتبر القضاء من أهم آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل زيادة حجم التجاوزات في هذا المجال وعجز آليات الرقابة الإدارية على احتوائها والحد منها، مما أستوجب اللجوء إلى القضاء باعتباره الأداة الأكثر فعالية.

فالصفقة العمومية باعتبارها عقدا تثير، بلا شك، منازعات على مستوى الإبرام أو أثناء التنفيذ، نتيجة تصادم مصلحة الإدارة مع مصلحة المتعامل المتعاقد، مما استدعى وضع نظام قانوني متكامل لفض هذه المنازعات وكان ذلك عن طريق القضاء الإداري.

ويلعب القضاء الإداري دورا هاما في تسوية المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، إذ غالبا ما يتم اللجوء إليه بعد فشل محاولات التسوية الودية والوصول إلى حل رضائي، وهذا ما قضت به المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247<sup>(1)</sup> بنصها على أن هذا النوع من المنازعات يسوى في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، دون توضيح القضاء المختص بالنظر في هذه المنازعات ولا أنواع الدعاوى المرفوعة في هذا الإطار، وهذا ما دفعنا إلى التساؤل عن الأساليب التي اعتمدها القضاء الإداري لبسط رقابته في مجال الصفقات العمومية وبالتحديد عن مدى مساهمته في الحفاظ على قواعد المنافسة والشفافية في هذا المجال؟

ولمعالجة هذا الإشكال، وفي ظل عدم وجود نصوص قانونية خاصة تنظم دور القضاء الإداري في تسوية المنازعات الناشئة عن الصفقات العمومية تمّ اللجوء إلى القواعد العامة من خلال تحديد كيفية تدخل قضاء الإلغاء لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية (المبحث الأول)، ثم التطرق إلى كيفية تدخل القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقدي (المبحث الثاني).

**المبحث الأول : تدخل قضاء الإلغاء لتسوية المنازعات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية**

يختص القضاء الإداري بنظر منازعات الصفقات العمومية على أساس المعيار العضوي المكرس بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(2)</sup>، والمادة 06 من تنظيم الصفقات العمومية. وقد تم الحسم بما لم يعد معه مجالا للشك على أن القضاء الإداري هو صاحب الولاية العامة في الفصل في المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية بموجب قرار محكمة التنازع في الجزائر الصادر بتاريخ 08 ماي 2000 الملف رقم 01 قضية رئيس بلدية الرايس حميدو ضد (ص.ج) والذي جاء فيه :

« النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية الرايس حميدو والمدعى عليه (ص . ج) وأن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية»<sup>(3)</sup>.  
وحسب القواعد العامة، فإن الإختصاص في مجال منازعات الصفقات العمومية يعقد للقضاء الكامل تأسيسا على أن موضوع المنازعة صفقة عمومية أي علاقة تعاقدية لا مجال فيها لإختصاص قضاء الإلغاء، إلا أن القضاء الفرنسي لم يقدّم بإقصاء قضاء الإلغاء من منازعات الصفقات العمومية على إطلاقه، بل أقر إمكانية إلغاء بعض القرارات الإدارية المتعلقة بالصفقة في إطار ما يعرف بنظرية " القرارات الإدارية المنفصلة " التي تبنتها مختلف التشريعات الوضعية فيما بعد.  
المطلب الأول : نظرية القرارات الإدارية المنفصلة كأساس للطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

توصل الفقه والقضاء الإداريين إلى وضع نظرية الأعمال المنفصلة التي مفادها أن الأعمال المتعلقة بالصفقات العمومية حتى إن كان موضوعها مرتبط مباشرة بالصفقات العمومية فإنها تعدّ أعمالا إنفرادية قابلة لدعوى الإلغاء إذا توافرت فيها عناصر القرار الإداري. فالقرار الإداري المنفصل هو قرار يساهم في تكوين العقد الإداري ويستهدف اتمامه، إلا أنه ينفصل عنه ويختلف في طبيعته، مما يجعل الطعن فيه بالإلغاء أمرا جائزا.

وتعرّف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها : " قرارات إدارية تكون جزءا من بنیان عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناء على ولايته الكاملة أوتخرج عن اختصاص أي جهة قضائية، ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بالإلغاء على إنفراد"<sup>(4)</sup>. كما يمكن تعريفها على أنها : " تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة، تساهم في تكوين عقد من العقود الادارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به، وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلالا عن العملية العقدية"<sup>(5)</sup>.

وتعتبر نظرية القرارات الإدارية المنفصلة من ابتكار مجلس الدولة الفرنسي، ويرجع ذلك إلى تاريخ 11 ديسمبر 1903، حيث طُبّق مفهوم القرار الإداري المنفصل على قرار تمهيدي يتعلق بعقد خاص، ليتوسع نطاق الأخذ بهذه النظرية في مجال العقود الإدارية فيما بعد في قرار " MARTIN " بتاريخ 04 أوت 1905، ويتعلق الأمر في هذه القضية بعقد امتياز وتسيير مرفق المواصلات بين مدير مقاطعة ( LOIR ET CHER ) وصاحب الإمتياز، حيث أن مدير المقاطعة أغفل اجراءا جوهريا يتمثل في ضرورة اخطار أعضاء المجلس بموضوع المداولة قبل 08 أيام من انعقادها، وعلى هذا الأساس قدم السيد " MARTIN " العضو المستشار العام طعنه ضد مداوات المجلس العام لمقاطعة ( LOIR ET CHER ) بعدم مشروعيتها، فقبل مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء مؤسسا قبوله على أساس صفة وشخص السيد " MARTIN " الذي يعد طرفا أجنبيا على العقد، ليقتضي في الأخير بأن المداوات هي قرارات إدارية منفصلة عن عقد الإمتياز وفقا للمعيار الشخصي.<sup>(6)</sup>

ومنذ صدور هذا القرار أصبح لكل شخص ذي مصلحة، متضرر من اجراء فردي سابق لإبرام العقد الإداري، أن ينازع في شرعيته أمام قاضي الإلغاء، حتى وإن كان من غير أطراف العلاقة التعاقدية، ذلك أن الأصل في ابتداء القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية كان بهدف تمكين غير المتعاقد من الطعن في هذه القرارات الماسة بالمصلحة الشخصية له، وبوصفه بعيدا عن العملية العقدية، فإنه لا يمكنه اللجوء إلى قاضي العقد، وبذلك يتم إعطاؤه هذه الفرصة للطعن في هذه القرارات من خلال مواعيد دعوى الإلغاء.<sup>(7)</sup>

ومن تطبيقات نظرية القرارات الإدارية المنفصلة في مجال العقود الإدارية في النظام القضائي الجزائري،<sup>(8)</sup> أن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في حكمها الصادر بتاريخ 29 نوفمبر 1968 في قضية شركة المعادن " سيدي معروف "، اعتبرت قرار سحب عقد امتياز من شركة المعادن قرارا متصلا باعتباره اجراء تنفيذيا للعقد. أما قرار السلطة الوصائية المتضمن رفض مداولة صادرة عن مجلس محلي ومتعلقة بعقد امتياز، فقد اعتبرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا قرارا منفصلا، وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 18 أبريل 1969 في قضية اتحاد النقل والشركة.<sup>(9)</sup>

#### المطلب الثاني : مجال الطعن بالإلغاء في منازعات الصفقات العمومية

لقد تم تصنيف القرارات الإدارية المنفصلة في مجال الصفقات العمومية إلى صنفين، قرارات متعلقة بإبرام الصفقة يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء، وقرارات متعلقة بتنفيذها تدخل في منطقة العقد وتنشأ عنه، وبالتالي يختص بنظر منازعاتها القضاء الكامل.

وما يهمننا في هذه الدراسة، هي تلك القرارات المتعلقة بإبرام الصفقة لأنها تمثل مجال تطبيق دعوى الإلغاء كما أنها المجال الذي تظهر فيه تجاوزات مبادئ حرية وشفافية المنافسة. وتعمل المصلحة المتعاقدة على اصدار هذه القرارات الإدارية أثناء المراحل التمهيدية للتعاقد، وتسمى بالقرارات المنفصلة والمستقلة، وهي قرارات نهائية تخضع لما تخضع له القرارات النهائية من أحكام في شأن طلب تنفيذها أوإلغائها.

ومن أمثلة القرارات الممهدة للصفقة نجد :

#### 1 - قرار الإعلان عن الصفقة العمومية

الإعلان عن الصفقة يعد شرطا جوهريا في قيام الصفقة، كما أنه الضمانة الحقيقية لتكريس مبدأ حرية المنافسة والمساواة بين المتنافسين. وقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على اعتباره قرارا اداريا منفصلا، وبالتالي فإن أي اخلال بأحكامه وشروطه يمكن أن يكون سببا في رفع دعوى الإلغاء.<sup>(10)</sup> ومن أمثلة ذلك خلو الإعلان من إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها في المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 247-15، أوصدوره مخالفا للشكليات والإجراءات المفروضة بنص المادة 65 من نفس المرسوم.

#### 2 - قرار الحرمان من دخول الصفقة

خوّل القانون للمصلحة المتعاقدة سلطة اصدار قرار حرمان بعض المتعاملين من دخول الصفقة ولو توفرت في عطاءاتهم كافة الشروط المتطلبة، بشرط أن يكون الحرمان مستندا إلى نص قانوني، ويأخذ الحرمان شكلين هما الحرمان الجزائي والحرمان الوقائي، فالحرمان الجزائي هو منع الشخص الطبيعي أو المعنوي من دخول الصفقة العمومية على سبيل الجزاء المستند إلى نص قانوني، ويكون في شكل عقوبة أصلية أو تبعية توقع على الراغب في دخول الصفقة، أو بناء على أخطاء تم إرتكابها في معاملات سابقة مع الإدارة كالغش أو الرشوة. أما الحرمان الوقائي فهو الذي يقرره القانون بمنع فئات معينة من المشاركة في الصفقات العمومية حماية للمصلحة العامة، ومن تطبيقاته منع موظفي الإدارة من تقديم عروض في إطار الصفقات العمومية.

ويجد هذا الإجراء أساسه القانوني في نص المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي عدت حالات الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية. وبالتالي فإن أي مرشح يرى بأنه قد تم حرمانه من المشاركة دون وجه حق، يجوز له رفع دعوى إلغاء ضد قرار الحرمان باعتباره من القرارات المنفصلة عن الصفقة التي يمكن أن تكون محلا لدعوى الإلغاء.

### 3 - قرار الاستبعاد

يختلف قرار الاستبعاد عن قرار الحرمان في أن قرار الاستبعاد يأتي بعد قبول دخول المعني للصفقة العمومية ثم يستبعد لإحدى الأسباب، بينما في حال صدور قرار الحرمان فإن المتنافس لا يمنح فرصة دخول الصفقة أصلا.

ولم يرد في تنظيم الصفقات العمومية مصطلح قرار الاستبعاد مطلقا، غير أنه بالرجوع الى اجراءات إبرام الصفقات العمومية نجد أن الإدارة يمكنها اللجوء إلى هذا الإجراء لعدة اسباب ومنها:

- سوء السمعة المهنية للمتعامل المتعاقد مما قد يؤثر على أدائه لإلتزاماته التعاقدية، ويمكن التأكد من سوء السمعة من خلال تصفح تعاقداته السابقة مع الادارة، فقد يكون قد سبق له التماطل أو الهرب من تنفيذ التزاماته، أولجأ إلى استعمال الغش.<sup>(11)</sup>

- عدم مطابقة العرض المقدم لمحتوى دفتر الشروط المعد طبقا لأحكام قانون الصفقات العمومية، أو لموضوع الصفقة.

- إذا لم يتحصل العرض على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.<sup>(12)</sup>

ولقد اعتبر القضاء الإداري قرار الإستبعاد قرارا إداريا منفصلا لتوافره على مقومات القرار الإداري، مما يخول لأصحاب الشأن الطعن فيه بالإلغاء.

### 4 - قرار المنح المؤقت

تطبيقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، يخضع قرار المنح المؤقت للصفقة لمبدأ أساسي وهو المنح لصاحب أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية، مما يضفي على الصفقة العمومية

طابع الآلية بصفة مطلقة. غير أن تنظيم الصفقات العمومية قد أعطى للمصلحة المتعاقدة حق رفض العطاء - ولو كان الأفضل - إذا إقتضت الضرورة أو المصلحة العامة ذلك، وذلك في الحالات التالية<sup>(13)</sup>:

- إذا ثبت أن بعض ممارسات المتعهد المقبول، تشكل تعسفا في وضعية هيمنة على السوق أو قد يتسبب في الإخلال بالمنافسة في القطاع المعني بأي طريقة كانت.

- إذا كان العرض المالي الإجمالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، أو كان سعر واحد أو أكثر من عرضه المالي يبدو منخفضا بشكل غير عادي، بالنسبة لمرجع أسعار.

- إذا كان العرض المالي للمتعاقل الإقتصادي المختار مؤقتا، مبالغ فيه بالنسبة لمرجع أسعار.

وقد صنف القضاء الإداري قرار المنح المؤقت للصفقة ضمن القرارات الإدارية المنفصلة وأجاز الطعن فيه بالإلغاء حماية للطرف المتضرر الذي قد يحرم من الصفقة مع أنه الأجدر للفوز بها، لمجرد خطأ أو نتيجة تعسف من جانب الإدارة.

#### 5- قرار إلغاء الصفقة

قد تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إلغاء الصفقة العمومية بعد إعلانها، ويتم اصدار قرار الإلغاء في حالتين:

- إذا إقتضت المصلحة العامة ذلك، حيث أن الدافع إلى إبرام الصفقة العمومية هو تحقيق الصالح العام، فإذا ثبت للإدارة أن الصفقة لا تحقق منفعة أو مصلحة عامة فإنها ستقوم بإلغائها.

- في حالة عدم جدوى العملية طبقا لنص المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.

وقد اعتبر القضاء الإداري قرار إلغاء الصفقة العمومية قرارا إداريا منفصلا يجوز الطعن فيه بالإلغاء أمام القاضي الإداري إذا كان معيبا، كأن يكون إلغاء الصفقة مستندا إلى سبب صوري.

#### 6- قرار إبرام الصفقة

طبقا لنص المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فإن الصفقة لا تصح ولا تكون نهائية إلا إذا وافقت عليها السلطة المختصة. ويعد القرار الصادر بإبرام الصفقة قرارا إداريا منفصلا يخضع لإختصاص قاضي الإلغاء إذا توافرت الشروط المقررة لذلك، باعتبار أن الصفقة حال صدور هذا القرار لا تكون قد انعقدت بعد.<sup>(14)</sup>

ونشير إلى أن إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة قد يؤدي إلى إلغاء الصفقة، مما يؤثر على العلاقة التعاقدية ويثير عدة إشكاليات، خاصة إذا دخل العقد مرحلة التنفيذ، وهذا ما أدى إلى تبني إجراءات الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية.

#### المبحث الثاني: التدخل عن طريق القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد

كأصل عام فإن كل القرارات الإدارية المنفصلة عن الصفقة العمومية والصادرة في إطار إبرامها تكون محلا لدعوى الإلغاء، إلا أنه مع اتساع النشاط التعاقدية وحرص المشرع على تحقيق أهداف المصلحة العامة وتجسيد مبادئ المنافسة الشريفة والمساواة، فقد أصبحت دعوى الإلغاء بإجراءاتها

الطويلة والمعقدة قاصرة عن الحد من الإنتهاكات المتكررة لمبادئ المنافسة في مجال الصفقات العمومية، الأمر الذي تطلب تقرير الحق في رفع دعوى استعجالية تحمي القواعد والمبادئ الخاصة ببرام الصفقات العمومية. وكان ذلك عن طريق تكريس ما يعرف بالقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد.

### المطلب الأول: مفهوم القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد

يمكن تعريف القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية على أنه اجراء قضائي تحفظي مستعجل خاص، الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل اتمام ابرام الصفقة العمومية، وذلك عن طريق اعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الإستعجالية العامة.<sup>(15)</sup>

من خلال التعريف يبدو أن استعجال ما قبل التعاقد لا يكاد يخرج عن المفهوم العام للإستعجال في المواد الادارية، باعتباره قضاء يفصل في الطلبات المعروضة أمامه بأقصى سرعة ممكنة لاسيما ما تعلق بالوضعيات التي يُخشى أن تكون غير قابلة للإصلاح، لكنه يختلف عنه من حيث المساس بأصل الحق.<sup>(16)</sup>

واستعجال ما قبل التعاقد هو استعجال خصوصي، أوجده القانون رقم 92-10 المؤرخ في 04 يناير 1992 تطبيقا لتعليمة الإتحاد الأوروبي تحت عنوان " طعن ورقابة " المؤرخة في 21 ديسمبر 1989. التي تهدف إلى السماح برقابة دقيقة للمقتضيات الخاصة بقانون المجموعة الأوروبية في مجال ابرام الصفقات العمومية للتوريدات والأشغال، وقد تم تكريسها بهدف ضمان التجانس التشريعي بين الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي في نطاق المنافسة والعلانية بما يضمن ردع المخالفين في هذا المجال.<sup>(17)</sup>

أما المشرّع الجزائري فقد تبني فكرة القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد في ظل القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وخصّص له المادتين 946 و 947 من الفصل الخامس تحت عنوان " الإستعجال في مادة ابرام الصفقات العمومية " من الباب الثالث بعنوان " الإستعجال ". وقد جاءت هذه الخطوة متأخرة مقارنة بنظيره الفرنسي، ومع ذلك تعد خطوة محمودة تؤكد الرغبة في تطوير المنظومة القانونية المتعلقة بالصفقات العمومية.<sup>(18)</sup>

ويسعى المشرّع الجزائري من خلال تقنين استعجال ما قبل التعاقد إلى تعزيز آليات الرقابة على الصفقات العمومية، خاصة في ظل الإنتهاكات الخطيرة لقواعد العلانية والمنافسة، و إحجام المستثمرين عن التقدم بعطاءاتهم، نتيجة عدم ثقتهم في نزاهة الإجراءات المتبعة خلال ابرام الصفقات.

كذلك من دوافع تبني هذا النوع من الدعاوى، الرغبة في تأمين أكبر قدر ممكن من شفافية المنافسة، بعد أن ثبت أن هناك فراغا تشريعيما فيما يتعلق بوجود دعوى تصحيحية ووقائية سابقة على ابرام العقد، مع قصور دعوى الإلغاء وعدم صلاحيتها لسد ذلك الفراغ. ويرجع هذا القصور إلى أن الإدارة تسارع في اغلب الأحيان إلى ابرام العقد قبل بت القاضي في دعوى الإلغاء، فضلا عن أن إلغاء القرار المعيب لا يؤثر على وجود الصفقة التي تبقى قائمة ونافذة حتى يطلب أحد أطرافها إلغاءها أمام قاضي العقد.<sup>(19)</sup>

## المطلب الثاني : الجوانب الإجرائية للقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد

إضافة للقواعد والإجراءات العامة التي تميّز القضاء الإستعجالي في المواد الإدارية، فإن المشرع قد خصّ القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد باجراءات مضبوطة، نتطرق إليها من خلال النقاط التالية :

### 1 - شروط دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد

إضافة إلى الشروط العامة التي تقتضيها الدعوة الإستعجالية،<sup>(20)</sup> فإن هناك شروطا خاصة تنفرد بها دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية تضمنتها المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: « يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية. يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أوسيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد...»

من خلال هذا النص يتبين أنه للقيام بمباشرة الدعوى الإستعجالية في مجال الصفقات العمومية يجب توفر الشروط التالية :

#### أ - صفة المدعي

تأخذ الصفة في هذه الدعوى مفهوما أوسع وأشمل من مفهومها في القواعد العامة، وتكتسب هذه الصفة إما بحكم المصلحة أو بحكم القانون :

- إكتساب صفة المدعي بحكم المصلحة : إذ أنه وطبقا لنص المادة 946 " سالف الذكر" يسمح لكل من له مصلحة في إبرام العقد، ويكون قد تضرر من جراء الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، بالالتجاء إلى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد للمطالبة بحقوقه. ويتعلق الأمر في هذه الحالة بالمرشحين الذين قدموا عروضهم إلا أنه تم استبعادهم أو إقصاؤهم أو لم يكونوا محل اختيار من طرف المصلحة المتعاقدة.

وعليه فإن هذه الدعوى لا تقبل من غير أطراف العقد، بمعنى أنه من لم يشارك في إجراءات الصفقة لا يمكن أن تكون له مصلحة في تحريك الدعوى. وقد طبّق القضاء الفرنسي هذه القاعدة حيث حكم بعدم قبول دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد المرفوعة من طرف أحد المستشارين البلديين، والمتعلقة بخرق بعض التزامات المنافسة والعلنية من جانب البلدية، بسبب انعدام المصلحة<sup>(21)</sup>.

- إكتساب صفة المدعي بحكم القانون : حيث أن المدعي في هذه الحالة لا يكون أحد المتنافسين المتضررين من خرق التزامات العلنية أو المنافسة، وإنما جهة رسمية أعطاهها القانون حق رفع الدعوى الإستعجالية لحماية لقواعد النزاهة والشفافية، حيث أنه وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من المادة 946 نجد أنها قد سمحت للوالي - بصفته ممثلا للدولة على مستوى الولاية - ممارسة هذا النوع من الدعاوى.

ويعد ذلك امتدادا طبيعيا لجملة الإختصاصات الممنوحة له بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، خاصة المادة 106 من قانون الولاية،<sup>(22)</sup> التي اعترفت للوالي بتمثيل الولاية أمام القضاء. إلا أن المادة 946 أضافت له اختصاصا آخر ألا وهو تمثيل كلا من البلدية<sup>(23)</sup> والمؤسسة العمومية المحلية أمام القاضي الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية.

ويؤخذ على المشرّع أنه أغفل تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الجهات الإدارية المركزية، علما أن هذه الصفقات تخضع لنفس مبادئ المنافسة التي كرّسها تنظيم الصفقات العمومية.<sup>(24)</sup> كذلك من الإشكاليات التي تثيرها هذه المادة هو صعوبة علم الوالي بالمخالفات المتعلقة بالصفقات العمومية المحلية، خاصة في ظل غياب الأطر القانونية التي تحدد كيفية تبليغه وإعلامه بالتجاوزات الحاصلة في المرحلة قبل التعاقدية.<sup>(25)</sup>

#### ب - ميعاد رفع الدعوى

يتضح من خلال نص المادة 946، أن المشرّع الجزائري لم يحدد صراحة أجلا أومدة زمنية معينة لرفع هذه الدعوى، ولكن يفهم من خلال استعماله لعبارة "إذا أبرم العقد أوسيرم" أنه يجيز رفع دعوى الإستعجال قبل إبرام العقد أوبعده، وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الإستعجالي سواء قبل إبرام الصفقة أوبعد إبرامها، ولكن إذا كان من المنطق اللجوء إلى هذا القضاء قبل إبرام العقد على أساس أن الغاية من هذه الدعوى في الأصل هو حماية قواعد الشفافية والمنافسة التي يكون مجالها في الغالب خلال فترة إبرام الصفقة، إلا أن السماح برفع هذه الدعوى بعد إبرام الصفقة يظهر التناقض الصريح بين الطابع الوقائي الذي تتسم به هذه الدعوى وإمكانية رفعها بعد عملية الإبرام.<sup>(26)</sup>

ونشير إلى أن القضاء الفرنسي وفي السنوات الأولى من تكريس القضاء الإستعجال ما قبل التعاقد، قبل النظر في هذه الدعاوى حتى بعد إبرام العقد، ولكنّه تراجع فيما بعد عن موقفه هذا وتبنى مبدأ آخر واستقر عليه، مفاده أنّ تطرق القاضي الإستعجالي إلى مشروعية العلنية والمنافسة بعد إبرام العقد يُخرجه من رقابة المشروعية الوقائية إلى نطاق رقابة المشروعية العلاجية.

#### 2 - أسس وأسباب الطعن في دعوى الإستعجال ما قبل التعاقد

لقد حددت المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الحالات التي ترد في إطارها الدعوى الإستعجالية، وذلك حينما يشوب عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية إخلالا بالتزامات الإشهار أو المنافسة، ومنه فإن مخالفة شروط وإجراءات إبرام الصفقة يمكن أن تكون محلا لهذه الدعوى.

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 يتبين أن المشرّع قد فرض جملة من الإلتزامات قصد حماية مبادئ المنافسة والشفافية في الصفقات العمومية. وعليه فإن أيّ تجاوز لهذه الإلتزامات يخوّل الطرف المتضرر حق رفع دعوى استعجالية، ومن أمثلتها.

- تعسّف الإدارة عند تحديد شروط المشاركة والإقصاء من الصفقة، وفي هذا الإطار اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن وضع مواصفات معقدة للصفقة عند الإعلان عنها، بهدف حصر المنافسة بين عارضين معيّنين بذواتهم، ينطوي على مساس خطير بقواعد المنافسة. مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أقرّ بأن أوجه تأسيس الدعوى الإستعجالية تتمثل في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة، وبالتالي فقد أغفل الحالات التي تشكّل مساساً بهذه المبادئ والتي قد تظهر في مراحل سابقة عن الإعلان ومن ضمنها مسألة اعداد دفتر الشروط وامكانية احتوائه على بنود مخالفة لقواعد المنافسة.<sup>(27)</sup>

- الإخلال بالتزامات الإشهار والإعلان وذلك عند غياب الإشهار الصحفي كلياً أو جزئياً او صدوره بما يخالف الكيفيات والإجراءات المنصوص عليها في المواد 61، 62، 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247.  
- إختيار الإدارة لإجراء إبرام غير مناسب، حيث أن المشرع حدّد آليات إبرام الصفقات العمومية في المواد من 39 إلى 52 من تنظيم الصفقات العمومية، فجعل من طلب العروض القاعدة العامة، وسمح باللجوء إلى التراضي كاستثناء، وبالتالي فإن أي مخالفة لهذه القواعد يمكن أن تكون محلاً لدعوى استعجال ما قبل التعاقد ومثال ذلك اللجوء إلى التراضي دون توفر حالته.  
- الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد المنصوص عليها بموجب المواد من 53 إلى 58 من تنظيم الصفقات العمومية.

- الحرمان أو الإستبعاد من الصفقة دون وجه حق.

### 3- سلطات القاضي في دعوى استعجال ما قبل التعاقد

إن طبيعة الدعوى الإستعجالية تقتضي اتخاذ القاضي الإداري لتدابير احترازية وقائية لتفادي وقوع ما لا يمكن تداركه في المستقبل، ويتجلى ذلك في دعوى استعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية حيث أنّ المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية منحت القاضي الإستعجالي جملة من السلطات ممثلة فيما يلي:

#### أ - سلطة الأمر

وهي سلطة تمنح للقضاء، لإلزام الإدارة بالقيام بعمل معين أو الإمتناع عنه، أو تهديدها للقيام بعمل أو الإمتناع عنه. وقد كان القضاء الفرنسي لا يعترف بهذه السلطة للقاضي تطبيقاً للمبدأ الإجرائي " القاضي يحكم ولا يدير " المستند على مبدأ الفصل بين السلطات. ولكن القانون رقم 92-10 المؤرّخ في 04 يناير 1992 أعطى للقاضي الإداري سلطة أمر الإدارة بأن تراعي الإلتزامات المفروضة عليها قانوناً في مجال العلانية والمنافسة، وقد وضعت هذه السلطة موضع التطبيق الفعلي عدّة مرّات في فرنسا حيث أمر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة ستراسبورغ إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراء المتعلّق بقبول الترشيحات في استدراج عروض مقيد، مع وجوب مراعاة ما يقتضيه تقنين عقود الشراء العام لمشروعية مثل هذا الإجراء.<sup>(28)</sup>

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد ظلّ إلى وقت قريب جدّاً يرفض منح القاضي سلطة توجيه الأوامر، فنجدّه يصحّ في 24-04-2000 في قضية "رئيس بلدية درقينة" ضدّ "س-ع" بأنّ البلدية إدارة عمومية لا يمكن لها أن تكون محلاً لأمر الأداء، غير أنّه بصدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09، وبالتحديد المادة 946 منه، فقد تمّ منح القاضي الإستعجالي مكنة توجيه أوامر للإدارة لتفي بالتزاماتها في مجال الإشهار والمنافسة ومثال ذلك توجيه أمر للإدارة بإعادة نشر الإعلان مستوفياً لكافة شروطه وبياناته الإلزامية.

#### ب - سلطة فرض الغرامة التهديدية

قد لا يكون الأمر الإستعجالي منتجا لآثاره، لذلك فقد تمّ تدعيمه بوسيلة ردعية تطبق على الملزم بالتنفيذ وتفرض عليه ضرورة الإستجابة لأمر المحكمة الإدارية، وتتمثل هذه الوسيلة في الغرامة التهديدية التي تعدّ من أهم الوسائل التي تم استحداثها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مواجهة الإدارة. ففي حالة عدم امتثال المصلحة المتعاقدة لأوامر القاضي يمكن لهذا الأخير أن يفرض عليها غرامات تهديدية، تسري هذه الغرامات من تاريخ انقضاء الأجل المحدد مسبقاً لأجل مثولها لهذه الأوامر وإعادة النظر في إجراءاتها غير القانونية في عملية إبرام الصفقة.

#### ج - سلطة تأجيل إمضاء الصفقة

يملك قاضي الإستعجال ما قبل التعاقد بناء على نص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد لمدة لا تتجاوز 20 يوماً، وهي نفس المدة التي يستوجب فيها على المحكمة الإدارية الفصل في الطلبات طبقاً لنصّ المادة 947 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويحقق هذا التأجيل هدفاً هاماً مفاده تجنب الأمر الواقع الذي قد تفرضه الإدارة إذا ما سارعت إلى إمضاء العقد، فإعمال السلطات الممنوحة للمحكمة الإدارية مرهون بعدم الإمضاء على العقد، وإذا تمّ الإمضاء انقطعت إمكانية ممارسة هذه السلطات مما يفوت الفرصة على المترشّحين المستبعدين بغير حقّ في تدارك الأمر.<sup>(29)</sup>

ويعدّ هذا الإجراء وسيلة ضغط على الإدارة لتفي بالتزاماتها من ناحية، كما أنّه سلطة خطيرة تشلّ عمليات العقد وتؤثر على سير المرفق العام بانتظام وإطراد من ناحية أخرى.

#### الخاتمة

من خلال هذه الدراسة الموجزة يمكن أن نخلص إلى النتائج التالية :

- يتضح بأن القضاء الإداري بابتكاره لنظرية القرارات الإدارية المنفصلة وإقراره لإمكانية اللجوء إلى قضاء الإلغاء فيما يخص القرارات الإدارية الممهدة لإبرام الصفقات العمومية يكون قد ساهم بدرجة كبيرة في حماية قواعد المنافسة في إطار الصفقات العمومية.

- لقد تبنى المشرع الجزائري القواعد الخاصة بقضاء الإستعجال ما قبل التعاقد بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويعد ذلك خطوة ايجابية تعكس بوضوح حرص المشرع على تجسيد آلية

فعالة لمواجهة التجاوزات الحاصلة خلال عملية إبرام الصفقات العمومية خاصّة بعد ثبوت قصور دعوى الإلغاء وعجزها عن معالجة الانتهاكات المتكررة لمبادئ المنافسة والشفافية.

- يتمتع القاضي الإداري في إطار دعوى إستعجال ما قبل التعاقد بسلطات واسعة وغير مألوفة في ظل التشريعات الإجرائية السابقة، وتتمثل هذه السلطات في سلطة توجيه الأوامر للإدارة، سلطة فرض الغرامات التهديدية، وكذا سلطة تأجيل إمضاء العقد، وهذا ما جعل من هذه الدعوى أكثر فعالية في حماية حقوق المتعاقدين مع الإدارة.

هذا وبالرغم من أهمية التكريس التشريعي للقضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد، إلا أن هناك بعض الملاحظات والنقائص يجب الإشارة إليها ومن ضمنها:

- عدم تحديد الجهة الإدارية التي لها حق رفع الدعوى إذا تعلق الأمر بصفقات الجهات الإدارية المركزية.

- عدم توضيح الآلية المناسبة لتبليغ الوالي واعلامه بالتجاوزات الحاصلة في مراحل إبرام الصفقات العمومية التابعة للبلديات والمؤسسات العمومية المحلية الواقعة في دائرة اختصاصه.

- ضرورة توسيع سلطات قاضي الإستعجال ما قبل التعاقد لتشمل سلطي إلغاء القرارات و البنود التعاقدية المخالفة لإلتزامات العلانية والمنافسة مثلما هو معمول به في التشريعات المقارنة.

- العمل على إدراج المنازعات المتعلقة بالصفقات المبرمة من طرف المؤسسات العمومية الإقتصادية ضمن إختصاص القضاء الإداري، وذلك حتى يستفيد أطرافها من إجراءات دعاوى الإلغاء ودعاوى القضاء الإستعجالي ما قبل التعاقد المقررتين لحماية مبادئ المنافسة والشفافية في مجال الصفقات العمومية.

## الهوامش:

(1) المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المؤرخ في 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، الصادرة بتاريخ 20 سبتمبر 2015.

(2) القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أبريل 2008.

(3) بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية، (مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع قانون الدولة والمؤسسات العمومية)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة، 2009/2008، ص 57.

(4) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، ( مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون عام)، كلية الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2010/2011، ص 13.

- (5) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة قانون الصفقات العمومية، أقيمت على طلبه السنة الثانية ماستر حقوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2014/2015، ص54.
- (6) خلف الله كريمة، منازعات الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام)، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، نوقشت بتاريخ 2013/12/01، ص175.
- (7) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص14.
- (8) وقد عرفت نظرية القرارات الإدارية المنفصلة تطبيقات واسعة في النظام القضائي الجزائري، خاصة في مجال نزع الملكية للمصلحة العامة، وفي مجال منازعات الانتخابات التشريعية.
- (9) بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، (مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون العام، فرع قانون الإجراءات الإدارية)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ: 2013/10/20، ص202.
- (10) تياب نادية، سلسلة محاضرات في مادة الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص54.
- (11) خلف الله كريمة، مرجع سابق، ص181.
- (12) المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.
- (13) المرجع نفسه.
- (14) بن أحمد حورية، مرجع سابق، ص17.
- (15) بزاحي سلوى، « رقابة القضاء الإستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري »، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، عدد 2012/01، ص31.
- (16) بوشكيوة عثمان، « استعجال ما قبل التعاقد في مجال ابرام الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011، ص02.
- (17) بن شيخ لحسين آث ملويا، المنتقى في قضاء الإستعجال الإداري (دراسة قانونية، فقهية وقضائية مقارنة)، الطبعة الثالثة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص268.
- (18) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون)، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، نوقشت بتاريخ 23 نوفمبر 2013، ص253.
- (19) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص33.
- (20) وتتمثل هذه الشروط في ضرورة توفر عنصر الإستعجال، عدم المساس بأصل الحق وعدم عرقلة تنفيذ قرار إداري.
- (21) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2005، ص849.
- (22) قانون رقم 07-12، مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، جريدة رسمية عدد 12، صادرة بتاريخ 29 فبراير 2012، ص05-25.
- (23) نشير إلى أنه بموجب المادة 82 من قانون البلدية، فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي يقوم بالتقاضي باسم البلدية ولحسابها.

- (24) بودريوة عبد الكريم، « اشكالات القضاء الإداري الإستعجالي في مادة الصفقات العمومية »، الملتقى الدولي الرابع حول قضاء الإستعجال الإداري، المركز الجامعي بالوادي، يومي 30 نوفمبر و01 ديسمبر 2011، ص 10.
- (25) بزاحي سلوى، مرجع سابق، ص 37.
- (26) تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 268.
- (27) بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 10.
- (28) مهتد مختار نوح، مرجع سابق، ص 874.
- (29) بودريوة عبد الكريم، مرجع سابق، ص 7.

## مجلس الدولة نحو نظرية جديدة للتعايش مع تحولات الدولة والنظم



د/ آمنة سلطاني

جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي

\*\*\*\*\*

مقدمة:

فرض التطور السياسي والاجتماعي والاقتصادي الذي شهده العالم ابتداء من النصف الأول من هذا القرن على القاضي الإداري مضاعفة الرقابة ومدى الحاجة إليها ونشير إلى الظاهرة العامة التي تشغل العلم السياسي والقانون العام المعاصر ، ظاهرة تدخل الدولة المتزايد في النشاط الفردي ، واتساع سلطاتها في الميادين الاقتصادية والاجتماعية المختلفة هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، فإن تكثيف التبادلات بين دول الاتحاد الأوروبي أزال العوائق غير المبررة أمام الحريات الكبيرة في التنقل ، وفي الوقت نفسه تقرر تنظيم ومراقبة تدفق السلع والخدمات ، كما أظهرت الأزمة المالية الأخيرة ، رأس المال. على وجه الخصوص ، تم الانفتاح على المنافسة بين قطاعات الاقتصاد بأكملها ، مثل النقل والبريد والطاقة أو الاتصالات الإلكترونية مزيج من المنافسة ، ولاشك أن النتيجة الحتمية لإلقاء هذه الأعباء الجديدة عرفت بتحويلات الدولة والنظم ، إن ظروفًا موضوعية جديدة قد نشأت غيرت من دور القاضي الإداري في تضمينه لمفهوم السلطة العامة في ثنايا أحكامه ، فالسلطة العامة لا تخضع للقانون فقط بحسب المفهوم الحديث لمبدأ القانونية فمنذ أن أصبحت المنافسة المبدأ الناظم للاقتصاد أصبحت الدولة تخضع لمبدأ التجرد والقاضي الإداري لقيم الحرية والديمقراطية والعدالة.

وتناقش مختلف الأفكار ذات المنفعة المشتركة ما ينظم العلاقات متعددة الأقطاب ، وكيف القاضي الإداري عن أن يكون مجرد قاضي يوازن بين السلطة والحرية ، كما يكف أيضا عن أن يكون له علاقة غير مباشرة فقط مع الديمقراطية وعبر القانون . لأن السلطة العامة ليست وحدها التي تشيد المجتمع ، وإنما عبر عدد الفاعلين الذين يجب على الدولة أن تضمن حرياتهم وحقوقهم ، وبهذا الشرط فقط يواجه مجلس الدولة تحولات الدولة والنظم .

فمجلس الدولة مدعو لمواجهة التحولات العميقة في الحياة الاقتصادية والسياسية والاجتماعية من أجل فهمها تلعب الإجراءات الإدارية الخاصة بمنح امتيازات لممارسة نشاط في مجال البث الإذاعي و التلفزيوني دوراً أساسياً في المجتمع الديمقراطي ، فإن المتطلبات المعاصرة للحياة والكفاءة والقرب ، تم بثها بإنشاء سلطات إدارية تستفيد من ضمانات معززة للاستقلال عن الحكومات الوطنية وتشارك في ممارسة مهامها ، وفقاً للمبادئ الأخلاقية الأنجلو ساكسونية.

وعليه تتمحور إشكالية المداخلة في: البحث عن الدور الجديد للقاضي الإداري من خلال توجهاته الحديثة في إرساء قيم الانفتاح ذات السمة النوعية؟ كالعادلة و الديمقراطية وكرامة الإنسان وجودة الخدمة العامة؟ نحو تكوين نظرية جديدة للتعایش أم للزوال؟

المحور الأول: يواجه مجلس الدولة إنفتاحًا جانبيًا على النظم والمضامين

إن نموذج الدولة الذي ساعد مجلس الدولة في بنائه يميل إلى الإنهيار تاريخ القضاء الإداري الفرنسي هو في الأساس نفس تاريخ مجلس الدولة في عام 1790 ، وضعت الجمعية التأسيسية نظرية فصل السلطات موضع التنفيذ وتأكدت من أن الإدارة لا تخضع للسلطة القضائية .

لقد أبقى النظام القديم على المبدأ القائل بأن السلطة العامة يجب أن يحكم عليها من قبل سلطة قضائية معينة ، بحكم الفكرة التي بموجبها "الحكم على الإدارة هو أيضًا للإدارة ومرة أخرى تم إنشاء هذا الاختصاص من قبل القنصلية في عام 1799: كان مجلس الدولة ، الذي تم إنشاؤه بموجب المادة 52 من دستور 22 فبراير السنة الثامنة 13 ديسمبر 1799 وحصل على مهمة مزدوجة ، إدارية (المشاركة في صياغة أهم النصوص) ومهمة قضائية (حل النزاعات المتعلقة بالإدارة).<sup>1</sup> يطبق قواعد القانون العام ( القانون الإداري ) كشرط ولاية اختصاص .

غير أن شرط خضوع الدولة إلى قواعد قانونية مهيمنة من القانون العام لم يعد مفهومًا بنفس الوضوح والرسوخ في الفقه القديم ؛ أي كما كان من قبل: فالتشكيك في صحة التصور و الإدراك المزدوج الذي تستند إليه قواعد القانون أصبح السمة البارزة اليوم؛ وبالتالي فإن الحد من نطاق القانون الإداري وتقليص الطابع المهيمن للقواعد المعمول بها ؛ وكذلك خصوصيات مركز الإختصاص الإداري<sup>2</sup> يتم ملاحظتهما في نفس الوقت بعدم الوضوح ، إن مجموعة القيم التي كان من المفترض أن تعتمد عليها الدولة لم تعد تعمل بنفس الكفاءة؛ إن مجرد الاحتجاج بالمصلحة العامة اليوم غير كاف لإثبات شرعية الأعمال الإدارية ؛ والقانون الإداري يميل إلى إعادة التركيز لا سيما تحت ضغط المجتمع ، حول فكرة السلطة العامة على حساب الجدلية الخفية التي بنيت عليها .

أين يظهر موقف مجلس الدولة الفرنسي الآن كنموذج ضعيف حيث لم يعد يحتفظ بالسيطرة على الإنتاج القانوني في النظام الداخلي للدولة، لكون القانون المحلي أصبح مشروطًا بشكل متزايد بالقواعد التي تم سنّها على مستوى الاتحاد الأوروبي والتي لم يتخذها المجلس ، بل يتنافس الإختصاص الإداري الأعلى و هو مجلس الدولة الذي خسر بالفعل في عام 1958 الإحتكار الذي فرضه على القانون العام الفرنسي؛ ومن ثم القانون العالمي ، وهذا بشكل متزايد مع محاكم ستراسبوغ و لوكسمبورغ ، فقد السيطرة على تطبيق المعايير القانونية بشكل كبير جدا و يميل التردد الجديد للأورار إلى إظهار أن مكانة المجلس لم تعد قادرة و كافية على مجابهة جاذبية القطاع الخاص ، حيث يواجه مجلس الدولة إنفتاحا على نظم متعددة قانونية وإقتصادية وإجتماعية وأكثر من ذلك، نناقش هذه الحثيات في العناصر الموالية؟

أولاً: يواجه مجلس الدولة إنفتاحاً على النظم القانونية: الاتفاقية – الدولية -.

فالتحديات الجديدة التي تواجه الدولة من الناحية الإقتصادية تؤثر على التنظيم القضائي وسلطات القاضي وفي نهاية المطاف على طبيعة وهوية القانون العام من خلال دمج الضمانات الدستورية والأوروبية، أين يتم تناول هذا السؤال في أوروبا القارية من قبل المذاهب الوطنية المختلفة (أو بشكل أكثر تواضعاً في مواجهة العقيدة الفرنسية مع العقائد الألمانية والبريطانية والإيطالية)؟ وبالتالي، فهي ليست القوة الإبداعية في حد ذاتها، ولكن أسباب قبولها و / أو التحدي هي التي تستحق اهتمامنا في التحليل الحالي، يترتب على ذلك أن مجلس الدولة مدعو للعب دور "الفاعل الرئيسي في تطور القانون" أين يصبح في الواقع "محفز الإصلاحات"؛ إذا لم يفرض محتوى الإصلاحات نفسه، فسيحدد التقويم على الأقل في عمله لا يخرج عن هذا المبدأ، فمثلاً عندما يسود المناخ الديمقراطي بلداً ما، فإن ذلك يعكس إيجابياً على قضائه، وإذا سادت الدكتاتوريات بلداً ما فإن ذلك يؤثر سلباً في قضائه<sup>3</sup>.

كذلك فإن التكوين الممتاز للقاضي في بلد ما يؤثر إيجابياً في قضائه على عكس التكوين غير الجيد للقاضي فإنه يؤثر سلباً في قضائه والظروف الموضوعية ظروف تخرج عن إرادة القاضي وتستقل عنها، لكنها تؤثر في الحكم الذي يصدره، كالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تسود وطنه، والظروف الموضوعية لا تتحكم وحدها في توجيه قضاء مجلس الدولة، وإنما يتحكم في توجيهه كذلك التكوين القانوني والثقافي لعقل وضمير القاضي، ومدى تأصل روح الإقدام والحرية والدفاع عن سيادة القانون في قلبه، ونخضع أنفسنا إذا قلنا بكفاية العناصر الموضوعية الجيدة وحدها لقيام قضاء إداري عظيم، فلا يكفي مثلاً أن تنهض الديمقراطية والحرية في بلد ما، أو يرتفع المستوى الاقتصادي أو الاجتماعي للمواطنين في هذا البلد حتى يوجد قضاء إداري متطور، بل يتعين أن يكون تكوين الرجال القائمين على أمر هذا القضاء على ذات مستوى هذه الظروف الموضوعية ليتولد من تلاقي الظروف الموضوعية الجيدة والظروف الذاتية الملائمة قضاء إداري متطور وفعال، إن تلاقي ظروف موضوعية جيدة مع قضاة لم تتأصل فيهم روح الحرية أو خمدت في قلوبهم هذه الروح لا يقدم لنا القضاء الذي نريده ونبغيه<sup>4</sup> سواء أكان الأمر يتعلق بتكليف القاعدة الدولية مع الوقت أو نوعاً من "البديل للقضاة" في مواجهة الجمود البرلماني، يظل خطر استبدال المجلس بالمشروع الأوروبي نقطة تحول عميقة لأنه القاضي الوحيد الذي لا يستطيع المشروع التراجع عما قرره والذي تكمن خصوصيته في الطبيعة التي لا يمكن دحضها لقراراته.<sup>5</sup>

التهديد الذي يجعل القاضي الإداري قاضياً يحتمل أن يكون خطيراً فيما يتعلق بميزان الصلاحيات الممنوحة له وهي الضامن على وجه التحديد للحقوق والحرية الدستورية؛ كما أن شبح إنبهار القضاء الإداري يلوح عمومًا بالقاضي الإداري، وعلى مجمل الجد لنفس الاعتبار؛ ممّا يستدعي المقارنة في القانون الإداري الأوروبي، وقد إستوجب مجلس الدولة الفرنسي السياق الجديد الذي يتجلى فيه عمل الدولة، ولا سيما تداعيات البناء الأوروبي بعيداً عن اعتماد سلوك آخر؛ فإنه ينادي من الآن فصاعداً ولاسيما

تقريره لسنة 2007 استراتيجية هجومية تجاه أوروبا وأشار إلى أن الإدارة الفرنسية لم تتمكن من التكيف بمافيه الكفاية للتأثير على نظام وضع القرار الأوروبي.<sup>6</sup>

نتج عن البناء الأوروبي معايير متعددة تنتج تأثيرات في المناطق الأخرى من أوروبا أظهرت ولايات قضائية دولية تتمتع بسلطة خاصة مثل محكمة العدل التابعة للإتحاد الأوروبي و المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في عالم تسوده العولمة أضف إلى ذلك محكمة لوكسمبورغ وجدت بسرعة مكان لها في الفضاء الأوروبي و التقرير القضائية الدورية ذات الجدوية و الفعالية في أن تضمن للأفراد حماية ملائمة للحقوق التي يستمدونها من القانون الجماعي و إنحسر مجلس الدولة في الفضاء الفرنسي المتأكل السيادة والهوية التي كانت تشكل أساس الدولة الحديثة<sup>7</sup> الواقعة اليوم تحت تأثير تفاعل رقمي اليوم يطالب بالحق في الوصول إلى البيانات وحق تصحيح الدولة للإجراءات الخاطئة و عليه يواجه مجلس الدولة تحولات الدولة ، فقد بات الاعتراف بخصوصيات قانون الاتحاد الأوروبي له نتائج مهمة على الإدارة الفرنسي و إستلزم مبدأ الأسبقية ، الذي يضمن القاضي الإداري الامتثال له ، التزامات محددة للإدارة، فقد بات مطلوب من الإدارة اليوم عدم تطبيق وإلغاء الإجراءات التنظيمية التي تتعارض مع أهداف التوجيه (التوجه الأوروبي بطبيعة الحال)، فمجلس الدولة هنا ينقل قانون السوابق القضائية الخاص به بشأن إلغاء اللوائح غير القانونية إلى قانون الاتحاد الأوروبي.

يمكن أن يؤدي الاعتراف بمبدأ الأسبقية أيضاً إلى التزام الدولة بمسؤوليتها، اعترفت لجنة العدالة الاقتصادية الأوروبية في عام 1991 بمبدأ مسؤولية السلطة العامة الوطنية عن انتهاك قانون الاتحاد الأوروبي من خلال حكمها الصادر عن فرانكوفيتش في 19 نوفمبر / تشرين الثاني تم إثراء هذه السوابق القضائية في عام 1996 من خلال أحكام التي تؤكد أن هذه المسؤولية تنطبق " بغض النظر عن هيئة الدولة التي كان الفعل أو الإغفال هو سبب " الضرر ، أي بما في ذلك عندما يتعلق الأمر بقانون مخالف لقانون الاتحاد الأوروبي الذي اعتمده المشرع الوطني. في عام ، أقرت لجنة القضاء على التمييز العنصري بأن مسؤولية الدولة العضو يتم إشراكها أيضاً عندما تنتهك القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم العليا قانون الاتحاد الأوروبية، و عليه فإنه واستناداً إلى السوابق القضائية لمحكمة لوكسمبورغ ، قرر مجلس الدولة أن الدولة مسؤولة عندما تتبنى سلطة إدارية إجراءً إدارياً مخالفاً لقانون الاتحاد الأوروبي.<sup>8</sup>

ثانياً: يواجه مجلس الدولة إنفتاحاً على النظم الاقتصادية والاجتماعية .

إن توسع تدفق الشركات متعددة الجنسيات والفصل بين عمل كبار المستثمرين الإقتصاديين والجماعات الإقليمية للدولة أي تجريد الاقتصاد وعولمة الاقتصاد ، من أبرز القضايا العالمية المتعلقة بالحماية للحفاظ على الاستقرار الاقتصادي العالمي ومكافحة الفساد التي لا تستطيع معايير الدولة حصرياً مجابهتها والتحكم فيها ، أصبحت مصادر القانون تدوية نتيجة لتزايد الاعتماد المتبادل بين الدول ، لقد أدت عولمة الاقتصاد ، و تنقل الأشخاص و الاستراتيجيات عبر الوطنية للشركات إلى تقويض الإرساء

الوطني الحصري للقانون، وبالتالي في ظل قوة دفع كل من الشركات متعددة الجنسيات و "الحركات الاجتماعية الجديدة وقضايا البيئية التي بدأتها المنظمات غير الحكومية الدولية الكبيرة ذات الآليات التنظيمية المستقلة غالبًا ما يكون هذا الاتجاه مصحوبًا بتراجع (أو إعادة تعريف) لدور الدولة (إلغاء الضوابط، والتعددية، والتكامل الاقتصادي، وما إلى ذلك) وظهور جهات فاعلة جديدة (على سبيل المثال شركات من البلدان النامية: صناديق التقاعد، المستثمرين المؤسسيين: هيئة التنظيم والتوحيد والرقابة؛ إلخ)<sup>9</sup>

في هذا السياق وجد مجلس الدولة الفرنسي مجالًا ضيقًا للتدخل، واتصالاته الوثيقة مع القانون الاقتصادي الدولي غيرت فقه الرجل سواء في إطار الاتحاد الأوروبي، مع تسريع عمليات النقل هذه منذ معاهدة الاتحاد الأوروبي الموقعة في ماستريخت في 7 فبراير 1992. وبذلك يكمل الاتحاد المصير في الاتحاد الاقتصادي تقريبًا.<sup>10</sup>

كما يواجه مجلس الدولة حقيقة: مجتمع منقسم أكثر فأكثر على ذاته وخارج ذاته، بل ومنقسم، وحاجته إلى تنظيم إجتماعي أصبحت أقوى هنا يضعنا مجلس الدولة الفرنسي في إطار البحث عن قواعد المسؤولية الاجتماعية في قلب الخلافات الحيوية مع مهمة الشركات التي يتم تسويتها إما في إجراءات موجزة أو بشأن الأسس الموضوعية اللجوء إلى التحكيم بدل من القضاء، ولكن دائمًا أقرب ما يمكن إلى القرار.

يجب على القاضي الإداري أن يحسم هذه الخلافات في القانون، لكنه يقود أيضًا إلى ممارسة دور آخر أكثر فأكثر جادة على حد تعبير، ((دور العامل أو الضامن للتماسك الاجتماعي، عندما يتم التعامل مع أسئلة حساسة للغاية، فإن مهمته ليست تحديد دوره كوسيط يجب أن يوضح النقاش، ويعزز الاستماع المتبادل بين أطراف النزاع وتصفية القضايا بشكل أسرع، وتقديم رد محايد فيما يتعلق بالقانون والمبادئ. يحترمها الجميع من ناحية، الحقوق والحريات الأساسية للفرد، ومن ناحية أخرى، المصلحة العامة، ولا سيما منع الإخلال بالنظام العام؛ لا يمكنه أبدًا أن يحرر نفسه من حكم

وبالتالي، حتى لو لم تتم الموافقة على قراراته بالإجماع في المجتمع العام، فإنها تجعل من الممكن تخفيف التوترات، ومن خلال توفير الحلول، لإعادة إنشاء الارتباط والتماسك الاجتماعي حول القواعد الأوروبية المشتركة.

ما يدين به القاضي الإداري للهيئة الاجتماعية اليوم إن مهمة التحدث بالقانون تعني أنه مسؤول بشكل مكثف و غير مباشر عما تفعله السلطات العامة تجاه الأحزاب والجمعيات والمنظمات والمواطنين، حيث تتطلب وظيفة الحكم هذه بالتأكيد المحافظة على مسافة معينة للأمان.

## المحور الثاني: يواجه مجلس الدولة تهديدا بالتعایش أو الزوال

يمكن أن يكون البعد المقارن مضللا وغير صادق في كل تعابيره<sup>11</sup> في بعض الأحيان ؛ لطالما ساق مجلس الدولة الفرنسي جذور التاريخ الفرنسي ، وأرسى دعائمه كنموذج تم تكرسه في كل العالم أسفر عن وجود القانون الإداري و التي لا يمكن إختزالها بالظواهر الإجتماعية الأخرى ، ونتيجة لعلاقة قانون بقانون ، ولكن يمكن اختزاله بضغوط داخلية وخارجية بمزاعم ضرورات الإصلاح والتكيف صنعت وضعاً جديد للقماضي الإداري تتطلب منه التكيف من أجل الحفاظ على الذات من الزوال ؛ على هذا الطرح فهل حقق التعایش أم هو إلى زوال ؟ أين نناقش هذه الجزئيات في النقاط الموالية .

### أولاً: نحو تكريس تعایش القضاء الإداري مع نظم الانفتاح الحديثة

يتعایش مجلس الدولة إجرائياً فقط مع المبادئ التوجيهية للعدالة الجيدة وتجسيد التوازنات الكبيرة الخاصة بتاريخ القضاء الإداري ، تطورت العملية الإدارية في فرنسا ، تحت تأثير اعتبارات الإنصاف وكذلك الكفاءة والانفتاح كان الحق في الإنصاف مبدأً عاماً للإجراءات الإدارية ، بما في ذلك المادة 1/6 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ، كما يفسرها قانون السوابق القضائية لمحكمة العدل الأوروبية.

تشكل حقوق الإنسان اليوم أكمل تعبير نصي على تعبير " إيف روبينو " ، رئيس قسم في مجلس الدولة<sup>12</sup> ، يتولى مجلس الدولة الفرنسي وظائف القمضي والاستشارية، تماشياً مع أحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ، والتي بموجبها يتطلب مبدأ عدم التحيز أن يكون الشخص نفسه مستشاراً على التوالي والقاضي في نفس القضية ، كان لا بد من تقديم عدة توضيحات منذ عام 2008 ، تم إجراء ثلاثة تغييرات على قانون العدالة الإدارية الفرنسية ، والتي أعادت أو كرست القواعد أو الاستخدامات القديمة ، والتي يعود بعضها إلى القرن التاسع عشر لطالما كان مجلس الدولة مستشار الملك وقاضي الإدارة وعلى مقربة منها له صلاحيات واسعة تتراوح بين إنتاج الحق في سيطرة الإدارة<sup>13</sup> .

غير أنه اليوم أصبح لا يجوز لأي عضو في مجلس الدولة المشاركة في الحكم في استئناف ضد فعل تم اتخاذه بعد استشارة مجلس الدولة ، إذا شارك هذا الأخير في مناقشة هذا الرأي: هناك إستئناف للمادة 20 من قانون 24 مايو 1872 ، والتي تم تعليقها للأسف ، ثم ألغيت بسبب تقلبات تاريخنا ، الحروب العالمية التي أدت إلى تعبئة العديد من أعضاء مجلس الدولة. عدم السماح بالمحافظة على هذا المبدأ العادل ولضمان الامتثال لهذه القاعدة ، يجوز للأطراف أن يطلبوا تبليغ قائمة الأشخاص الذين شاركوا في مداوات رأي مجلس الدولة بشأن النص المعلق في القمضي<sup>14</sup>.

في الواقع ، يتم التحقق بانتظام من استقلالية التشكيلات القضائية والاستشارية لمجلس الدولة. وعلى وجه الخصوص ، فإن " المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة " لا تتمتع بأي نوع من

الحصانة القانونية. بين عامي 2001 و 2012 ، تم إلغاء 16.5٪ من قرارات مجلس الدولة المطعون فيها في التقاضي جزئيًا أو كليًا ، وهو معدل أعلى من معدل إلغاء الأعمال المتنازع عليها في الملاذ الأول والأخير أمام المجلس. الدولة وهي حوالي 14٪<sup>15</sup>

تطبيق مبدأ الحياد أصبحت من الأسس الأخلاقية للقاضي الإداري ، هذا هو السبب الحقيقي في اعتماد مدونة أخلاقيات القضاة الإداريين في ديسمبر 2011 في فرنسا في نهاية إجراء طويل من المداولات والتشاور مع القضاة الإداريين وجمعياتهم ونقاباتهم ورؤساء الاختصاصات و الهيئات التنظيمية لهذا المستوى من الاختصاص.

حيث يحدد هذا الميثاق متطلبات الاستقلالية ، والحياد ، ومنع تضارب المصالح ، والسلطة التقديرية والاحتياطية ، والمبادئ والممارسات الجيدة التي يجب على القضاة احترامها، تم إنشاء مدونة للأخلاقيات لإبداء الآراء أو التوصيات بشأن هذه القضايا ، بحكم المنصب أو بناءً على طلب القضاة الإداريين أو رؤساء المحاكم. يتم نشر هذه الآراء والتوصيات ، بعد إخفاء الهوية ، على موقع مجلس الدولة

الإصلاحات الجديدة للتكيف و التعایش كانت في مجملها مفيدة للقاضي الإداري و المتقاضي ، ولكنها في نفس أوجدت إرتباكاً في فلسفة ومرجعية التقاضي الإداري ،وعليه لم يتمكن من تقديم حل لجميع الأسئلة المتعلقة والمطروحة التي وجهت إليه من المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بشأن العدالة الإدارية وعلى وجه الخصوص، بعد قضية راينهارت وسليمان قايد<sup>16</sup> ثم تكريس الأحكام الصادرة عن المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وعدد من الطعون القضائية أثرت على المقرر العام، وهو القاضي الذي يعرض على الملأ، والاستقلال التام. ورأيها في الأسئلة التي تطرحها العرائض للحكم وفي الحلول التي تدعو إليها.<sup>17</sup>

حيث أنه في التأثير المتزايد للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان على القضاة الإداريين أسهم في إبتكار طفيف في عملية صياغة السوابق القضائية الخاصة بهم ، بهدف منع عواقب بعض الإنتكاسات في السوابق القضائية المذكورة أعلاه باسم مبدأ اليقين القانوني .

كما أسهم في تبعية مفرطة من خلال الأخذ بأقصى حد للفسير الذي تقدمه المحكمة للاتفاقية ، من أجل ملاءمة المفاهيم أو الفئات القانونية الناتجة عن هذه القرارات.<sup>18</sup>

حاولت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن تنظم بأحكام محددة الآثار التي يتردد صداها في تفسير المحكمة و قراراتها تجاه النشاط التفسيري للقضاة على المستوى الوطني، الأحكام القانونية المشتركة والمنصوص عليها وفقاً للمادة 46 من اتفاقية EDH "القوة الملزمة وتنفيذ الأحكام" في صيغتها الناتجة عن البروتوكول رقم 14 ، الذي دخل حيز التنفيذ في عام 2010: ((1 - تتعهد الأطراف السامية المتعاقدة بالامتثال للأحكام المحكمة في المنازعات التي هم أطراف فيها .2. يحال الحكم النهائي

للمحكمة إلى لجنة الوزراء التي تشرف على تنفيذ.))<sup>19</sup> ، وبموجب المادة 46 أعلاه ، فإن الأحكام المخالفة لمواد الاتفاقية ليست إلا ذات طابع تفسيري وغير قابلة للتنفيذ في إقليم الدول التي ارتكبت الانتهاك.

يعتمد تنفيذ الحكم على الولايات ، حيث يكون للأخيرة اختيار الوسائل التي يجب استخدامها في نظامها القانوني الداخلي. التي تلزم جميع السلطات العامة باحترام قرارات المحكمة ، كما أنه من المثير للاهتمام أن نتذكر أن قراءة مجلس الدولة الفرنسي للمادة 46 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان و كفييات تطبيقها في قضية وزير الإقتصاد والمالية الفرنسي ضد ((يقرر بالتالي أن أحكام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان ليس لها سوى قرار نسبي مقضي في الواقع ، ليست هناك حاجة إلى تحويل مفهوم سلطة "الشيء المفسر" إلى القانون الناشئ عن اتفاقية EDH ، المطبق ، في قانون الاتحاد الأوروبي ، على اختصاص التفسير الأولي لمحكمة العدل في الاتحاد الأوروبي (محكمة لوكسمبورغ) في سياق مؤسسي وقانوني مختلف تمامًا)).<sup>20</sup>

لكن في الممارسة العملية تظهر لنا بأنه، يمكننا أن نرى أن مجلس الدولة يسعى إلى الامتثال للسوابق القضائية للمحكمة التي يعترف بها وبآثارها في مواجهة الكافة بقناعاته هو الذاتية كقاضي إداري وطني إن لم يكن في القانون على الأقل في الواقع والتي يوقف هو على تحديد مدى صحة تفسيرها وهو ما يسمى بـ "القوة المقنعة لفقهاء المحكمة" حسب تعبير نائب رئيس مجلس الدولة ، جان مارك سوفي في إطار الدور الذي يمكن أن تلعبه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان في تشجيع الدول الأوروبية على هذا الاتجاه كما هو الحال في حكمها الصادر في 7 كانون الثاني (يناير) 2010 (رانتسيف ضد قبرص وروسيا) ، ذكرت الدائرة الكبرى أن: "الأحكام الصادرة عن المحكمة (...) ليس فقط للبت في القضايا قبلها ، ولكن بشكل عام لتوضيح معايير الاتفاقية وحمايتها وتوسيعها ، مما يساهم في احترام الدول للالتزامات التي تعهدت بها بصفتها أطرافاً متعاقدة".<sup>21</sup>

كما يرى في علاقات القاضي مع الأطراف ، والذي أشرت إليه بالفعل عند الحديث بشكل خاص عن عدالة المحاكمة وتوازنها مع مجلس الدولة في مقال بعنوان الحقوق القضائية الإجرائية أمام القاضي الإداري و مستلزمات الحق في الدفاع نشر في مجلة البحوث و الدراسات لجامعة الوادي ، حيث يتجلى أيضاً في الأهمية المتزايدة التي تُعطى للشفوية ، من خلال تطوير الإجراءات عن بعد، وأخيراً ، من خلال البحث عن وضوح أكبر لقرارات المجلس حتى تحظى بمنطق القبول الجديد من خلال فكرة الشفوية كفكرة جديدة في العدالة الإدارية الفرنسية دون التخلي عن فوائد ومزايا الإجراءات المكتوبة ، ترى العملية الإدارية ملفها الشخصي بحذر ، ولكن من الواضح أنها تتطور تحت تأثير عوامل: تطوير إجراءات الإستعجال في المادة الإدارية كإستعجال الحريات الأساسية و إستعجال تكريس مبدأ الإشهار و المنافسة في إطار الصفقات العمومية ، التي تحدث عنها مستشارو مجلس الدولة الفرنسي بمزيد من

العمق في أحكامهم ، ولا يمكن أن تؤدي هذه الإجراءات بالبناء إلى تبادل مكتوب بشكل أساسي ويجب أن يستمر التحقيق في جلسة الاستماع بشكل شفوي<sup>22</sup>.

هذا وقامت المحكمة الإدارية في عام 2010 في عملية إعادة تفكير في دوافع قراراتها ، بحث كيف تجعل من قراراتها القضائية أكثر بساطة ووضوحاً وأكثر قابلية للقراءة والفهم في إطار ما بات يُعرف بالأمن القانوني ومبررة بشكل أفضل في الواقع والقانون ، دون التضحية بأي من صرامة المنطق القانوني؟

وقد طالب جان مارك سوفيه نائب رئيس مجلس الدولة بأن تقدم إليه تقادير دورية في أبريل من سنة 2012 حول هذه المسألة، في إطار ما بات يُعرف بسايسية الإطلاع داخل المجلس على أن يتم التقيد بالتنفيذ في اتخاذ الإجراءات الأولى للتطبيق الفوري في عام 2013 ، كما أدى ذلك إلى اختبار بروتوكولات صياغة جديدة من قبل مجلس الدولة في 4 من الغرف العشر التابعة لقسم التقاضي يمكن تعديل هذه البروتوكولات ، بعد تقييمها من قبل لجنة تم تشكيلها لهذا الغرض ، وتمديدتها إلى نهاية العام في الغرف الطوعية لبعض محاكم الإستئناف الإدارية وبعض المحاكم الإدارية.<sup>23</sup>

يعتزم مجلس الدولة الفرنسي على المضي قدماً في هذا المجال وبحسم على حدّ تعبير نائب رئيس مجلس الدولة جان مارك سوفيه في خطابه في 15 أكتوبر 2013 في جامعة لوفان ولكن أيضاً عبر عن سياسة الحذر الشديد لإرتباطات الموضوع في هذه القضية باللغة و الهوية ، و هما على حد تعبيره تشكل عنصراً أساسياً في بناء هوية المجلس.<sup>24</sup>

إنها تُعبر أيضاً عن علاقات المجلس مع جمهور عريض يتراوح من أطراف الدعوى إلى المجتمع القانوني ، فكم هي حقيقة كثيرة القضايا التي حاول فيها مجلس الدولة الفرنسي إستطلاع الرأي العام الفرنسي على نهج قراراته المخيفة ، وإلى العالم بإعتباره النموذج المستنسخ في إيطاليا وإسبانيا ومصر و الجزائر ، الذين سيقومون في كل مرة بفحص سوابقه القضائية في حالة من الإنهيار اللامتناهي ، وعلى نطاق أوسع ، إلى كل العالم .

ثانياً : نحو زوال القضاء الإداري ضمن نظم الانفتاح الحديثة

إن استبعاد مجلس الدولة لسلطة القاضي الإداري في العديد من القضايا بحكم الطبيعة التنزعية من شأنه الإنقاص من سلطته الإجتهادية كقاضي إداري القاضي مكرسا لإختصاصه لم يكن عائناً أمامه لهذه المسائل حرمان القاضي الإداري من الاجتهاد بحكم الواقع وهو أمر مفر منه ، لاسيما في غياب المنازعة الإدارية الحقيقية عبر عن عجز هذا الأخير (القاضي الإداري) على أن يكون قاضي الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة ، وعجل بإنحسار وظيفته ومهمته التي تتطلب التوفيق بين حسن سير المرافق العامة وبين المصالح الخاصة في جميع الحالات ، فما بالك بضياح المصلحة العامة والمصلحة الخاصة معا.

لقد تم إعتبار المصلحة العامة حجر الزاوية في القانون الإداري ، والتي تحدد الغرض منها و ترتكز عليها المشروعية : إن الظروف التي صيغت فيها هذه الفكرة تدريجياً ، وكيف ولدت مفهوما حول المصلحة العامة في الرؤى الإستباقية لهذه الفكرة التي هي موضوع نقاش اليوم ، ونزاعات الغد ، وما أكثرها تتحدث عن أزمة هذه الفكرة (المصلحة العامة) ؛ فقد أضحت غير واضحة المعالم والمفهوم والتحقق ؛ و من وجهة النظر المحورية ، اعترف في وقت مبكر من عام 1999<sup>25</sup> بأن فكرة المصلحة العامة تحتاج إلى إعادة صياغة ، ((حيث كان النقد الماركسي قد جادل بالفعل بأن المصلحة العامة لم تكن في الحقيقة سوى مصلحة الطبقات الإجتماعية التي إحتلت السلطة داخل الدولة ، ليس الفكر الليبرالي المعاصر أقل حدة فيما يتعلق بتمثيل المصلحة العامة التي تُفهم على أنها مصلحة المجتمع المدني والحريات الفردية ، هذه الانتقادات لا يمكن أن تفشل في أن تؤدي إلى انخفاض في الاعتقاد بالمصلحة العامة في الوقت الذي يترافق فيه تقدم الديمقراطية بالتحديد مع تهمين السلوك الفردي الذي يحفز كما لاحظ توكفيل بالفعل عن تراجع الأفراد لمصالحهم الخاصة و استياء عميق للدفاع عن المثل الجماعية ، وقد تفاقمت هذه الظاهرة من خلال التشكيك في شرعية الدولة ، وكذلك قدرتها على جعل الغلبة لمصلحة عامة حقيقية ، وبالتالي فإن المفهوم التطوعي للمصلحة العامة يضعفه تحدي الدولة الذي يجسد هذه القيمة ويواجه صعوبة في تكييف كل من مهامها و طريقة عملها مع تحولات المجتمع))<sup>26</sup> .

إن فكرة الدولة التي تُصور كمبدأ بارز ، وكلها تسعى إلى وحدة الإرادة الجماعية بما يضمن المصلحة العامة في تنوع مصالح المجتمع المدني تتوازى أيضا مع التطور العام للديمقراطيات المعاصرة التي تميل إلى تعزيز تعدد الهويات والمصالح على حساب أولوية القيم المشتركة حيث تركز مبادئ السياسة الحديثة على مصالح الفرد أكثر من إهتمامها بمصالح المجتمع ، الإلهام النفعي ، يرى في المصلحة العامة فقط مجموع المصالح الخاصة ، والتي يتم استنتاجها تلقائياً من البحث عن فائدتها من قبل الوكلاء الاقتصاديين.

لا يترك لنا نهج المصالح الخاصة أية فرصة للتحكم في تحديد المصلحة فحسب بل يعكس أيضاً عدم ثقة في الدولة من حيث المبدأ ، بما يتجاوز الأهداف ذات المصلحة العامة هي التي يمكن أن تضفي الشرعية في نظر الفكر القانوني على التصرفات و الأعمال العامة .

من منطلق أن الدولة في حد ذاتها المعبرة عن هذه المصلحة قد إستخدمت الوسائل التي تنتهك القانون العام ، بهدف جعل هذه المصلحة المشتركة تتغلب على المصالح الخاصة و عليه فقد أفسدت ، و عليه جاء الإصلاح باسم مكافحة الفساد<sup>27</sup> .

دليل ذلك بإسم المصلحة العامة تم إنتهاك الحقوق و الحريات كالحق في الملكية وحرية ممارسة الأعمال التجارية ، فضلاً عن بعض المبادئ الأساسية ، مثل المساواة واليقين القانوني، لكل هذه

الأسباب لم تعد الدولة قادرة على كسب دعم المواطنين ،وعليه تبعالم يعد لمجلس الدولة معيارا يلتف حوله ويختص به ،للتكيف بشكل أفضل مع التحديات الاقتصادية والاجتماعية المعاصرة ، والانسجام مع قيم الحداثة والاستجابة بشكل أفضل للاحتياجات الجديدة التي يتم التعبير عنها فإن فكرة المصلحة العامة تحتاج إلى إعادة صياغية من قبل القاضي الإداري للبحث عن ملاذ جديد يضمن بقاءه.

كما أن مفهوم فكرة الخدمة العامة اليوم لا يمكن أن يرقى إلى بناء المفهوم في القانون الإداري الفرنسي ، أين احتلت الخدمة العامة مكانة مركزية ومرموقة على حد تعبير الفقيه الفرنسي " رنارد شتيرن " ، رئيس قسم التقاضي بمجلس الدولة في تقرير العام حول الخدمة العمومية ، كما كان لهذا المفهوم تاريخ غني وحافل بالأحداث ، ومرتببط بشكل مباشر بالتغيرات في المجتمع. يمكن أن يبدو اليوم عفا عليه الزمن في ضوء الخصائص الاقتصادية والاجتماعية الحالية ووجهات النظر الأوروبية في الحقيقة ، هذا ليس هو الحال: الخدمة العامة ، القوية في تاريخها ، هي في قلب المناقشات الكبرى اليوم.<sup>28</sup>

لتقييم نوعية الأداء العام للمرافق العمومية من حيث مبدأ الجدارة و الكفاءة ، و أخيرا أحاط المجلس علما بتجرؤ الهياكل الإدارية على المبادئ .

((فمنذ أيار 1993 وبلدية أميلو الصادرة في 27 أبريل / نيسان 1994 ، أعطت محكمة العدل لكسمبرغ النطاق الكامل لأحكام المعاهدات المتعلقة بالخدمات ذات المصلحة الاقتصادية العامة. منذ ماستريخت وأمستردام ، كرست المعاهدات أهداف التماسك الاقتصادي والاجتماعي ، والشبكات عبر الأوروبية ، والخدمات ذات الاهتمام العام...مثل المستشفيات وأنظمة الضمان الاجتماعي القانونية والمؤسسات التعليمية،)).<sup>29</sup>

وعليه فقد تم صاغة القانون الإتحادي الخدمة العامة ،بالمفهوم الفرنسي من خلال الالتزامات الإيجابية التي تفرضها المحكمة على الدول وجه الخصوص فيما يتعلق بالناس الأكثر هشاشة ؛ فهل يجد مجلس الدولة في هذا المعنى المتغير ضالته للعودة من جديد والإنتفاضة على النهج الأوروبية .

الخاتمة :

كان القاضي الإداري قد كفل دوماً تطبيق مبدأ الشرعية واحترام التسلسل الهرمي للمعايير ، فإن قانون السوابق القضائية لديه ، في مطلع القرن الحالي ،لم يكن مرضياً تماماً لأنه ترك ، موضوعات مفتوحة و تعامل معها بشكل غير كامل في مواجهة التغير الأوروبي ، وكأن العمل الذي قام به مجلس الدولة مع مرور الوقت تعرض لإنهيارات المباني والرموز، وبحثه عن تطوير استقلاليتها وتخفيف الروابط التي حافظت على تماسكه، رسم من جديد تبعية أعمق لا في بني الدولة الفرنسية ولكن في بناء الفضاء الأوروبي الغير قابلا للمفاهيم المعقدة في القانون الإداري كالمصلحة العامة والخدمة العامة والسلطة

العامة بشكل أسفر في المقام الأول عن تطبيق قواعد قانونية تحط من القانون العام و تلبسه لباس الخاص ، أين يسند وجود القانون الإداري إلى فكرة خصوصية الدولة التي لا يمكن اختزالها بالظواهر الاجتماعية والاقتصادية على حد تعبير الفقيه الفرنسي حان شفرولييه Jacques Chevallier

الهوامش :

1 Les constituants de 1789 et l'Ancien Régime :

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/histoire-et-philosophie-du-droit/cours-de-professeur/constituants-1789-ancien-regime-465944.html> Consulté le 06/03/2018 17:29)

2 Intervention de Jean-Marc Sauvé le 15 octobre 2013 à l'Université de Louvain; Par Jean-Marc Sauvé, Enjeux et défis du Conseil d'État de France; Le Conseil d'Etat 22 OCTOBRE 2013.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/enjeux-et-defis-du-conseil-d-etat-de-france> (Consulté le 13/06/2018 9:44)

3 فاروق عبد البر، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة، الجزء الأول، مطابع سجل العرب، بدون بلد نشر، 1988، ص9.

4 المرجع نفسه، ص ص 9-10-11.

5 أنظر مداخلتنا بعنوان: " دور القاضي الإداري في تجسيد العدالة داخل الجهاز الإداري." الملتقى الدولي الأول حول الإدارة العمومية، جامعة أم البواقي 2007.

6 Par Jean-Marc Sauvé, Le Conseil d'Etat et le droit européen et international, 26 OCTOBRE 2016.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-le-droit-europeen-et-international>

7 Jacques Chevallier, " Le Conseil d'État, au cœur de l'État " " Dans Pouvoirs 2007/4 (n° 123), pages 5 à 17.

<https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2007-4-page-5.htm> (Consulté le 06/03/2018 9:44).

8 Jean-Marc Sauvé, OPCIT.

9 Marc-Hubert Depret, Pierre Le Masne, Céline Merlin-Brogniart "De la responsabilité sociale des acteurs " Dans Marché et organisations 2009/1 (N° 8), pages 13 à 3.

<https://www.cairn.info/revue-marche-et-organisations-2009-1-page-13.htm> (Consulté le 06/03/2018 14:29)

10 Par Jean-Marc Sauvé, Le droit de la régulation économique, Le Conseil d'Etat; 16 JUIN 2014.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-droit-de-la-regulation-economique> (Consulté le 06/03/2018 14:29).

11 لطالما كان إنشاء مجلس الدولة الفرنسي مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بالملك وقراراته صك الملكية المطلقة، و الواقع وصنع مجلس الملك لمساعدة هذا هذا الأخير في ممارسة الإمتيازات اللامتناهية في قوانين إدارة المملكة.

12 Yves Robineau, OPCIT.

13 Ibid.

14 Ibid.

15 Ibid.

16 Cour européenne des Droits de l'Homme AFFAIRE KRESS c. FRANCE (Requête no 39594/98) ARRÊT STRASBOURG 7 juin 2001.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22%3A%5B%22001-64069%22%5D%7D>

(Consulté le 29/03/2018 14:35)

17 Par Yves Robineau, "L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme", Le Conseil d'Etat, 24 OCTOBRE 2014.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-application-par-la-france-des-arrets-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme>

18 Ibid.

19 ARTICL46 : Force obligatoire et exécution des arrêts

(1. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. 2. L'arrêt définitif de la Cour est transmis au Comité des Ministres qui en surveille l'exécution.

3. Lorsque le Comité des Ministres estime que la surveillance de l'exécution d'un arrêt définitif est entravée par une difficulté d'interprétation de cet arrêt, il peut saisir la Cour afin qu'elle se prononce sur cette question d'interprétation. La décision de saisir la Cour est prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité.

4. Lorsque le Comité des Ministres estime qu'une Haute Partie contractante refuse de se conformer à un arrêt définitif dans un litige auquel elle est partie, il peut, après avoir mis en demeure cette partie et par décision prise par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, saisir la Cour de la question du respect par cette Partie de son obligation au regard du paragraphe 1. 5. Si la Cour constate une violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres afin qu'il examine les mesures à prendre. Si la Cour constate qu'il n'y a pas eu violation du paragraphe 1, elle renvoie l'affaire au Comité des Ministres, qui décide de clore son examen.) [https://www.coe.int/fr/web/execution/the-supervision-process#%2259551776%22:\[\]](https://www.coe.int/fr/web/execution/the-supervision-process#%2259551776%22:[])

20 Conseil d'Etat, 8 / 9 SSR, du 24 novembre 1997, 171929, publié au recueil Lebon.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007957303>

21 Cour européenne des Droits de l'Homme Communiqué du Greffier Arrêt de chambre Rantsev c. Chypre et la Russie (requête no 25965/04) LES AUTORITÉS CHYPRIOTES ET RUSSES N'ONT PAS PROTÉGÉ UNE ARTISTE DE CABARET RUSSE ÂGÉE DE 20 ANS D'UN TRAFIC D'ÊTRES HUMAINS.

[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#\\_ftn1](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#_ftn1)

22 آمنة سلطاني، "الحقوق القضائية الإجرائية أمام القاضي الإداري ومستلزمات الحق في الدفاع"، مجلة البحوث والدراسات، العدد (21) (السنة 13) ربيع الثاني، يناير جانفي، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي الجزائر، لسنة 1437 هـ - 2016م، ص 152 وما بعدها.

23 Intervention de Jean-Marc Sauvé le 15 octobre 2013 à l'Université de Louvain; Par Jean-Marc Sauvé, Enjeux et défis du Conseil d'État de France; Le Conseil d'Etat 22 OCTOBRE 2013.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/enjeux-et-defis-du-conseil-d-etat-de-france> (Consulté le 13/07/2018 9:44)

24 Intervention de Jean-Marc Sauvé le 15 octobre 2013 à l'Université de Louvain; Par Jean-Marc Sauvé, -Ibid

25 Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public 1999; Le Conseil d'Etat. 30 novembre 1998.

<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999> (Consulté le 10/03/2018 9:44)

26-Ibid

27-Ibid

28 voir ici MIntervention de Bernard Stirn, président de la section du contentieux, à l'occasion du colloque d'Athènes "Service(s) public(s) en Méditerranée" les 19 et 20 octobre 2017 - Par Bernard Stirn, "Le service public dans la jurisprudence du Conseil d'État français"; Le Conseil d'Etat; 20 OCTOBRE 2017.

<https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-service-public-dans-la-jurisprudence-du-conseil-d-etat-francais> (Consulté le 13/03/2018 10:44)

29 Ibid

## دور القاضي الإداري في التحكيم الخاص بالمواد الإدارية



أ/ كمال فتحي دريس

جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي - الجزائر

\*\*\*\*\*

مقدمة:

الأصل أن القضاء هو السبيل لإقرار وحماية الحقوق بغض النظر عن المركز القانوني للخصوم، إلا أنه ومع التطور الحاصل على عدة أصعدة اقتصادية، سياسية اجتماعية وأمنية لم تعد عدالة الدولة تلي رغبة المتقاضين في إيجاد حلول سريعة لنزاعاتهم وبأقل المشاق والتكاليف، فضلا عن ما يعتقده المتخاصمون خاصة الأجنبي من عدم كفاءة هذه العدالة لمعالجة بعض مسائلهم المعقدة . فهاته الأعباء وغيرها دفعت بالدول بان تفكر وتقر طرق بديلة لفض المنازعات وتخفيف العبء على مرفق القضاء، ومن بين هذه الطرق التحكيم كوسيلة لفض المنازعات إلى جانب القضاء الوطني.

الأمر الذي دفع بمختلف الدول إلى سن قوانين وطنية متعلقة بالتحكيم، فهناك من أدرجها ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية وعنونها بالتحكيم أو التحكيم التجاري الدولي، كما هو الشأن بالنسبة للجزائر وفرنسا، وهناك من افرد لها قانونا خاصا وسمي بقانون التحكيم كما هو الشأن بالنسبة لمصر وتونس .

وعلى الرغم من أن اللجوء إلى التحكيم أصبح وسيلة ملحة لحل هذه المنازعات، إلا أن الوضع لم يكن بهذه السهولة، حيث لم تكن هناك استجابة للتحكيم في المجال الإداري، فقد لقي هجوما كبيرا ومعارضة من جانب الفقه والقضاء، حيث انقسمت الآراء الفقهية وتضاربت الأحكام القضائية بين مؤيد ومعارض، واختلفت التشريعات المقارنة حول مشروعية اللجوء إليه لحسم المنازعات الإدارية .

إلا أن هذا الرفض للتحكيم أثر عليه تحول دور الدولة من حارسة إلى متدخلة وذلك بسبب ما شهده العالم من تغير في الأوضاع الاقتصادية والسياسية هذا من جانب ومن جانب آخر نتيجة لما يتميز به التحكيم من خصائص كالسرعة والسرعة ورسوخ قواعده على المستوى الإقليمي والدولي، كما يمتاز التحكيم بعدم خضوعه لأية جهة رسمية، فضلا عن عدم خضوعه لأي قانون غير الذي يختاره المحكمتين، كما يتميز بقله تكاليفه مقارنة بإجراءات التقاضي أمام محاكم الدولة .

لكن تمتع التحكيم بهذه المزايا لا يعني استقلاله عن القضاء بشكل عام، ذلك أن المحكم لا يتمتع بسلطة الإيجابار المحتركة من طرف قضاء الدولة، وعليه فإن التحكيم سيظل بحاجة إلى القضاء وذلك في جميع مراحل ذلك لأنه لأنه طريق من طرق تسوية المنازعات يركز على اتفاقية يلتزم الأطراف بمقتضاها بحل

نزاعاتهم من طرف محكم أو محكمين دون اللجوء إلى المحاكم العادية أي انتزاع الاختصاص من هذه الأخيرة ليعهد لأشخاص خواص.

ومن أجل تحقيق الغاية المنشودة، الرامية إلى ضمان تكامل الدعوى التحكيمية وحماية الصالح العام فقد نظمت التشريعات الحديثة العلاقة بين القضاء والتحكيم لتوضح من جهة أوجه المساعدة والموازرة بينهما ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم بهدف إرساء الضوابط والمقومات التي تكفل حسن سير التحكيم وتحقيق أغراضه.

لذا سنحاول الخوض في موضوع الدراسة لمحاولة الوصول إلى الاتجاه الذي تبناه المشرع الوطني من خلال القانون (09/08)، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية؛ لتحقيق هذه الموازنة وإعطاء فعالية لنظام التحكيم كطريق بديل لحل النزاعات، وكذلك الإصلاحات القانونية الأخيرة والتي شملت قانون الإجراءات المدنية الذي كان ساري المفعول منذ سنة 66 والذي تم إلغائه بموجب القانون (09/08)، والذي كان يضم أحكام متعلقة بالتحكيم بنوعيه الداخلي والدولي كانت محل انتقاد لما تضمنته من تناقضات وثغرات، والتي جاء قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتداركها، الأمر الذي دعانا إلى الخوض في هذه الدراسة من خلال الجزئية المتعلقة بدور القاضي الإداري في التحكيم الخاص بالمواد الإدارية.

وقد شهد العقد الأخير من القرن العشرين تطورات بالغة الأهمية تتصل بالتحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود الاستثمار التي تكون في الغالب الدولة طرفاً فيها، إذ تلعب هذه العقود دوراً هاماً في الواقع المعاصر نظراً لما تحققه من منافع عديدة للدول، وعند نشوب نزاع بمناسبة إبرامها أو تنفيذها، يظهر التحكيم كطريق بديل لحل هذه النزاعات، لهذا تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على النتائج الإيجابية والسلبية للتحكيم في المواد الإدارية خاصة أمام فتح قطاع الاستثمار للأجانب وإبراز أثر ذلك على سيادة واقتصاد الدولة، من ثم تحليل النتائج المترتبة وانعكاساتها من هذا التوجه.

لذلك انطلقنا في مداخلتنا من الإشكالية الرئيسية التي يثيرها الموضوع وهي :

ما هو دور القاضي الإداري في الخصومة التحكيمية المتعلقة بالمواد الإدارية؟

وللإجابة على الإشكالية السالفة الذكر ارتأينا تقسيم المداخل إلى مبحثين، الأول يتعلق بدور القاضي الإداري في عملية التحكيم قبل صدور حكم التحكيم، أما الثاني فخصصناه لدوره في مرحلة ما بعد صدور الحكم.

### المبحث الأول: تدخل القضاء الإداري السابق لصدور الحكم

إن التحكيم كما سبق وشرنا طريق بديل عن القضاء لحل النزاعات الناشئة أو التي تنشأ بين طرفي عقد ما، وبذلك فإن المحكم يعمل بشكل موازي مع القاضي، كما أن المحكم يتمتع بسلطة القاضي والتي يستمدّها من إرادة المتعاقدين، إلا أن كل ذلك لا يعني أن التحكيم مستقلاً تماماً عن قضاء الدولة، بل بالعكس فكلاهما تحكمها علاقة متصلة تتجلى في كل مراحل التحكيم.<sup>(1)</sup>

كما أن للقضاء أدواراً هامة يلعبها في العملية التحكيمية منذ بدايتها وحتى نهايتها وبالتالي فإن أغلب التشريعات الحديثة عالجت العلاقة بين القضاء والتحكيم لتوضيح من جهة أوجه المساعدة بينهما، ومن جهة أخرى حدود الرقابة والإشراف على التحكيم من أجل ضمان حسن سير العملية التحكيمية.<sup>(2)</sup> وفي هذا المبحث سنتطرق إلى تدخل القضاء الإداري في مرحلة الترشيح للمهمة التحكيمية في المطلب الأول وفي المطلب الثاني نعالج تدخل القضاء الإداري خلال أو أثناء سير الخصومة التحكيمية. المطلب الأول: تدخل القضاء الإداري في مرحلة الترشيح للمهمة التحكيمية.

بالرغم من الأثر السلبي لاتفاق التحكيم الذي يتجلى في استبعاد القضاء الوطني بالنظر في أصل النزاع إلا أن هذا الأثر يمكن القول أنه نسبي، حيث أن للقضاء دور في سير الدعوى التحكيمية من خلال دوره المساعد لهيئة التحكيم والذي يتجلى في عدة مظاهر<sup>(3)</sup> أهمها التدخل في تشكيل هيئة التحكيم (الفرع الأول) والتدخل في رد المحكمين (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تدخل القضاء الإداري في تشكيل هيئة التحكيم.

يعد تعيين المحكم أو المحكمين من أوائل الأمور التي يبرز فيها دور القضاء في التحكيم ويعد هذا الدور في هذه المرحلة دوراً مساعداً أكثر من كونه دوراً رقابياً.<sup>(4)</sup>

ويعود الأصل في تعيين المحكم أو المحكمين إلى أطراف الخصومة التحكيمية، حيث بإمكانهم اختيار محكمهم مباشرة أو اللجوء إلى نظام تحكيم دائم، إلا أنه وفي حالات معينة يتعذر حصول ذلك إما لمماطلة أحد الطرفين أو عدم تعيينه أصلاً أو عدم الاتفاق على المحكم المرجح وهذا ما دفع بأغلب التشريعات إلى تنظيم هذه الحالة، وبذلك فتح المجال للأطراف لطلب المساعدة من القضاء من أجل التدخل لتشكيل هيئة التحكيم.<sup>(5)</sup>

كما أن تدخل القاضي الوطني في تعيين المحكمين يكون عادة عندما يختار الأطراف التحكيم الخاص.

أولاً: الجهة القضائية المختصة في تعيين المحكمين

لقد سبق الإشارة إلى أنه في حالة وجود عقبات يستحيل معها تشكيل هيئة التحكيم ولم يستطع الأطراف التغلب عليها، ففي هذه الحالة يجوز لمن يهمل الأمر من الخصوم اللجوء إلى جهة القضاء المختصة لإزالة هذه العقبات ومن ثم تمام عملية التحكيم.

ويثير هذا الموضوع التساؤل عن جهة القضاء المختصة التي أوكلها المشرع بمهمة إزالة العقبات التي قد تعترض تشكيل هيئة التحكيم المنوط بها حسم منازعة ناشئة عن عقد إداري.<sup>(6)</sup>

فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد خول قاضي الدولة اختصاصات تستهدف إقرار التكامل بين عمل القاضي والمحكم بحيث يكون الدور المتمم للقاضي في عملية التحكيم سواء في تشكيل محكمة التحكيم أو تذليل مختلف الصعوبات التي قد تطرأ أثناء نظر النزاع.

وقد عهد هذه المهمة إلى رئيس المحكمة، غير أنه فرق بين ما إذا كان التحكيم يجرى بالجزائر أو بالخارج.<sup>(7)</sup> وبالتالي فإن الاختصاص النوعي ينعقد لرئيس المحكمة أما الاختصاص الإقليمي فيجب أن يفرق

بين حالتين عند تحديد المحكمة المختصة بالتدخل في تعيين المحكمين<sup>(8)</sup> بحيث تنص المادة (1041) الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>(9)</sup> على أنه " في غياب التعيين، وفي حالة صعوبة تعيين المحكمين أو عزلهم أو استبدالهم، يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل القيام بما يلي :

1- رفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكم، إذا كان التحكم يجري في الجزائر.

2- رفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر، إذا كان التحكم يجري في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر .

إن تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى هذه المادة مرتبط ب إذن بمكان جريان التحكم :

أ- التحكم يجري في الجزائر: عند عدم تعيين المحكمين أو في حالة الصعوبة في تعيينهم يجوز للطرف الذي يهيمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التحكم، فالعبرة إذن في مكان جريان التحكم، وهذا المكان يتم الاتفاق عليه في اتفاقية التحكم .

لكن في حالة عدم تحديد مكان التحكم في الاتفاقية، فإن الاختصاص يؤول لرئيس المحكمة التي يقع في دائرتها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ، ذلك ما نصت عليه المادة (1042) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " إذا لم تحدد الجهة القضائية المختصة في اتفاقية التحكم، يؤول الاختصاص إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ " .

ويلاحظ أنه في هذه الحالة يمكن أن يؤول الاختصاص للقضاء الجزائري كما يمكن أن يؤول للقضاء الأجنبي.

ب- التحكم يجري في الخارج : عندما يجري التحكم في الخارج واختار الأطراف تطبيق قواعد الإجراءات المعمول بها في الجزائر، فلا يطرح أي إشكال، فعندما يتعذر تعيين المحكمين أو هيئة التحكم، فإنه على الطرف الذي يهيمه التعجيل أن يرفع الأمر إلى رئيس محكمة الجزائر.

ويلاحظ أن هذا النص أعطى اختصاصا واسعا للقاضي لتسوية كل الصعوبات التي تحول دون تشكيل هيئة التحكم، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى تعيين محكم ليس بالغريب عن الطرف الجزائري، كما يستبعد تدخل أي قضاء أجنبي في ذلك وهذا موقف ايجابي من المشرع.

والملاحظ أن المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون رقم (09/08) المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفصل الثاني من الباب الخامس لم يفصل في إجراءات التحكم ولا الجهة القضائية المختصة للتدخل لتشكيل المحكمين، مكتفيا في المادة (976) منه إلى النص على أنه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في هذا القانون، أمام الجهات القضائية الإدارية

وبالتالي تطبق في هذا السياق أحكام الاختصاص النوعي والإقليمي المنصوص عليها بالمواد (800 و803) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : أين يؤول الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية على اعتبار أنها صاحبة

الاختصاص وفقا للمعيار العضوي للفصل في القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها .

كما يتحدد الاختصاص الإقليمي طبقا لأحكام المادة (1041 و1042) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حسبما إذا كان يجري في الجزائر أين يؤول الاختصاص الإقليمي للمحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إجراء التحكيم.

أما إذا كان التحكيم يجري في الخارج فالمحكمة الإدارية بالجزائر العاصمة هي المختصة إقليميا .

#### ثانيا: شروط قبول طلب تعيين المحكمين

- أن يكون هناك اتفاق على التحكيم، يحدد فيه كيفية تشكيل المحكمة .

- يجب أن لا يتفق طرفا التحكيم على تسمية المحكم أو تعيين محكم التحكيم الخاص .

- يجب أن يقدم احد طرفي التحكيم إلى المحكمة طلبا لتعيين المحكمين .

فإذا توفرت هذه الشروط حق للجهة القضائية المختصة المساعدة على تشكيل المحكمة مع ملاحظة أن تدخل القاضي الوطني ليس تدخلا في شؤون التحكيم، بل هو مساعدة للتحكيم حتى يستطيع أن يسير في إجراءاته، فالمحاكم القضائية لا تنظر هنا في النزاع بل تساعد المحكمة التحكيمية على النهوض للنزاع. وقد اغفل المشرع الجزائري عن تحديد مدة معينة لتقديم طلب تعيين المحكم أمام المحكمة المختصة، بل ترك المجال مفتوح لطرفي التحكيم للاتفاق على آجال تشكيل هيئة التحكيم ومنها يتم تحديد تاريخ اللجوء للقضاء للمساعدة في تشكيلها عند الضرورة، غير أن عدم تحديد هذه الآجال قانونا لن يكون في صالح من يهمله التعجيل ولن يحقق الهدف من اللجوء إلى التحكيم ألا وهو السرعة في الفصل في النزاعات، وبالتالي فإنه من الأفضل أن يتدارك المشرع الجزائري ذلك.<sup>(10)</sup>

#### الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري في رد المحكمين

يمارس المحكم دورا مشابها للقاضي، لذا يجب عليه أن يتحلى بما يتحلى به القاضي من أخلاق وسلوكيات، وأدبيات قانونية، فالمحكم عندما يتولى التحكيم فهذا يعني انه حاز ثقة الأطراف وهي ثقة مستمرة منذ بدء التحكيم وحتى نهايته، وهي مرتبة أدبية عالية المستوى تفرض مجموعة من السلوكيات والأدبيات وكل إخلال من المحكم بهذه السلوكيات يعرضه لإجراءات الرد.<sup>(11)</sup>

ورد المحكم من الأمور التي يظهر فيها دور القضاء في التحكيم التجاري الدولي بشكل جلي حيث تتدخل المحكمة في رد المحكم عند ظهور عدم حياده أو استقلاليته، وبذلك نجد اغلب التشريعات الوطنية والدولية الخاصة بالتحكيم قد خولت للأطراف الحق في تقديم طلب رد المحكم أو المحكمين إلى الجهة القضائية المختصة.<sup>(12)</sup> وعليه نتطرق لأسباب الرد وأثاره.

### أولا/ أسباب الرد :

يقصد برد المحكم هو طلب إبعاد المحكم عن نظر النزاع والفصل فيه خوفا من تحيزه وعدم استقلاله، وعرفه بعض الفقهاء على أنه: " دفع ببطان تشكيل هيئة التحكيم إذا كانت شكوك تثار حول نزاهة المحكمين واستقلالهم".<sup>(13)</sup>

لم تحدد بعض التشريعات أسباب الرد، تاركة المجال للأطراف في تحديد الأسباب التي تراها جديفة،<sup>(14)</sup> ومن التشريعات من سوت بين المحكم والقاضي فيما يخص أسباب الرد.<sup>(15)</sup>

أما القانون الجزائري، فقد حددت المادة (1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أسباب الرد والتي تتمحور أساسا حول مبدأ سلطان إرادة الأطراف وتوفر الشبهة المشروعة في استقلالية المحكم. فقد نصت على أنه: " يجوز رد المحكم في الحالات الآتية :

- 1- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف .
  - 2- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف
  - 3- عندما تتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع احد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط .
- لا يجوز طلب رد المحكم من الطرف الذي كان قد عينه، أو شارك في تعيينه، إلا لسبب علم به بعد التعيين .

تبلغ محكمة التحكيم والطرف الآخر دون تأخير بسبب الرد .."

ولذلك إذا توافر سبب من أسباب الرد فيجب على الطرف الذي يهيمه التعجيل أن يسعى إلى اتخاذ ما يراه مناسبا، أما إذا كان هذا الطرف قد قام أو اشترك بتعيين المحكم ففي هذه الحالة لا يجوز له رده إلا إذا تبين أن سبب الرد قد ظهر بعد التعيين.<sup>(16)</sup>

### ثانيا/ أثار رد المحكم:

من خلال الفقرتين 4 و5 من المادة (1016) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري اقتصر على ذكر أن القضاء هو المختص بالفصل في طلب رد المحكم في حال النزاع وذلك بإصدار أمر يكون غير قابل لأي طعن سواء كان أمره بقبول الرد أو برفضه، والهدف من ذلك هو حتى لا يتخذ طلب الرد كذريعة لإطالة مدة النزاع وأيضا لضمان تحقيق الهدف المرجو من التحكيم وهو السرعة في الفصل ولكنه لم ينص صراحة على اثر تقديم طلب الرد أو اثر الفصل فيه مثل باقي التشريعات.

لذلك نجد أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يبين عكس التشريعات المقارنة أو الدولية المتعلقة بالتحكيم إجراءات الرد ولم يحدد المدة التي يجب أن يقدم فيها الطلب ولا عدد الطلبات التي يمكن أن يقدمها طالب الرد في نفس التحكيم، ولا الآثار المترتبة عن الطلب، وفي هذا نقص كان على المشرع تداركه، وكان عليه التماشي والتشريعات الحديثة خاصة ما جاء بالقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي.

كما انه لم ينص على الأثر الموقوف لإجراءات التحكيم عند طلب الرد أمام القضاء هذا ما قد ينعكس سلبا في حالة صدور حكم تحكيمي بتشكيلة مخالفة للقانون عند صدور حكم قضائي برد المحكم .

وقد اغفل كذلك الفصل الثاني من الكتاب الرابع من القانون (09/08) على تنظيم إجراء الرد في التحكيم الخاص بالمواد الإدارية مكتفيا بما ورد في المادة (1016) المذكورة أعلاه الأمر الذي يجدر تداركه لاختلاف الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي.<sup>(17)</sup>

#### المطلب الثاني: دور القضاء الإداري أثناء سير الخصومة التحكيمية

إن تدخل القضاء في مجال التحكيم لا يقتصر فقط على مرحلة تشكيل هيئة التحكيم ولكنه يمتد ليشمل مرحلة السير بإجراءات التحكيم، والتي تبدأ من تاريخ تعيين المحكمين إذا لم يكن قد تم تعيينهم في اتفاق التحكيم، أو من تاريخ إخطار هيئة التحكيم بالنزاع إذا كان قد تم تعيينها مسبقا في اتفاق التحكيم وتنتهي بصدور حكم التحكيم.

وهكذا يتضح لنا أن خصومة التحكيم ليست بمنأى عن ولاية القضاء في شقها الرقابي على إجراءات خصومة التحكيم.<sup>(18)</sup>

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع كما في القانون الملغى<sup>(19)</sup> عدد جملة من أوجه المساعدة التي يمكن أن يقدمها القاضي في هذا المجال كإتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية (الفرع الأول) كما يتدخل القاضي أيضا في مجال الحصول على الأدلة وتحقيقها سواء ما تعلق بسماع الشهود أو تقديم مستند محتجز لدى الغير... الخ (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تدخل القضاء الإداري في مجال إتخاذ التدابير المؤقتة أو التحفظية

قد تقتضي طبيعة موضوع النزاع أو ظروف وملابسات الدعوى المعروضة على هيئة التحكيم سرعة إتخاذ بعض التدابير المؤقتة والتحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقائية تجنبا لأضرار بالغة قد تلحق بأحد الخصوم نتيجة الانتظار حتى صدور حكم التحكيم المنهي للخصومة أو التي تجعل الحكم بعد صدوره عديم الجدوى.<sup>(20)</sup>

وبالتالي يمكن لأطراف المنازعة أن تتخذ إجراءات معينة تمنحهم حماية أكثر للحفاظ على حقوقهم من الضياع، وتحسينها، وتمثل هذه الإجراءات في التدابير الوقائية والتحفظية.<sup>(21)</sup>

#### أولا المقصود بالتدابير الوقائية والتحفظية :

بداية تجدر الإشارة إلى أن مسألة التدابير الوقائية والتحفظية هي مسألة شائكة من حيث تحديد مفهومها كونها تتعلق بحالة استعجال من جهة، ومن جهة أخرى صعوبة حصرها في مفهوم واحد نتيجة لتعدد أسباب الحماية التي توفرها للخصوم.<sup>(22)</sup>

فتعرف هذه التدابير على أنها تدابير وقائية تتم بصفة مستعجلة لا تمس أصل الحق وتكون في صورة طلب تحفظي للحفاظ على إمكانية التنفيذ في المستقبل أو طلب مستعجل لتحقيق مصلحة أنية للطالب، أو حمايتها، وتنتهي الخصومة فيها إما بزوال الخطر تلقائيا وإما بواسطة أعمال الحماية الموضوعية.<sup>(23)</sup>

وهناك من يميز بين التدابير المؤقتة والتحفظية على أساس أن التدابير المؤقتة عبارة عن حماية بديلة تحل مؤقتا محل الحماية القضائية العادية كالحكم بالنفقة التي يحكم بها إلى حين صدور حكم موضوعي في النفقة، وكالحكم الذي يصدر بصورة مستعجلة يوقف طرد مستأجر، أو صدور حكم بغرامة تهديدية مؤقتة

أما المقصود بالإجراءات التحفظية فهي وسائل تكفل وجود الحق عندما يصدر حكم في الموضوع كإجراء الحجز التحفظي الذي يهدف إلى المحافظة على أموال المدين ويتيح للدائن بعد الحصول على حكم بثبوت الحق وصحة الحجز بإستيفاء حقه اختياراً أو جبراً.<sup>(24)</sup>

ولقد ثار جدل حول إمكانية تدخل القضاء في مجال الإجراءات المؤقتة والتحفظية سواء قبل تشكيل هيئة التحكيم أو بعد تشكيلها :

- فقبل تشكيل هيئة التحكيم فإن القضاء ينفرد بالبت في طلبات التدابير الوقائية والتحفظية بنفس الشروط التي يتدخل بها طبقاً للقواعد العامة، وذلك لأن الاختيار للجوء للتحكيم يعني استبعاد القضاء الموضوعي دون القضاء الوقي أي أن اختصاص القضاء الاستعجالي يبقى قائماً للنظر في طلبات التدابير المؤقتة والتحفظية المتعلقة بموضوع النزاع.

- أما فيما يخص تدخل القضاء في موضوع الإجراءات المؤقتة والتحفظية بعد تشكيل هيئة التحكيم فقد اختلفت حول ما إذا كان الاختصاص باتخاذها ينعقد لهيئة التحكيم وحدها أو لقضاء الدولة فقط أو اختصاص مشترك بينهما.<sup>(25)</sup>

#### الرأي الأول: اختصاص قضاء الدولة باتخاذ الإجراءات الوقائية والتحفظية

يذهب جانب من الفقه إلى أنه وإن كان صحيحاً أن من آثار اتفاق التحكيم هو استبعاد قضاء الدولة بالفصل في المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، إلا أن نطاق هذا الأثر يقتصر على موضوع النزاع محل اتفاق التحكيم، وبالتالي فإن المسائل التي قد تثور بشكل تبعية كالتدابير الوقائية والتحفظية لا يشملها هذا الأثر السلبي وذلك لعدة اعتبارات أهمها أن مثل هذه المسائل يتم النظر فيها من قبل قضاة ينتسبون إلى قضاء الدولة وهم أدرى بتطبيق القانون من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحكم يفتقد لسلطة الإلزام.<sup>(26)</sup>

#### الرأي الثاني: اختصاص المحكم باتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية

يرى هذا الرأي أن الاختصاص في الأمر بالتدابير المؤقتة والتحفظية المتصلة بالنزاع المتفق بشأنه على التحكيم يؤول لهيئة التحكيم وحدها، وذلك استناداً لإرادة الأطراف ذاتها، ومن ثم لا حاجة للجوء إلى القضاء المستعجل، وأن هيئة التحكيم أقدر على تقدير مدى ملائمة اتخاذ مثل هذه التدابير، وبما أنها تملك الفصل النهائي في موضوع النزاع فالأولى أنها تستطيع اتخاذ مثل هذه التدابير الغير ماسة بموضوع النزاع، وبما أن الأطراف اختاروا التحكيم بإرادتهم كبديل عن القضاء، فإنهم لن يرفضوا تنفيذ ما أمرت به هيئة التحكيم من تدابير مؤقتة وتحفظية.

### الرأي الثالث: الاختصاص المشترك بين القضاء وهيئة التحكيم

ينادي هذا الاتجاه بالاختصاص المشترك في اتخاذ التدابير، حيث أن الطرف المعني بأمر اتخاذ التدابير لا يمكنه طلب اتخاذ التدابير مباشرة إلى القضاء ولكنه يطلبها من الهيئة المختصة أصلاً بالنزاع أما الدور الاحتياطي يرجع للقضاء فيما لو امتنع أحد الأطراف عن الامتثال لما وجه إليه.<sup>(27)</sup>

### ثانياً: موقف المشرع الجزائري من مسألة التدابير المؤقتة والتحفظية

عالج المشرع الجزائري مسألة اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية في منازعة محل اتفاق تحكيم في الكتاب الخامس من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث نص في المادة (01/1046) منه " يمكن لمحكمة التحكيم أن تأمر بتدابير مؤقتة أو تحفظية بناء على طلب أحد الأطراف ما لم ينص اتفاق التحكيم على غير ذلك ..."

فمن خلال هذه الفقرة يتضح لنا أنه بإمكان طرفي التحكيم الاتفاق بداية على اختصاص هيئة التحكيم باتخاذ ما تراه من تدابير مؤقتة أو تحفظية؛ أي أن أساس صلاحياتها هو اتفاق طرفي التحكيم على تخويلها هذه السلطة، وبذلك تصبح لها سلطة تقديرية في اتخاذ التدابير الوقائية والتحفظية، بناء على طلب صاحب المصلحة ولا يجوز لها أن تأمر بها من تلقاء نفسها حتى لو اقتضت ظروف النزاع اتخاذ مثل هذه التدابير، فإذا تضمن اتفاق التحكيم بندا يقضي بعدم اختصاص هيئة التحكيم باتخاذها، فإنه لن يكون لها ذلك.<sup>(28)</sup>

كما ذهب أيضاً المشرع الجزائري على غرار نظيره المصري إلى إبعاد من ذلك، حيث أجاز لهيئة التحكيم إصدار أحكاماً وقتية بناء على طلب الخصوم ولو لم يوجد اتفاق بينهما على ذلك، وهذا قبل صدور الحكم المنهي للخصومة، وهذا ما تؤكدته المادة (1049) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي أجازت لمحكمة التحكيم إصدار أحكام جزئية ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.<sup>(29)</sup>

ومن خلال الفقرة الثانية من المادة (1046) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتضح أنه إذا امتنع الطرف الذي صدر إليه الأمر من هيئة التحكيم باتخاذ هذه التدابير، جاز لهيئة التحكيم أن تلجأ إلى القضاء وتطلب منه التدخل ليأمر هذا الطرف بتنفيذ الأمر الموجه إليه، والمقصود بذلك طلب تسخير القوة العمومية لإرغام الطرف الممتنع على الانصياع لما قضت به هيئة التحكيم من تدابير، ويؤخذ على المشرع أنه لم يحدد بدقة القضاء المختص إقليمياً باتخاذ التدابير المؤقتة والتحفظية.

وكما يلاحظ أن الطرف المعني لا يمكنه اللجوء مباشرة إلى القضاء لطلب هذه التدابير بل يجب طلبها من هيئة التحكيم التي تكون مختصة بها في الأصل، أما دور القضاء فهو احتياطي ترجع إليه هيئة التحكيم عند رفض الطرف الموجهة إليه الامتثال لها ما لم ينص اتفاق التحكيم على خلاف ذلك.

### الفرع الثاني: تدخل القضاء الإداري في مجال الحصول على الأدلة .

انطلاقاً من قاعدة أن التحكيم كالقضاء يلجأ إليه لحسم الدعاوى التي ينظرها، فإنه بذلك يستخدم طرق الإثبات المنصوص عليها في الأنظمة القانونية، وذلك قصد إثبات الدعوى التحكيمية والوصول إلى حكم

فيها، لكن وبالرغم من هذه الخاصية التي خولتها القوانين الوضعية لهيئة التحكيم إلا أن هذه الأخيرة تفتقد للسلطة الجبرية في إلزام أحد الخصوم بتقديم دليل تحت يده قد يكون منتجاً في الدعوى التحكيمية، وفي هذا الصدد فعلى هيئة التحكيم أن تعرض الأمر على الجهة القضائية المختصة قصد إلزام الخصم على تقديم المستند المطلوب تقديمه.<sup>(30)</sup>

ولأجل ذلك وحتى نبين دور القضاء في مساعدة هيئة التحكيم في أدلة الإثبات سنتطرق ولو بصورة مختصرة لتعريف الإثبات في المواد الإدارية، وموقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة.

#### أولاً: تعريف الإثبات

من خلال النصوص القانونية يتبين أن مفهوم الإثبات لا يخرج عن التعريف الاصطلاحي المتعارف عليه قانوناً وهو " تقديم الدليل أمام القاضي بالطرق الجائزة على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم".<sup>(31)</sup>

ويقصد بالواقعة القانونية بمعناها العام، أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب القانون عليه أثراً معيناً، والإثبات إنما ينصب على صحة الواقعة القانونية وليس على الحق المتنازع فيه ومعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريق هذا الإثبات، فالحق الذي ينكر على صاحبه ولا يقام عليه دليله ليست له قيمة عملية فهو والعدم سواء من الناحية القضائية.<sup>(32)</sup> ووفقاً لما سبق ذكره يتضح أن الإثبات بمعناه الاصطلاحي يتميز بالخصائص التالية:

- هو إثبات يمكن القول (وبتحفظ) أنه مقيد، بمعنى أن هذا الإثبات لا يتم إلا بالطرق التي حددها القانون ووفقاً لإجراءات معينة.

- محله واقعة قانونية أو تصرف قانوني متنازع عليه، بمعنى أن هذا الإثبات لا بد أن ينصب على نزاع قائم مترتب عن واقعة قانونية أو تصرف قانوني كأساس للحق المدعى به.<sup>(33)</sup>

#### ثانياً: موقف المشرع الجزائري

تناول المشرع مسألة الحصول على الأدلة في التحكيم الدولي من خلال المادتين (1047) و (1048) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة (1047) على أنه " تتولى محكمة التحكيم البحث عن الأدلة"، وأما المادة (1048) فقد نصت على أنه "إذا اقتضت الضرورة مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة أو تمديد مهمة المحكمين أو تثبيت الإجراءات أو في حالات أخرى، جاز لمحكمة التحكيم أو للأطراف بالاتفاق مع هذه الأخيرة أو للطرف الذي يهيمه التعجيل بعد الترخيص له من طرف محكمة التحكيم، أن يطلبوا بموجب عريضة تدخل القاضي المختص، ويطبق في هذا الشأن قانون بلد القاضي".

وقد أخذ المشرع الجزائري نص المادة (1047) حرفياً من المادة (01/180) من القانون الدولي الخاص السويسري، أين تخضع عملية تقييمها وقبولها إلى القانون الموضوعي المحدد لتطبيقه على النزاع. ومن خلال نص هذه المادة (1047) يتضح أن الأصل هو تولى هيئة التحكيم البحث عن الأدلة التي يمكن أن تفيدها في النزاع المعروض عليها، أما المادة (1048) فقد تطرقت إلى أنه إذا اقتضت الضرورة اللجوء

إلى مساعدة السلطة القضائية في تقديم الأدلة، وذلك بان تقدم هيئة التحكيم أو الخصوم وبالاتفاق مع هيئة التحكيم أو الطرف الذي يهيمه التعجيل وبترخيص من هيئة التحكيم طلب بموجب عريضة لتدخل القاضي المختص وفي هذه الحالة يطبق هذا الأخير قانون بلده.

وبالتالي فان تدخل القضاء في هذه الحالة يكون فقط عند تعذر التحكيم الحصول على دليل كأن يرفض احد الأطراف تقديم مستند تحت يده أو أن تطلب سماع شاهد ويرفض هذا الأخير الحضور، وفي هذه الحالة لا تملك هيئة التحكيم سلطة الجبر والإلزام، وبالتالي تلجأ إلى القضاء لطلب المساعدة منه وذلك باستعمال سلطة الجبر بالحضور للإدلاء بشهادته.<sup>(34)</sup>

### الفرع الثالث: تدخل القضاء الإداري في مجال المسائل العارضة

قد تعترض إجراءات التحكيم مسائل تخرج عن ولاية التحكيم، إما لأنها غير قابلة للتحكيم أصلا، وإما لان اتفاق التحكيم لا يشملها، إلا أن الحكم فيها يكون ضروريا لإصدار حكم التحكيم المنهي للخصومة التحكيمية، وفي هذه الحالة يجب وقف السير في إجراءات التحكيم لحين الفصل في هذه المسائل، وتسمى المسائل الأولية أو المسائل العارضة .

وتعرف المسائل العارضة أو المسائل الأولية بأنها كل مسألة يتوقف الحكم في الدعوى على الفصل فيها،<sup>(35)</sup>

وإذا فصلت هيئة التحكيم في هذه المسائل التي تخرج عن ولايتها كان حكمها باطلا لكن إذا كانت تدخل في ولايتها وجب عليها الفصل فيها، ومثال لذلك الفصل في مسألة اختصاصها .

لم يوضح المشرع الجزائري موضوع المسائل العارضة في باب التحكيم التجاري الدولي لكنه تطرق إليه في باب التحكيم التجاري الداخلي في المادة (2/1021) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على " إذا طعن بالتزوير مدنيا في ورقة أو إذا حصل عارض جنائي، يحيل المحكمون الأطراف إلى الجهة القضائية المختصة، ويستأنف سريان اجل التحكيم من تاريخ الحكم في المسائل العارضة " .

ونلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع الجزائري قد حصر المسائل العارضة في طعن بالتزوير مدنيا في ورقة وحصول عارض جنائي، ولم ينص على باقي المسائل، كما انه لم يوضح صراحة وقف إجراءات التحكيم بسبب هذه المسائل العارضة، واكتفى بالإشارة إلى استئناف سريان اجل التحكيم من تاريخ صدور الحكم في المسألة العارضة.<sup>(36)</sup>

### المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على حكم التحكيم

إذا كانت إرادة الأطراف قبل صدور حكم التحكيم هي التي تتصدر المشهد في عملية التحكيم، ويكون القضاء خلالها بمثابة الدعامة والسند لهذه الإرادة المجتمعة، فانه بعد صدور هذا الحكم التحكيمي الدولي تكون الكلمة العليا للقضاء، ذلك أن هذا الحكم التحكيمي الصادر في هذه المرحلة غالبا ما تتنازع إرادتان مختلفتان، فطرف يريد المضي في تنفيذ هذا الحكم وطرف آخر يريد الطعن ببطالانه .

ولغياب وجود قضاء دولي متخصص لممارسة الرقابة على نشاط التحكم، فإنه لا مناص من قيام القضاء الوطني في مختلف الدول من الاضطلاع بهذا الدور، وتحدد التشريعات الوطنية عادة حالات هذه الرقابة ونطاقها.

وللرقابة القضائية على حكم التحكم عدة صور تختلف بحسب الغاية والهدف التي ترمي إليه ؛ فهناك الرقابة القضائية التي تهدف إلى التيقن من مدى احترام المحكم للشروط الواردة في القانون الوطني من اجل الاعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه، وهو ما يسمى بالرقابة القضائية عن طريق الفصل في طلب الاعتراف والأمر بالتنفيذ وهذا ما سوف نتناوله بالدراسة في المطلب الأول.

وهناك الرقابة القضائية التي تهدف إلى رقابة المحكم حول ما إذا كان طبق القانون وحقق العدل أم لا؟ والتي تأتي عن طريق طرق الطعن في الحكم التحكيمي وهذا ما خصصنا له الدراسة في المطلب الثاني.<sup>(37)</sup>

هذا وقد نصت المادة (976) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه تطبق الأحكام المتعلقة بالتحكيم المنصوص عليها في ذات القانون أمام الجهات القضائية الإدارية.

#### المطلب الأول: الفصل في طلب الاعتراف والأمر بالتنفيذ

يكتسب الحكم التحكيمي حجية الشيء المقضي فيه بمجرد صدوره، وهذه الحجية غير كافية للاعتراف وتنفيذ تلك الأحكام، إلا بعد اللجوء إلى القضاء من اجل الاعتراف به أولاً ثم وضع الصيغة التنفيذية عليه ثانياً.<sup>(38)</sup>

فهو ليس من الأحكام التي أعطاهها المشرع القوة التنفيذية ولا استخراج الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي لابد من إتباع شروط وإجراءات وهذا ما سنحاول معالجته من خلال التطرق إلى كيفية الاعتراف بالحكم التحكيمي في الفرع الأول، ثم إلى تنفيذه في الفرع الثاني .

#### الفرع الأول: الاعتراف بالحكم التحكيمي

ويقصد بالاعتراف أن القرار أو الحكم التحكيمي قد صدر بشكل صحيح وملزم للأطراف، كما انه لا يعني إكراه المنفذ عليه على تنفيذ مضمون الحكم، بل بأن تعترف السلطة القضائية بهذا الحكم التحكيمي الأجنبي . واعترافها يعني أن هذا الحكم هو إلزامي<sup>(39)</sup> وحتى يتمكن الطرف طالب التنفيذ من الوصول لاستصدار الأمر بالتنفيذ ينبغي اتخاذ عدة إجراءات.

#### أولاً: الحكم التحكيمي الداخلي

إن الحكم الداخلي يختلف عن الحكم التحكيمي الدولي، خاصة أثناء الرقابة القضائية فإذا كان للحكم التحكيمي الدولي إجراءات خاصة مثل عملية الاعتراف التي ستأتي مناقشتها لاحقاً فإن الحكم التحكيمي الداخلي لا يحتاج إلى ذلك بل يكفي الإيداع لدى كتابة الضبط لا غير ويخضع الحكم التحكيمي الداخلي إلى إجراءات الإيداع التي لا علاقة لها بالرقابة القضائية، وهو إجراء وجوبي يسبق عملية التنفيذ، وعدم القيام به يحرم صاحب الحق من استيفاء حقه، ولذا ينبغي التركيز على إجراء الإيداع لا على الاعتراف.

أ- إيداع الحكم التحكيمي الداخلي:

بعد صدور الحكم التحكيمي الداخلي مباشرة يودع أصله لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة من الطرف الذي يهمة التعجيل.

والحكم التحكيمي الداخلي يتميز عن الحكم التحكيمي الدولي في كونه صادر في ظل نظام قانوني هو نفسه نظام الدولة التي صدر وسينفذ بها، على خلاف الحكم التحكيمي الدولي الذي تحكمه نظم قانونية أجنبية، تختلف عن النظام القانوني الداخلي.

ولتنفيذه يقوم صاحب الحق مباشرة بإجراءات طلب الأمر بالتنفيذ لكن شريطة إيداع أصل الحكم التحكيمي الداخلي لدى كتابة الضبط.

وإذا كان الحكم التحكيمي الدولي لا تكون له الحجية الكاملة في البلد الذي صدر به إلا بعد الاعتراف به من قبل القضاء الرسمي لهذه الدولة، فإن الحكم التحكيمي الداخلي يكتسب الحجية كما سلف الذكر بمجرد صدوره.

وبالتالي فبمجرد إيداع الحكم لدى أمانة الضبط يدخل الحكم التحكيمي الداخلي في النظام القضائي الرسمي، باستثناء إجراءات الأمر بالتنفيذ لم يعد في حاجة إلى إجراءات الاعتراف.

أما بالنسبة لمصاريف الإيداع فقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة (1035) على أنه: "ويتحمل الأطراف نفقات إيداع العرائض والوثائق وأصل حكم التحكيم" إلا أنه في هذه الفقرة يوجد غموض وخلط بين عملية الإيداع والأمر بالتنفيذ.

ب- الأحكام التحكيمية الداخلية القابلة للإيداع:

إن جميع الأحكام التحكيمية سواء كانت نهائية (كلية) أو جزئية أو تحضيرية فهي قابلة للإيداع والمشرع الجزائري كان صريحاً وفصل نهائياً في إشكالية الحكم التحكيمي وذلك من خلال نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إذ نصت على: "يكون حكم التحكيم النهائي، أو الجزئي، أو التحضيري قابلاً للتنفيذ بأمر من رئيس المحكمة التي صدر في دائرتها اختصاصها، ويودع أصل الحكم في أمانة ضبط المحكمة".

وكان الهدف من ذلك هو وضع الحكم التحكيمي تحت تصرف طرفي التحكيم سواء من صدر لصالحه أو من صدر ضده، بغية اتخاذ إجراءات التنفيذ أو إعطاء الفرصة للمحكوم عليه للطعن بالاستئناف.

والخلاصة أن الحكم التحكيمي الداخلي ليس في حاجة إلى إجراءات الاعتراف المتبعة في الأحكام التحكيمية الدولية، ذلك لأنه (الحكم التحكيمي الداخلي) وليد النظام القانوني للدولة مقر التحكيم والتنفيذ في آن واحد ويكفي فيه الإيداع.

ثانياً: الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي

إن الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي لا يعني حتماً الأمر بالتنفيذ وما يؤكد هذا المفهوم هو أن أغلب التشريعات أوردت الاعتراف إما في مواد مختلفة عن المواد المتعلقة بالتنفيذ، وإما نصت على الاعتراف

بالأحكام التحكيمية الدولية في فرع مستقل ونصت على الأمر بالتنفيذ في فرع آخر كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري الذي نظمها في فرع مستقل تحت عنوان " الاعتراف بأحكام التحكيم الدولي " في المواد من (1051) إلى (1053) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08، كما نص على تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية في فرع مستقل هو الآخر تحت عنوان " تنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية " في المادة (1054) من نفس القانون التي أحالت الأمر هي الأخرى على المواد من (1035) إلى (1038) المتعلقة بتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية.<sup>(40)</sup>

ومن جهة أخرى نص في المادة (1039) من نفس القانون على انه " يعد التحكيم دوليا بمفهوم هذا القانون التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل " .  
منه فان المشرع اعتمد عبارة التحكيم التجاري الدولي لا التحكيم التجاري الأجنبي كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية نيويورك لسنة 1958 والخاصة باعتماد القرارات التحكيمية الأجنبية وتنفيذها.  
وعلى هذا الأساس يمكن القول أن موضوع الاعتراف مستقلا عن موضوع التنفيذ وانه من الممكن اتخاذ إجراءات خاصة بالاعتراف دون مباشرة إجراءات التنفيذ، وللإحاطة بالموضوع لابد من استقراء المواد الممتدة من (1051) إلى (1053) من قانون الإجراءات المدنية الإدارية.<sup>(41)</sup>

#### أ- ثبوت وجود القرار التحكيمي الدولي:

نصت المادة (1052) على الكيفية التي من خلالها يتم إثبات وجود الحكم التحكيمي الدولي وأكدت على أن يثبت ذلك عن طريق تقديم أصل الحكم التحكيمي الدولي مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها.

إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى فكرة الترجمة إلى اللغة العربية رغم انه نقل المادة (1499) من قانون المرافعات المدنية الجديد الفرنسي حرفيا وهذا يرجع إلى احتمال انه اعتمد في ذلك على المبادئ العامة لهذا القانون وخاصة المادة (08) منه التي نصت على وجوب تقديم الوثائق والمستندات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول.

#### ب- عدم مخالفة النظام العام الدولي:

من الصعب جدا إيجاد قاعدة مطلقة تحكم مفهوم النظام العام، فهو فكرة مرنة تتغير باختلاف المكان والزمان فما يعتبر متعارضا مع النظام العام في دولة لا يعد كذلك في دولة أخرى.<sup>(42)</sup>  
وهناك قواعد تتعلق بالنظام العام ذات طابع دولي، والأمثلة على ذلك عديدة، كالقاعدة الدولية التي تحرم الرشوة، وتحارب الفساد أو منع الرق أو التفرقة العنصرية أو تحريم الاتجار في الأسلحة أو التهريب أو الاتجار بالمخدرات هذه الأمثلة وأخرى تعد تجسيدا للنظام العام الدولي.  
والمشرع نص في المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على عدم مخالفة الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي للنظام العام الدولي وليس النظام العام الوطني.

ويفهم من النص أن المشرع الجزائري ضيق من مفهوم النظام العام واكتفى بعدم مخالفة الاعتراف القواعد العامة المتفق عليها دوليا ولم يتوسع إلى قواعد النظام العام الوطني أي بعبارة أخرى قد يمس الاعتراف ببعض القواعد الآمرة الداخلية، ومع هذا لا يمنع القاضي من الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي مادام لم يمس النظام العام الدولي والهدف من هذا الاتجاه والتبسيط هو تشجيع العلاقات التجارية الدولية والاستثمار الأجنبي.

والخلاصة إن الاعتراف بالأحكام التحكيمية الدولية لا يتطلب من القاضي البحث الدقيق في موضوع الحكم التحكيمي، وإنما فقط مراعاة الشروط الشكلية كأصل الحكم التحكيمي واتفاقية التحكيم أو نسخة مصادق عليها من المصالح الرسمية وفرض الترجمة إذا كانت غير محررة بغير اللغة العربية مع مراعاة القواعد العامة للنظام العام الدولي، دون تعقيد الأمور ودون الدخول في مدى توافر عدالة حكم التحكيم.

### الفرع الثاني: تنفيذ الحكم التحكيمي

بمجرد صدور حكم التحكيم، فإنه يحوز لحجية الشيء المقضي به، حتى ولو لم يصدر الأمر بتنفيذه، مادام قد استوفى الشروط الخارجية لصحته من الناحية الدولية.

ومادام حكم التحكيم يحوز هذه الحجية فإنه يجب الاعتراف به وتنفيذه، سواء في البلد الذي صدر فيه أو بلد غير ذلك الذي صدر فيه، غير أن ذلك لا يتم إلا إذا منحت الدولة المراد تنفيذ حكم التحكيم فيها الصيغة التنفيذية لهذا الحكم.<sup>(43)</sup>

وعلى هذا الأساس في إطار الرقابة القضائية اللاحقة على أحكام التحكيم يمر حتما الحكم التحكيمي سواء كان الداخلي أم الدولي على الجهة القضائية المختصة، ولذا تفرض طبيعة الموضوع معالجته في عنصرين: تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي أولا، وتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي ثانيا.

### أولا: تنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي

تسهيلا لعملية التنفيذ بالنسبة للرقابة القضائية قام المشرع بإلغاء صراحة المواد (452، 453، 458) مكرر من قانون الإجراءات المدنية القديم وحل محلها المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بالنسبة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الداخلية والمادة (1054) بالنسبة لتنفيذ الأحكام التحكيمية الدولية، واعتبر المواد القانونية القديمة غامضة تدفع القضاء إلى التأويل والتفسير لتحديد ما هو الحكم التحكيمي القابل للتنفيذ وما هو غير القابل لذلك.

وحسب المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد صنفت الأحكام التحكيمية القابلة للتنفيذ وحدتها بالنهائية التي معناها الفاصلة في النزاع قطعيا وكلية والجزئية وهي التي تكون قطعية ولكن لم تفصل في النزاع كلية وهي متعلقة بنقطة معينة، والتحضيرية التي تتعلق بتعيين الخبراء أو بعض التحقيقات قبل الفصل في الموضوع.

وعليه فإن الإجراءات الواجب إتباعها في طلب التنفيذ تبدأ بإيداع أصل الحكم التحكيمي ثم تحضير عريضة طلب الأمر بالتنفيذ مرفقة بالوثائق الضرورية وأساسها أصل الحكم التحكيمي.

أما الجهة القضائية المختصة بإعطاء الصيغة التنفيذية للحكم التحكيمي الداخلي فقد حددت المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأولى ذلك " ... بأمر من قبل رئيس المحكمة التي صدر في دائرة اختصاصها ..."

وبالتالي فبالنسبة للاختصاص المحلي هو محكمة مقر صدور الحكم التحكيمي لا مقر التنفيذ لأن الغرض من هذه الإجراءات هو مجرد وضع الصيغة التنفيذية لا غير، أما التنفيذ المباشر فانه يكون في مقر تواجد محل التنفيذ.

أما بالنسبة للاختصاص النوعي فانه من الضروري على طالب التنفيذ أن يقدم طلبه ووثائقه لدى رئيس المحكمة الإدارية الصادرة بدائرة اختصاصها الحكم التحكيمي الداخلي. وبعد الأمر بالتنفيذ الصادر من رئيس الجهة المختصة يعتبر الحكم التحكيمي الداخلي مدرج ضمن النظام القضائي الجزائري ويكسب القوة التنفيذية التي كان يفقدها قبل الأمر رغم الحجية التي اكتسبها بمجرد صدوره.

وبناء على الأمر بالتنفيذ السالف الذكر يقوم رئيس أمناء الضبط لدى المحكمة بتسليم الصيغة التنفيذية الرسمية للحكم التحكيمي الداخلي لمن طلبها.

والحكم التحكيمي الداخلي قبل وصوله إلى مرحلة الصيغة التنفيذية يخضع للرقابة القضائية عن طريق طرق الطعن كاعتراض الغير الخارج عن الخصومة والاستئناف ثم الطعن بالنقض كما هو منصوص عليه في المواد (1032، 1033، 1034) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبالتالي فالصيغة التنفيذية هي تحصيل حاصل.

#### ثانيا: تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي

تنص المادة (1054) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على انه " تطبق أحكام المواد من (1053) إلى (1038) أعلاه، فيما يتعلق بتنفيذ أحكام التحكيم الدولي ".

ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد أحال بشأن القواعد التي تحكم تنفيذ أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الخارج أو أحكام التحكيم الدولية الصادرة في الجزائر إلى القواعد الخاصة بالتحكيم الداخلي مع وضع بعض القواعد التي تستلزمها طبيعة التحكيم الدولي.

والمشرع الجزائري على غرار معظم الدول المنظمة إلى اتفاقية نيويورك لسنة 1958 سن نصوصا خاصة بالتحكيم الدولي، ولاسيما المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واسند الاختصاص إلى القضاء الوطني وفرق بين حالة ما إذا جرى التحكيم الدولي في الجزائر، وإذا تم في الخارج.

أ- الجهة المختصة بالأمر بالتنفيذ بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر:

طبقا للمادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يتبين وان المحكمة المختصة بإصدار الأمر بالتنفيذ لحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر هي المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكان وقوع التحكيم الدولي.

وبالتالي على رئيس المحكمة الإدارية المذكورة أعلاه أن يتفحص الوثائق الضرورية بدءًا بأصل الحكم التحكيمي الدولي واتفاقية التحكيم وضرورة ترجمتها مع مراعاة عدم مخالفة النظام العام الدولي. ولقد اختار المشرع الجزائري محكمة مقر التحكيم لأسباب موضوعية منها أن المحكمة قد تكون على علم بالعملية التحكيمية مسبقا وذلك عن طريق بعض الطلبات التي قد سبق وان قدمت أمامها أثناء المحاكمة كتعيين المحكمين مثلا أو الرد أو سماع الشهود.

#### ب- الجهة المختصة بالأمر بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر:

يكون رئيس محكمة محل التنفيذ هو المختص محليا ونوعيا بتنفيذ الحكم التحكيمي الدولي الصادر خارج الجزائر وهنا المشرع الجزائري كان قد اختار معيارا سليما وموضوعيا، لأنه بهذا الاتجاه يوفر على صاحب التنفيذ الجهد والتكاليف، ووضع حدا للتأويلات والتفسيرات وحسنا فعل المشرع الجزائري في هذه النقطة.

ومن المتعارف عليه أن من له مصلحة في الأمر بالتنفيذ هو من كان الحكم التحكيمي في صالحه لكن نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية جاءت عامة وشاملة "على الطرف الذي يهيمه التعجيل" ويفهم من ذلك انه من الممكن جدا تقديم الطلب من المحكوم ضده، وحسنا فعل المشرع لأنه لم يحصر حق تقديم الطلب في المحكوم له فقط.

كما أن المشرع الجزائري لم يقيد ميعاد تقديم طلب الأمر بالتنفيذ بميعاد معين، وبالتالي يمكن القول أن الميعاد يخضع للقواعد العامة المتعلقة بسقوط الأحكام القضائية بالتقادم.

ويشترط على طالب الأمر بالتنفيذ إرفاق الطلب بأصل حكم التحكيم، والمشرع الجزائري لم يشترط إرفاق اتفاقية الحكم واكتفى بأصل حكم التحكيم لا غير وهنا على المشرع تفادي مثل هذه الحالة حتى لا يفتح مجالاً للتأويلات والتفسيرات، الأمر الذي يزيد تعقيدا لعملية التحكيم برمتها.

ويقدم طلب الأمر بالتنفيذ بكيفية عادية لا تحتاج إلى تبليغ الطرف الآخر ولا حضوره بل تخضع لإجراءات الأوامر على العرائض وهي من الأعمال الولائية وليست من الأعمال القضائية.

ومن خلال استقراء المادة (1051) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الثانية يستخلص أن الجهة القضائية المختصة لا يتعدى نطاق رقابتها على الحكم التحكيمي الدولي الجانب الشكلي دون التطرق للموضوع ولا يجوز لها النظر فيما إذا كان المحكم طبق القانون أم لا؟ وأن الحكم التحكيمي عادل أم غير ذلك؟ لأن في ذلك مساس بالتحكيم وتجاوز في السلطة.

ولذا يمكن القول أن النظر في طلب الأمر بالتنفيذ لا يعد استثناءا أمام القضاء بل هو مجرد رقابة قضائية شكلية بالمفهوم الضيق لا بالمفهوم الواسع خاصة بالنسبة للحكم التحكيمي الدولي.

#### المطلب الثاني: الطعن أمام القضاء الإداري في حكم التحكيم

فتح المشرع الباب للطعن في أحكام التحكيم وهي على منوال طرق الطعن في الأحكام القضائية، يلجأ من خلالها الأطراف إلى القضاء لتصحيح الأخطاء الواردة في حكم التحكيم.

وقد سبق الحديث عن الرقابة القضائية وكانت خلاصة القول أنها تتجلى في ثلاثة وسائل الأولى عن طريق الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي والتي تم التطرق إليها سابقا والثانية من خلال الطعن في الحكم التحكيمي.

#### الفرع الأول: طرق الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي

قد يصدر الحكم وهو مشوب بالخطأ، وقد يتعلق الخطأ بالإجراءات التي أسس عليها الحكم أو بالحكم ذاته، إذ يقع الخطأ في تطبيق القانون على ما قدم من وقائع ويتعلق الخطأ في تقدير الوقائع واستخلاص النتائج منها، لهذا اوجد المشرع تنظيما دقيقا بشأن تصحيح هذه الأخطاء.

#### أولا: استئناف الحكم التحكيمي الداخلي

تنص المادة (1033) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يرفع الاستئناف في أحكام التحكيم في اجل ..... ما لم تتنازل الأطراف عن حق الإستثناء في اتفاقية التحكيم "

وبالتالي فان حق الاستئناف ثابت للخصوم حتى وان لم ينص عليه في اتفاق التحكيم فاستئناف حكم التحكيم هو القاعدة، وعدم جواز الاستئناف هو الاستئناف الذي يصنعه الأطراف في اتفاق التحكيم قبل صدور الحكم التحكيمي.

فإذا ما اتفق الأطراف على عدم جوازية الاستئناف ففي هذه الحالة يصبح حكم التحكيم نهائي وبإمكان المحكوم له اتخاذ إجراءات التنفيذ.

وفي حالة ما إذا كان الحكم التحكيمي مخالف للنظام العام أو حقوق الدفاع واتفق الأطراف على عدم جوازية الاستئناف ففي هذه الحالة معظم التشريعات تفتنت لهذا، وفتحت نافذة أخرى للطعن في هذا الحكم عن طريق الطعن فيه بالبطلان.

إلا أن المشرع الجزائري سكت تماما ولم يتطرق لموضوع البطلان في مثل هذه الظروف وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري ضمن للأطراف الرقابة القضائية وذلك للمرور الحتمي بالجهة القضائية التي لها أن تأمر بالتنفيذ أو ترفض وهي بهذا قد يتحقق مبدأ الرقابة القضائية لكن في اعتقادنا رقابة شكلية لا غير.

#### ثانيا: استئناف الأمر الرفض لتنفيذ حكم التحكيم الداخلي

بمجرد صدور حكم التحكيم تغل يد المحكم ويتخلى عن النزاع كما نصت المادة (1030) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

إما ينفذ حكم التحكيم اختياريا من قبل الأطراف وإما تبدأ بوادر منازعة جديدة إذا أراد احدهم إتباع طريق القضاء للتنفيذ.

ولتنفيذ حكم التحكيم جبريا لا بد من استصدار الصيغة التنفيذية طبقا لنص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وان قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ، بفعل الصيغة التنفيذية، فهي وضعية شبيهة بوضعية الأحكام القضائية القطعية المكتسبة للقوة التنفيذية، غير أن قابلية الحكم التحكيمي للتنفيذ تظل مهددة باحتمال الطعن فيه في إطار المهل المحددة قانوناً.<sup>(44)</sup>

ومن خلال نص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الفقرة الأخيرة نرى أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ جوازية الاستئناف في الأمر الرفض للتنفيذ.

ثالثاً: آجال الاستئناف في حكم التحكيم وأمر رفض تنفيذه

وقبل تسجيل الطعن في حكم التحكيم، يقتضي معرفة المدة المقررة قانوناً للطعن فيه فلا يوجد حكم أو أمر قابل للطعن دون تحديد مدة طعنه.

والآجال المنصوص عليها في القانون الجزائري حددت بشهر واحد بالنسبة لاستئناف حكم التحكيم ابتداء من يوم النطق بالحكم وبـ 15 يوماً (خمس عشرة) بالنسبة لاستئناف أمر رفض التنفيذ ابتداء من يوم الرفض.

وقد ضبط المشرع الجزائري مدة الاستئناف بـ 15 يوماً حتى لا يترك حكم التحكيم دون تنفيذ.

ولقد فرق المشرع الجزائري بين جهة استئناف حكم التحكيم وبين جهة استئناف أمر رفض التنفيذ، فالأولى نظمها المادة (1033) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي نصت على اختصاص المجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه حكم التحكيم، أما بالنسبة للثانية حددت بمقتضى المادة (1035) الفقرة الأخيرة.

وبالتالي إذا كان الأمر يتعلق بحكم تحكيمي فاصل في المواد الإدارية فالاختصاص يؤول لمجلس الدولة بصفته جهة استئناف طبقاً لنص المادة (902) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وحددت المادة (950) من نفس القانون آجال الاستئناف أمام مجلس الدولة بشهرين من يوم التبليغ الرسمي للحكم.

الفرع الثاني: طرق الطعن في الحكم التحكيمي الدولي

يفرق المشرع الجزائري من حيث الطعن بين حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر، وحكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر.

فيخضع كل واحد منهما إلى قواعد قانونية خاصة فإذا كان الاثنان يشتركان في كونهما غير قابلين للاستئناف مباشرة أمام الجهات القضائية الجزائرية، فإنهما يختلفان في:

أن حكم التحكيم الدولي الصادر في الجزائر يقبل الطعن بالبطلان أمام القضاء الجزائري ولن يكون ذلك إلا بطريقة غير مباشرة من خلال الطعن بالاستئناف سواء ضد أمر رئيس المحكمة القاضي بالاعتراف والتنفيذ أو ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف والتنفيذ طبقاً لنص المادتين (1055) و (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، على أن القرارات الصادرة تطبيقاً لهاتين المادتين قابلة للطعن بالنقض.

في حين أن حكم التحكيم الدولي الصادر خارج الجزائر لا يقبل الطعن فيه بالبطلان أمام القضاء.

## أولاً: الاستئناف

أ- استئناف الأمر القضائي الصادر بشأن رفض الاعتراف ورفض تنفيذ حكم التحكيم الدولي: تنص المادة (1055) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " يكون الأمر القاضي برفض الاعتراف أو برفض التنفيذ قابلاً للاستئناف ".

لم يحدد المشرع الحالات التي يمكن فيها رفع الاستئناف ضد الأمر القاضي برفض الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي الأجنبي بل ترك المجال مفتوحاً لطالب الاعتراف والتنفيذ.

ومن المؤكد أن الأوامر الصادرة عن الجهة القضائية المختصة برفض الاعتراف أو التنفيذ تكون محل استئناف أمام الجهة القضائية التي تعلق المحكمة التي صدر عنها الأمر برفض الاعتراف أو التنفيذ، بحيث تنص المادة (1035) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه " يمكن للخصوم استئناف الأمر برفض التنفيذ في أجل خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الرفض أمام المجلس القضائي ".

لم تحدد هذه المادة الجهة المختصة للنظر في الاستئناف لكن باعتبار أن الأمر المستأنف هو أمر على ذيل عريضة وبالتالي نرى أن الاختصاص في نظر الاستئناف يكون لرئيس المجلس القضائي طبقاً لنص المادة (312) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي المواد الإدارية يختص بذلك مجلس الدولة طبقاً لإحكام نص المادة (902) الفقرة الأولى من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه " يختص مجلس الدولة بالفصل في استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية .... "

يسجل الاستئناف بموجب عريضة مكتوبة ومعللة يبرز فيها أسباب الاستئناف، وتحمل العريضة كل البيانات القانونية وتكون مرفقة بالأمر محل الاستئناف وكذا القرار التحكيمي واتفاقية التحكيم، على أن جهة الاستئناف تحترم مبدأ الوجاهية وإنها لا تنظر إلا في الأمر القضائي إما بالتأييد وإما بالإلغاء، ومن جهة أخرى مراقبة ما إذا كان الأمر محل الاستئناف غير مخالف للنظام العام الدولي.

ب- الاستئناف في الأمر الصادر بالموافقة على الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم الدولي: عند فصله في الطلب المقدم إليه، فعادة ما يستجيب رئيس المحكمة لطلب الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي بعد مراقبته للملف المقدم إليه والتأكد من عدم وجود ما يمنع الاعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي في الجزائر في هذه الحالة، فإن المشرع منع مبدئياً استئناف الأمر القاضي بالاعتراف أو التنفيذ وأجاز ذلك استثناءً في الحالات الستة (06) المذكورة على سبيل الحصر في المادة (1056).

ويفهم من النص أن المشرع الجزائري اتخذ موقفاً واضحاً ضد الاستئناف في مثل هذه الأوامر، لأنه يدرك تماماً أن السماح للمنفذ ضده بذلك سيؤدي لا محالة إلى عرقلة التحكيم والدخول في متاهات كان الأطراف في غنى عنها، مما يفقد الهدف الأساسي من اللجوء إلى هذا النظام الخاص ويعيد أطراف النزاع إلى نقطة الصفر.

## ثانيا: الطعن بالنقض

الطعن بالنقض هو طريق غير عادي للطعن وقد نصت المادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد (1055) و (1056) و (1058) أعلاه، قابلة للطعن بالنقض". وبالتالي فإن القرارات الصادرة عن المجالس القضائية في الاستئناف المرفوع ضد أمر رئيس المحكمة القاضي برفض الاعتراف أو التنفيذ أو القاضي بالاعتراف أو التنفيذ قابلة للطعن بالنقض. وبما أن المشرع لم يحدد الحالات التي يجوز فيها رفع الطعن بالنقض خاصة بالتحكيم فإنه يتعين الرجوع إلى الأحكام العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبالتالي فالطعن بالنقض يكون على أساس الأوجه الواردة في المادة (358) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي حددت 18 وجها للطعن بالنقض.

ويرفع الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا باعتبارها الهيئة المختصة بنظر الطعون بالنقض في القرارات النهائية الصادرة عن المجالس القضائية وبالتالي ضد القرارات الصادرة اثر الاستئناف المسجل ضد أوامر رئيس المحكمة التي ترفض الاعتراف وتنفيذ القرار التحكيمي الأجنبي أو تلك التي تسمح بذلك، وذلك بعريضة موقعة من محامي مقبول لدى المحكمة العليا.

أما في المواد الإدارية فان الطعن بالنقض ينظر فيه أمام مجلس الدولة وحدد اجل الطعن بشهرين تسري من تاريخ التبليغ الرسمي للقرار طبقا لنص المواد (956) و (957) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. ويرفع الطعن بالنقض في اجل شهرين (2) يبدأ من تاريخ التبليغ الرسمي للحكم المطعون فيه إذا تم شخصيا، ويمدد اجل الطعن بالنقض إلى ثلاثة (3) أشهر إذا تم التبليغ الرسمي في موطنه الحقيقي أو المختار. ولا يترتب على الطعن بالنقض وقف تنفيذ الحكم أو القرار في مجال التحكيم التجاري الدولي.

### الفرع الثالث: الطعن ضد الأحكام التحكيمية الصادرة بالجزائر في مجال التحكيم الدولي

من خلال نص المادتين (1058) والمادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يتبين لنا أن الأحكام التحكيمية الدولية الصادرة في الجزائر يمكن أن تكون موضوع طعن بالبطلان، وان قرارات المجلس القضائي الصادرة بشأنها، تكون قابلة للطعن بالنقض.

### أولا الطعن بالبطلان:

اقر المشرع الجزائري حق الطعن بالبطلان في القرار التحكيمي الدولي الصادر في الجزائر في الحالات المنصوص عليها في المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وطبقا لنص المادة (1059) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن مسألة الاختصاص بالنظر في الطعن بالبطلان ضد الحكم التحكيمي الصادر بالجزائر في ميدان التحكيم الدولي يكون الاختصاص للمجلس القضائي الذي صدر في دائرة اختصاصه هذا الحكم، وبالنسبة للمواد الإدارية أمام مجلس الدولة كما سبق ذكره.

وترفع دعوى بطلان القرار التحكيمي خلال شهر واحد، ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ التبليغ الرسمي للأمر القاضي بالتنفيذ وعدم مراعاة هذه الآجال يؤدي إلى رفض الطعن بالبطلان، وذلك بموجب عريضة مكتوبة مستوفية لجميع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتكون هذه العريضة معللة وفق الحالات المنصوص عليها في المادة (1056) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويفهم من هذا ان الطرف الذي طعن ببطلان القرار التحكيمي يجب عليه تبليغ الطرف المطعون ضده، وذلك حتى يتمكن من مناقشة أوجه الطعن وتقديم دفوعه.

وبعد صدور قرار المجلس نكون أمام حالتين : إما حالة قبول الطعن بالبطلان وفي هذه الحالة يؤدي إلى إلغاء القرار التحكيمي المطعون فيه دون النظر في صلب الموضوع.

أو حالة رفض الطعن وفي هذه الحالة يؤدي إلى إضفاء الصيغة التنفيذية للقرار التحكيمي.

ثانيا الطعن بالنقض:

نصت المادة (1061) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية " تكون القرارات الصادرة تطبيقا للمواد 1055 و 1056 و 1058 أعلاه، قابلة للطعن بالنقض "

وبالتالي فان القرارات الصادرة عن المجالس القضائية بمناسبة فصلها في الطعن بالبطلان تكون قابلة للطعن بالنقض، وهو الأمر الذي ينطبق كذلك على القرارات الصادرة عن مجلس الدولة عند النظر في دعوى بطلان الحكم التحكيمي الفاصل في المواد الإدارية.

هذا فيما يخص الأحكام التحكيمية الفاصلة في المواد التجارية، أما المواد الإدارية فتطبق المواد (956) و(957) السالفة الذكر، أين يتم الطعن بالنقض أمام مجلس الدولة، في اجل شهرين من التبليغ الرسمي.

خاتمة:

من خلال دراستنا لدور القاضي الإداري التحكيم الخاص بالمواد الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي خصها المشرع بالمواد (975) (976) (977) المستحدثة بموجب القانون (09/08)، محاولة منه لمواكبة التطور الحاصل في مجال التحكيم، واستقطاب المستثمر الأجنبي، هذا الاتجاه الذي لقي معارضة فقهية وقضائية أين اعتبرها البعض مساسا بسيادة الدولة، إلا أن اغلب التشريعات بما فيها الجزائري حاولت إيجاد موازنة بين تلك السيادة والواقع الاقتصادي المفروض عليها من خلال إدراجها للأحكام السالفة الذكر.

وبعد استعراض تلك الأحكام القانونية والآراء الفقهية والقضائية في هذا الصدد ودور القضاء في ذلك فإننا نقترح التوصيات التالية:

1- إعادة النظر في النصوص المنظمة للتحكيم، وذلك بإصدار قانون مستقل لهذا النظام بحيث يكون شاملا لكل أنواع التحكيم ومنها على سبيل الخصوص التحكيم في العقود الإدارية نظرا لطابعها الخاص، وينظم الجانب الإجرائي لخصوصية التحكيم التي أغفل عنها المشرع في القانون رقم (09/08).

2- ضرورة تعديل نصوص المواد (976) و (977) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بالتحكيم في المواد الإدارية والتي تحيلنا في مسائل التحكيم وإجراءاتها وخاصة طرق الطعن فيها والاختصاص إلى الكتاب الخامس من ذات القانون والمتعلقة بالطرق البديلة لحل النزاع والخاصة بالتحكيم من المواد (1006) إلى غاية المادة (1061) والتي لا تتناسب وطبيعة نزاعات المواد الإدارية خاصة في مسألة التقاضي وتطبيق المعيار العضوي المنصوص عليه بالمادة (800) من نفس القانون، والاختصاص الحصري للمحاكم الإدارية ومجلس الدولة.

3- إن قابلية أحكام التحكيم في المواد الإدارية للطعن بالبطلان ووقف تنفيذه لا يتماشى والأحكام القانونية المطبقة على الأحكام الإدارية القابلة للتنفيذ بمجرد صدورها الأمر الذي يستدعي تنفيذ الحكم التحكيمي في المواد الإدارية حتى ولو تم الطعن فيها بالبطلان.

4- إدراج نصوص قانونية في الفصل الثاني من الباب الخامس للكتاب الرابع والخاص بالتحكيم، تتعلق أساسا بطرق الطعن في أحكام التحكيم ولاسيما الطعن بالبطلان والطعن بالنقض وإجراءاتها.

**الهوامش:**

1- إيمان بحري، "حدود سلطات المحكم في التحكيم التجاري"، مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الشهيد حمة لخضر - الوادي- السنة الجامعية 2014/2015، ص 63.

2- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 63.

3- محمد بن عمر، "أثر التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري والمقارن"، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة مكتملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة، 2014/2015، ص 106.

4- رزوق نوال، "الرقابة على أعمال المحكمين في ظل التحكيم التجاري الدولي"، اطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2 - السنة الجامعية 2014/2015، ص 212.

5- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 64.

6- بن عمران سهيلة، "الرقابة القضائية على التحكيم في منازعات العقود الإدارية"، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة باجي مختار عنابة، السنة الجامعية 2010/2011، ص 65.

7- حدادن طاهر، "دور القاضي الوطني في مجال التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون التنمية الوطنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014/2015، ص 38.

8- Terki (N), l'arbitrage commercial international en Algérie, OPU, 1999, P83.

9- القانون 09/08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الصادر بتاريخ 2004/04/23، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21.

10- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 72.

11- حدادن طاهر، مرجع سابق، ص 51.

- 12- عامر فتحي البطاينة، "دور القاضي في التحكيم التجاري الدولي" - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009 ص 97.
- 13- حسان كليبي، "دور القضاء في قضايا التحكيم التجاري الدولي"، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، شعبة القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية كلية الحقوق، جامعة محمد بوقرة بومرداس، السنة الجامعية 2012/2013، ص 44.
- 14- من هذه التشريعات قانون تحكيم سلطنة عمان، قانون التحكيم المصري، اتفاقية عمان العربية للتحكيم.
- 15- من هذه التشريعات القانون الليبي، القانون السوري، القانون اللبناني.
- 16- انظر المادة 1019 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 17- انظر المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 18- محمد احمد البديرات، "مدى سلطة القاضي في التدخل في إجراءات التحكيم" دراسة في قانون التحكيم الأردني رقم 31 لسنة 2001 م، المؤتمر السنوي السادس عشر، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ص 711.
- 19- الأمر (154/66) المؤرخ في 1966/07/08، المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، المنشور بالجريدة الرسمية العدد 47، لسنة 1966.
- 20- احمد السيد الصاوي، "إجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري ووفقا لأهم قواعد وأنظمة التحكيم الدولية" المؤتمر السادس عشر (التحكيم التجاري الدولي)، كلية الحقوق، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص 822.
- 21- عبد الوهاب عجيري، "شرط التحكيم التجاري الدولي في التشريع الجزائري"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سطيف 2، السنة الجامعية 2013/2014، ص 102.
- 22- محمد بن عمر، "أثر التحكيم على العقود الادارية في التشريع الجزائري والمقارن"، الصفقات العمومية نموذجا، مذكرة مكلفة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2014/2015، ص 113.
- 23- علي الشحات الحديدي، "التدابير الوقائية والتحفظية في التحكيم الاختياري"، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر 1997، ص 18، 19.
- 24- مسعودي أسماء، "المحكم في خصومة التحكيم الدولي"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر اكايمي، شعبة حقوق تخصص علاقات دولية خاصة جامعة قاصدي مرباح - ورقلة - السنة الجامعية 2014/2015، ص 55.
- 25- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 84.
- 26- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص 113، 114.
- 27- حجاج حنان، "الأثر المانع لاتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر اكايمي، شعبة الحقوق تخصص قانون علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح، السنة الجامعية 2014/2015، ص 49.
- 28- TrariTani (M), droit algérien de l'arbitrage commercial international, Berti édition, Alger, 2007, P79.
- 29- لزهرة بن سعيد، "التحكيم التجاري الدولي"، (وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية)، دون رقم طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، دون سنة نشر، ص 295.
- 30- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص 116.

- 31- محمد صبري السعدي، "الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004، ص 06
- 32- عبد الرزاق احمد السهنوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، (الإثبات - آثار الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1968 ص 16
- 33- محمد بن عمر، مرجع سابق، ص 117 .
- 34- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 86 .
- 35- حجاج حنان، "الأثر المانع لإتفاق التحكيم في عقود الاستثمار الدولية"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر، أكاديمي، شعبة الحقوق، تخصص قانون علاقات دولية خاصة، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015/2014، ص 51 .
- 36- إيمان بحري، مرجع سابق، ص 87 .
- 37- سليم بشير، "الحكم التحكيمي والرقابة القضائية"، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص القانون الخاص، جامعة الحاج لخضر - باتنة - كلية الحقوق، قسم العلوم القانونية، السنة الجامعية 2011/2010، ص 223
- 38- عليوشقربوع كمال، "التحكيم التجاري الدولي في الجزائر"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 62
- 39- عبد الحميد الاحدب، "التحكيم الدولي"، الجزء 3، دار نوفل، بيروت، لبنان، ص 393 .
- 40- لزهرة بن سعيد، مرجع سابق، ص 376 .
- 41- سليم بشير، مرجع سابق، ص 250 .
- 42- بليغ حمدي محمود، "الدعوى ببطالان أحكام التحكيم الدولية"، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 465
- 43- عبد النور احمد، "إشكاليات تنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة" - مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدولي الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان - كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2010/2009، ص 126 .
- 44- القاضي غالب غانم، "الرقابة على القرارات التحكيمية عبر مسار الصيغة التنفيذية"، مقال في المحكمة اللبنانية للتحكيم العربي والدولي، العدد الأول، ص 11 .

## الرقابة القضائية على الانتخابات المحلية «بلدية ورقلة أمودجا»



د. سويقات أحمد

جامعة قاصدي مرباح ورقلة



### مقدمة:

من اهم ما تضمنت ديباجة الدستور انه فوق الجميع ، ويحمي مبدأ حرية اختيار الشعب ، ويضفي المشروعية على ممارسة السلطات ويكرس التداول الديمقراطي عن طريق انتخابات حرة ونزيهة "، هذا التوجه الدستوري ما هو الا تجسيد لما جاءت به المواثيق والمعاهدات الدولية لحقوق الانسان، و من بينها ما تضمنته المادة 02/25 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر في 1966 " ان ينتخب وينتخب في انتخابات نزيهة تجري دوريا بالاقتراع العام و على قدم المساواة بين الناخبين و بالتصويت السري ، يضمن التعبير الحر عن ادارة الناخبين.<sup>1</sup> كما تضمن الاعلان العالمي الصادر سنة 1994 معايير الانتخابات الحرة والنزيهة، والمبادئ الاساسية لإجرائها :

- حق الشعوب في اجراء الانتخابات والمشاركة في الترشح والتصويت.
- ضمان سرية الاقتراع و التساوي بين الناس في نقل الصوت.
- ان يتم تحديد الدوائر على اساس منصف، مما يجعل النتائج تعكس بشكل أدق و أشمل إرادة الناخبين.
- ضرورة أن تشرف على الانتخابات سلطات تكفل نزاهتها، وتكون قراراتها قابلة للطعن أمام السلطات القضائية.

هذه الانتخابات التي تعتبر من أهم الوسائل و الأدوات للمشاركة في العمل السياسي من أجل ادارة أهم المؤسسات السياسية في الدولة.

كما تعتبر الانتخابات من أهم الميكانيزمات و الآليات التي تمكن المواطنين من المشاركة في اتخاذ مختلف أنواع القرارات، سواء كانت سياسية أو تنموية على المستوى الوطني أو المحلي، مما جعلها تحظى بنوع من الاهتمام على مستوى مختلف الجماعات السياسية و الدولية.

كما أصبحت الانتخابات في الوقت الحاضر معيارا لقياس مدى ديمقراطية الأنظمة السياسية، الأمر الذي جعل الدول تعطيها الأهمية البالغة عن طريق تعزيزها بآليات و اجراءات تهدف الى اضفاء الشفافية و النزاهة عند اجرائها، مما يعطيها مصداقية أكبر و قبولاً كبيراً من طرف المنتخبين.

و بقدر ما كانت الانتخابات نزيهة وشفافة، بقدر ما أعطت مصداقية أكبر للأجهزة التي تنبثق عنها، هاته الوضعية جعلت من الدول تعطيها أهمية كبيرة في مختلف مراحل العملية الانتخابية.

استقرت معظم الأنظمة الانتخابية على أن تشمل الانتخابات ثلاثة مراحل أساسية لمعرفة النتائج النهائية، و هي المرحلة السابقة للعملية الانتخابية كمرحلة التسجيل في القوائم الانتخابية، و الحملة الانتخابية، ومرحلة سريان العملية الانتخابية و إعلان النتائج.

وإعطاء مصداقية للانتخابات تعمل الدول جاهدة لتأطير العملية الانتخابية لا سيما من الناحية البشرية ، بتسخير أحسن الاطارات البشرية من جهة، و اسنادها لرقابة قضائية صارمة من جهة أخرى .  
والجزائر كغيرها من الدول اعتبرت العملية الانتخابية عملية سياسية مهمة من أجل توطيد أركان الحكم من جهة، و مشاركة الشعب في ذلك من جهة أخرى لإضفاء الشرعية على ذلك.

لقد كانت مسألة شرعية الانتخابات الشغل الشاغل لمختلف الحكومات التي تعاقبت على الحكم في الجزائر، الأمر الذي صاحبه تغييرات و تعديلات متعاقبة لمختلف الأنظمة القانونية المؤطرة للعملية الانتخابية.

ذلك لم يكن كافيا لإضفاء شفافية أكبر لمختلف الانتخابات التي جرت في الجزائر ، مما دفع السلطة بإقحام السلطة القضائية بصفتها الضامن الأساسي لإجراء انتخابات نزيهة و شفافة، الأمر الذي يؤدي بنا الى طرح الاشكالية التالية ، كيف تجسدت الرقابة القضائية على الانتخابات المحلية في الجزائر ؟ وللإجابة على هذه الاشكالية ، اعتمدت في ذلك على الخطة التالية:

**المبحث الأول:** دور القضاء الاداري في المراحل التمهيدية للانتخابات.

**المطلب الأول:** دور القضاء في المنازعات المتعلقة بالقيود والشطب في القوائم الانتخابية.

**المطلب الثاني:** دور القضاء في مرحلة تعيين أعضاء مكتب التصويت.

**المبحث الثاني:** دور القضاء في مراحل اجراء العملية الانتخابية.

**المطلب الأول:** دور القضاء قبل وأثناء عملية الترشيح للانتخابات المحلية.

**المطلب الثاني:** دور القضاء بعد عملية التصويت في العملية الانتخابية .

**المنهج المتبع:**

بغية اجراء دراسة مستفيضة وشاملة للموضوع، اعتمدت هذه الدراسة على عدة مناهج حتى يمكن الامام بالموضوع من كل جوانبه، لكن كان للمنهج التحليلي والمنهج الوصفي الطابع الغالب على هذه الدراسة، من اجل القيام بدراسة مستوفية ومتكاملة للموضوع. وبذلك يكون تناول مختلف تلك العناصر على النحو التالي .

**المبحث الأول:** دور القضاء الاداري في المراحل التمهيدية للانتخابات.

حاول المشرع الجزائري منذ الاستقلال أن يعطي أهمية كبيرة للمشاركة الشعبية في العملية الانتخابية، انطلاقا من القانون 30/63 المتضمن تنظيم الاستشارات الانتخابية القادمة<sup>2</sup> مروراً بالقانون 15/89، و القانون 06/90، ثم القانون 07/97 المتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، والقانون العضوي 01/04، و القانون العضوي 01/12 المؤرخ في 2012/01/12 المتعلق بنظام الانتخابات، و

أخيرا القانون العضوي 10/16،<sup>3</sup> الذي أعطى للمشاركة الشعبية في العملية الانتخابية دورا بارزا سواء في المراحل التمهيدية أو المرحلة الأخيرة لإعلان النتائج.

**المطلب الاول:** دور القضاء في المنازعات المتعلقة بالقيود والشطب في القوائم الانتخابية.

تعتبر مرحلة إعداد القوائم الانتخابية من المراحل المهمة لإجراء العملية الانتخابية، لأنه كل ما كانت المشاركة الشعبية قوية قائمة على أسس جيدة كل ما كانت هناك صرامة ونزاهة في العملية الانتخابية. بذلك تسخر الجهات الادارية المتمثلة في المصالح البلدية المختصة كل امكانياتها من أجل تمكين ناخبي البلدية من الاطلاع على القوائم المعدة مسبقا من المصالح البلدية، وذلك بغية التأكد من تسجيلهم في تلك القوائم، أو المطالبة باستبعاد الذين لا يحق لهم التسجيل.

وبذلك تعتبر مرحلة إعداد القوائم من المراحل المهمة في نجاح العملية الانتخابية، بحيث أنه كلما كانت تلك القوائم سليمة وخالية من الاخطاء و التحريف بقدر ما كانت الانتخابات سليمة. انطلاقا من ذلك فإن السهر على اعداد قوائم خالية من الشوائب والاطعاء، والممسوكة في سجل خاص المسمى بسجل القوائم الانتخابية و المتميز بالدقة والشمولية لكل من تتوفر فيهم شروط الانتخاب، تجعل من هذا السجل الاداة الاساسية للعملية الانتخابية.

ويعتبر القيد الانتخابي السليم من الشوائب أحد الضمانات الادارية الأساسية التي تساهم في طمأنة الناخب على أن بداية العملية الانتخابية نزهة وشفافة، ولصعوبة عملية القيد الانتخابي والاطعاء التي قد تنجر عنها فإن المشرع أنشأ لجنة ادارية انتخابية لمراقبة ذلك ، وبالرغم من تسميتها باللجنة الادارية إلا أن رئاستها أسندت لقاض يعينه رئيس المجلس القضائي المختص اقليميا.<sup>4</sup>

و تتكون هذه اللجنة من رئيس المجلس الشعبي البلدي والأمين العام للبلدية وناخبين اثنين من البلدية يعينهما رئيس اللجنة.

غير أنه على مستوى الممثلات الدبلوماسية، فإن هذه اللجنة الادارية يرأسها رئيس الممثلية الدبلوماسية و رئيس المركز القنصلي الذي يعينه السفير، وتتكون من ناخبين اثنين مسجلين في القائمة الانتخابية للدائرة الدبلوماسية أو القنصلية، ويعينهما رئيس اللجنة بالإضافة الى موظف قنصلي. أ – إختصاصات هذه اللجنة:

تختص هذه اللجنة بالفصل في التظلمات التي يقدمها المواطنون الذين أغفل تسجيلهم في القائمة الانتخابية، كما تختص أيضا بالفصل في الاعتراضات المعللة المقدمة لشطب شخص مسجل بغير حق أو لتسجيل شخص مغفل في نفس الدائرة.<sup>5</sup>

و يلاحظ من خلال هذه الأحكام التي تضمنتها المواد 18، 19 من القانون 10/16 أن المشرع استعمل مصطلحين متشابهين و لهم نتيجة واحدة، فاستعمل مصطلح تظلم في حالة اغفال تسجيل مواطن في قائمة انتخابية، و مصطلح إعتراض لشطب شخص مسجل بغير حق.

فكلاهما يقدمان إلى رئيس اللجنة الإدارية، و بذلك نجد أن المشرع في هذا الموضوع ساوى بين مصطلح التظلم ومصطلح الاعتراض، وذلك ما يستشف من خلال استعماله لمصطلح الاعتراض في المادة 20 من قانون الانتخابات.

ب – آجال تقديم التظلم أو الاعتراض:

حدد المشرع في القانون 10/16 أجل عشرة (10) أيام من تاريخ تعليق القائمة الانتخابية و يخفض ذلك الأجل إلى خمسة (05) أيام في حالة المراجعة الاستثنائية.

ج – الجهة المختصة بالفصل في هذه الطعون:

منح الإختصاص للفصل في هذه التظلمات أو الاعتراضات إلى اللجنة الإدارية التي تبت فيها بقرار في أجل أقصاه ثلاثة (03) أيام، و ذلك نظرا للطبيعة الاستعجالية التي تتميز بها العملية الانتخابية، فالسؤال المطروح هنا هل هذه اللجنة المختصة بإصدار قرارات ادارية نهائية قابلة للطعن فيها أمام القضاء؟. د – تبليغ قرار اللجنة:

إنطلاقا من نص المادة 20 من القانون 10/16 أسندت مهمة تبليغ قرار اللجنة إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي و السؤال المطروح، هل يقوم بالتبليغ بصفته عضو في لجنة الطعن؟ أم بصفته رئيس المجلس الشعبي البلدي المسؤول الأول على اعداد القوائم الانتخابية و السهر على مراجعتها و تحيينها؟ و مهمته هنا تنحصر إلا في عملية التبليغ وبكل الوسائل دون سواها. ه – آجال الطعن:

حدد آجال الطعن بخمسة (05) أيام كاملة من تاريخ التبليغ و ثمانية (08) أيام في حالة عدم التبليغ، و تجدر الملاحظة أن المشرع استعمل مصطلح الطعن دون التدقيق فيها، حيث لم يستعمل مصطلح الطعن القضائي أو رفع دعوى قضائية، و في حالة عدم احترام تلك الآجال يسقط الحق مباشرة في رفع الطعن.

و – الجهة المختصة بالفصل في قرار اللجنة الإدارية:

يسجل الطعن في قرار اللجنة لدى المحكمة بمجرد التصريح لدى كتابة الضبط، و يقدم أمام المحكمة المختصة اقليميا أو محكمة الجزائر للجالية المقيمة بالخارج، التي تبت في هذه الطعون بحكم في أجل أقصاه خمسة (05) أيام دون مصاريف الاجراءات و بناء على اشعار عادي يرسل إلى الأطراف المعنية قبل ثلاثة (03) أيام، و يكون حكم المحكمة غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن.

من خلال ما تقدم و بالمقارنة مع نص 2012، نجد أن المشرع استدرك في نص 2016 و حدد الجهة المختصة بالفصل في الطعون المقدمة من الجالية الجزائرية المقيمة في الخارج، و خول ذلك إلى محكمة الجزائر.

كما يلاحظ أيضا أن المشرع لم يقيد الطاعنين أمام القضاء بالشكليات التي تتطلبها تقديم العرائض، بل يكون التظلم بمجرد تقديم تصريح.

كما يثور إشكال آخر و نحن بصدد تحليل المادة 21 من القانون 10/16 حول الجهة القضائية المختصة بالفصل في مثل هذه المنازعات المتعلقة بالقيود والشطب، حيث يرى البعض أن الجهة القضائية المختصة في هذا النوع من المنازعات و التي حددها المشرع لا يمكن أن تخرج عن اختصاص القضاء الاداري لا سيما و أن أحد أطراف المنازعة هي اللجنة الادارية أو بحضور البلدية قياسا بالمعيار العضوي.<sup>6</sup>

غير أن هناك فريق آخر يرى بأن الاختصاص يؤول إلى القضاء العادي،<sup>7</sup> بحيث أن المشرع قصد بعبارة المحكمة أنه أسند اختصاص الفصل في هذه المنازعات إلى القضاء العادي، و أنه أسند الفصل في قرارات أخرى للقضاء الاداري بصفة صريحة، و إن كان هذا التوجه عارضه بعض الأساتذة<sup>8</sup>، غير أن هناك رأي مخالف يرى أن المشرع قصد المحكمة الادارية، لأن المحكمة العادية لا تختص بالنزاع الاداري إلا على سبيل الاستثناء، و الاستثناء لا يكون إلا بنص صريح كقاعدة عامة.<sup>9</sup>

و يستشف من ذلك أن المشرع يكون قد تأثر بالمشرع الفرنسي في هذا الطرح، على أساس أن مسألة التسجيل في القوائم الانتخابية أو الشطب منها، هي مرتبطة بالحالة المدنية للأشخاص، و تدخل ضمن مسائل الأهلية، و الحالة العائلية، و الجنسية، السكن، مما يجعل القضاء العادي له أولوية في ذلك.

اضافة الى ذلك هناك مبرر ثاني هو انتشار المحاكم العادية و كثرة عددها مقارنة بالمحاكم الادارية، مما يجعلها قريبة من المتقاضين و يسهل عليهم سرعة الاتصال بها، وبالتالي تضمن السرعة بالفصل في مثل هذه القضايا التي تتطلب ذلك، و لا تحتمل التأخير و هو ما يصبو إليه المشرع.

ولقد عزز ذلك الطرح ما أكدته المحكمة الادارية بالوادي القسم الاستعجالي، حيث قررت بعدم الاختصاص النوعي حال فصلها في القضية رقم 12/00470 رقم الفهرس 12/00392 لجلسة 2012/11/6، المتعلقة بمنازعة انتخابية المتضمنة اعتراضات بخصوص رفض التسجيلات أو التشطيبات الصادرة عن اللجنة الادارية الانتخابية، و فصلت بأنه ليس من اختصاصها بل من اختصاص القضاء العادي.<sup>10</sup>

و بالرغم ما تتسم به هذه الأحكام من منطقية، إلا أنها أحدثت ارتباكاً في معيار الاختصاص، بحيث أصبحت المنازعات الانتخابية تتقاسمها جهتين قضائيتين، و هو ما يتناقض مع المعيار العضوي، الذي كرسه المشرع في المادة 800 من ق إ ج م !.

#### المطلب الثاني: دور القضاء في مرحلة تعيين أعضاء مكتب التصويت.

لقد كرس المشرع في القانون 10/16 نفس الاحكام التي تضمنها القانون 01/12 المتعلق بالانتخابات ، و المتعلقة بتعيين أعضاء مكتب التصويت و الاعضاء الاضافيين، و كيفية تسخيرهم.

و بذلك نجد أن أعضاء مكتب التصويت و الأعضاء الاضافيين، يعينون بقرار من الوالي من بين المقيمين في إقليم الولاية، باستثناء المترشحين و أقاربهم و أصهارهم إلى غاية الدرجة الرابعة، و الأفراد المنتمين إلى أحزابهم بالإضافة إلى الأعضاء المنتخبين.

بذلك مُنحت صلاحيات واسعة للوالي في اختياره لأعضاء مكتب التصويت و تسخيرهم، مما قد يؤثر على حياد الإدارة في العملية الانتخابية، نظراً للدور الذي يلعبه في هذه المرحلة، و يجعل من تلك الصلاحيات محل

شك وريبة من طرف الناخبين أو المترشحين على حد سواء ، و كان بالأحرى لو سلك المشرع الجزائري مسلكا آخر و أعطى فرصة، إما للمترشحين أو المنتخبين الذين لا زالت عهدتهم الانتخابية لم تنته بعد.

و بالمقارنة مع التشريع الفرنسي نجد أن رئيس البلدية له صلاحية تعيين رئيس مكتب التصويت، وإن تعذر ذلك فنائبه أو أعضاء المجالس الانتخابية حسب ترتيبهم بالجدول، أما بالنسبة لتعيين المساعدين في مكتب التصويت يكون من طرف المترشحين أو القوائم المتنافسة، الأمر الذي يكرس حياد الإدارة بصورة جديدة، و يضيف نزاهة أكثر على العملية الانتخابية<sup>11</sup>.

كما تضمنت المادة 2/30 من القانون 10/16 أن تنشر قائمة أعضاء مكتب التصويت و الأعضاء الإضافيين بمقر كل من الولاية والمقاطعة الإدارية و الدائرة و البلديات المعنية خمسة عشرة (15) يوما على الأكثر بعد قفل قائمة المترشحين، كما تسلم نسخة من ذلك إلى الممثلين المؤهلين قانونا للأحزاب السياسية المشاركة في الانتخابات و للمترشحين الأحرار، و بطلب منهم في نفس الوقت مقابل وصل استلام، كما تعلق في مكاتب التصويت يوم الاقتراع.

ولقد أجاز المشرع إمكانية الطعن في القائمة المتضمنة أعضاء مكتب التصويت، دون تحديد الجهات التي لها حق الاعتراض على ذلك، على أساس أن كل من له مصلحة في ذلك تقديم اعتراضه، سواء كانوا أحزابا أو مرشحين أو ناخبين. فيجب أن يقدم الاعتراض كتابيا و معللا قانونا خلال خمسة (05) أيام الموالية لتاريخ التعليق والتسليم الأولي للقائمة.

فبعد دراسة هذه الطعون من الوالي يجب عليه أن يُبلغ قراره القاضي بالرفض إلى الأطراف المعنية في أجل ثلاثة (03) أيام كاملة ابتداء من تاريخ إيداع الاعتراض.<sup>12</sup>

وفي حالة صدور قرار من الوالي يتضمن رفض الطعن، فإنه يمكن الطعن فيه من كل ذي مصلحة أمام المحكمة الإدارية المختصة إقليميا في أجل ثلاثة أيام كاملة ابتداء من تاريخ تبليغ القرار.

وبعد تقديم الطعون أمام المحكمة الإدارية فقد حدد لها أجل خمسة (05) أيام كاملة ابتداء من تاريخ تسجيل الطعن للفصل في تلك الطعون.

ويكون قرار المحكمة الادارية نهائي وغير قابل لأي شكل من أشكال الطعن ، كما يبلغ قرار المحكمة الادارية فور صدوره إلى الأطراف المعنية والى الوالي قصد تنفيذه.

بعد ذلك يقوم الوالي بتسليم نسخة من القائمة النهائية لأعضاء مكتب التصويت والأعضاء الإضافيين إلى الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات.<sup>13</sup>

من خلال ذلك يتضح أن أحكام هذه المواد المتعلقة بعملية تعيين أعضاء مكاتب التصويت أكثر وضوحا ودقة. مقارنة بالعمليات السابقة لها لاسيما ما تعلق باللجنة الادارية الانتخابية، إذ أن الطعون المقدمة ضد قائمة تعيين أعضاء مكتب التصويت يفصل فيها الوالي بقرار نهائي، قابل للطعن أمام المحكمة الإدارية وهو ما وفق فيه المشرع، فلم يترك أي لبس لاسيما ما تعلق بإجراءات الطعن الادارية أو القضائية عكس الأحكام السابقة و المتعلقة باللجنة الادارية الانتخابية.

**المبحث الثاني:** دور القضاء في مراحل إجراء العملية الانتخابية.

إن أهم أهداف المشرع الجزائري هو تكريس الأحكام الدستورية على أرض الواقع لا سيما ما تعلق بتمثيل الشعب، و في الحرية في اختيار اولئك الممثلين عن طريق انتخابات حرة و نزيهة تحت اشراف الجهات القضائية.

و تجسيدا لذلك مُنح للجهات القضائية دورا آخر في اجراء العملية الانتخابية، و المتمثلة في مرحلة الترشيحات و مرحلة التصويت و اعلان النتائج.

**المطلب الأول:** دور القضاء في عملية الترشيح للانتخابات المحلية.

إذا كان الدستور الجزائري يضمن حق الترشح لكل المواطنين للانتخابات المحلية، فإنه سنّ شروطا لممارسة ذلك الحق بهدف ضمان تقديم قوائم تلقى قبولا من طرف الناخبين و من هذه الشروط:

- أن تتضمن قائمة المترشحين للمجالس الشعبية البلدية و الولائية عددا من المترشحين يساوي عدد المقاعد المطلوب شغلها و عددا من المستخلفين لا يقل عن 30% من عدد المقاعد المطلوب شغلها<sup>14</sup>.
- يقدم التصريح الجماعي من طرف متصدر القائمة و إذا تقدر عليه ذلك من طرف المترشح الذي يليه مباشرة.

- تزكية القائمة بالنسبة للانتخابات المحلية من طرف حزب أو عدة أحزاب سياسية، أو مقدمة بعنوان قائمة حرة حسب احدي الصيغ التي تضمنها قانون الانتخابات.<sup>15</sup>

- عدم السماح لأي ناخب أن يوقع على أكثر من قائمة، و في حالة مخالفة ذلك يعتبر التوقيع لاغيا.
- أن يتم التصديق على التوقيعات لدى ضابط عمومي مع وضع بصمة السبابة اليسرى.
- تقديم الاستثمارات المستوفاة الشروط المطلوبة قانونا مرفقة ببطاقة معلوماتية من أجل اعتمادها إلى رئيس اللجنة الإدارية الانتخابية المتخصصة اقليميا.

- يجب تقديم التصريحات بالترشيح قبل ستون (60) يوما كاملة من تاريخ الاقتراع.

- لا يمكن أيا كان أن يترشح في أكثر من قائمة أو في أكثر من دائرة انتخابية.

- لا يمكن التسجيل في نفس قائمة الترشيح لأكثر من مترشحين (02) ينتميان إلى أسرة واحدة سواء بالقرابة أو بالمصاهرة من الدرجة الثانية<sup>16</sup>.

و يجب أن يكون المترشح مستوفيا لشروط الترشح كالتسجيل في الدائرة الانتخابية التي يترشح فيها، و أن يكون بالغاً لسن ثلاثة وعشرون (23) سنة يوم الاقتراع و متمتعاً بالجنسية الجزائرية، و أن يثبت أداء الخدمة الوطنية أو إعفائه منها، و أن لا يكون محكوماً عليه بحكم نهائي لارتكابه جنائية أو جنحة سالبة للحرية، و لم يرد اعتباره باستثناء الجنج غير العمدية.<sup>17</sup>

و بذلك على جميع الأحزاب و المترشحين احترام هذه الضوابط القانونية التي تضمنها قانون الانتخاب

وكل مخالفة لهذه الشروط سواء من أي مترشح أو قائمة مترشحين، تكون محل قرار بالرفض يتخذه الوالي. و اشترط المشرع أن يكون هذا القرار معللا تعليلا قانونيا و صريحا، بحيث يجب على الوالي أن يذكر الأسباب التي دفعته لاتخاذ ذلك القرار بدقة و بصفة صريحة، و أن يكون هذا التعليل شاملا لكل الأسباب والعيوب التي تضمنها التصريح بالترشح، كما اشترط المشرع أن يبلغ هذا القرار تحت طائلة البطلان في أجل عشرة (10) أيام كاملة ابتداء من تاريخ ايداع التصريح بالترشح.

ويكون قرار الرفض الصادر عن الوالي قابلا للطعن القضائي أمام المحكمة الادارية المختصة إقليميا خلال ثلاثة(03) أيام كاملة من تاريخ تبليغ القرار.<sup>19</sup>

و بعد الطعن أمام المحكمة الإدارية تفصل فيه في أجل خمسة (05) أيام كاملة من تاريخ رفع الطعن، ويكون حكم المحكمة الادارية نهائي وغير قابل لأي شكل من أشكال الطعن، ثم يبلغ الحكم تلقائيا فور صدوره إلى الأطراف المعنية وإلى الوالي قصد تنفيذه.

ومما يلاحظ على ذلك أن الأحكام التي تضمنتها مرحلة الترشيحات كانت واضحة و دقيقة عكس بعض الأحكام الأخرى.

من هذه الأحكام أن المشرع منح للمترشح للانتخابات المحلية جملة من الضمانات، منها أن يكون قرار رفض الترشيح معللا تعليلا قانونيا وواضحا، ومتوفر على جميع الأسباب التي أدت بالوالي إلى رفض الترشيح، ضمانا لتجسيد مبدأ مشروعية الأعمال الإدارية وتكريسا لدستورية مبدأ حرية الترشح.<sup>20</sup>

كما أن المشرع حدد الجهة صاحبة الرفض بدقة، والمتمثلة في الوالي بصفته ممثلا للولاية أمام القضاء، وبالتالي تكون قراراته قابلة للطعن فيها بالإلغاء أمام المحكمة الادارية، وإن كانت آجال الطعن قصيرة جدا مقارنة بما تضمنته المادة 829 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و لعل المواعيد التي تجرى فيها العملية الانتخابية هي التي كانت سبب ذلك.

إضافة إلى ذلك فإن الجهة التي تفصل في هذه الطعون في هذه المرحلة من الانتخابات، وهي مرحلة الترشيحات، أسندها المشرع إلى المحكمة الإدارية، وأحسن ما فعل المشرع لرفع اللبس أمام كل غموض لتحديد الجهة المختصة في مثل هذه المنازعات، لا سيما و أن أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية واضحة ومحددة في هذا الميدان.<sup>21</sup>

كما أن حكم المحكمة الإدارية نهائي و غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن، نظرا للطابع الخاص الذي تتميز به مرحلة الترشح التي تليها مرحلة الحملة الانتخابية، ثم إجراء الانتخابات وفق المواعيد المحددة في المرسوم المتعلق باستدعاء الهيئة الناخبة، وإن كان بعض الاساتذة يرى بأن عدم قابلية هذه الأحكام للطعن بالنقض ليس مؤكدا، لا سيما وأن هذا الإجراء لا يؤثر على سير العملية الانتخابية، بل العكس من ذلك هو تكريس لأحكام الدستور.<sup>22</sup>

#### المطلب الثاني: دور القضاء بعد عملية التصويت في العملية الانتخابية

بعد انتهاء آجال الحملة الانتخابية، تبدأ العملية الانتخابية في كل المراكز الانتخابية مع احترام كل الشروط المتعلقة بتهيئة المكتب وتزويده بالمعدات، ولوازم المكتب، وحضور جميع اعضاء مكتب التصويت

المتكون من رئيس، و نائب رئيس، و كاتب، و مساعدين اثنين الذين يسخرون بموجب قرار من الوالي، مع قفل الصندوق الشفاف، و اوراق التصويت الى غير ذلك من مستلزمات مكتب التصويت.

و بعد انتهاء عملية التصويت و عملية الفرز، يدون في كل مكتب تصويت محضر لنتائج الفرز محرر بحبر لا يمعى في ثلاثة (03) نسخ يوقعها اعضاء مكتب التصويت و توزع على النحو التالي :

نسخة الى رئيس مكتب التصويت ، كما تسلم نسخة من طرف رئيس مكتب التصويت او نائب الرئيس الى رئيس اللجنة الانتخابية البلدية مع الملاحق مقابل وصل استلام، لتحفظ بإرشيف البلدية، على إثر ذلك يقوم رئيس مكتب التصويت بالتصريح علنا بالنتائج و يتولى تعليقها داخل مكتب التصويت.

ثم تسلم نسخة من ذلك المحضر مصادق على مطابقتها للأصل من قبل رئيس المكتب ، الى كل الممثلين المؤهلين قانونا للمترشحين مقابل وصل استلام، كما تسلم نسخة من المحضر مصادقا على مطابقتها للأصل الى الوالي ، كما تسلم نسخة من المحضر مصادقا على مطابقتها للأصل إلى ممثل الهيئة العليا المستقلة لمراقبة الانتخابات مقابل وصل استلام.<sup>23</sup>

أما في حالة اعتراض أي ناخب على صحة عمليات التصويت أن يتقدم باحتجاج، و يودعه في المكتب الذي صوت به.

على أثر ذلك يدون هذا الاحتجاج في محضر مكتب التصويت الذي عبر فيه الناخب عن صوته، و يرسل مع المحضر إلى اللجنة الانتخابية الولائية.<sup>24</sup>

و لإعطاء مصداقية أكثر للانتخابات، أعطى المشرع اللجنة الادارية البلدية التي يرأسها قاض من الفصل في الاعتراضات المقدمة بشأن صحة عمليات التصويت، و حولها للجنة الولائية نظرا لطبيعة تشكيلتها (المشكلة من قضاة فقط)، على أساس أن القضاة يمثلون الجهة المحايدة في العملية الانتخابية و يشكلون ضمانا و نزاهة اكبر للانتخابات، على اساس ان هذه اللجنة تشكل هيئة قضائية مستقلة و متخصصة في مثل هذه القضايا سواء من حيث تكييفها بالنظر الى المعيار المادي او العضوي.<sup>25</sup>

و عند ارسال الإحتجاجات إلى اللجنة، فإنها تقوم بدراستها و تصدر قراراتها في أجل أقصاه خمسة (05) أيام ابتداء من تاريخ إخطارها بالاحتجاج، و تبلغ قراراتها فورا.

و مما يلاحظ على ذلك أن المشرع لم يحدد بدقة أجل إرسال الاحتجاج إلى اللجنة الولائية، و ما هي الجهة التي تتكفل بذلك، و ماهي الأجال التي يبلغ فيها قرار اللجنة بحيث اقتصر المشرع على مصطلح "فورا".

على إثر ذلك تكون قرارات اللجنة قابلة للطعن في أجل ثلاثة (03) أيام ابتداء من تاريخ تبليغها، أمام المحكمة الادارية المختصة اقليميا، التي تبت فيها في أجل أقصاه خمسة (05) أيام، و يكون الحكم الذي تصدره المحكمة الادارية غير قابل لأي شكل من أشكال الطعن.<sup>26</sup>

و الملاحظ على ذلك أن المشرع تدارك بعض نقائص القانون العضوي للانتخابات 01/12 بتحديدده أجل الطعن في قرار اللجنة الانتخابية الولائية، و أجل الفصل فيه من قبل المحكمة الادارية.

و مما يلاحظ أيضا ان أن المشرع كيف حكم اللجنة الولائية بالقرار الاداري، في حين أنها لجنة متكونة بصفة كاملة من القضاة، و هل من منظور النظرية العامة للقرارات الإدارية أن اللجان الادارية أو القضائية

مهما كانت تشكيلتها تتمتع باختصاص اصدار قرارات إدارية نهائية؟ إضافة إلى ذلك هل تتمتع هذه اللجان بالشخصية المعنوية؟ و بالتالي هل لها أهلية التقاضي، حتى يمكن أن تكون موضعاً للطعن ضد قراراتها؟ إضافة إلى ذلك فإن المشرع حدد بصفة حصرية في قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08 ممثلي الجهات الادارية أمام القضاء الاداري، سواء كانت الدولة أو الولاية أو البلدية والمؤسسات العمومية ذات طابع الاداري<sup>27</sup>، دون التطرق إلى ممثلي اللجان الادارية، وبالتالي في هذا الاطار فالدعوى القضائية ترفع ضد من؟ هل ترفع ضد الوالي أم رئيس اللجنة الولائية، أم رئيس اللجنة المستقلة، فالسؤال يبقى بدون جواب. إن هذا الاشكال طرح بشدة في الانتخابات المحلية الأخيرة لسنة 2017 على مستوى المحكمة الادارية بورقلة، حيث طعن مجموعة من الاحزاب ضد قرار اللجنة الولائية للانتخابات المتضمن اعلان النتائج النهائية للانتخابات المحلية، فكان هناك فريق من المحامين من رفعها ضد رئيس اللجنة الولائية للانتخابات، وفريق اخر رفعها ضد ممثل اللجنة المستقلة لمراقبة الانتخابات، في حين أن هناك من رفعها ضد الوالي بصفته ممثلاً للدولة.

وعند الفصل في مجموع الدعاوى التي رفعت أمام المحكمة الادارية تم قبول جميع الدعاوى من حيث الشكل ورفضها من حيث الموضوع، وبذلك لم يفصل القاضي الاداري في هذا الاشكال وبقي ماثراً لحد الساعة.

كما أن المشرع لم يحدد كيفية تقديم هذا الطعن ولا ماهيته، هل هو مجرد تصريح؟ كما هو الحال بالنسبة للطعون المتعلقة بالقيود أو الشطب، أم يخضع للشروط الشكلية و الموضوعية لتقديم الطعون القضائية أمام الجهات القضائية الادارية، والتي تضمنها قانون الاجراءات المدنية والادارية 09/08.<sup>28</sup> إضافة إلى ذلك أصبح المشرع على حكم المحكمة الادارية حجية الشيء المقضي به، الامر الذي يخالف المبدأ الدستوري الهام المتمثل في حق التقاضي على درجتين.

كما ان الآجال التي حددها المشرع سواء كانت متعلقة بالطعن، أو آجال الفصل في الطعون قصيرة جداً، ولو كانت مبررة بطبيعة العملية الانتخابية، التي تستوجب السرعة نظراً لارتباطها بالمواعيد المحددة في المرسوم المتعلق باستدعاء الهيئة الناخبة.

ومن الملاحظات التي يمكن تقديمها في هذا الشأن، أن محاضر الفرز على مستوى مراكز التصويت لم يعطها المشرع أي حجية يمكن الاعتداد بها، بل هي مجرد وسيلة تعدد بها اللجنة البلدية لإحصاء جميع الاصوات على مستوى مختلف المراكز الانتخابية وتدوينها في محضر خاص، ثم يرسل إلى اللجنة الولائية التي لها صلاحية اعلان النتائج النهائية، وهي المحاضر الوحيدة القابلة للطعن القضائي دون محاضر اللجان البلدية.

هذه النتيجة أدت بمجموعة من الاحزاب تقديم طعن قضائي في القرار المتضمن النتائج النهائية التي صرحت بها اللجنة الولائية والمتعلقة بالانتخابات المحلية الاخيرة على مستوى ولاية ورقلة أمام المحكمة الادارية، معتمدين في ذلك على محاضر الفرز التي سلمت لهم في مراكز التصويت، غير أنه تم رفضها جميعاً على أساس ان الطعن يكون فقط في قرار اللجنة الولائية المتضمن النتائج النهائية لعملية التصويت .

## الخاتمة:

إن تكريس مبدأ حرية الشعب في اختيار ممثليه تطبيقاً لأحكام المادة 11 من الدستور، جسدت على أرض الواقع من خلال الأنظمة الانتخابية المتعاقبة، من أجل ضمان مشاركة فعلية للهيئة الناخبة و حماية أصواتها ضد كل أنواع التحريف و التزوير.

و لعل القانون العضوي 10/16 كان أهم النصوص القانونية الذي جسّد إرادة المشرع في حماية مختلف أنواع الانتخابات، سواء كانت انتخابات محلية أو تشريعية أو رئاسية، و ذلك بإسناد مهمة رقابتها إلى الجهاز القضائي على مستوى مختلف الأطوار الانتخابية.

من خلال هذه الدراسة لمختلف تلك الأحكام و الممارسة الفعلية لها، و من خلال ما تمخضت عنه الإنتخابات المحلية الأخيرة لسنة 2017، خلصت هذه الدراسة إلى النتائج التالية:

- حاول المشرع اقحام الهيئة القضائية خلال جميع مراحل العملية الانتخابية، سواء على مستوى القيد أو الشطب من القائمة الانتخابية، أو تعيين قوائم أعضاء مكتب التصويت، أو في مرحلة إعلان النتائج من خلال ما يلي:

- إنشاء اللجنة البلدية و ترأسها من طرف قاضي معين من طرف رئيس المجلس القضائي المختص، مهمتها.
- مراقبة عمل السلطة الادارية، و البت في الطعون المقدمة من طرف الناخبين ضد قراراتها.
- إمكانية الطعن في قرارات اللجنة البلدية المتعلقة بالقيد او الشطب أمام المحكمة المختصة اقليمياً أو محكمة الجزائر بالنسبة للجالية الجزائرية بالخارج.
- إمكانية الطعن كذلك في قرار الوالي المتضمن تعيين أعضاء مكتب التصويت أمام المحكمة الادارية، التي تفصل فيها بقرار نهائي غير قابل للطعن.
- إمكانية الطعن في قرارات الوالي المتعلقة برفض الترشيحات أمام المحكمة الادارية.
- إمكانية الطعن في قرار اللجنة الولائية المتضمن إعلان النتائج النهائية للانتخابات أمام المحكمة الادارية.
- غير أنه بالرغم من الإيجابيات التي تضمنها قانون الإنتخابات 10/16، من أجل حماية أصوات الناخبين و تحقيق نزاهة أكبر، فإن بعض أحكامه لازالت يكتنفها بعض الغموض و التدقيق، الأمر الذي على أساسه يمكن تقديم التوصيات التالية:
- إسناد مهمة الإشراف بإعداد القوائم الانتخابية لرئيس المجلس الشعبي البلدي ومراجعتها وضبطها، تحت رقابة قضائية.
- إعادة النظر في تركيبة اللجنة البلدية، و جعلها تتكون من قضاة فقط، تكون على مستوى المحاكم، حتى تتخلص من تدخل الادارة، على أساس أن الجهات القضائية هيئات محايدة.
- إمكانية الطعن بالإستئناف في قرارات المحكمة الادارية المتعلقة برفض الترشيحات.
- إمكانية الطعن بالإستئناف في قرارات المحكمة الادارية المتعلقة بالطعون في النتائج النهائية للانتخابات من أجل تحقيق المبدأ الدستوري المتضمن التقاضي على درجتين.

■ تبسيط الاجراءات أمام المحكمة الادارية، و إعفاء المتقاضين من إلزامية توكيل محامي للدفاع عنهم، وتمديد فترة الطعون بعض الأيام على أن لا تتجاوز مدة خمسة(05) أيام حتى يتمكن الطاعنون من اعداد ملف الطعن بصفة متكاملة، مع إمكانية الطعن في قرارات المحكمة الإدارية أمام مجلس الدولة. و بذلك بقدر ما دعم دور السلطة القضائية في مراقبة العملية الانتخابية بإعطائها صلاحية دقيقة وواسعة، بقدر ما كانت هناك انتخابات نزيهة، نتج عنها مجالس منتخبة قوية ممثلة للإرادة الشعبية بكل نزاهة.

## الهوامش:

- (1) انظر العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية <https://ar.wikipedia.org>
- (2) القانون 305/63 الصادر في 20 أوت 1963 المتعلق بسن الناخبين و بتنظيم الاستشارات الانتخابية القادمة ج ر 58
- (3) القانون 10/16 المؤرخ في 2016/08/25 المتعلق بنظام الانتخابات ج ر 50
- (4) المادة 03 من القانون 10/16
- (5) د. مسعود شهبوب، قوانين الاصلاح السياسي في الجزائر ودورها في تكريس الديمقراطية، قانون الاحزاب وقانون الانتخابات مثالا، مجلة المجلس الدستوري العدد 2013/02، ص184
- (6) شريط الوليد: الرقابة القضائية كضمانة لتجسيد الضوابط القانونية للعملية الانتخابية (دراسة على ضوء القانون العضوي 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات)، مجلة دراسات وابحاث المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية، العدد 28 سبتمبر 2017، ص246
- (7) أ. دندن جمال الدين، المنازعات الانتخابية خلال المرحلة التحضيرية للانتخابات المحلية، جامعة الجزائر 1، مجلة الادارة والتنمية والبحوث و الدراسات، العدد التاسع
- (8) د.عمار بوضياف، المنازعات الادارية، جسور للنشر والتوزيع، ط1، الجزائر 2013، ص 184
- (9) د. مسعود شهبوب، قوانين الاصلاح السياسي في الجزائر ودورها في تكريس الديمقراطية، مجلة المجلس الدستوري، العدد 02، الجزائر 2013، ص 184
- (10) ماجدة بوخزنة، آليات الاشراف والرقابة على العملية الانتخابية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، جامعة حمة لخضر الوادي، ص 21
- (11) عبد المومن عبد الوهاب، النظام الانتخابي في التجربة الدستورية الجزائرية، مقاربة حول المشاركة والمنافسة السياسية في النظام السياسي الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة 2007، ص 65
- (12) المادة 30 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (13) نفس المادة
- (14) م 71 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات

- (15) م 3،2/73 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (16) م 77 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (17) م 79 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (18) مولاي هاشم ، تطور شروط الترشح للمجالس الشعبية المنتخبة ، مجلة دفاتر السياسة والقانون ، جامعة قاصدي مرياح ، ع13 ، ورقلة  
الجزائر 2015 ص 194
- (19) م 78 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (20) د. عمار بوضياف، المنازعات الإدارية، جسر للنشر والتوزيع، ط1 ، الجزائر ، ص256
- (21) م 801 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 09/08
- (22) د. مسعود شهبوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، ج 2 نظرية الإختصاص، د.م.ح، ص78
- (23) م 51 من القانون 10/16 المتعلق بنظام الانتخابات
- (24) م 170 من قانون الانتخابات
- (25) د. محمد الصغير بعلي ، قانون الادارة المحلية ، دار العلوم للنشر والتوزيع ، الجزائر 2005، ص 70
- (26) م 170 من القانون 10/16
- (27) م 828 من قانون الاجراءات المدنية والادارية
- (28) المواد 815،816،819 من قانون الاجراءات المدنية والادارية

## رقابة القاضي الإداري على الظروف الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية



د/ هوارى ليلي  
المركز الجامعي أحمد زبانة غليزان  
\*\*\*\*\*

مقدمة:

مما لا شك فيه أن الإدارة في قيامها بأداء وظيفتها تملك أن تنتقص من بعض حقوق الأفراد وحررياتهم، وذلك لتمتعها بامتياز السلطة العامة، إلا أن حقها هذا لا يمكن تركه دون ضابط يرسم الحدود التي لا تتجاوزها مما يعرض تصرفاتها للبطلان، ولعل أهم ضابط في ذلك هو قيام الإدارة بعملها في حدود القانون، وهو ما يعرف بمبدأ المشروعية، حيث يقضي مبدأ المشروعية أن تأتي تصرفات وأعمال الإدارة وفق القانون أي بسند وأساس من القانون.<sup>1</sup>

ولغرض ضمان عدم المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم فإن النظام القانوني العادي، هو الكفيل بمعالجة جميع الأوضاع بما فيها فرض النظام العام، و الحفاظ على استمرار مؤسسات الدولة وسلامة تراثها و وحدتها الوطنية، بحيث توجد العديد من النصوص التشريعية العادية مثل قانون البلدية، قانون الولاية، قانون الأحزاب، قانون الإضراب، قانون الصحافة... تتضمن أحكاما جزائية تسمح للسلطة العمومية بفرض النظام العام و الأمن العمومي و المحافظة على السير الحسن لمؤسسات الدولة كلها... غير أن الأوضاع قد تتأزم بشكل خطير لدرجة يصبح معها النظام القانوني العادي عاجزا عن احتوائها.<sup>2</sup> من شروط قيام دولة القانون خضوعها لمبدأ المشروعية، إلا أن التقيد المطلق بهذا المبدأ قد يترتب عليه المساس بأمن الدولة أو تهديد النظام فيها، وهذا ما أدى إلى ظهور نظرية الظروف الاستثنائية والتي ترتب عليها اعتبار التصرفات غير المشروعة بمثابة تصرفات مشروعة في ظل الظروف الاستثنائية. بحيث يترتب عن ذلك المساس بشكل خطير بالحقوق والحريات الأساسية، مما يوقع على الإدارة التزاما ببذل أكبر مجهود للحد من المساس بالحقوق و الحريات الأساسية.<sup>3</sup>

و هنا يصبح القاضي الإداري الحارس الطبيعي للحرريات، ومن ثم فلا يمكن تصور هذه الحماية من قبله ما لم يكن قضاء مستقلا ومحايدا ونزيها، ولا يكون كذلك ما لم تتوافر مقتضيات الحياد والنزاهة والاستقلالية من كل الضغوط.<sup>4</sup>

لقد ذهب القضاء الإداري الجزائري تماشيا مع غيره إلى خلق قضاء المشروعية الاستثنائية، والتي يترتب عليها تغير حدود مشروعية العمل الإداري عندما تتعرض مصلحة الدولة والمجموعة السياسية للخطر. فما هو المدى الذي يمكن للإدارة أن تتجاوزه وتمس بالحقوق والحريات العامة، فتخضع لرقابة القضاء؟ و ما نطاق الرقابة القضائية في ظل هذه الظروف؟

للإجابة على هذه التساؤلات سنحاول توضيح مدى حماية القاضي الإداري للحقوق والحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية بتقسيم الدراسة إلى المبحثين الآتيين، المبحث الأول، يتعلق بنطاق الرقابة القضائية على الظروف الاستثنائية، أما المبحث الثاني فسنتناول فيه دراسة آليات الرقابة القضائية على الإجراءات الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية.

### المبحث الأول: نطاق الرقابة القضائية على الظروف الاستثنائية

تؤسس المادة 158 من دستور 2016 القضاء على مبادئ الشرعية و المساواة بينما تخول المادة 171 صلاحية السهر على احترام القانون لكل من هيئتي المحكمة العليا و مجلس الدولة. فمهمة القاضي إحترام مبدأ المشروعية، السهر على ضمان احترام القانون، وعدم مخالفته، و عليه فهو يسهر في الأحوال العادية على التأكد من عدم مخالفة أعمال و صلاحيات السلطة التنفيذية للقوانين التي وضعتها السلطة التشريعية، أما إذا قام بمراقبتها في ظل الظروف غير العادية، فإنه قد يقع في عدم التوافق و تعطيل الإجراءات الإستثنائية، التي أعطاها المشرع ذاته في الدستور إلى رئيس الجمهورية.

يترتب على الظروف الاستثنائية قيام الإدارة باتخاذ إجراءات استثنائية لمواجهة الأزمة حتى ولو ترتب على ذلك مخالفة للقواعد القانونية القائمة. تعتبر الظروف الاستثنائية وما يترتب عليها من قيام الإدارة بإجراءات استثنائية ماسة بالحقوق والحريات الأساسية، مسألة مشروعة قانوناً.<sup>5</sup>

إذا كانت مسألة تنظيم الظروف الاستثنائية بواسطة نصوص قانونية قد لقيت قبولا عند الكثير من فقهاء القانون الذين اعتبروا أنه يمكن مواجهة الأزمة دون الخروج عن المجال الذي حددته النصوص الاستثنائية، فإن الإشكال الذي يطرح هو مدى إمكانية الرقابة القضائية ما دام أن الظروف الاستثنائية المنظمة بنصوص قانونية يترتب عليها المساس أو الحد من الحقوق والحريات الأساسية.

#### المطلب الأول: الرقابة القضائية في ظل نظامي حالي الحصار والطوارئ

على الرغم من أن الجزائر عرفت تطبيق كل من نظام حالة الحصار وحالة الطوارئ، إلا أن الفرصة لم تتح للقضاء الجزائري لإبداء موقفه حول هذا الموضوع إلا أنه بسبب عدم تمتع القضاء الجزائري بالاستقلالية خلال صدور المرسومين الرئاسيين المتعلقين بإعلان حالة الحصار أو حالة الطوارئ فإن هذه الأخيرة تعتبر من أعمال الحكومة.

بشأن الرقابة السابقة على إعلان حالة الطوارئ أي دراسة أسباب و مبررات إعلانها فهي تعتبر من أعمال السيادة، ولا يراقبها القضاء الذي له دور فعال في الرقابة اللاحقة على التدابير و الإجراءات الإستثنائية سواء من حيث القضاء الكامل (الإلغاء) أو التعويض، و يلاحظ أن التطور الحديث لأركان المسؤولية يتجه إلى تدعيم مسؤولية الدولة على أساس المخاطر بحيث أن الأفراد يمكنهم الحصول على تعويض على أساس الخطر الخاص بسبب الإخلال بمبدأ المساواة.

أما الرقابة اللاحقة و المتمثلة في الإلغاء و التعويض عن الإجراءات الاستثنائية، فإنها تصبح بدون معنى لأن المسؤولية الجديدة على أساس المخاطر سهلت عملية تعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم نتيجة أخطار مختلفة، و نص المرسوم الصادر في 21 ديسمبر 1991 في مادته 09 على أن تكون التعويضات

المرتبة للغير، بموجب المسؤولية المدنية و التي يمكن أن تنجم عن أعمال وحدات الجيش و تشكيلاته على عاتق الدولة.<sup>6</sup>

إن تمديد حالة الحصار أو حالة الطوارئ في الجزائر هي مسألة من اختصاص البرلمان.<sup>7</sup> و عليه فإن حالة الطوارئ أو حالة الحصار تمر بمرحلتين، فالإعلان يكون من اختصاص السلطة التنفيذية أما قرار الإعلان فيعد قرارا إداريا خاضعا للرقابة القضائية، أما في مرحلة التمديد فيكون التمديد من اختصاص البرلمان الذي يصدر بشأن ذلك قانونا، وبالتالي لا يخضع لرقابة القاضي الإداري. لقد طرح هذا الإشكال في الجزائر، فعالة الطوارئ قد تم تمديدتها لأجل غير محدد بمقتضى المرسوم التشريعي رقم 02/93 المؤرخ في 6 فبراير 1993.

أشارت النصوص المتعلقة بحالة الحصار وحالة الطوارئ في الجزائر إلى إمكانية الطعن الإداري في الإجراءات الصادرة استنادا إلى قرار إعلان حالة الحصار أو حالة الطوارئ في بعض الحالات.<sup>8</sup> جاء في نص المادة 1/115 أنه إذا كان يترتب على حالة الحصار أو حالة الطوارئ تقليص الحقوق والحريات الأساسية، فإن مسألة تنظيم حقوق الأشخاص وحرياتهم، هي من المسائل المحجوزة للمشرع دستوريا.

وهكذا ما دام أن حالة الحصار وحالة الطوارئ يترتب عليهما المساس بتلك الحقوق و الحريات فإنه يجب أن يتم ذلك في إطار ما تسمح به النصوص التشريعية. وبناء على ذلك فإن تنظيم ذلك المساس هو من المسائل المحجوزة للمشرع. تنص المادة 38 من دستور 1989-تقابلها المادة 40 من دستور 1996 على: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن، فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر صادر عن السلطة القضائية". كما نصت المادة 47 من دستور 2016 على نفس الحكم نفسه.<sup>9</sup> كما أن المادة 44 من دستور 1989، تقابلها المادة 47 من دستور 1996 جعلت مسألة المتابعة أو التوقيف وخاصة الحجز من المسائل التي يعود تنظيمها للمجال التشريعي.<sup>10</sup>

و نفس الحكم أيضا جاء في دستور 2016.<sup>11</sup> إلا أن ما وقع في العمل يخالف ذلك لأن هذه المسألة تم تنظيمها بمرسوم رئاسي.<sup>12</sup>

جعلت المادة 1/140 من دستور 2016 مسألة حقوق الأشخاص وواجباتهم، خاصة نظام الحريات الأساسية وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين من المسائل المحجوزة للمشرع، والتي لا يمكن للمجال التنظيمي أن يشملها بالتنظيم.<sup>13</sup> فعلى سبيل المثال يفهم من المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 بأن السلطة المدنية المؤهلة دستوريا لممارسة الاختصاصات المتعلقة بالنظام العام، فهي التي تقوم بالتفويض،<sup>14</sup> ولكن بالرجوع إلى قانوني البلدية والولاية والدستور، نجد أن هيئات البوليس الإداري تنقسم إلى هيئات محلية، وهيئات وطنية.<sup>15</sup>

يجوز التفويض بين هذه الهيئات في ظل الظروف العادية، أما في ظل الظروف الاستثنائية، أي في حالة الحصار أو حالة الطوارئ أو الحالة الاستثنائية، فإن التفويض فيها غير جائز.<sup>16</sup> بحيث لا يمكن لرئيس الجمهورية أن يفوض الاختصاصات التي يتمتع بها في تلك الحالات، سواء تعلق بتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع، أو تلك التي تعلق بتقرير الحالة، إذ يجب أن يقوم بذلك بنفسه. كما سمحت المواد من 3

إلى 7 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتعلق بإعلان حالة الطوارئ للحكومة أو لوزير الداخلية أو للوالي، باتخاذ التدابير اللازمة لاستتباب الوضع.

كل من المرسومين الرئاسيين المتعلقين بحالة الحصار وحالة الطوارئ، هما مرسومان غير دستوريين فيما يتعلق بالتنظيم ، وفيما يتعلق بالسماح لهيئات أخرى ما عدا رئيس الجمهورية بالقيام بالإجراءات الضرورية لاستتباب الوضع، ذلك أن الإجراءات التي ستخذ في حالة الحصار وحالة الطوارئ تتعلق معظمها بإجراءات ماسة بالحقوق والحريات الأساسية، في حين أن المؤسس الدستوري جعل تنظيم تلك المسائل من اختصاص المشرع.

#### المطلب الثاني: الرقابة القضائية في ظل الحالة الاستثنائية

إن الحالة الاستثنائية تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة اختصاصات واسعة جدا ، بحيث يمكن أن تتسع لتشمل المساس بالحقوق والحريات الأساسية. إن الفرصة لم تتح للقضاء الجزائري لإبداء موقفه حول الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية، على الرغم من أن الجزائر عرفت تطبيق نظام الحالة الاستثنائية في ظل دستور 1963.<sup>17</sup>

ومع ذلك ونظرا لأوضاع القضاء الإداري الجزائري الذي مازال لحد الآن لا يتمتع بالاستقلالية بسبب عدم جرأته في مواجهة السلطة التنفيذية في مثل هذه المسائل، يعد قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية من أعمال الحكومة.

لقد علق الأستاذ بدران مراد عن الحل الذي يأخذ به القاضي الإداري الجزائري في هذه الحالة.<sup>18</sup> كما يذهب شهوب مسعود إلى اعتبار قرار إلغاء الحالة الإستثنائية هو كذلك من أعمال السيادة و لا يخضع لرقابة القضاء ولا يطعن فيه من حيث المبدأ و لكن يخضع لرقابة القضاء من حيث مدى احترامه للإجراءات اللازمة لإلغاء الحالة غير العادية

و النتيجة التي نصل إليها من هذا التحليل تتمثل في كون تصرفات رئيس الجمهورية، التي يتخذها تطبيقا لسلطات الضرورة لا يختص القضاء للنظر فيها. و هذا باعتبارها من أعمال السيادة، فهو يمارسها بتفويض دستوري، أقره المشرع الدستوري في النص التأسيسي للبلاد الذي يسمح بتطبيق مخطط استعجالي على شكل دستور مصغر يلجأ إليه رئيس الجمهورية عند الضرورة القصوى.<sup>19</sup>

إذا كان قاضي الإلغاء لا يتوافر على سلطة الرقابة، على قرار الإعلان عن الحالة الإستثنائية لكون السلطة التقديرية تعود لرئيس الجمهورية، سواء من حيث إعلانها أو تمديدتها أو إلغائها، فإن القاضي له الحق في مراقبة الإجراءات اللاحقة للإعلان عن الحالة الإستثنائية، أي له حق الرقابة ما بين تاريخ إعلان إحدى الحالات الإستثنائية و تاريخ انهاءها و تشمل هذه الرقابة ما يأتي:

مدى احترام قرار إعلان الحالة الإستثنائية للإجراءات الشكلية المطلوبة في الدستور ( مثل استشارة رئيسي غرفتي البرلمان ...) بحيث أن عدم توفر أحد الشروط الشكلية يعرض القرار إلى الإلغاء من قبل القضاء إذا ما تم الطعن فيه نظرا لاحتوائه على عيوب في الشكل و الإجراءات.<sup>20</sup>

وبطبيعة الحال يكون المجال الخصب لممارسة الإدارة لسلطاتها هو تقييد حريات الأفراد، الفردية والجماعية، عبر القيام بجملة من الإجراءات الوقائية المقيدة لحريات الأفراد، ومن قبيل هذه الإجراءات

الماسة بحرية التجمع نجد إجرائين تقوم بهما سلطات الإدارة خارج نطاق دائرة القضاء وهما: الاعتقال الإداري، والوضع تحت الإقامة الجبرية.<sup>21</sup>

فحسب ما قضت به المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فبراير 1992 المحدد لشروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن حالة الطوارئ.<sup>22</sup> فإنه إجراء إداري ذو طابع وقائي، يتمثل في حرمان كل شخص راشد من حريته من خلال وضعه في أحد مراكز الأمن المحدثة بقرار من وزير الداخلية بناء على اقتراح من مصالح الأمن ضد كل شخص راشد يكون نشاطه خطيرا على النظام العام أو على السير الحسن للمرافق العامة، وعلاوة على ذلك يجوز لوزير الداخلية أن يفوض إمضاه في هذا الشأن للولاية ليقوم مقام القاضي حينما تقرر بصورة منفردة وضع الأفراد في مراكز الأمن، وحسب ما نصت عليه المادة 04 من نفس المرسوم فإن للمعتقلين إداريا حق الطعن أمام والي محل إقامتهم، وليس أمام قاضيهم الطبيعي، ويقوم الوالي بإحالة الطعن مشفوعا بملاحظاته إلى المجلس الجهوي للطعن، مع الوضع في الحسبان أن هذا المجلس لا يتكون من قضاة، حيث نصت المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 92-75 على أنه يتكون من رئيس يعينه وزير الداخلية، وممثل لوزير الداخلية والجماعات المحلية، وممثل لوزير الدفاع الوطني، وثلاث شخصيات مستقلة، يعينها وزير حقوق الإنسان، مختارة بسبب تعلقها بالمصلحة العامة.<sup>23</sup>

كما يؤثر تقرير حالة الحصار على سلطة القاضي في بسط رقابته على إجراءات الوضع تحت الإقامة الجبرية فبموجب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202 الذي يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها،<sup>24</sup> تطبقا للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، فإنه يجوز للسلطة العسكرية المخولة بصلاحيات الشرطة، المختصة إقليميا أن تتخذ تدبير الوضع تحت الإقامة الجبرية، وذلك بناء على اقتراح من مصالح الشرطة مشفوعا برأي لجنة رعاية النظام العام ضد كل شخص يتبين أن نشاطه يشكل خطرا على النظام العام والأمن العمومي.<sup>25</sup>

## المبحث الثاني: آليات الرقابة القضائية على الإجراءات الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية.

تلجأ الإدارة وهي بصدد مواجهة الأزمة التي سببتها الظروف الاستثنائية إلى استخدام أساليب متعددة ومتنوعة، يمكن حصرها فيما يطلق عليه أعمال الإدارة، سواء كانت في شكل أعمال قانونية أو مادية. على أن هذه الأساليب التي تتمتع بها الإدارة قد تتضمن خطرا كبيرا على حقوق وحريات الأفراد. لذلك وجب أن تخضع للرقابة القضائية باعتبارها أفضل ضمانة لحماية الحقوق والحريات الأساسية، ويتم ذلك باستعمال المتضرر وسائل الرقابة القضائية.

يعتبر قضاء الإلغاء و التعويض من أهم الضمانات المقدمة للأفراد في ظل الظروف الاستثنائية التي تؤدي إلى انحصار الحقوق و الحريات و لمعرفة مدى توفر هذه الضمانة نتطرق إلى وضعية الرقابة القضائية في الجزائر من خلال تحليل بعض النصوص القانونية و التنظيمية الصادرة خلال الحقبة الممتدة من سنة 1991 إلى سنة 2003 و التي شهدت استخدام رئيس الجمهورية لصلاحياته غير العادية، ثم نتناول تحليل بعض الأحكام القضائية التي طرحت أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، حاليا تسمى بمجلس الدولة.<sup>26</sup>

المطلب الأول: دعوى تجاوز السلطة.

إن القرارات التي تتخذها الإدارة لمواجهة الظروف الإستثنائية، تبقى خاضعة للرقابة القضائية بواسطة دعوى تجاوز السلطة. لأنه إذا سلم بحق الإدارة في القيام بإجراءات إستثنائية في ظل الظروف الإستثنائية، فإنه يجب في المقابل أن تخضع الإدارة هنا لرقابة قاضي الإلغاء، وهذا ضمانا لحقوق و حريات الأفراد.

أولا: الرقابة على الوجود المادي للوقائع:

إن الرقابة على الوجود المادي للقرارات الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية، لم يقرها مجلس الدولة الفرنسي إثر تقريره لها في الظروف العادية. فقد كان يكتفي بأن تكون الوقائع التي ادعتها الإدارة تندرج ضمن طائفة الوقائع التي تصلح سنداً لتبرير القرار دون أن يتطرق إلى بحث مدى قيام هذه الوقائع فعلاً.<sup>27</sup> إن الأحكام القضائية الصادرة بعد الظروف الاستثنائية التي عرفت الجزائر إبتداء من سنة 1991، أي بعد إعلان حالة الحصار، ثم حالة الطوارئ، لا تدل على أن القاضي الإداري الجزائري يتبع سياسة واضحة في هذا المجال، وإن كانت هناك بعض القرارات التي مارس فيها القاضي الجزائري رقابة الصحة المادية للوقائع، فإن هذه الرقابة تعد استثناء على القاعدة العامة التي يسير عليها، ما دامت لا تتسم بالاستقرار بحيث أن القاضي سلم في معظم القضايا المعروضة عليه الوقائع التي تدعيها الإدارة والتي تدخل في إطار الظروف الاستثنائية، أو تطبيق النصوص الاستثنائية. ففي قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية الإسلامية للحماية الاجتماعية.<sup>28</sup> قام والي ولاية مستغانم برفع دعوى أمام الغرفة الإدارية لدى مجلس قضاء مستغانم ضد الجمعية الإسلامية للحماية الاجتماعية لسيدي علي بمستغانم.

حيث أنه طلب حلها قضائيا بسبب قيامها بنشاطات غير مشروعة، ودون أن يقدم أي دليل على صحة ما يدعيه، بل استند فقط إلى المادتين 8-35 من القانون رقم 90-12 المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 المتعلق بالجمعيات، والتي تسمح له برفع مثل هذه الدعوى في حالة قيام الجمعيات بنشاطات غير مشروعة. إلا أن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء مستغانم صرحت في 26 أبريل 1994 بعدم قبول عريضة الوالي، وذلك لمخالفتها مقتضيات المادتين 12-13 من قانون الإجراءات المدنية. فقام الوالي في 20 نوفمبر 1994 بالطعن في هذا القرار بالاستئناف أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا طالبا إلغاء قرار المجلس على أساس أن العريضة استوفت الشروط المنصوص عليها قانونا فقامت المحكمة العليا بالتأكيد على أن العريضة التي رفع بها المدعي دعواه أمام المجلس القضائي قد استوفت شروطها الشكلية. وفي الموضوع وبعد التصدي الحكم بحل الجمعية على أساس قيامها بتصرفات ونشاطات مخالفة لقانونها الأساسي .

إن هذه القضية تؤكد بأن القاضي بالمحكمة العليا هنا لم يتأكد من الصحة المادية للوقائع التي ادعتها الإدارة، و موقف القاضي الإداري الجزائري هذا يعد في الحقيقة سلبيا، ومؤثرا بشكل مباشر على الحقوق والحريات الأساسية. فالظروف الاستثنائية التي تسمح للإدارة باتخاذ الإجراءات الاستثنائية قصد الحفاظ على المصلحة العامة، قد تتضمن في الغالب مساسا خطيرا بالحقوق والحريات الأساسية. هذا المساس حتى ولو لم يكن بإمكان القاضي توقيفه، إلا أنه بإمكانه أن يحد من أثاره وذلك من خلال ممارسة

حد أدنى من الرقابة ، إذ من الواجب على القاضي أن يتأكد على الأقل من الوقائع التي تبرر اتخاذ إجراءات استثنائية تعد صحيحة.<sup>29</sup>

سلم القاضي الإداري الجزائري بالوقائع التي ادعتها الإدارة دون أن يتحقق من صحتها المادية في العديد من القضايا. ففي قضايا والي ولاية تلمسان ضد رئيسي المجلسين الشعبيين لبلديتي المنصورة وتيرني، وضد نواب رئيس المجلس الشعبي لبلدية تلمسان. حيث قام الوالي بإصدار قرارات بتوقيف الممثلين المنتخبين عن مهامهم بعد تعرضهم للإعتقال الإداري أو بعد متابعتهم جزائياً دون الإستماع إلى أعضاء المجلس الشعبي البلدي ، بحجة استحالة الإجتماع معهم لأنهم كانوا في إضراب سياسي دعت إليه الجبهة الإسلامية للإنقاذ، وقد برر الوالي قراراته هذه بالظروف الإستثنائية السائدة آنذاك وبما تمنحه النصوص المتعلقة بحالة الحصار من اختصاصات في مجال النظام العام.

فقام هؤلاء المنتخبون بالطعن في هذه القرارات أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء وهران، والتي قامت بإلغاء هذه القرارات على أساس مخالفة أحكام قانون البلدية. وهذا ما أدى بالوالي إلى الطعن بالإستئناف أمام الغرفة الإدارية للمحكمة العليا على أساس خطأ الدرجة الأولى في تقدير الوقائع، فقامت هذه الأخيرة بإلغاء القرارات المستأنف فيها والفصل من جديد برفض الدعوى لعدم التأسيس. وقد أسست المحكمة العليا قراراتها أن قرارات الوالي جاءت لوضع حد للفوضى التي ترتبت عن الإضراب السياسي، بالإضافة إلى استحالة احترام المادة 36 من قانون البلدية طالما أن أعضاء المجالس الشعبية البلدية كانوا مضربين ورفضوا الإجتماع، وأن هذه القرارات جاءت من أجل الحفاظ على النظام العام واستمرارية خدمات المرافق العامة، وقد اتخذت في ظروف إستثنائية بعد إعلان حالة الحصار.<sup>30</sup>

ورغم هذا الموقف للقاضي الإداري الجزائري إلا أن هناك قرارات قضائية أخرى قام من خلالها بممارسة الحد الأدنى من الرقابة أي الرقابة على الوجود المادي للوقائع. من ذلك قضية والي ولاية مستغانم ضد الجمعية الإسلامية الشيخ سي أحمد بن يحيى.<sup>31</sup>

وقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: "غير أن السلطات لم تقدم ولم تعرض تقديم دليل إدعائها على مادية الوقائع ، وبالتالي فإن قاضي الدرجة الأولى طبق القانون التطبيق السليم، كما لم يعتمد على مجرد ادعاءات السلطة الإدارية"

ثانيا: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.

إن رقابة القاضي الإداري الجزائري لسبب القرارات الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية تكاد تنعدم. إلا أن هناك بعض القضايا النادرة التي مارس فيها رقابته على التكييف القانوني للوقائع. وقد تجلّى ذلك في قضية الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية، ضد وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي. فقد أسس وزير الفلاحة قراره القاضي بتأميم الصندوق المركزي لإعادة التأمين على مرسوم 01 أكتوبر 1963، والذي يسمح بتأميم المستثمرات الفلاحية التي يملكها الأجانب ولما طعن الصندوق المركزي في هذا القرار، بدعوى تجاوز السلطة اعتبر القاضي بأن الوزير أخطأ في التكييف القانوني، ذلك أن المرسوم الذي استند عليه يتكلم على المستثمرات الفلاحية في حين أن الصندوق المركزي لا يمكن تكييفه بأنه مستثمرة فلاحية.<sup>32</sup> في قضية والي ولاية ميله ضد الشركة الوطنية للمحاسبة.<sup>33</sup>

ويتضح من خلال هذه القرارات، أنه رغم قلة القرارات الصادرة في هذا المجال، نجد أن القاضي الإداري الجزائري قد راقب سبب اتخاذ الإدارة لهذين القرارين، ففي القرار الأول أسس حكمه على خطأ الوزير في التكييف القانوني، في حين نفي في القرار الثاني وجود السبب لإتخاذ هذا القرار، واستند على عدم وجود الظرف الإستثنائي.

إذا كانت رقابة الملائمة قد ظهرت بالنسبة لقرارات البوليس الإداري، نظرا لما لتلك الرقابة من أهمية على الحقوق والحريات الأساسية، فإن أهمية هذه الرقابة تتضاعف في ظل الظروف الاستثنائية بحيث تتسع السلطات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة من أجل مواجهة الأزمة. ويتربط على ذلك تعرض حريات الأفراد للاعتداء من قبل الإدارة بدرجة كبيرة تفوق ما تقوم به الإدارة في ظل الظروف العادية لذلك يجب أن يتوافق الإجراء الاستثنائي مع خطورة الوقائع أي أن يكون مشروعاً.

إن المتأمل جيدا في الأحكام القضائية الصادرة من القاضي الإداري الجزائري في مجال الإلغاء في ظل الظروف الاستثنائية بإمكانه أن يستنتج بأنه لا يمكن الجزم بوجود سياسة قضائية واضحة يتبعها القاضي الجزائري في هذا الصدد، فبعد الاستقلال مباشرة، كانت الأحكام القضائية الصادرة عنه تدل على تمتع هذه الأحكام بثقافة قانونية معتبرة. فقد كان يتبنى حلولاً ومبادئ معينة معتبرا في بعض الحالات أنها صادرة عنه على الرغم من أن تلك الحلول والمبادئ ظهرت في فرنسا أولا، من ذلك ما جاء في شأن مفهوم الظروف الاستثنائية، وأعمال الحكومة ونلاحظ ذلك من خلال فصل المجلس الأعلى في 20 جانفي 1967 في قضية الصندوق المركزي لإعادة تأمين التعاضديات الفلاحية ضد وزير الفلاحة والإصلاح الزراعي، حيث اعتبر القاضي الجزائري أن نظرية الظروف الاستثنائية، ونظرية أعمال الحكومة هما نظريتان من صنع القضاء. إلا أن الأحكام القضائية الصادرة بعد الظروف الاستثنائية التي عرفتها الجزائر إبتداء من سنة 1991 أي بعد اعلان حالة الحصار، ثم حالة الطوارئ لا تدل على أن القاضي الإداري الجزائري يتبع سياسة واضحة في هذا المجال.

### المطلب الثاني: دعوى التعويض

إن لجوء الإدارة إلى استعمال الإجراءات الاستثنائية خلال الظروف الاستثنائية، قد يترتب عليه إلحاق أضرار بالأشخاص، وهذا ما يؤدي إلى إثارة مدى مسؤولية الإدارة عن تلك الأضرار، خاصة وأن معظم الإجراءات التي تقوم بها الإدارة في تلك الظروف يعتبرها القضاء مشروعاً، والقاعدة العامة في مجال القانون الإداري أن مسؤولية الإدارة العامة تقوم على أساس الخطأ. ومع ذلك فإن القاضي الإداري قد أخذ إلى جانب الخطأ بفكرة المسؤولية بدون خطأ، وإن كان ذلك على سبيل الاستثناء.<sup>34</sup>

### الفرع الأول: مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ

إن الأعمال التي يمكن أن تثير مسؤولية الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، تتمثل في الأعمال التي قامت بها الإدارة، وخالفت بها الضوابط التي وضعها القضاء لممارستها لسلطتها الاستثنائية كأن تصدر الإدارة عملاً، مخالفة بذلك الغرض المخصص لمثل تلك الأعمال، أو أن تصدر عملاً لا يستند على سبب قانوني يبرره ويستوجب اتخاذه. وإذا كانت هذه الأعمال تعد أعمالاً غير مشروعاً يجوز الطعن فيها بدعوى

تجاوز السلطة، فإنه في حالة ما إذا رتبت ضرراً للغير، فإنه يمكن أن يؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، ويتقرر للأفراد الحق في الحصول على التعويض عن تلك الأضرار.

إن الأشخاص المكلفين بتطبيق الإجراءات الأمنية، قد ارتكبوا العديد من التجاوزات والتعسفات، باسم مواجهة العنف. فقد تلقى المرصد الوطني لحقوق الإنسان منذ إنشائه لغاية 1997 العديد من تظلمات المواطنين، سواء شخصياً أم عن طريق البريد، جراء الأخطاء الجسيمة التي ارتكبها الأعوان الإداريون. فمثلاً ثبت دخول أشخاص من مصالح الشرطة ليلاً إلى منزل السيد "أب" القاطن بغرداية وذلك بتاريخ 30 جانفي 1997، وأسأؤوا إلى كرامة عائلته، كما ثبت قيام قاض وأعوان من قوات الأمن بارتكاب أعمال عنف ضد مواطن ساكن بميلة، كما ثبت قيام أعوان الشرطة بالاعتداء على أحد المواطنين البالغ من العمر 31 سنة، والساكن بمليانة.

بالإضافة إلى هذه الأعمال التي تشكل أخطاء جسيمة مرتبة لمسؤولية الإدارة على الرغم من وجود الظروف الاستثنائية، هناك أعمال أخرى، كالتعذيب مثلاً.<sup>35</sup>

ومن القضايا التي ثبت فيها وقوع الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية قضية وزارة الدفاع الوطني ضد ورثة بن عمارة لخميسي، حيث أسس مجلس الدولة حكمه في هذه القضية على نظرية المخاطر، فقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار ما يلي: "حيث أنه ثابت أن رجال الدرك الوطني كانوا مسلحين بأسلحة ثقيلة وخطيرة تشكل خطر بالنسبة للغير. حيث أنه ... من الثابت قضائياً بأن نظرية الخطر بالنسبة لأعوان الدولة عند استعمالهم للأسلحة النارية قد تتحمل الدولة في حالة إلحاق الضرر بالغير".<sup>36</sup>

وفي قضية أخرى ثبت قيام الخطأ الجسيم الموجب لمسؤولية الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية وهي قضية دالي محمد الطاهر ضد وزارتي الداخلية والدفاع الوطني ومن معهما. فقد أسس مجلس الدولة قراره على المادتين 136 و137 من القانون المدني، أي مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع. وهذا أمر غير مقبول في مجال القانون الإداري الذي يتميز باستقلاله عن القانون المدني ذلك أن أساس المسؤولية هنا هو الخطأ الجسيم، وهذا ما أشار إليه القرار صراحة في إحدى حيثياته: "حيث يتجلى من دراسة الملف أنه بتاريخ 9 جويلية 1995 تعرض المدعو دالي محمد الطاهر للضرب والجرح العمدي، بسلاح أبيض والمفضي إلى عاهة مستديمة تسبب فيها محزم عز الدين عضو في الدفاع الذاتي".<sup>37</sup>

#### الفرع الثاني: مسؤولية الإدارة بدون خطأ.

في مجال الحقوق والحريات الأساسية إذا كان القضاء يعتبر أن الظروف الاستثنائية يترتب عليها اعتبار بعض الأعمال أو الإجراءات المخالفة للقانون بمثابة أعمال مشروعة ما دام أنها ضرورية لمواجهة الأزمة، فإن مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ لا تثور إلا نادراً، ومع ذلك فلا يوجد أي مانع من قيام مسؤولية الإدارة عن تلك الأعمال إما على أساس المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة

فمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر تثور إذا ما عرضت الإدارة بعض الأشخاص لمخاطر خاصة. أما مسؤولية الإدارة على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة فتثور إذا ما اختل التوازن بين الأفراد في تحمل الأعباء العامة المترتبة على نشاط الدولة. فالحقوق والحريات يحكمها مبدأ أساسي هو مبدأ

المساواة، لهذا فإن أفراد المجتمع متساوون بالتمتع بالحقوق والحريات الأساسية. وفي مقابل ذلك فإنهم متساوون أيضا في تحمل التكاليف والأعباء العامة التي تفرضها الحياة في المجتمع. وفي مجال الظروف الاستثنائية فإن الإدارة تقوم بإجراءات استثنائية من أجل المصلحة العامة إلا أن تلك الإجراءات قد تتضرر منها فئة معينة من أفراد المجتمع والتي يسمح لها بالمطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر.<sup>38</sup>

اعتبر القاضي الإداري الجزائري أن دعاوى التعويض بسبب الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية تكون مقبولة أمام الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي. وقد اتخذ المجلس الأعلى حلا أكثر وضوحا في قضية بوشاط.<sup>39</sup>

وإذا كان المجلس الأعلى قد أسس حكمه في هذه القضية على الخطأ الجسيم إلا أنه اعتبر في إحدى حيثياته أنه إذا كانت الظروف الاستثنائية تبرر عدم التنفيذ فإنه من حق الإدارة أن لا تنفذ في هذه الحالة ومع ذلك إذا ترتب ضرر للغير من جراء عدم التنفيذ، فمن حق المضرور الحصول على التعويض على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة و ذلك عملا بنص المادة 145 من دستور 1996،<sup>40</sup> ضف إلى ذلك ما جاء في نص المادة 163 من دستور 2016 كما يلي: "على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت وفي كل مكان، وفي جميع الظروف، بتنفيذ أحكام القضاء. يعاقب القانون كل من يعرقل تنفيذ حكم قضائي".

ما يمكن استقراءه من هذه المواد أن الجهة المختصة بتنفيذ الأحكام القضائية تكون ملزمة بتنفيذها مهما كانت الظروف، أي سواء تعلق الأمر بظروف عادية أو ظروف استثنائية، بحيث أن عدم التنفيذ يشكل خطأ يرتب مسؤولية الجهة القائمة بالتنفيذ، ولا يمكن أن يثير المسؤولية بدون خطأ. وبالتالي تكون الإدارة قد اعتدت على مبدأ قوة أوجعية الشيء المقضي به، والذي يعد بصفة عامة مخالفة لقاعدة قانونية، فلا تعفيها الظروف الاستثنائية. وفي هذه الحالة يجوز للشخص الذي تضرر من تصرف الإدارة، أن يؤسس دعواه على هذا الامتناع مادام أنه يشكل وجها من أوجه الإلغاء. وله في هذا الصدد وسيلتان:

الأولى تتمثل في رفعه لدعوى تجاوز السلطة ضد القرارات التي اتخذتها الإدارة خلافا للحكم القضائي، وهذه الدعوى تصبح في هذه الحالة وسيلة لضمان احترام مبدأ الحكم المقضي. ومع ذلك فإن هذه الوسيلة قد تكون غير مجدية، إذ قد تمتنع الإدارة من جديد عن تنفيذ الحكم الجديد الصادر ضدها.

والثانية تتمثل في رفعه لدعوى التعويض. هذه الوسيلة قد تكون هي الأخرى غير مجدية. فواجه المشرع هذه المشكلة من خلال إصداره للقانون رقم 02/91 المؤرخ في 8 جانفي 1991، الذي يمكن المضرور من الحصول على التعويض و الذي تدفعه الخزينة العامة.<sup>41</sup>

إن مسألة عدم التنفيذ الأحكام القضائية، تعد عملا معاقبا عليه في قانون العقوبات، مرتبا للمسؤولية على أساس الخطأ وليس على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة. ومن القضايا التي أسسها القاضي الجزائري في هذا الخصوص، القضايا المتعلقة بتسريح موظفين تعرضوا لمتابعات جزائية بسبب اتهامهم بأعمال تمس النظام العام وانتهت بصدور أحكام بالبراءة، نذكر على سبيل المثال القضية التي فصل فيها مجلس الدولة الجزائري في 01 فبراير 1991 والتي تتلخص وقائعها في أن الموظف "س" كان متابعا قضائيا، ومحجوزا بسبب الوقائع المتعلقة بالإرهاب. وعلى أساس ذلك قامت السلطة المستخدمة بعزله بسبب إهمال

المنصب. وبعد محاكمته جزائياً وصدور حكم بالبراءة في حقه طلب إعادة إدماجه في وظيفته مع دفع مرتبه من تاريخ تسريحه. إلا أن الجهة المستخدمة رفضت ذلك فلجأ إلى الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي التي قضت بإرجاعه إلى منصب عمله، مع استحقاقه للمرتب منذ يوم تسريحه. فقامت الجهة المستخدمة باستئناف هذا القرار أمام مجلس الدولة، الذي أيد جزء من قرار المجلس وألغى الجزء المتعلق باستحقاق الموظف أجره من يوم تسريحه. وأسس قراره على المادة 16 من المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985 والتي تنص على أن الراتب يكون بعد أداء الخدمة حيث جاء في إحدى حيثيات القرار: "حيث ... لا يمكن دفع أي راتب شهري إذا لم يقابله أداء خدمة".<sup>42</sup> ومن القضايا المتعلقة بتسريح الموظفين بسبب تعرضهم للاعتقال الإداري لدينا قضية "م.م" ضد مديرية التربية لولاية مستغانم.<sup>43</sup>

#### الخاتمة

توصلنا من خلال المداخلة المعنونة رقابة القاضي الإداري على الظروف الاستثنائية في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية، إلى أن التنظيم الدستوري الجزائري، اعتمد على مبدأ تغليب السلطة التنفيذية على باقي سلطات الدولة، وهذا بمنح رئيس الجمهورية السلطة التقديرية الكاملة في شأن تحديده طبيعة الخطر ودرجاته، و انفراده أيضا بإتخاذ الإجراء الملائم لمواجهة الأزمات، دون قيود شكلية أو موضوعية واضحة، فالضرورة الملحة تسمح لرئيس الجمهورية باتخاذ جميع التدابير اللازمة لاستتباب الوضع و المحافظة على استقلال البلاد و ضمان سير مؤسسات الدولة بانتظام، و هذا دون الإلتزام بالأراء الإختيارية الواردة في القيود الشكلية قبل اتخاذ قرار الإنتقال من وضع عادي إلى وضع آخر تستخدم فيه الصلاحيات غير العادية.

خلصنا إلى أن غرض المشرع من تخويل رئيس الجمهورية اختصاص ممارسة سلطات الضرورة أو ما يسمى بالسلطات الإستثنائية هو المحافظة على مؤسسات الدولة، و ضمان سلامة ترابها ووحدتها الوطنية، و لذلك يتم إعلان النظام القانوني الإستثنائي و يرخص في هذه الفترة بموجب التشريع الأساسي للبلاد بتركيز السلطات.

توصلنا من خلال هذه المداخلة إلى أن المشرع أقر للأفراد حق اللجوء للقضاء الإداري بغرض حماية حقهم في ممارسة حرياتهم تأكيداً لاحترام مبدأ المشروعية، وذلك عن طريق مخاصمة القرارات الإدارية غير المشروعة.

الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية تعتبر الوسيلة الأساسية التي يفترض تطبيقها تطبيقاً فعلياً نظراً لنجاعته في مدى ضمان حقوق وحريات الأفراد التي انتهكتها القوانين المجحفة صادرة سواء من السلطة صاحبة الاختصاص أو أي سلطة أخرى يخول لها الدستور الحق في ذلك. إن مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ لا تثور إلا نادراً، ومع ذلك فلا يوجد أي مانع من قيام مسؤولية الإدارة عن تلك الأعمال إما على أساس المخاطر أو الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة فمسؤولية الإدارة على أساس المخاطر تثور إذا ما عرضت الإدارة بعض الأشخاص لمخاطر خاصة. أما مسؤولية الإدارة على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة فتثور إذا ما اختل التوازن بين الأفراد

في تحمل الأعباء العامة المترتبة على نشاط الدولة. فالحقوق والحريات يحكمها مبدأ أساسي هو مبدأ المساواة، لهذا فإن أفراد المجتمع متساوون بالتمتع بالحقوق والحريات الأساسية.

نلاحظ أن الاجتهادات القضائية شحيحة في مجال مسؤولية الإدارة عن أعمالها الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، فقد ارتكبت الإدارة أخطاء جسيمة أسسها القاضي على فكرة المخاطر كما امتنع عن الحكم بالتعويض فيما يخص القضايا المتعلقة بتسريح الموظفين بسبب اتهامهم بأعمال إرهابية أو الاعتقال الإداري ثم أطلق سراحهم.

#### الهوامش:

- 1- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري و حدود سلطاته في رقابة المشروعية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الوادي، 2014/2013، ص 01.
- 2- رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة قسنطينة، 2005/2004، ص 139.
- 3- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 11.
- 4- رحموني محمد، تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري، الجمعيات والأحزاب السياسية أنموذجين، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة تلمسان، 2015/2014، ص 447.
- 5- رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 141.
- 6- رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 149.
- 7- تنص المادة 105 من من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016 على أنه: "لا يمكن تمديد حالة الطوارئ أو الحصار إلا بعد موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا"
- 8- أنظر المادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196، و المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 91-201، والمادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 91-202.
- 9- تنص المادة 47 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري، على: "تضمن الدولة عدم انتهاك حرمة المسكن. فلا تفتيش إلا بمقتضى القانون، وفي إطار احترامه، ولا تفتيش إلا بأمر مكتوب صادر عن السلطة القضائية المختصة".
- 10- تنص المادة 47 من دستور 1996 على أنه "لا يتابع أحد ولا يوقف أو يحتجز إلا في الحالات المحددة بالقانون و طبقا للأشكال التي نص عليها".
- 11- تنص المادة 59 من القانون رقم 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري على: "لا يتابع أحد، ولا يُوقف أو يُحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها. الحبس المؤقت إجراء استثنائي يحدد القانون أسبابه ومدته وشروط تمديده. يعاقب القانون على أعمال وأفعال الاعتقال التعسفي".
- 12- أنظر المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد 29 لسنة 1991 و المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ. المرسوم الرئاسي، الجريدة الرسمية، العدد 10 لسنة 1992.
- 13- بدران مراد، مرجع سابق، ص 172-173.

- 14- تنص المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 على: "تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام و الشرطة"
- 15- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عراب صاصيلا، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
- 16- تنص المادة 59 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن الدستور الجزائري على: "لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يفوض رئيس الجمهورية سلطته في تعيين الوزير الأول وأعضاء الحكومة وكذا رؤساء المؤسسات الدستورية وأعضائها الذين لم ينص الدستور على طريقة أخرى لتعيينهم.
- كما لا يجوز أن يفوض سلطته في اللجوء إلى الاستفتاء، وحلّ المجلس الشعبي الوطني، وتقرير إجراء الانتخابات التشريعية قبل أوانها، وتطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 19 و 29 و 105 و 107 إلى 109 و 111 و 142 و 144 و 145 و 146 من الدستور".
- 17- لقد علق الأستاذ بدران مراد عن الحلول التي يأتي بها القاضي الإداري الجزائري في الحالة الإستثنائية فقال: "إن سبب اعتقادنا بأن هذا الحل هو الذي أخذ به القاضي الإداري الجزائري، يكمن في أن السلطة القضائية حتى ولو وفرت النصوص القانونية الجديدة نوعاً من الاستقلالية خاصة بعد صدور القانون العضوي رقم 11-04 والقانون العضوي رقم 12-04 المؤرخين في 06 سبتمبر 2004 والمتعلقين على التوالي بالقانون الأساسي للقضاء، وتشكيل المجلس الأعلى للقضاء، وعمله وتنظيمه (الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية رقم 57 الصادرة في 08 سبتمبر 2004)، إلا أن القاضي الجزائري ما زالت تنقصه الجرأة في مواجهة السلطة التنفيذية.
- 18- سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثالثة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1993 ص 957 وما بعدها.
- 19- رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 143.
- 20- رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 145.
- 21- رحموني محمد، مرجع سابق، ص 467.
- 22- المرسوم التنفيذي رقم 92-75 المؤرخ في 20 فبراير 1992 المحدد لشروط تطبيق بعض أحكام المرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 9 فبراير سنة 1992 والمتضمن إعلان حالة الطوارئ، الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 1991.
- 23- رحموني محمد، مرجع سابق، ص 168.
- 24- المرسوم التنفيذي رقم 91-202 المؤرخ في 25 يونيو 1991 يضبط حدود الوضع تحت الإقامة الجبرية وشروطها، تطبيقاً للمادة 04 من المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية، العدد 31 لسنة 1991
- 25- رحموني محمد، مرجع سابق، ص 468.
- 26- رباحي مصطفى، نفس المرجع، ص 146.
- 27- محمد حسنين عبد العال، نطاق الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، د.د.ط، القاهرة، 1981.
- 28- القرار رقم 137166، (الفهرس 793) الغرفة الإدارية، المحكمة العليا، 24 ديسمبر 1995، قرار غير منشور مشار إليه أشار إليه الأستاذ مراد بدران، 232 و 233
- 29- بدران مراد، مرجع سابق، ص 230-232
- 30- نقاش حمزة، دور القضاء الإداري في حماية الحريات الشخصية أثناء حالة الطوارئ، حالة الإعتقال الإداري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 45 جوان 2016، المجلد ب، صص 249/262، ص 255.
- 31- القرار رقم 138642 (فهرس 810) المحكمة العليا، الغرفة الادارية، 24 ديسمبر 1995، القرار غير منشور، أشار إليه: رحموني محمد، مرجع سابق، 461.

- 32- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية 12/07/1956، القرار غير منشور.
- 33- حسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، ص.37
- 33- بدران مراد، مرجع سابق، ص.247.
- 35- التقرير السنوي للمرصد الوطني لحقوق الإنسان لسنة 1997، طبعة المؤسسة الوطنية للإتصال و النشر و الإشهار، 1998، ص.2.
- 36- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة الجزء الأول، مرجع سابق، ص 91 وما بعدها
- 37- حسين بن شيخ آث ملويا، نفس المرجع، الجزء الأول، ص 273 .
- 38- بدران مراد، نفس المرجع، ص.267-268.
- 39- C.E,20/10/1979,Bouchat Sahnoun, et Saidi Malki, C/Ministre de l'intérieur, Ministre de la justice, R.A.J.A. p 199.
- 40- تنص المادة 145 من الدستور 1996 على ما يلي: "على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء".
- 41- رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 143
- 42- القرار رقم 144707 مجلس الدولة، فبراير 1999، منشور في مجلة مجلس الدولة العدد 01 ص 85
- 43- حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، الجزء الثاني، ص 105

## إثقال كاهل القاضي الإداري بمنازعات عقارية لا طائل منها في ظل السجل العيني — الأسباب والحلول —



د/ جمال بوشنافة

جامعة يحي فارس بالمدينة

ط.د/ عثمان حويدق

جامعة يحي فارس بالمدينة

\*\*\*\*\*

### مقدمة

إن عملية إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري تطبيقاً لنظام الشهر العيني تتم بموجب الأمر (74/75) المؤرخ في: 12/11/1975، ينتج عن ذلك في أغلب الأحيان وضعية عقارية تؤدي لاستقرار وتثبيت الملكية العقارية في ظل مبادئ هذا النظام لا سيما ما يسمح به للمحافظ العقاري من بسط رقابته على صحة ومشروعية المعاملات العقارية، وكذا القوة الثبوتية للمعلومة الناتجة عن الفهرس العقاري وغيره من المبادئ الأخرى.

غير أن ما نعيشه اليوم من إشكالات عقارية تطفوا على السطح بمجرد إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، والتي تعود في الأساس لعدم نجاعة إعداد مسح الأراضي العام من حيث نتائجه ومخرجاته المتمثلة في تسجيل الكثير من العقارات في حساب المجهول من جهة وتلك الأراضي التي تسجل لحساب الدولة بالشغور في حين يحوزها الغير.

نتيجة لهذه الإشكالات تثور المنازعات العقارية أمام جهتي القضاء غير أنه يؤول العدد الأكبر منها لاختصاص القضاء الإداري عملاً بالمعيار العضوي على اعتبارها موجهة ضد في قرارات المحافظ العقاري المتعلقة بالترقيم العقاري، أو تلك الناتجة عن محاضر عدم الصلح أمام هذا الأخير وكذا منازعات تسوية حساب المجهول كل ذلك في إطار أحكام المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث يكون القاضي الإداري مختصاً بالفصل فيها.

أمام استمرار عمليات المسح زادت بشكل غير مسبوق هذه القضايا المرفوعة أمام القضاء الإداري الذي يبدو موضوعياً أنه غير مختص بالفصل فيها، لأنها تدخل في الاختصاص الأصلي للقاضي العقاري على مستوى القضاء العادي، إلا أن المعيار العضوي هو الذي كلف القاضي الإداري بالفصل في مثل هذه المنازعات.

ولدراسة هذا الموضوع ارتأينا معالجته من خلال طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن تخفيف العبء على القاضي الإداري وحل النزاعات التي تثقل كاهله من خلال تفعيل إجراءات إدارية ناجعة؟

وللإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا ورقتنا البحثية إلى محورين نتناول في المحور الأول الأسباب التي تؤدي إلى كثرة الإشكالات العقارية الناتجة عن عملية المسح في حين نتناول في المحور الثاني الحلول الإدارية المقترحة لحل هذه الإشكالات، وذلك وفقا للخطة التالية:

المطلب الأول: أسباب كثرة الإشكالات العقارية الناتجة عن عملية المسح.

الفرع الأول: التسجيل في حساب المجهول.

الفرع الثاني: تسجيل أراضي الغير في حساب الدولة.

المطلب الثاني: الحلول الممكنة لإشكالات عملية المسح.

الفرع الأول: حلول الإشكالات إداريا.

الفرع الثاني: حلول الاشكالات قضائيا.

المطلب الأول: أسباب كثرة الإشكالات العقارية الناتجة عن عملية المسح

لا شك أن مرحلة المسح العقاري تنتهي بمجرد إيداع وثائق المسح بالمحافظة العقارية لقيود الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري، وقد فتح المشرع الجزائري إمكانية الطعن في نتائج المسح، مما رتب عليه حجة نسبية قابلة لإثبات العكس، ويظهر ذلك من خلال ما نصت عليه المادة (16) من المرسوم (63/76) بنصها: "لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي إلا عن طريق القضاء..."<sup>1</sup>.

يستشف من هذا النص إمكانية مراجعة البيانات المسجلة في السجل العقاري في مجال الحقوق العينية التي تم ترقيمها من طرف المحافظ العقاري، بمناسبة تقديم الأطراف المعنية الدعايم المؤيدة لحقوقهم، أو توصله شخصا طبقا لما يمنحه القانون من صلاحيات للتحقيق والفحص والتثبت من صحة الأسانيد والادعاءات المطروحة أمامه، وذلك خلال مهلة السنتين وفي حالة فشل المصالحة يستطيع الطرف المعني اللجوء إلى القضاء بموجب دعوى قضائية يرمي من خلالها لتغيير أو تعديل الحقوق الناتجة عن التقييم المؤقت، يبقى التقييم المؤقت محافظا على طابعه المؤقت إلى غاية صدور الحكم القضائي النهائي، مما ينتج عنه عدة أثار أهمها بقاء الحقوق العينية العقارية معلقة وغير مستقرة إلى غاية صدور الحكم القضائي وحتى بعد انتهاء فترة السنتين، أين بموجبها يتحول التقييم المؤقت إلى نهائي.

تجدر الإشارة إلى أن الطعن في نتائج التقييم النهائي يكون أمام القضاء طبقا لنص المادة (16) من المرسوم (63/76) السالف الذكر، حيث ينعقد الاختصاص للقضاء الإداري إعمالا للمعيار العضوي.

نخلص للقول بأن المادة (16) من المرسوم (63/76) قللت من شأن القوة الثبوتية المطابقة للسجل العقاري<sup>2</sup>، حيث خولت حق المنازعة للأشخاص في الحقوق الناتجة عن التقييم النهائي وإعادة النظر في قرارات المحافظ العقاري، دون اعتماد أجل مسقط، مما يفتح المجال لرفع الدعاوى للطعن في البيانات المدونة بالسجل العقاري، حتى بعد صدور دفتر العقاري وتسليمه مما يؤثر بصفة سلبية على استقرار الملكية العقارية، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإن هذا الوضع نتج عنه كثرة الدعاوى القضائية أمام القضاء الإداري الذي فرضت عليه اختصاصات تعود في الأصل للقاضي العقاري فتجده يتطرق إلى مسائل الحيابة والاستعانة بالخبراء في مثل هذه القضايا، الأمر الذي يزيد في إثقال كاهله بقضايا لا طائل منها وقد كان في غنى عنها لو أنها عولجت أثناء عملية المسح أو بعدها من خلال اتباع بعض التدابير والإجراءات الإدارية.

إن مسح الأراضي هو عملية تقنية وفنية وميدانية تتطلب توافر مجهودات كبيرة على العديد من المستويات منها المادية والبشرية وحتى القانونية، وتوفير جميع الإمكانيات بالقدر اللازم، وهو الأمر الذي قد يشكل عائقا يحول دون إتمام وتعميم عمليات المسح عبر كامل التراب الوطني.

بالإضافة إلى ما سبق فإن انتشار التصرفات بالعقود العرفية وبقاء الملكية العقارية غير محددة المالك، وعشوائية ممارسة الحيابة، كل ذلك قد يخلق أيضا مشاكل لأعوان فرق المسح أثناء قيامهم بعملية التحديد والتحقيق<sup>3</sup>.

وما يهمنا في دراستنا هو التطرق للإشكالات التي تطرح على القضاء الإداري فتثقل كاهله لذلك سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى معرفة أهم الأسباب التي تؤدي إلى كثرة النزاعات العقارية الناتجة عن عملية المسح.

#### الفرع الأول: التسجيل في حساب المجهول

تعد عقارات مجهولة المالك أو الحائز تلك العقارات التي لا يتمكن أعوان فرقة المسح من تحديد مالكيها أو حائزها وتبقى غير معروفة أي مجهولة، يتم تقييد ذلك في وثائق يودعونها لدى المحافظة العقارية، أين يقوم المحافظ العقاري بتسجيل العقار مجهول المالك ويرقمه ترقيما مؤقتا لمدة سنتين حتى يمكن كل ذي مصلحة المطالبة به، وعند انقضاء هذه المدة يسجل لفائدة الدولة ولحسابها في حالة عدم المطالبة به<sup>4</sup>.

إذا تم تقديم طلب تسوية لمديرية الحفظ العقاري فإن هذه الأخيرة تقوم بتفعيل إجراءات التحقيق العقاري للبت في طلب التسوية بالطرق القانونية، وذلك بناءً على ما تم تقديمه لها من وثائق ومستندات، وغالبا ما تكون طلبات التسوية خارج الأجل أو أن الوثائق المقدمة لا تفيد بان الحيابة تعود إلى وقت قديم، كما يتسنى لبعض مديريات الحفظ العقاري تطبيقه في مثل هذه الحالة، فإنه عادة ما يتم توجيه أصحاب

هذه العقارات إلى القضاء بعد تبليغه بقرار رفض التسوية وهذه الوضعية خلقت عدة إشكالات أمام المحاكم الإدارية والتي غالباً ما تبقى بدون حلول<sup>5</sup>.

في حالة عدم تسجيل أي طلب للتسوية خلال مدة السنتين من الترقيم المؤقت، فإن المحافظ العقاري يتولى تسجيل العقار باسم الدولة، إلا أن الإشكال الذي يبقى مطروحاً هو حالة ظهور المالك أو الحائز بعد مضي المدة وقد تم تسجيل العقار باسم الدولة، سواء كان هذا الشخص يملك سندات رسمية أو عرفية ثابتة التاريخ، فالسؤال المطروح ما هو الحل القانوني لهذه الإشكالية؟ لاسيما وأن النزاع قائم بين شخص طبيعي وهو مالك العقار من جهة وبين الدولة مالكة العقار التي تمثلها مديرية أملاك الدولة، في ظل هذا الإشكال القانوني يبقى القضاء الإداري يعالج هذه الحالات التي كان في غنى عنها لو قامت لجان المسح بدورها على أحسن وجه.

#### الفرع الثاني: تسجيل أراضي الغير في حساب الدولة

من الإشكالات العملية التي تُطرحُ يومياً على مرفق القضاء تلك الأخطاء التي ترتبها فرق المسح بمناسبة عملها إذ تكثر تلك القضايا التي تتعلق بأراضي خواص تم تسجيلها لحساب الدولة لا لشيء إلا أنها بيضاء أو شاغرة ولا توجد بها مظاهر الحيازة أو أنها لا تكفي كدليل للحيازة<sup>6</sup>.

في غالب الأحيان نجد بأن أصحاب هذه العقارات يحوزون وثائق عرفية لها حجية قانونية كما قد تكون في بعض الحالات مشهورة باسم أصحابها في ظل نظام الشهر الشخصي كعقود الشهرة وشهادات الحيازة، وهو الأمر الذي يحتم على أصحابها المطالبة بها أمام القضاء الإداري في مواجهة إدارة أملاك الدولة التي تحتج في العديد من قضاياها بأن الأرض بيضاء أو أنها تمتلكها بقوة القانون؟.

ومما لا شك فيه أن القضاء الإداري يختص بهذه المنازعات باعتبار أن الأمر يتعلق بمنازعة ترقيم نهائي باسم الدولة.

حيث أن هذا النزاع في الغالب وقبل الفصل فيه يتم تعيين خبير لكي يطابق وثائق الأطراف على أرض الواقع وفي الأخير يلغى الترقيم ويسجل العقار باسم صاحبه متى تأكدت الحيازة القانونية للمدعي، وهو الأمر الذي يزيد من إثقال كاهل القضاء وتحميله قضايا كان الأجدر أن لا تطرح إطلاقاً لو أتقنت عملية المسح العقاري أو أن تُحلّ بآليات إدارية بإتباع إجراءات تسوية دون اللجوء لرفع الدعاوى الإدارية.

وكنتيجة لذلك نخلص إلى أنه كلما كانت عملية المسح العقاري دقيقة ومجدية كلما قلت النزاعات وخف العبء على مرفق القضاء.

المطلب الثاني: الحلول الممكنة لإشكالات عملية المسح

بعد قيامنا بعرض الإشكالات العملية المتعلقة بالكثير من القضايا التي تُرْفَعُ أمام القضاء كان الأجدر حلها وديا دون إثقال كاهل القضاء بها، سنتناول في هذا المطلب بعض الحلول التي يمكن اتخاذها قبل اللجوء للقضاء أو من خلال تخصيص جهة قضاء معينة للفصل في هذه الدعاوى وتفصيل ذلك من خلال ما يلي:

#### الفرع الأول: حلول الإشكالات إداريا

لقد تبنى المشرع اللبناني بعض الحلول التي نراها جد مناسبة وحقيقة تقلل عدد القضايا التي سترفع أمام القضاء نتيجة النزاعات العقارية التي تثور بين الحائزين، ومن بين هذه الحلول أنه خوّل للقاضي المكلف بعملية المسح الحق في الفصل في النزاعات المثارة بين أصحاب الحقوق العينية العقارية دون اللجوء للقضاء ويكون ذلك بموجب حكم قضائي نهائي أو أولي حسب الحالة.

لقد أطلق المشرع اللبناني على القاضي المكلف بعملية التحديد والتحرير بالقاضي التمهيدي الذي يساعده في الخروج الميداني مساح أو خبير عقاري، وبالتالي فلجنة التحديد والتحرير لها دور إيجابي وفعال في حل هذه النزاعات والإشكالات التي تثور بمناسبة هذه العملية.<sup>7</sup>

لكن المشرع الجزائري لم يُفَعِّل الدور الحقيقي للجنة المسح التي يرأسها قاض متخصص في المجال العقاري يعين من طرف رئيس الجهة القضائية كما تتكون من ممثل عن أملاك الدولة والحفظ العقاري والخبراء العقاريين والموثقين وغيرهم من الأعضاء الفاعلين وذوو الكفاءات العالية الذين بإمكانهم مساعدة القاضي في تكوين قناعاته وحل هذه النزاعات التي تثور أثناء عملية المسح العام للأراضي.<sup>8</sup>

إن لجنة المسح بالرغم من أنه يرأسها قاضٍ إلا أنها لا يمكنها الفصل في أصل الحق العيني المتنازع فيه ويقتصر دورها في مسالة الحدود فقط وإذا لم يتوصلوا إلى مصالحة الأطراف المتنازعة فان الحدود تبقى مؤقتة وما على الطرف المعترض إلا اللجوء إلى القضاء المختص في أجل 03 أشهر.

إن اللجنة وبالرغم من تشكيلتها شبه القضائية إلا ان قراراتها لا تكون نافذة إلا بعد مصادقة الوالي المختص اقليميا وهو ما يؤدي الى تقزيم دورها وعدم فعاليتها في حل الإشكالات والاعتراضات.

#### الفرع الثاني: حلول الإشكالات قضائيا

إن الاختصاص القضائي له دور جد فعال في إيجاد حلول نهائية للمنازعات العقارية المثارة من طرف الخصوم.

إن الكثير من التشريعات المقارنة أخذت بمسالة التخصص القضائي بحيث أسندت المنازعات العقارية إلى المحكمة العقارية، وبالتالي متى كان القاضي متخصصا سيكون حكمه مفيدا أكثر من الناحية العملية والخبرة المكتسبة تراكميا في نفس المجال والتي تنعكس حتما على طبيعة معالجته للنزاعات المرفوعة أمامه.<sup>9</sup>

ان الكثير من الدول أسندت إعادة النظر في الترقيمات العقارية لقاضي المحكمة العقارية التي يقع العقار محل المنازعة في دائرة اختصاصها الإقليمي بغض النظر عن أطراف الدعوى وهذا الأمر لا يأخذ به المشرع الجزائري لاعتماده المعيار العضوي لتحديد جهة الاختصاص القضائي انطلاقا من نص المادة (800) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>10</sup>، وبالتالي قد يعرض نزاع أمام القاض الإداري يتعلق بإلغاء ترقيم عقاري مؤقت أو نهائي، وفي مثل هذه الدعاوى يتقمص القاضي الإداري ثوب القاضي العادي العقاري لأنه في غالب الأحيان يقضي وقبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير عقاري للتأكد من الحيازة باعتبارها واقعة مادية يمكن اثباتها بكل الطرق القانونية وهذا ما كرسه مجلس الدولة في العديد من قراراته المتواترة.

لذلك فإن تخصص القضاة من خلال تخصص المحكمة سوف يؤدي إلى صدور أحكام فاصلة في النزاع تُرْجِعُ الحقوق لأصحابها، وبالتالي يبقى القاضي الإداري في صميم اختصاصه وهو حمايات الحقوق والحريات العامة وفحص مدى المشروعية دون أن يضطر الى تقمص ثوب القاضي العقاري .

#### الخاتمة

في نهاية هذه الورقة البحثية نخلص إلى أنه يجب تفعيل الآليات الإدارية الإجرائية التي من شأنها حل عديد النزاعات والخصومات عوض ترك الأمر برمته إلى القضاء ليفصل فيه بأحكام قضائية قابلة للاستئناف، فالقضاء مهمته الجوهرية هي حماية الحقوق والحريات من كل اعتداء أو سلب أو تعدي. لقد تطرقنا لبعض التشريعات المقارنة التي حوّلت مهمة الفصل في كثير من النزاعات إلى بعض الهيئات الإدارية المتخصصة لتفادي إثقال كاهل القضاء بمنازعات يمكن تسويتها إداريا من خلال معاينة ميدانية لأعضاء هذه الهيئة.

كما توصلنا إلى أن مسألة تخصص القاضي لها انعكاس مباشر على الأحكام القضائية وبالتالي فإن هذا الأمر سيؤدي حتما إلى فض النزاعات وإعطاء كل ذي حق حقه، كما يؤدي إلى إلمام القاضي بكل المستجدات التي تصدر في شأن التخصص لأن القاضي لا يمكنه استيعاب كل أنواع الدعاوى القضائية طالما أن سلطة التعيين فوقه، فالיום يكون القاضي في القسم الجزائي ثم ينتقل إلى القسم التجاري أو شؤون الأسرة أو الاجتماعي وغيرها من الأقسام، فهذا الأمر لا يؤدي إلى تراكم المعلومات والخبرات بل تشتت قدرات القاضي مما ينعكس سلبا على الأحكام القضائية.

الهوامش:

1 المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر عدد 1976/30، المعدل والمتمم لا سيما بالمرسوم التنفيذي 92/134 المؤرخ في 07/04/1992، جر عدد 1992/34، والقانون 11/17 المؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر عدد 2017/76،

- 2 تتضمن المادة 16 من المرسوم 63/76 المذكور سلفا حكما يقضي بعدم إمكانية الطعن في التقييم النهائي إلا أمام القضاء وذلك ما يضعف القوة الثبوتية للدفتر العقاري.
- 3 عمار بوضياف، المسح العقاري وإشكالاته القانونية، مقال منشور بمجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، العدد التجريبي الصادر عن المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة أفريل، 2006، ص ص 49-50.
- 4 التعليم رقم 16 المؤرخة في المؤرخة في 1998/05/24 المتعلقة بسير عمليات مسح الأراضي والتقييم العقاري، الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية.
- 5 حوينق عثمان، إشكالات العقارات المسوَّحة والمسجلة في حساب المجهول وطرق تسويتها، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة الشهيد حمه لخضر، العدد، 02 جوان، 2018، ص 766.
- 6 حيث يرجع أعوان فرق المسح إلى تسجيل الأراضي الشاغرة باسم الدولة إلى نص الأمر 102/66 المؤرخ في 1966/05/06، المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة للدولة، ج ر عدد 1966/36، ويتعلق الأمر في هذه الحالة بتلك الأراضي التي لا تظهر عليها آثار الحيابة المادية وفي حالة عدم المطالبة بها من طرف الغير.
- 7 عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص 61.
- 8 ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، باش جراح، الجزائر، ص 48.
- 9 بدوي حنا باشا، الملكية العقارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، صيدا، لبنان، 2009، ص 186.
- 10 القانون (09/08) المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر عدد 2008/21.

## دور القاضي الإداري في تطبيق المعاهدات الدولية-دراسة مقارنة-



د/ مرغني حيزوم بدر الدين  
جامعة الشهيد حمه لخضر بالوادي  
د/ زرقان وليد  
جامعة سطيف 2

\*\*\*\*\*

### مقدمة

تعتبر المعاهدات الدولية الوسيلة الأبرز على الساحة الدولية لتقوية ودعم الروابط بين مكونات المجتمع الدولي، فهي تحتل وتتبوأ مركز الصدارة في مصادر القانون الدولي العام، هذا الأمر انعكس على القانون الداخلي بشئ من الصراع في العلاقة بين القانون الداخلي والقانون الدولي عند ادماج هذا الأخير في النظم الوطنية بين نظرتي وحدة أو ازدواجية القانون هذا الأمر نضمه المشرع الجزائري في المادة 150 من الدستور بسمو الاتفاقية على التشريع الداخلي وادماجها تلقائياً في التشريع الداخلي وتصبح ملزمة للقضاء والتي تقابلها المادة 55 من الدستور الفرنسي، غير ان لهذا الدمج مجموعة من الإشكاليات التي تطرح عند ممارسته للمعاهدات الدولية بداية من رقابة القضاء الإداري على المراحل السابقة للتنفيذ، وكذا عند امكانية التكبيح المباشر للاتفاقية أو عند غموض احكامها وغيرها من المهملات القانونية التي يتوجب الوقوف عندها لنطرح الإشكال التالي: في ما يتمثل دور القضاء الإداري في مسألة تطبيق المعاهدات الدولية؟

### أولاً: دور القاضي الإداري في مراقبة إجراءات التوقيع والتصديق والنشر

تعتبر إجراءات التوقيع والتصديق والنشر من أهم الإجراءات التي بمقتضاها تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ وتدخل بمقتضاها النظام القانوني الوطني، وهنا بالنظر لتعدد النظم القانونية فقد أثارته هذه المسألة الكثير من الجدل والإشكالات القانونية بين من يؤيد ومن يعارض رقابة القضاء الإداري الداخلي على الأعمال الخارجية للدولة والتي تصبغ في معظمها بصيغة السيادة.

وهنا وحسب التعديل الدستوري الأخير في الجزائر لسنة 2016 فإن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها تسمو على القانون، غير الاشكال الذي يبرز هنا أنه ومن خلال التمعن في مواد الدستور بداية من المادة 150 التي أقرت هذا المبدأ، ومروراً بكل المواد نلاحظ بأنها قد صنعت المعاهدات في منزلة بين الدستور والقانون، وبالتالي فإن هذه المعاهدات لا تسمو على الدستور الذي من شأنه أن يضع أي قيود أو شروط يجب توافرها في المعاهدات قبل اتخاذ في المنظومة القانونية الداخلية للدولة.

كذلك فإن إمكانية فرض رقابة من قبل القضاء الإداري على المعاهدات الدولية من شأنه أن يتعارض مع مبدأ السيادة وأعمال السيادة التي تباشرها الدولة ويمنع على القاضي الإداري الخوض فيها، ورغم عدم وجود حصر لأعمال السيادة التي يمكن أن تباشرها الدولة في الدستور، غير أن القضاء الفرنسي كان أكثر وضوحاً في هذه المسألة حين أصدر في 18 ديسمبر 1998 قراراً حول لمجلس الدولة رقابة إجراءات التصديق التي تباشرها السلطات في الدولة من أجل ادماج هذه المعاهدات والاتفاقيات الدولية في النظام الداخلي للجمهورية، حيث أنه بموجب هذا القرار توسع اختصاص القاضي الإداري الفرنسي من مجرد التحقق من وجود الاتفاقية إلى مراقبة مدى قانونية وشرعية إجراءات التوقيع والتصديق عليها وفي ذلك تأكيداً للتزام التام بين سمو المعاهدة على ما يسبقها وما قد يلحقها من قوانين داخلية من جهة مع شرعية وقانونية إجراءات التصديق عليها من جهة أخرى وذلك عملاً بنص المادة 55 من الدستور الفرنسي لسنة 1998<sup>1</sup>.

وفي هذا النوع من الرقابة فإن القاضي الإداري عند فحصه لإجراءات التوقيع والتصديق لإدماج المعاهدة في النظام القانوني الداخلي للدولة، فإن دوره لا يتعلق بإبطال تلك الإجراءات ولكن يقتصر على استبعاد تطبيق تلك الأحكام على النزاع المعروض أمامه، معللاً ذلك بعدم صحة هذه الإجراءات وحتى لو أدى ذلك إلى تحميل الدولة المسؤولية الدولية عن خرق التزام دولي والدخول في دائرة التصديق الناقص، وهنا لا يبقى أمام الدولة سوى إعادة إجراءات التصديق على المعاهدة إلى طرح القضاء الإداري باستبعادها<sup>2</sup>.

أما في ما يتعلق بدور القضاء الإداري بمراقبة نشر أحكام الاتفاقيات فإن هذه المسألة تثير إشكالات أكبر من تلك المثارة في مسألة التوقيع والتصديق، ذلك أن الدستور الجزائري لم يتعرض إطلاقاً لمسألة نشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية قصد إدراجها في القانون الداخلي حيث أن المادة 150 ذكرت التصديق ولم تذكر النشر.

وهنا نلاحظ بان المجلس الدستوري قد تصدى لهذه المسألة حيث توسع في هذا المسألة وأضاف شرط النشر للاتفاقية بعد التصديق عليها لأجل أن تدخل ضمن النظام القانوني للدولة وذلك بموجب قراره الصادر في 20 غشت 1989 بقوله: "ونظراً لكون أي اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها تندرج في النظام القانوني الوطني وتكتسب بمقتضى المادة 3123 من الدستور وتخول لكل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"<sup>4</sup>.

وهنا نلاحظ ان المجلس الدستوري قد أضاف شرط النشر للاتفاقية بعد التصديق عليها من أجل أن تدخل حيز النفاذ، وهو شرط غير موجود في كل الدساتير الجزائرية المتعاقبة، لذا فقد كان من الأحسن للمشرع الدستوري أن يضيف هذا الشرط في التعديلات الدستورية المختلفة التي عرفتها الجزائر والتي كان آخرها في 2016 وذلك توضيحاً لأي لبس في هذا الموضوع.

## ثانياً: دور القاضي الإداري في التطبيق المباشر للاتفاقية

يقصد بالتطبيق المباشر للاتفاقية أو التطبيق التلقائي أو التطبيق الذاتي إمكانية أن تتضمن نصوصاً قانونية تقبل التطبيق بذاتها أمام القاضي الإداري الوطني والاحتجاج مباشرة بها أمامه دون الحاجة إلى إصدار تشريع آخر أو إجراء مسبق يكملها أو يزيد عليها تحديداً، بمعنى أن تكون محددة و واضحة وتسمح بتطبيقها مباشرة ويطلق عليها عادة المعاهدات النافذة بذاتها.

والملاحظ على هذا النوع من المعاهدات أنه نادراً ما تكون كل نصوصها قابلة للتطبيق الذاتي، فهي تضم إلى جانب القواعد الملزمة للقانون الداخلي قواعد أخرى تخاطب الأجهزة القائمة على العلاقات الخارجية للدولة، علاوة على أن صياغة

المعاهدة في مفرداتها لا تكون عادة بدرجة الدقة التي تصاغ بالقوانين الداخلية للدولة كون المعاهدة عبارة عن محاولات توفيقية لمواقف متعارضة لمجموعة من الدول حول موضوع معين<sup>5</sup>.

وعند الخوض في مسألة التطبيق الذاتي للقاضي الإداري لنص الاتفاقية فان الفقه هنا انقسم الى اتجاهين، فيرى الأول منهما بأن مسألة التطبيق الذاتي للاتفاقية تكون عندما تمنح أحكامها حقوقا وواجبات للمتقاضين، أما الرأي الآخر فيرى بأنه يمكن أن تطبق المعاهدة في القانون الداخلي بدون تدخل الدولة وذلك بمجرد تصديقها على الاتفاقية الذي يعتبر كافيا لاقوة الإلزامية، حيث يساير هذا الرأي العمل التطبيقي للقانون الدولي الذي يعتبرها نافذة بذاتها.

غير أنه في هذه المسألة هناك من يميز بين التطبيق المباشر والتطبيق الفوري للمعاهدة وترك مسألة التمييز بينهما للقاضي الإداري الوطني رغم صعوبة المهمة، كون ذلك يؤدي الى تفسير نية الأفراد، وبالتالي فالمعاهدة ذات التطبيق المباشر يجب أن تكون نية عاقدتها قد اتجهت الى أن يتولد عليها في القانون الداخلي حقوق لمصلحة الأشخاص والذين يمكن لهم مطالبة السلطة أو الحكومة أو المحاكم بتطبيقها، وهنا على الدولة العودة الى ما أخذ به دستورها في العلاقة بين النظام القانوني الداخلي والدولي، فإذا كانت الدولة فتحت نظامها القانوني الداخلي على القواعد الدولية فإن المعاهدة ليست بالضرورة قابلة للتطبيق المباشر ولا تكون لها صفة التطبيق الذاتي إلا اذا احتوت على شرطين أساسيين.

الأول ذاتي متمثل في نية الأطراف المتعاقدة منح المعاهدة قابلية التطبيق المباشر<sup>6</sup>.

و أما الشرط الثاني فهو الشرط الموضوعي لمسألة قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة و هو كنتيجة للشرط الذاتي، بمعنى نية الأطراف في التطبيق المباشر للمعاهدة والمطالبة بتطبيقها أمام المحاكم متى اقتضى الأمر ذلك، مع مراعات ضرورة أن تحتوي المعاهدة على نصوص واضحة ومحددة ولا تتطلب في تطبيقها إجراءات داخلية أو دولية.

وعند البحث في ممارسة القضاء الإداري في الجزائر لمسألة التطبيق المباشر للمعاهدة فإن غياب الأحكام القضائية يصعب من معرفة كيفية معالجة القضاء الإداري أو حتى العادي لمسألة قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة، خصوصا أن المشرع الجزائري لم يميز بين المعاهدات القابلة للتطبيق المباشر من غيرها.

وهنا نلاحظ بأن القضاء الجزائري رفض في العديد من المناسبات تطبيق أو الخوض في اتفاقيات ايفيان الموقعة بين الجزائر وفرنسا، كونها تعني العلاقات الدبلوماسية الجزائرية الفرنسية، وأنها قانون للدولتين وليس لمواطنين أو أشخاص كما أنها لم تنشر في الجريدة الرسمية<sup>7</sup>.

غير أننا هنا نشير الى أن المجلس الدستوري الجزائري وفي قرار له صدر سنة 1989 عند طرح مسألة قابلية التطبيق المباشر للمعاهدة قال بأنه: "ونظرا لكون أي اتفاقية دولية بعد المصادقة عليها تخول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية"، حيث يتيح هذا القرار للقضاء العادي أو الإداري مسألة التمييز بين المعاهدات القابلة للتطبيق بذاتها والمعاهدات غير القابلة لذلك وهذا عندما تطرح هذه المسألة أمامه.

غير أن الأمر هنا يبدو أكثر وضوحا بالنسبة للقضاء الإداري بفرنسا، والذي اعترف على سبيل المثال بالأثر المباشر لبعض المعاهدات الدولية، حيث اعترف بهذا الأثر بالنسبة للعهد الدولي المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية، ورفض الاعتراف بهذا الأثر بالنسبة للعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، كونه جاء بعبارات غامضة ورمادية في شكل أهداف مرجوة التحقيق، وهنا يجب فحص المعاهدات وموادها حالة بحالة ما إذا كانت البنود التعاقدية جاءت بشكل دقيق وكاف لتصبح قابلة للتطبيق المباشر.

هذا الأمر دفع مجلس الدولة الفرنسي للتراجع في بعض الأحيان ويعترف بالأثر المباشر لبعض مواد الاتفاقيات، من قبيل قراره الصادر في فيفري 2004 تحت رقم 358992 ليعترف فيه بالأثر المباشر للمادة 24 من الميثاق الأوروبي ومع ذلك لم يعترف لكل أحكام الميثاق بنفس الأثر، وهنا فقد أكد هذا القرار على أن: " بنود المعاهدة أو الاتفاقية الدولية المدرجة نظاميا في النظام القانوني الداخلي وفقا للمادة 55 من الدستور يمكن الاستفادة منها واثارة تطبيقها سواء بطلب ابطال عمل اداري أو استبعاد تطبيق قانون لا يتوافق مع القاعدة القانونية الدولية، وبالنتيجة فإن القواعد عندما تنشأ حقوقا للأفراد يمكنهم مباشرة تعليمها، وباستثناء حالة المعاهدات التي أعلنت فيها محكمة العدل للاتحاد الأوروبي اختصاصها المانع لتحديد أثرها المباشر، فبنود أي اتفاقية دولية يتعين على القاضي الإداري أن يقر لها بالأثر المباشر بعد مراعات النية الصحيحة للأطراف المتعاقدة وللإقتضاء العام للمعاهدة المثارة، وبالنظر كذلك لمضمونها ومصطلحاتها عندما لا يكون هدفها الحصري هو تنظيم العلاقات بين الدول ولا تحتاج لتدخل أي عمل قانوني مكمل لتوليد آثارها تجاه الخواص، كما أن غياب أحد الآثار يمكن استنتاجه من الظرف الوحيد بالقول أن البند يخاطب الدول المتعاقدة كأطراف في الالتزام الذي ينص عليه".

كذلك فمجلس الدولة الفرنسي قام في سنة 2012 في قراره الشهير المعروف بـ GISTI الصادر في 12 أبريل 2012 والمتعلق بإبطال المرسوم 908-2008 المتعلق بشروط البقاء في الاقامات للمستفيدين من حق السكن بالنسبة للأجانب، فإن المجلس هنا أقر بعدم شرعية المرسوم الأخير واعتبر بأن الاحكام المثارة من الاتفاقية الدولية للعمل رقم 97 الصادر في 01 جويلية 1949 كافية للتطبيق بحد ذاتها وبصفة مباشرة، والرسوم المبطل لا يتوافق مع أحكام هذه الاتفاقية، وبهذا يكون مجلس الدولة في هذا القرار قد أعطى لمفهوم الأثر المباشر للمعاهدات الدولية بعدا أكثر تحرا<sup>8</sup>.

وفي الولايات المتحدة أوضح تقرير صدر في سنة 1994 بأنه يجوز للقاضي الإداري التطبيق المباشر للمعاهدات المتعلقة بحقوق الانسان، ويمكن للأشخاص المطالبة بالتطبيق المباشر للمعاهدة أمام المحاكم الداخلية وبدون صدور قانون داخلي لتطبيقها<sup>9</sup>.

أما في بلجيكا فان الأمر متروك للمعاهدة الدولية لتوضيح مدى إمكانية تطبيقها المباشر، فاذا لم تتضمن ضمن أحكامها أي إشارة الى هذه المسألة فان القاضي الإداري هو الذي يقرر ما اذا كانت المعاهدة أو بعض احكامها قابلة للتطبيق المباشر، وكمثال لذلك فقد حكمت محكمة النقض البلجيكية سنة 1984 عند البحث في إمكانية تطبيق العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والذي لم توضح أحكامه إمكانية تطبيقها المباشر، بأن المادة التاسعة الفقرة الثانية لها اثر مباشر على الأشخاص، وبالتالي إمكانية تطبيقها المباشر ومنذ ذلك الحين حكمت ذات المحكمة بعدة أحكام اخرى مشابهة<sup>10</sup>.

### ثالثا: دور القاضي الإداري في تفسير المعاهدات الدولية

تعتبر مسألة تفسير المعاهدات الدولية من الأهمية القصوى بما كان من أجل تحديد المعنى الذي قصدته، كون بعض المعاهدات لها نص ضمني يحتمل معنيين أو أكثر، أو الصياغة التي تحتمل الفهم على وجهين مختلفين أو لوجود ظروف أو أوضاع مستجدة تؤدي إلى اثارة الخلاف بين الأطراف المتعاقدة حول الحقوق والواجبات، ومن ثم لا بد من اللجوء للتفسير لتحديد المعاني التي قصدتها الاتفاقية.

وهنا فقد ثار خلاف فقهي حول مدى جواز قيام القاضي الإداري بتفسير نصوص الاتفاقية، فيرى الفريق المنكر والمعارض بأن القاضي الإداري لا يجوز له تفسير المعاهدات باعتبار أن ابرامها هو عمل حكومي أو سياسي، وبالتالي فمن قام بهذا العمل له حق تفسيره وعليه لا يمكن للقاضي الإداري الخوض في تفسير مسألة المعاهدات<sup>11</sup>.

وأما الرأي الثاني فيرى بإمكانية تصدي القضاء الإداري لمسألة تفسير المعاهدات الدولية انطلاقاً من اعتبار إبرام المعاهدات الدولية ما هو العمل التشريعي يمكن للقاضي تفسيره شأنه شأن كل تشريع، وإذا كانت المحاكم المختصة بالإنفاد المباشر للمعاهدة الدولية فإنها على سبيل القياس المختصة كذلك بتفسير هذه المعاهدة إذا كان هذا التفسير ضروري لحل المنازعات، وهنا نميز بين المعاهدات ذات الطابع العام والتي تتناول مواضيع تتعلق بالمصالح العليا للدولة كمعاهدات الدفاع والبحار... الخ والمعاهدات التي تتضمن حقوقاً خاصة بالأفراد كمعاهدات تنفيذ الأحكام وتنازع القوانين... الخ.

وعند البحث في أدوار القضاء الإداري نجد أن القاضي الإداري في فرنسا يختص بتفسير المعاهدة التي تكون نصوصها واضحة، أما إذا ما تبين له بان النصوص المعنية بالتفسير تتطلب تفسيراً فإنه يطلب ذلك من وزارة الخارجية ويوقف الفصل في الدعوى إلى أن يصل إليه التفسير من وزارة الخارجية للنصوص المراد تفسيرها، رغم أن ذلك لم يمنع مجلس الدولة وفي بعض الحالات الاستثنائية من التصدي للتفسير بل و أخذ تفسيراً مخالفاً لتفسير وزارة الخارجية كتفسير المادة 20 من معاهدة الصداقة التشيلية الفرنسية الخاصة بالحصانات القنصلية، والمادة 40 من معاهدة بروكسل لسنة 1910 والمتعلقة بالمساعدات البحرية<sup>12</sup>.

غير أن هذا الأمر تغير جذرياً بعد اعتراف مجلس الدولة الفرنسي للقاضي الإداري بحق تفسير المعاهدات الدولية دون الرجوع إلى وزارة الخارجية مثلما سارت عليه العادة، وذلك في قراره الشهير GISTI الصادر في 29 جوان 1990 حين طالبت جمعية توعية مساندة للعمال المهاجرين بالغاء منشور أصدره وزير الشؤون الاجتماعية والتكافل الوطني في 14 مارس 1986، والمتعلق بأوضاع وانتقال وتوظيف وإقامة الرعايا الجزائريين وعائلاتهم بفرنسا، حيث تصدى هنا مجلس الدولة الفرنسي لدراسة ملف القضية وفسر نصوص الاتفاقية المبرمة بين الجزائر وفرنسا والمتعلقة بهذا الموضوع وأهمها اتفاقيات 1968، 1978 و 1979 دون أن يحيل الأمر إلى وزارة الخارجية كما جرت العادة، وانتهى في حكمه إلى عدم وجود تعارض بين هذه الاتفاقيات والمنشور الوزاري، حيث ينظر إلى هذا الحكم مثل سابقة قانونية وله أهمية بالغة كونه أخرج مسألة تفسير المعاهدات من دائرة أعمال السيادة ولم يعد التفسير الحكومي فيها واجب الطلب والاتباع ولم تعد له حصانة تحميه ضد الطعن القضائي ان تجاوز حدود السيادة<sup>13</sup>.

أما في الجزائر ومن خلال التمعن في مختلف المراسيم التي منحت حق تفسير المعاهدات إلى جهات مختصة، فإننا نجد المرسوم 54/77 الصادر في 1 مارس 1977 والذي نص في المادة 9 منه على أن: " تختص وزارة الخارجية بتأويل المعاهدات واتفاقيات البروتوكولات والتسوية الدولية، كما أنه من بين اختصاصاتها وحدها بعد أخذ رأي الوزارات المعنية أن تقترح تأييد هذا التأويل لدى الحكومات الأجنبية والمنظمات والجهات القضائية، ويحق لها أن تدلي بتأويل هذه النصوص أمام المحاكم الوطني"، والملاحظ هنا ان المادة استعملت مصطلح التأويل الذي يدل معناه إلى إرجاع الشيء إلى أوله، ولم تستعمل مصطلح التفسير الذي يعني تحديد النصوص كما أنها لم تمنح المحاكم أي اختصاص لتفسير المعاهدات<sup>14</sup>.

ذات الأمر سار عليه المرسوم 249/79 الصادر في 1 ديسمبر 1979 والمرسوم 165/84 في 14 جويلية 1984 والمرسوم 359/90 في 10 أكتوبر 1990، والمرسوم 403/02 في 26 نوفمبر 2002، حيث أن الملاحظ بأن عملية التفسير في الجزائر تختص بها الحكومة الممثلة في وزارة الخارجية حصراً دون غيرها من الجهات، والقاضي مجبر على طلب التفسير منها كون وزارة الخارجية في العادة هي من تبرم المعاهدات، وبالتالي هي من تملك المعلومات الكافية عنها وكذا لعدم التعارض بين التفسير الحكومي والتفسير القضائي الإداري رغم أن القانون الدولي وخصوصاً اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لم تنص على الجهة الداخلية المختصة بالتفسير، وهنا يطرح الإشكال في ظل المبدأ الدستوري المتعلق بالفصل بين السلطات، فهل يلزم القاضي الإداري الجزائري بالتفسير الصادر عن وزارة الخارجية وهو تساؤل يصعب الإجابة عليه في ظل عدم وجود أية سوابق قضائية في هذا المجال.

## رابعاً: القاضي الإداري ومبدأ المعاملة بالمثل

المعاملة بالمثل مبدا قانوني دولي منصوص عليه في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969 بنصها في المادة 60 بأن: " اي خرق مادي لمعاهدة ثنائية من أحد طرفيها يخول للطرف الآخر الاستظهار بوقوع الخرق سببا لانتهاء المعاهدة أو تعليق تنفيذها كلها أو بعضها"، وبالتالي فالمعاملة بالمثل هي حل قانوني بالنسبة للدول المتضررة من خرق المعاهدات الدولية، ولكن يبقى التساؤل هل يحق للقاضي الإداري مراقبة واعمال مبدأ المعاملة بالمثل عند تطبيقه للمعاهدات والاتفاقيات الدولية؟

عند النظر في قرارات مجلس الدولة الفرنسي والمستمدة اساسا في هذا الموضوع من المادة 55 من الدستور فاننا نجد هذه الأخيرة قد ربطت سمو الاتفاقيات الدولية على القانون بمبدأ المعاملة بالمثل، ولتطبيق هذا الشرط على القاضي الرجوع الى وزارة الخارجية كونها الجهة الأدرى بمدى تطبيق المعاهدة بالنسبة للطرف الثاني، فالقاضي هنا لا يعالج مسألة متعلقة بتفسير قاعد قانونية، وانما تتعلق بالبحث في مسائل واقعية على السلطات المختصة اجراء تحقيق بشأنها، ويستثنى من هذا المبدأ المعاهدات المتعلقة بحقوق الانسان والقانون الدولي الانساني، اضافة الى الاتفاقيات المؤسسة للاتحاد الاوروبي، كون الصنفين الاولين من المعاهدات ذات اهمية جوهرية متعلقة بحماية الاشخاص وتحظر اي شكل من اشكال الانتقام ضدهم، وبالتالي كقاعدة عامة دولية يحظر اعمال مبدأ المعاملة بالمثل في هذه المعاهدات.

ومن خلال مفاصة مجلس الدولة الفرنسي نلاحظ انه لم يعتمد معيار القرينة غير القابلة لاثبات العكس، حيث أنه لا يقوم بفحص شرط المعاملة بالمثل من تلقاء نفسه وانما يقوم بذلك في حال ما اذا اثارها الاطراف حينها يحيلها مجلس الدولة الى وزارة الخارجية لتحديد مدى احترام هذا الشرط، وبالتالي فان قرار الفصل في النزاع ليبقى معلقا بقرار وزير الخارجية مما اعتبره البعض انتهاكا لاستقلالية القضاء.

غير ان التحول الابرز في هذا الموضوع كان في قرار مجلس الدولة الصادر في تاريخ 09 جويلية 2010 المتعلق بالسيدة سعاد بن صغير حين صرح مجلس الدولة لأول مرة في تاريخه باختصاصه السيادي المطلق في مراقبة شرط التطبيق المتبادل للاتفاقيات الدولية ضمانا للمحاكمة العادلة دون الحاجة للرجوع الى وزارة الخارجية لاصدار قرار في ذلك، وذهب المجلس الى أن: " عدم تطبيق أحكام الاتفاقية من الطرف الآخر يؤدي فقط الى عدم اعتبار هذا الالتزام سام على القانون، وهكذا فعدم المعاملة بالمثل تجعل منزلة المعاهدة الدولية التي كانت تسمو على القانون تتقهقر في الرتبة فتصبح بذلك قاعدة قابلة لتطبيقها ولكن بدرجة اقل من القانون<sup>15</sup> .

أما في الجزائر فان القضاء الإداري لم يتعرض الى اثاره مسألة المعاملة بالمثل وخصوصا في ظل غياب النص الدستوري، فالمادة 150 من الدستور الجزائري خالفت المادة 55 من الدستور الفرنسي حين لم تتضمن شرط المعاملة بالمثل، وهنا من أين للقاضي الاطلاع على المعاهدات التي لم تنفذ في الخارج كون وزارة الخارجية هي الجهة الوحيدة التي تستطيع معرفة ما اذا طبقت هذه المعاهدة من طرف الدول المتعاقدة، وحتى وإن نص المشرع الدستوري على مبدأ المعاملة بالمثل، فلتطبيق هذا المبدأ لا بد من النشر في الجريدة الرسمية من أجل انتهاء أو التعليق الجزئي للمعاهدة، كما أن المشرع الجزائري لو فرضنا بأنه أخذ بمبدأ المعاملة بالمثل فهل يكون ذلك في التعليق الجزئي أو الكلي أو ينهي العمل نهائيا بالمعاهدة.

ولعل عدم اشتراط الدستور الجزائري لهذا المبدأ خلافا للدستور الفرنسي راجع الى أن المعاملة بالمثل حق دولي تستعمله الجزائر طبقا لما ورد في اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات لسنة 1969، وفي ما يتعلق بتطبيق القاضي الإداري الجزائري لهذا المبدأ فإن الدور هنا يرجع الى وزارة الخارجية لتنشر في الجريدة الرسمية تعليق تطبيق هذه المعاهد كليا أو

جزئيا، وإن تمت العودة للعمل بها فما على وزارة الخارجية سوى اعادة نشر ذلك، وهنا يعلق القاضي الإداري الجزائري تنفيذ العمل بالاتفاقية في الحالة الأولى ثم يعود الى تطبيقها في الحالة الثانية<sup>16</sup>.

## الخاتمة

ختاما لما سبق ومن خلال هذه الدراسة نلاحظ بأن القاضي الإداري لا يمكنه تطبيق الاتفاقيات التي تلتزم بها السلطة التنفيذية الا بعد استيفائها لمجموعة من الشروط، من المصادقة والنشر وكذا قابليتها للتطبيق الذاتي وتفسيرها ومراقبة مدى تنفيذها بالنسبة للطرف الاخر في اطار شرط المعاملة بالمثل، بيد أن الملاحظ بان المشرع الجزائري وعلى عكس المشرع الفرنسي لم يمنح للقاضي الإداري الوطني سلطات واسعة في مجال تطبيق المعاهدات الدولية، وترك هذا الأمر محصور في يد السلطة التنفيذية ممثلة أساسا في وزارة الخارجية كونها الجهة التي أبرمت هذه المعاهدات، وهو ما تجاوزه بأشواط القضاء الإداري في فرنسا استنادا الى استقلالية القضاء وانطلاقا من كون هذا الاخير في استقلالية دستورية عن السلطة التنفيذية ممثلة في وزارة الخارجية، وهو ما مكنه من الخوض في عديد القضايا ذات الطابع الدولي.

## الهوامش:

- 1 - محمد فؤاد عبد الباسط، اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2007، ص 183.
- 2- سفيان عبدلي، سلطات القاضي الوطني في مادة الرقابة على تطبيق الاتفاقيات الدولية، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد الثالث والخمسون، مارس 2017 ص 55.
- 3 - المادة 123 من دستور 1989 أصبحت حرفيا المادة 150 من تعديل 2016.
- 4 - القرار 1 ق، ق، م، د، المؤرخ في 20 غشت 1989.
- 5 - علي عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 1997، ص 18.
- 6- هذا ما توصلت له محكمة العدل الدولية الدائمة في رأيها الاستشاري الصادر في 3 مارس 1928 بين بولونيا ومدينة دانزينغ الحرة.
- 7 - زيوي خير الدين، ادماج المعاهدات الدولية في النظام القانوني الداخلي الجزائري طبقا لدستور سنة 1996، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2003، ص 74، 75.
- 8 - سفيان عبدلي، مرجع سابق، ص 57، 61.
- 2-HRI/CORE/add.49.17Aout 1994.
- 3-HRI/CORE/add.1/REV/6 AVRIL 1995
- 11 - الجدار سعيد، تطبيق القانون الدولي أمام المحاكم المصرية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 142.
- 12 - علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص 92.
- 13 - محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 247.
- 14 - أحمد اسكندري، محاضرات في القانون الدولي العام، المبادئ والمصادر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 95.
- 15 - سفيان عبدلي، مرجع سابق، ص 67، 69.

16- زيوي خير الدين، مرجع سابق، ص 92.

## القضاء الإداري في الجزائر ودوره في حماية حرية الصحافة



د/ رشيد خضير  
جامعة الشهيد حمّـة لخضر-الوادي-الجزائر



### مقدمة

إن حرية التعبير تمثل في ذاتها قيمة عليا لا تنفصل الديمقراطية عنها، وإنما تؤسس الدول على ضوءها مجتمعاتها صوتاً لتفاعل مواطنيها معها، بما يكفل تطوير بنيتها وتعميق حرياتها؛ مثلما يؤكد الاجتهاد القضائي، لذلك أقرّ المشرع الجزائري الدستوري هذه الحرية وكفل لها آليات الحماية، حيث نصت المادة 50 من الدستور أن حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة ولا تُقيد بأي شكل من أشكال الرقابة القبلية.

وقد صدر في الجزائر قانون جديد للإعلام 05-12 أسند مهمّة إنشاء الصحف ومؤسسات الإعلام المختلفة إلى هيئات إدارية جديدة هي سلطة الضبط للصحافة المكتوبة، وسلطة الضبط السمعي بصري، حيث أن هذه الهيئات ملزمة باحترام قواعد الدستور والمبادئ الدستورية المستمدة منها، وخشية لتجاوز الإدارة لحدود المشروعية ومنعاً لتعسفها أو استبدادها، فإن الفقه والقضاء الإداريين يتفقان على ضرورة خضوعها للضوابط والقيود سواء في الظروف العادية أو الظروف الاستثنائية.

من هذا المنطلق تأتي هذه الدراسة لتعالج دور القضاء الإداري في حماية حرية الصحافة.

### المبحث الأول: حرية الصحافة وأهميتها

أصبحت حرية الصحافة تكتسي أهمية بالغة، من خلال الضمانات الدستورية والدولية التي تكفل حمايتها، فالدساتير تعتبر حرية التعبير والصحافة إحدى الحريات الأساسية والعامة، كما أن التشريعات الدولية أكدت على ذلك في نصوصها.

### المطلب الأول: حرية الصحافة ومكانتها من الحريات العامة

تعددت التعريفات الخاصة بحرية الصحافة، ويجمع الفقه الدستوري على أن حرية الصحافة حرية عامة، على اعتبار أن جميع الحريات حريات عامة.

### الفرع الأول: تعريف حرية الصحافة

عرّف الفقيه الفرنسي دوجي حرية الصحافة بأنها " حق الفرد في التعبير عن آرائه وعقائده بواسطة المطبوعات بمختلف أشكالها من كتاب، أو كراسة، أو مجلة، أو جريدة، أو إعلان، دون أن تخضع هذه المطبوعات للإجازة السابقة مع مسؤولية مؤلفها مدنيا أو جنائيا".<sup>1</sup>

وفي تعريف آخر، حرية الصحافة تتمثل في حرية الفرد في التعبير عن آرائه وأفكاره عن طريق الطبع في جميع الموضوعات دون إجازة أو رقابة سابقة، أنها بمعنى أوسع حق الطبع، على أن هذا الحق لا يمكن أن يكون مطلقا وإنما حدد القانون نطاقه.<sup>2</sup>

وعرّفت حرية الصحافة بأنها حرية الأفراد سواء أكانوا منفردين أو مجتمعين في شركة أو حزب أو هيئة في طبع كل ما يشاءون ونشره وإدارة الصحيفة الخاصة بهم أو إنشاء صحيفة جديدة ونشر الأخبار والتعليقات التي يعتقدون أنها موافقة للمصالح العام، مع التسليم للجمهور بحق نشر أفكاره بواسطة الصحافة.<sup>3</sup>

ويحدد الأستاذ فرنسيس بال حرية الصحافة في ثلاث نقاط:<sup>4</sup>

1- حرية الإعلام حرية شرعية يحددها القانون ولا يمكن لأية مؤسسة إعلامية أن تتجاوز القانون ولا نشاط لها إلا داخل الإطار القانوني، فحرية الإعلام ليس معناها الفوضى، وإنما نشاط منتظم يراعي الحدود القانونية.

2- حرية الإعلام تفتضي أن يكون لكل مواطن الحق في إنشاء صحيفة وإنشاء مؤسسة إعلامية، وهذه المؤسسة تخضع للقانون العام.

3- أن الدولة لا تتدخل مباشرة في شؤون الصحافة، وأن الاعانة التي تقدمها الدولة لهذا القطاع يجب أن توزع بكيفية تضمن للضعاف من المؤسسات البقاء والاستمرار نظرا لكون المؤسسة الإعلامية عنصر ناشط يعمل للمصلحة العامة.

التعريفات السابقة لا تخرج عما أوردهته المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789 م، التي جرى نصها على أن " التداول الحر للأفكار والآراء هو حق من حقوق الإنسان المهمة، فيجوز لكل مواطن أن يتكلم ويذيع بصورة حرة مع مسؤوليته عن سوء استعمال هذه الحرية في الحالات التي يحددها القانون".<sup>5</sup>

#### الفرع الثاني: الحريات العامة

يعرف الأستاذ روش الحريات العامة، بأنها الحقوق الأساسية التي تكون في دولة حديثة وليبيرالية، ضرورية للحرية الحقيقية، ويرى الأستاذ جيل لبرتون بأن مصطلح الحقوق الأساسية هو مصطلح أكثر شمولية من مصطلح الحريات العامة<sup>6</sup>، وفي قراره الصادر في 10-11-1984 المتعلق بالمؤسسات الصحفية، والقرار الصادر في 18-01-1985 اعتمد المجلس الدستوري الفرنسي صراحة ولأول مرة تمييزا داخل الحريات العامة معتبرا أن بعض الحريات هي أساسية (Fondamentales) أكثر من الحريات الأخرى، أي أنها أكثر أهمية من غيرها، وبالتالي فهي تتمتع بحماية خاصة لا تتمتع بها الحريات الأخرى.<sup>7</sup>

وقد اختلف الفقه التقليدي والحديث في تقسيم الحقوق والحريات ومكانة حرية الصحافة وحرية التعبير فيها، ومن أبرز التقسيمات في الفقه التقليدي تقسيم العميد دوجي L. DUGUIT، وتقسيم العميد هوريو M. HAURIOU، وتقسيم الفقيه اسمان E. ESMEIN، وهذه التقسيمات تتمثل في الآتي<sup>8</sup>:

- 1- تقسيم العميد دوجي L. DUGUIT يقسم الحريات إلى قسمين:
  - الحريات السلبية
  - الحريات الإيجابية
- 2- تقسيم العميد هوريو M. HAURIOU، يقسم الحريات إلى ثلاثة أقسام:
  - الحريات الشخصية: الحرية الفردية، الحرية العائلية، حرية التعاقد، حرية العمل.
  - الحريات الروحية أو المعنوية: حرية العقيدة، حرية التعليم، حرية الصحافة حرية الاجتماع.
  - الحريات المنشئة للمؤسسات الاجتماعية: الحريات الاجتماعية والاقتصادية، والنقابية، حرية تكوين الجمعيات.
- 3- تقسيم الفقيه اسمان E. ESMEIN يقسم الحريات إلى قسمين:
  - الحريات ذات المحتوى المادي: حريات الأمن، التنقل، الملكية، المسكن، التجارة والصناعة.
  - الحريات ذات المحتوى المعنوي: حرية العقيدة والعبادة، حرية الصحافة.وفي الفقه الحديث قسم جورج بيردو G. BURDEAU الحريات العامة إلى أربع مجموعات رئيسية على النحو التالي:
  - الحريات الشخصية البدنية: حرية التنقل، حرية الأمن، حرية الحياة الخاصة، المسكن والمراسلات.
  - الحريات الجماعية: حق الاشتراك في الجمعيات، حرية الاجتماع، حرية التظاهرات.
  - الحريات الفكرية: حرية الرأي، حرية الفكر، حرية المسرح والسينما، والإذاعة والتلفزيون، حرية التعليم، الحرية الدينية والعقائدية.
  - الحريات الاقتصادية والاجتماعية: الحق في العمل، حرية العمل، حق الملكية، حرية التجارة والصناعة.إن التقسيمات السابقة وغيرها قد اتفقت على اعتبار حرية الرأي والتعبير وحرية الصحافة بمفهومها الواسع ليشمل الإذاعة والتلفزيون من الحقوق والحريات الأساسية سواء كانت كحريات جماعية أو حريات فردية، لما أصبح تمقله الصحافة وتأثيرها على الرأي العام كركيزة من ركائز الدولة الحديثة، وعنصر من عناصر الديمقراطية، وبالتالي حماية حرية الصحافة هو صيانة للديمقراطية وحفاظ على الدولة.

#### المطلب الثاني: حرية الصحافة في الدستور الجزائري والمواثيق والمعاهدات الدولية

أكد الدستور الجزائري والمواثيق والمعاهدات الدولية على أهمية حرية التعبير والصحافة من خلال النصوص التي تضمنت حمايتها وضماداتها.

#### الفرع الأول: حرية الصحافة في الدستور الجزائري

نصّ الدستور الجزائري في عدة مواد على مبادئ تؤسس دستوريا للحريات العامة وحرية الرأي والتعبير بكافة أشكاله، حيث نصت المادة 38 "الحريّات الأساسيّة وحقوق الإنسان والمواطن مضمونة"،

والمادة 42 "لا مساس بحُرمة حرّية المعتقّد، وحرمة حرّية الرّأي"، والمادة "حرّية الابتكار الفكريّ والفنيّ والعلمي مضمونة للمواطن"، والمادة 48 "حرّيات التّعبير، وإنشاء الجمعيات، والاجتماع، مضمونة للمواطن". وجاء التعديل الدستوري الأخير 2016 ليعطي ضمانات جديدة ومعتبرة لحرية الصحافة بإلغاء العقوبة السالبة للحرية، حيث نصت المادة 50 "حرية الصحافة المكتوبة والسمعية البصرية وعلى الشبكات الإعلامية مضمونة ولا تُقيد بأي شكل من أشكال الرقابة القبليّة. لا يمكن استعمال هذه الحرية للمسّاس بكرامة الغير وحرّياتهم وحقوقهم. نشر المعلومات والأفكار والصور والآراء بكل حرية مضمون في إطار القانون واحترام ثوابت الأمة وقيمها الدينية والأخلاقية والثقافية.

لا يمكن أن تخضع جنحة الصحافة لعقوبة سالبة للحرية".<sup>9</sup>

### الفرع الثاني: حرية الصحافة في المواثيق والمعاهدات الدولية

نصت المادة 19 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أنّه "لكلّ شخص حقّ التمتع بحريّة الرأي والتعبير، ويشمل هذا الحقّ حرّيته في اعتناق الآراء دون مضايقة، وفي التماس الأنباء والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى الآخرين، بأية وسيلة ودونما اعتبار للحدود، وفرضت المادة 29 من الإعلان نفسه قيودا على حرية الرأي والتعبير ضمانا لحرّيات الآخرين وحماية لخصوصياتهم وحقوقهم وتنظيما لممارسة حرية الرّأي والتعبير، وتتمثل هذه الضوابط في الآتي:

1- على كلّ فرد واجباتٌ إزاء الجماعة، التي فيها وحدها يمكن أن تنمو شخصيته النمو الحر الكامل.  
2- لا يُخضع أيّ فرد، في ممارسة حقوقه وحرّياته، إلّا للقيود التي يقرّها القانون مستهدفاً منها، حصراً، ضمان الاعتراف الواجب بحقوق وحرّيات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي.

3- لا يجوز في أيّ حال أن تُمارس هذه الحقوق على نحو يناقض مقاصد الأمم المتحدة ومبادئها.  
كما نصت المادة 19 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على ما يلي:<sup>10</sup>

1- لكل إنسان حق في اعتناق آراء دون مضايقة.  
2- لكل إنسان حق في حرية التعبير. ويشمل هذا الحق حرّيته في التماس مختلف ضروب المعلومات والأفكار وتلقّيها ونقلها إلى آخرين دونما اعتبار للحدود، سواء على شكل مكتوب أو مطبوع أو في قالب فني أو بأية وسيلة أخرى يختارها.

3- تستتبع ممارسة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة 2 من هذه المادة واجبات ومسئوليات خاصة. وعلى ذلك يجوز إخضاعها لبعض القيود ولكن شريطة أن تكون محددة بنص القانون وأن تكون ضرورية:

أ- لاحترام حقوق الآخرين أو سمعتهم،

ب- لحماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة.

وأكدت المادة 20 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على:

1- تحظر بالقانون أية دعاية للحرب.

2- تحظر بالقانون أية دعوة إلى الكراهية القومية أو العنصرية أو الدينية تشكل تحريضاً على التمييز أو العداوة أو العنف.

أما الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان فأكدت في المادة 10 على ما يلي:<sup>11</sup>

1- لكل إنسان الحق في حرية التعبير. هذا الحق يشمل حرية اعتناق الآراء وتلقي وتقديم المعلومات والأفكار دون تدخل من السلطة العامة، وبصرف النظر عن الحدود الدولية. وذلك دون إخلال بحق الدولة في طلب الترخيص بنشاط مؤسسات الإذاعة والتلفزيون والسينما .

2- هذه الحريات تتضمن واجبات ومسؤوليات. لذا يجوز إخضاعها لشكليات إجرائية، وشروط، وقيود، وعقوبات محددة في القانون حسبما تقتضيه الضرورة في مجتمع ديمقراطي، لصالح الأمن القومي، وسلامة الأراضي، وأمن الجماهير وحفظ النظام ومنع الجريمة، وحماية الصحة والآداب، واحترام حقوق الآخرين، ومنع إفشاء الأسرار، أو تدعيم السلطة وحياد القضاء.

في حين نصت المادة 13 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان على ما يلي<sup>12</sup>

1- لكل إنسان الحق في حرية الفكر والتعبير، ويشمل هذا الحق حريته في البحث عن مختلف أنواع المعلومات والأفكار وتلقيها ونقلها إلى الآخرين، دونما اعتبار للحدود، سواء شفاهاً أو كتابة أو طباعة أو في قالب فني أو بأية وسيلة يختارها.

2- لا يجوز أن تخضع ممارسة الحق المنصوص عليه في الفقرة السابقة لرقابة مسبقة، بل يمكن أن تكون موضوعاً لفرض مسؤولية لاحقة يحددها القانون صراحة وتكون ضرورية من أجل ضمان:

أ- احترام حقوق الآخرين أو سمعتهم.

ب- حماية الأمن القومي أو النظام العام أو الصحة العامة أو الأخلاق العامة.

3- لا يجوز تقييد حق التعبير بأساليب أو وسائل غير مباشرة، كالتعسف في استعمال الإشراف الحكومي أو غير الرسمي على ورق الصحف، أو تردد موجات الإرسال الإذاعية أو التلفزيونية، أو الآلات أو الأجهزة المستعملة في نشر المعلومات، أو بأية وسيلة أخرى من شأنها أن تعرقل نقل الأفكار والآراء وتداولها وانتشارها.

4- على الرغم من أحكام الفقرة 2 السابقة، يمكن إخضاع وسائل التسلية العامة لرقابة مسبقة ينص عليها القانون، ولكن لغاية وحيدة هي تنظيم الحصول عليها من أجل الحماية الأخلاقية للأطفال والمراهقين.

5- وإن أية دعاية للحرب وأية دعوة إلى الكراهية القومية أو الدينية، واللذين يشكلان تحريضاً على العنف المخالف للقانون، أو أي عمل غير قانوني آخر ومشابهة ضد أي شخص أو مجموعة أشخاص، مهما كان سببه، بما في ذلك سبب العرق أو اللون أو الدين أو اللغة أو الأصل القومي، تعتبر جرائم يعاقب عليها القانون.

أما الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب فنص في المادة 09 على ما يلي<sup>13</sup>

- من حق كل فرد أن يحصل على المعلومات.

- يحق لكل إنسان أن يعبر عن أفكاره وينشرها في إطار القوانين واللوائح.

أما المادة 27 منه فحددت نطاق هذه الحرية في الآتي:

- تقع على عاتق كل شخص واجبات نحو أسرته والمجتمع ونحو الدولة وسائر المجموعات المعترف بها شرعا ونحو المجتمع الدولي.
- تمارس حقوق وحرّيات كل شخص في ظل احترام حقوق الآخرين والأمن الجماعي والأخلاق والمصلحة العامة.

### المبحث الثاني: رقابة القضاء الإداري على حرية إصدار الصحف

يضطلع القضاء الإداري بدور كبير في حماية حرية الصحافة من خلال الرقابة القضائية على رفض تراخيص إصدار الصحف، وكذا الرقابة على الحظر الإداري للصحف.

#### المطلب الأول: الترخيص بإصدار الصحف وفقا لقانون الإعلام 05-12

نصّ قانون الإعلام الجزائري 05-12 على إجراءات إصدار الصحف من قبل سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الهيئة الإدارية المستقلة التي لها صلاحية ذلك.

#### الفرع الأول: تعريف الترخيص بإصدار الصحف وإجراءاته

يتمثل الترخيص في وجوب الحصول على إذن مسبق من الإدارة لممارسة نشاط معين، وفقا لقواعد تنظيمية تحدد شروط السماح بممارسة ذلك النشاط من النواحي الموضوعية والشخصية،<sup>14</sup> كما يعرف الترخيص بضرورة الحصول على إذن مسبق بممارسة النشاط من الجهة الإدارية، أي ممارسة الحرية للإذن السابق يعتبر إجراء صارما نسبيا، ويجد الترخيص تبريره إنما يأتي من ضرورة حماية المجتمع وهو أمر واجب على الإدارة من الأنشطة المضرة بالنظام العام.<sup>15</sup>

ويوجد نوعان من التراخيص؛ ترخيص مقيد وترخيص تقديري، الترخيص المقيد هو الذي يحدد فيه الشروط اللازمة لممارسة الحرية فإذا توفرت هذه الشروط فإن الجهة الإدارية تكون ملزمة بالموافقة على منح الترخيص، أما الترخيص التقديري فهو الذي يمنح فيه المشرع للإدارة في حالة توافر الشروط المتطلبية للترخيص سلطة تقديرية بالموافقة أو الرفض الترخيص، وتمارس الإدارة هذا الاختصاص بشرط عدم الانحراف بالسلطة.<sup>16</sup>

ويتمثل الترخيص قيّدا على ممارسة الحريات، فإذا كان الترخيص من النوع المقيد فإن الإدارة لا تسمح بممارسة الحرية للأفراد إلا بعد التأكد من استيفاء الشروط التي يقررها القانون، وبالتالي يخضع الفرد لسلطة الإدارة بالموافقة أو الرفض، أما إذا كان الترخيص من النوع التقديري فإن الإدارة قد تتعسف في استعمال هذا الحق بحجة المحافظة على النظام العام فتكون الحرية معلقة على مشيئة الإدارة.<sup>17</sup>

#### الفرع الثاني: إجراءات الترخيص بإصدار الصحف

قيّد قانون الإعلام 05-12<sup>18</sup> صدور النشريات بالحصول على الاعتماد-الترخيص- حيث نصت المادة 11 أن إصدار كل نشرية دورية يتم بحرية، يخضع إصدار كل نشرية دورية لإجراءات التسجيل ومراقبة صحة المعلومات، بإيداع تصريح مسبق موقع من طرف المدير مسؤول النشرية، لدى سلطة ضبط الصحافة المكتوبة المنصوص عليها في هذا القانون العضوي، ويسلم له فوراً وصل بذلك.

ونصت المادة 13 أنه بعد إيداع التصريح المذكور في المادتين 11 و12، وتسليم الوصل، تمنح سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاعتماد في أجل ستين (6.0) يوما ابتداء من تاريخ إيداع التصريح، يمنح الاعتماد إلى المؤسسة الناشرة، ويعتبر الاعتماد بمثابة الموافقة على الصدور.

وأورد قانون الإعلام في المادة 12 الشروط الخاصة بالتصريح الذي يودع لدى سلطة الضبط:

- عنوان النشرة وتوقيت صدورها،
  - موضوع النشرة،
  - مكان صدورها،
  - لغة أو لغات النشرة،
  - اسم ولقب وعنوان ومؤهل المدير مسؤول النشرة،
  - الطبيعة القانونية لشركة نشر النشرة،
  - أسماء وعناوين المالك أو الملاك،
  - مكونات رأسمال الشركة أو المؤسسة المالكة لعنوان النشرة،
  - المقاس والسعر.
- كما اشترطت قانون الإعلام أن تتوفر في المدير مسؤول أية نشرة دورية عدة شروط تتمثل فيما يلي:<sup>19</sup>
- أن يحوز شهادة جامعية،
  - أن يتمتع بخبرة لا تقل عن عشر (10) سنوات في ميدان الإعلام بالنسبة للنشرية الدورية للإعلام العام، وخمس (5) سنوات خبرة في ميدان التخصص العلمي أو التقني أو التكنولوجي بالنسبة للنشرية الدورية المتخصصة،
  - أن يكون جزائري الجنسية،
  - أن يتمتع بحقوقه المدنية،
  - ألا يكون قد حكم عليه بعقوبة مخلة بالشرف،
  - ألا يكون قد قام بسلوك معاد لثورة أول نوفمبر 1954 بالنسبة للأشخاص المولودين قبل يوليو سنة 1942.

#### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقرار رفض الترخيص

يعرّف القرار الإداري بأنه إفصاح الإدارة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني متى كان ممكناً وجائزاً قانوناً، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة في المجتمع معينين بصفاتهم لا بدواتهم.

ويتضح من التعريف ان هناك عدة شروط يتعين توافرها في الترخيص لكي يوجد قرار إداري:<sup>20</sup>

1- أن يكون إداريا ويصدر من سلطة إدارية ويعبر عن إرادتها الملزمة: سلطة ضبط الصحافة المكتوبة هي سلطة مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي<sup>21</sup>، فهي سلطة إدارية مستقلة لها سلطة القرار وهي تتمتع بسلطة تنظيمية، وبالرغم من وظيفتها في الرقابة والردع إلا أنها إدارية وليست قضائية، وهذا الشكل من الهيئات يخضع لرقابة القاضي الإداري.<sup>22</sup>

2- أن يكون تنفيذيا: والمقصود بذلك صدوره من سلطة إدارية تمتلك حق إصداره دون الحاجة إلى تصديق سلطة إدارية أعلى<sup>23</sup>، فسلطة ضبط الصحافة المكتوبة هي الجهة الإدارية الوحيدة التي لها صلاحية اعتماد الصحف وهي التي تصدره بناء على نص المادة 13 من قانون الإعلام.<sup>24</sup>

3- يرتب آثارا قانونيا في المركز القانوني: إن رفض الترخيص -اعتماد - الصحف يمسّ بالمركز القانوني لطالب الترخيص، ذلك أن رفض الترخيص يمسّ بحرية الفرد في التعبير عن الرأي من خلال رسائل العلانية وتعطيل في إصدار الصحف.<sup>25</sup>

### المطلب الثاني: الاختصاص القضائي والرقابة على الحظر الإداري للصحف

تعتبر سلطة ضبط الصحافة المكتوبة هيئة إدارية وطنية مستقلة، تخضع قراراتها الإدارية للرقابة القضائية يمكن الطعن فيها أمام الجهة القضائية المختصة.

### الفرع الأول: اختصاص مجلس الدولة في النظر في النزاعات المتعلقة بتراخيص إصدار الصحف

نصت المادة 14 من قانون الإعلام على قرار سلطة الصحافة المكتوبة برفض منح التراخيص واعتمادها يكون قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة.<sup>26</sup>، ونصت المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية"

ونصت المادة 09 من القانون العضوي 01/98 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله المعدل والمتمم<sup>27</sup> على ما يلي: " يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية".

وبالتالي فتن مجلس الدولة هو الجهة المختصة قانونا للنظر في الدعاوى الإدارية التي يرفعها الأشخاص الاعتباريون ضد سلطة ضبط الصحافة المكتوبة في حال رفض هذه منح تراخيص إصدار الصحف، حيث يكون قرار سلطة الضبط بالرفض مبررا، ويبلغ للمعني قبل انتهاء الأجل المحددة وهي ستين يوما من إيداع التصريح بالإصدار.

وأكدت محكمة القضاء الإداري في مصر أن تقييد الحريات العامة التي كفلها الدستور، هو من الأمور المستعجلة التي يصح فيها وقف التنفيذ نظرا لما تنطوي عليه من خطورة، ولأن تقييد الحريات لا يجوز أن يدوم إلى أن يفصل في موضوع الدعوى.<sup>28</sup>

### الفرع الثاني: رقابة القضاء الإداري على حظر الصحف

لا جرم أن رقابة القضاء هي حصن الأفراد ضد محاولات الإدارة للحيلولة دون التمتع بحقوقهم، وهي عون لهم على تجاوز القيود العاتية التي قد تفرضها الحكومة على ممارسة حرياتهم، فالقضاء كان، وما زال الحرس الطبيعي لتلك الحقوق وهذه الحريات<sup>29</sup>.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على الحريات العامة وحق كل شخص في تلك الحريات بشرط عدم الإضرار بالآخرين، فالحرية ليست مطلقة ولكنها مقيدة وفقا للقيود التي يضعها المشرع، ومن ثم وجب تقييدها بالشكل الذي يجعل كل شخص يتمتع بحريته دون الإضرار فيها، كما أكدت المحكمة على حرية الصحافة وعدم جواز تقييدها إلا لحماية النظام الاجتماعي، وفي حدود ما تقتضيه الضرورة لحماية المجتمع<sup>30</sup>.

أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية أن تقييد الحريات العامة التي كفلها الدستور، هو من الأمور المستعجلة التي يصح فيها وقف التنفيذ نظرا لما تنطوي عليه من خطورة، ولأن تقييد الحريات إذا كان من المحتمل قيامه على غير أساس من الدستور أو من القانون، لا يجوز أن يدوم إلى أن يفصل في موضوع الدعوى<sup>31</sup>.

وقد أجاز القانون الفرنسي مصادرة الصحف إداريا في حالة ما تضمنت تهديدا للنظام العام، بحيث يكون من شأن تداول الجريدة إحداث اضطرابات قد تعجز الإدارة عن تداركها، على أن القانون الفرنسي يشترط أن تتناسب هذه المصادرة مع حجك التهديد والاضطراب الذي حدث، وهو ما حدث مع جريدة 'L' Action Française، وعندما رفع الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي أقرّ المصادرة، وإن قرر عدم توافر ما تمثله الجريدة من تهديد، وحكم بالتعويض ليس بسبب المصادرة ولكن لأن المصادرة كانت تتصف بالعمومية<sup>32</sup>.

وقد أكد المشرع الجزائري أن القرارات الإدارية التي تتخذ في إطار جالة الطوارئ المتعقلة بوقف نشاط أي شركة أو جهاز أو مؤسسة أو هيئة أو غلقها مهما كانت طبيعتها أو اختصاصها عندما تعرّض هذه النشاطات النظام العام، أو الأمن العمومي، أو السير العادي للمؤسسات أو المصالح العليا للخطر<sup>33</sup>.

إن القاضي الإداري نزولا على مقتضيات مبدأ إثارة الحرية يمارس على مشروعية إجراءات الضبط الإداري المقيدة للحريات بصفة عامة ولحرية الصحافة بشكل خاص رقابة أكثر عمقا، وأوسع نطاقا على هذه الإجراءات من تلك التي يمارسها على مشروعية القرارات والإجراءات الإدارية الأخرى وتتمثل هذه الرقابة فيما يلي<sup>34</sup>:

1- الرقابة على هدف إجراء الحظر: يكون للإدارة سلطان على حرية تداول الصحف إلا بقدر حماية النظام العام، باعتبار أن حمايته تعد الحد الطبيعي لكل حرية، وأن عدم استقراره يعني انهيار البناء القانوني لكل الحريات، وبناء عليه لا يجوز للإدارة حظر تداول عدد معين من الصحف إلا إذا كان يترتب على ذلك تهديد النظام العام، ومن هنا فإنه لا يكون للإدارة أن تحظر تداول عدد معين من جريدة لأهداف سياسية، أو لمنع نشر ما تنطوي عليه من أخبار ومقالات طالما أنه ليس لهذه المقالات والأخبار أي تأثير على النظام العام.

2- الرقابة على سبب قرار الحظر: سبب قرار الحظر قد يتمثل في بعض الأخبار والمقالات والصور التي تشكل تهديدا للنظام العام أو تكديرا له في أحد عناصره الأربعة، الأمن العام، والسكينة العامة، الصحة العامة، الأخلاق والآداب العامة، والقاضي الإداري في رقابته على سبب قرار الحظر يتحقق بداية من وجود أو صحة الوقائع التي تذرعت بها الإدارة لإصداره، فإذا ما تثبت من وجودها أو صحتها يقوم بفحصها حتى يتأكد من مدى مطابقتها للقانون توصلا لمعرفة ما إذا كانت حقا تبرر قرار الحظر أم لا تبرره، وهذا ما يعرف بالرقابة على تكييف القانوني للوقائع.

3- الرقابة على محل قرار الخطر: انطلاقا من تجلي أثر المساس بحرية أساسية ثابتة ومنظمة قانونا، تقوم رقابة القاضي الإداري لملاءمة إجراء حظر الصحف، من خلال مدى لزوم هذا الإجراء لمواجهة الاعتداء الواقع على النظام العام، والتحقق من ناحية ثانية من التناسب بين هذا الإجراء والوقائع التي تبرر اتحاده.

### خاتمة:

تعتبر حرية التعبير في ذاتها قيمة عليا، وتشكل إحدى الدعائم الأساسية التي تقوم عليها النظم الديمقراطية، وهي المدخل الحقيقي لممارسة الكثير من الحريات والحقوق الفكرية والثقافية وغيرها، كحق النقد وحرية الصحافة والطباعة والنشر والبحث العلمي والإبداع الأدبي والفني والثقافي. ولهذه الاعتبارات خصتها الموائيق الدولية والمعاهدات والرسائل الوطنية بحظوة كبيرة من حيث إقرارها والنص عليها صراحة، واعتبارها من الحريات العامة والأساسية، ومن خلال الضمانات التي كفلت حمايتها.

وفي الجزائر، تشكل سلطة الضبط للصحافة المكتوبة هيئة إدارية مستقلة أخضع المشرع قراراتها الخاصة بإصدار تراخيص- اعتماد- الصحف لرقابة القضاء الإداري الذي يشكل الضمان الأساس لحرية الصحافة المكتوبة.

### الهوامش:

- (1)- عبد العزيز محمد سلمان، الحماية الدستورية لحرية الرأي، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 2014، ص 289.
- (2)- احمد رضا عرابي، حرية الصحافة بين الإباحة والتجريم، الفتح للطباعة والنشر، مصر، طبعة 2016، ص 11
- (3)- محمد سعيد حسين أمين، حرية الصحافة ضمان ممارستها وضوابط تنظيمها، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005، ص 16
- (4)- زهير احدادن، مدخل لعلوم الإعلام والاتصال، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2014، ص 44-45
- (5)- عبد العزيز محمد سلمان، مرجع سابق، ص 290
- (6)- احمد سليم سعيقان، الحريات العامة وحقوق الإنسان، الجزء 1، دار الحلبي، بيروت، طبعة 2010، ص 24-25
- (7) نفسه، ص 63.
- (8)- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية، منشأة المعارف، مصر، طبعة، 2002، ص 398-399.
- (9)- قانون رقم 16 - 01، يتضمن التعديل الدستوري، مؤرخ في 26 جمادى الأولى عام 1437، الموافق 6 مارس سنة 2016 م، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016.

- (10) - اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة، للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21) المؤرخ في 16 كانون/ديسمبر 1966، تاريخ بدء النفاذ: 23 آذار/مارس 1976، وفقا لأحكام المادة 49
- (11) - اتفاقية حماية حقوق الإنسان في نطاق مجلس أوروبا، روما في 4 نوفمبر 1950
- (12) - تم التوقيع عليها بسان خوسيه في 22/11/1969
- (13) - تمت إجارتها من قبل مجلس الرؤساء الأفارقة بدورته العادية رقم 18 في نيروبي (كينيا) يونيو 1981.
- (14) - هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، دار الثقافة، الأردن، طبعة 2009، ص 243.
- (15) - جابر جاد نصار، حرية الصحافة دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007، ص 59-60
- (16) - حمدي حمودة، نظام الترخيص والإخطار، دراسة تطبيقية مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2008، ص 76.
- (17) - نفسه، ص 76.
- (18) - قانون عضوي رقم 05-12 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 هـ، الموافق 12 يناير سنة 2012م، يتعلق بالإعلام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 02، بتاريخ 21 صفر عام 1433 هـ الموافق 15 يناير 2012م.
- (19) - المادة 23 من قانون الإعلام
- (20) - أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2006، 292.
- (21) المادة 40 من قانون الإعلام 05-12
- (22) - بروسبير ويل، ودومنيك بويو، القانون الإداري، تر، سليم حداد، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت طبعة 2009، ص 40
- (23) - سليمان الطماوي، القضاء الإداري، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، مصر، طبعة 2010، ص 404.
- (24) - المادة 13 "بعد إيداع التصريح المذكور في المادتين 11 و12 أعلاه وتسليم الوصل، تمنح سلطة ضبط الصحافة المكتوبة الاعتماد في أجل ستين (60) يوما ابتداء من تاريخ إيداع التصريح، يمنح الاعتماد إلى المؤسسة الناشئة، يعتبر الاعتماد بمثابة الموافقة على الصدور."
- (25) - حمدي حمودة، مرجع سابق، ص 208.
- (26) - المادة 14 "في حالة رفض منح الاعتماد تبلغ سلطة ضبط الصحافة المكتوبة صاحب الطلب بالقرار مبررا، قبل انتهاء الأجل المحددة في المادة 13 أعلاه، ويكون هذا القرار قابلا للطعن أمام الجهة القضائية المختصة."
- (27) - القانون العضوي 11-13، المعدل و المتمم للقانون العضوي 98-01، المتضمن اختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، مؤرخ في مؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق لـ 26 يوليو سنة 2011، الجريدة الرسمية، عدد 43، مؤرخة في 03 غشت 2011.
- (28) - خالد مصطفى فهمي، حرية الرأي والتعبير، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 2009، ص 139.
- (29) - محمد باهي أبو يونس، التقييد القانونية لحرية الصحافة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة، 1996، ص 288.
- (30) - خالد مصطفى فهمي، مرجع سابق، ص 141-142.
- (31) - نفسه، ص 139.
- (32) - جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص 108-109
- (33) - المادة 3 من المرسوم 92-320 المتمم للمرسوم الرئاسي 92-44 المتضمن اعلان حالة الطوارئ.
- (34) - محمد باهي أبو يونس، مرجع سابق،

## الضمانات الجزائية لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية



د/ الهام بن خليفة  
جامعة الشهيد حمدة لخضر بالوادي

\*\*\*\*\*

### مقدمة

لما كان القاضي الإداري يصدر حكمه في نزاع إداري غير متساوي الأطراف أحدهما الإدارة بما تملكه من سلطات وامتيازات والآخر طرف لا يجد أمامه لاقتضاء حقه سوى اللجوء إلى القضاء، فإن القضاء الإداري بأمر الحاجة لمراقبة سلطات الإدارة وامتيازاتها من أجل التنفيذ الفعلي لأحكامه، حيث أن امتناع الإدارة عن التنفيذ لا يجسد مجرد الضرر الذي يترتب الامتناع في حق الطرف المحكوم له، بل يعد مساساً بهيبة القضاء الإداري، وتفادياً لذلك نجد الدستور الجزائري يفرض إلزاماً في مادته<sup>1</sup> 163 على كل أجهزة الدولة المختصة يتمثل في وجوب تنفيذ أحكام القضاء في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف، ولأجل ضمان التنفيذ الفعلي فإن كل من يخالف هذا الالتزام يعاقب وفقاً للقانون.

وبالرجوع إلى قانون العقوبات في مادته<sup>2</sup> 138 مكرر<sup>2</sup> وما يليها نجده ينص على الجزاء الجنائي المتمثل في تسليط عقوبة الحبس والغرامة وتنفيذ العقوبات التكميلية على كل من يثبت ارتكابه لجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي، غير أن هذا الضمان الجزائي لا يلجأ إليه إلا بعد عجز الإجراءات المدنية والإدارية عن حماية المراكز القانونية وردع كل مساس بحسن سير إجراءات التنفيذ الجبري، وتلك الإجراءات هي التي اسحدثها المشرع الجزائري بموجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية سنة 2008<sup>3</sup> والمنصوص عليها في المواد من 978 إلى 989، والتي تمثل ضمانات إدارية ومدنية للتنفيذ الفعلي للأحكام القضائية الإدارية.

وفيما يتعلق بالضمانات الجزائية فإنها تعتبر السبيل الأمثل للحصول على تنفيذ فعلي للحكم القضائي الإداري لأن مجرد النص عليها يشكل تهديد بفقدان الممتنع لحريته وعزله من وظيفته، لذلك يجد نفسه مجبراً على التنفيذ الفوري تفادياً للمتابعة الجزائية وتسليط العقوبة، غير أن التساؤل المطروح هو هل العقوبة المنصوص عليها كافية من أجل التنفيذ الفوري؟

كذلك باستقراءنا لنص العقاب وجدنا أن المسؤولية الجزائية عن الامتناع يتحملها الموظف كشخص طبيعي في حين أن الحكم موجه للإدارة كشخص معنوي مما دفعنا إلى التساؤل عن مدى إمكانية مساءلة الإدارة كشخص معنوي في الوقت الذي يعترف فيه المشرع الجزائي بالمسؤولية الجزائية للشخص المعنوي؟

للإجابة على هذه الإشكاليات ارتأينا تقسيم موضوع البحث كما يلي:

المحور الأول: البناء القانوني لجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي

المحور الثاني: الجزاء الجنائي لجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي

المحور الأول: البناء القانوني لجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي

في الواقع جريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي وردت في قانون العقوبات على صورتين، تتمثل الصورة الأولى في طلب قاض أو موظف استعمال القوة العمومية ضد تنفيذ قانون أو ضد تحصيل ضرائب أو ضد تنفيذ أمر أو قرار قضائي أو أي أمر آخر صادر من السلطة الشرعية، وهو ما نصت عليه المادة 138، وتتعلق الثانية بموضوع الدراسة وهي استعمال الموظف العمومي سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتناعه أو اعتراضه أو عرقلته عمدا تنفيذه، وهو ما جاء في المادة 138 مكرر، حيث تقوم هذه الجريمة على ركن مادي ومعنوي كغيرها من الجرائم، وركن خاص بها يتمثل في كون مرتكب الجريمة يحمل صفة الموظف العمومي.

أولا: الركن الخاص

لا يكون الفعل المنصوص عليه في المادة 138 مكرر معاقب عليه إلا إذا ارتكبه موظف عام، وفي الحقيقة للإحاطة بمفهوم الموظف العام، يفترض أنه لا بد من الرجوع إلى تعريفه الجنائي الذي أورده المشرع في القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته<sup>4</sup>، لا إلى التعريف الإداري الوارد في القانون الأساسي للوظيفة العمومية<sup>5</sup>، وباستقراء المادة الثانية الفقرة "ب" من قانون الوقاية من الفساد ومكافحته التي تنص تعريف الموظف العمومي، نستشف أن الذين يحملون هذه الصفة هم:

- 1- من يشغلون مناصب تنفيذية وهم رئيس الجمهورية والوزير الأول ونائبه، وأعضاء الحكومة، والولاة، والمدراء التنفيذيين، وممثلي الدولة في الخارج كالسفراء والقناصل<sup>6</sup>.
- 2- من يشغلون مناصب إدارية وهم كل من يعمل في إدارة أو مؤسسة عمومية بصفة دائمة أو مؤقتة، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بغض النظر عن رتبته أو أقدميته، وهذا التعريف ينطبق على فئتين، الأولى تتعلق بالموظفين العاملين بصفة دائمة في إدارات أو مؤسسات عمومية، والثانية تتعلق بالموظفين العاملين بصفة مؤقتة في إدارات أو مؤسسات عمومية وهم المتعاقدين والمؤقتين<sup>7</sup>.
- 3- من يشغلون مناصب قضائية وهم القضاة المحددين في القانون الأساسي للقضاة<sup>8</sup>.
- 4- من يشغلون مناصب تشريعية وهم أعضاء البرلمان بغرفتيه سواء أكانوا معينين أو منتخبين؛ وكذا المنتخبون في المجالس الشعبية المحلية، وهم أعضاء المجالس الشعبية البلدية، وأعضاء المجالس الشعبية الولائية.

5- من يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر لخدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية، أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية، ويقصد بهم العاملين في الهيئات العمومية أو المؤسسات العمومية، أو في المؤسسات ذات رأسمال مختلط أو في المؤسسات الخاصة التي تقدم خدمة عمومية والذين يتمتعون بقسط من المسؤولية<sup>9</sup>، ذلك أن عبارة يتولى تفيد معنى التكفل والاشراف وتحمل المسؤولية، بمعنى أن تسند للجاني مهمة معينة أو مسؤولية في تلك الهيئات أو المؤسسات المذكورة، وفي كل الأحوال يستبعد من نطاق تولي وظيفة أو وكالة العامل البسيط مهما كانت كفاءته ومستواه الثقافي<sup>10</sup>.

6- كل شخص معرف بأنه موظف عمومي أو من في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما ويتعلق الأمر بالمستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني<sup>11</sup> وهم أفراد الجيش الشعبي الوطني، ويتعلق أيضا بالضباط العموميين وهم الموثقين<sup>12</sup>، والمحضرين القضائيين<sup>13</sup>، محافظي البيع بالمزاد العلني<sup>14</sup>، والمترجمين الرسميين<sup>15</sup>.

كما يستشف أيضا من نص المادة أن المشرع الجزائري في تعريفه للموظف العمومي قد توسع مقارنة بما كان منصوص عليه في المواد 119 و128 من قانون العقوبات الملغتان حيث كان مفهومه منحصر في القاضي والموظف والضابط العمومي، وكل من تحت أي تسمية يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر ويسهم في خدمة الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات أو الهيئات الخاضعة للقانون العام، ويفهم من ذلك أن قانون الوقاية من الفساد ومكافحته أضاف من يتولى وظيفة أو وكالة ويسهم في خدمة المؤسسات المختلطة أو الخاصة التي تقدم خدمة عمومية حيث أغفلتها المادة 119 من قانون العقوبات، كما أضاف من هم في حكم الموظف العمومي ويتعلق الأمر فقط بإضافة المستخدمين العسكريين والمدنيين للدفاع الوطني، لأن الضباط العموميين ورد ذكرهم في قانون العقوبات.

ومن ثم يمكن القول أن المشرع في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته قد توسع في مفهوم الموظف العمومي، وبذلك يكون قد سد بعض الثغرات التي يتخذها البعض حجة لإفلاتهم من تحمل مسؤولية جرائم الفساد.

غير أنه تجدر الإشارة بخصوص مفهوم الموظف فيرى الدكتور بربارة عبد الرحمن<sup>16</sup> أن المقصود بالموظف العمومي في هذه الجريمة هو المفهوم الضيق للمصطلح، فلا يدخل ضمن هذه الطائفة كل الأشخاص الوارد ذكرهم في المادة السابقة الذكر ويستند في ذلك إلى أن ممثل الحكومة لما تقدم بعرض مشروع تعديل قانون العقوبات جاء في عرضه " وبخصوص دراسة مشروع قانون الإجراءات المدنية فقد صوتتم وتشكرون على ذلك على بعض الإجراءات التي حددت قضية تنفيذ القرارات الإدارية بتسعين يوما لا

أكثر مهما كان المبرر سواء للحفاظ على النظام العام أو لأي سبب آخر، نقترح عليكم كذلك مادة ثانية تتعلق بالتجريم والمعاقبة بالسجن والغرامة لكل من يقف في طريق تنفيذ قرار العدالة خارج الشروط المسموح بها قانونا والتي صوتم عليها منذ أسبوع وهي تفرض عقوبة لمدة أقصاها 90 يوما من قبل سلطة واحدة هي السلطة المسؤولة عن النظام العام في الميدان<sup>17</sup>، فإدراج المادة 138 مكرر ضمن أحكام قانون العقوبات مرتبط بالتعديل الذي لحق قانون الإجراءات المدنية لاسيما في مادته 324 وبالتالي فهي لا تشمل مستخدمي الجهات غير الإدارية كالشركات، حيث لم يأخذ بالتعديل الذي تقدم به النائب نصر الدين شقلال الرامي إلى توسيع مفهوم الموظف ليشمل كل من له دور في وقف التنفيذ "لذلك ذكرت في تعديلي المقترح" كل موظف سواء أكان موظفا في مؤسسة عمومية أو موظفا في مؤسسة خاصة أو في البنوك أو غيرها<sup>18</sup>.

### ثانيا: الركن المادي

وفقا لنص المادة 138 مكرر فإن الجريمة هي جريمة مادية تقوم على سلوك إجرامي يؤدي إلى نتيجة إجرامية تتمثل في الوقف الفعلي لتنفيذ الحكم القضائي<sup>19</sup>، ويتحقق السلوك الإجرامي باستعمال الموظف لسلطة وظيفته<sup>20</sup> من أجل القيام بأحد الأفعال الأربعة التالية، حيث أن تحقق فعل واحد منها يعد جريمة قائمة بحد ذاتها:

أ/ وقف تنفيذ حكم قضائي

ب/ امتناع عن تنفيذ حكم قضائي

ج/ الاعتراض عن تنفيذ حكم قضائي

د/ عرقلة تنفيذ حكم قضائي

### ثالثا: الركن المعنوي

يستلزم المشرع الجزائري وفقا للمادة 138 مكرر موضوع الدراسة لقيام الجريمة العمد أي القصد الجنائي العمدي العام الذي يتطلب أن يتوافر في الجاني العلم والإرادة، بمعنى أن تتجه إرادته إلى تجسيد إحدى صور الجريمة كما يتطلبها القانون في العالم الخارجي غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة، وهو يعلم ومدرك لكافة العناصر اللازمة التي تُشكّل الركن المادي<sup>21</sup>، أما القصد الجنائي الخاص وباستقراء نص المادة فهو غير مستلزم للبناء القانوني للجريمة وعليه فالقاضي لا يبحث عليه عند الإدانة.

غير أنه عادة عندما يذكر المشرع مصطلح العمد في النص القانوني فإن ذلك يتبعه البحث في النصوص الموالية على العقاب عن ارتكاب الجريمة بالقصد الجنائي غير العمدي أو ارتكابها عن طريق الخطأ، حيث أن العلة من العقاب تكمن في أن الجاني ارتكب الفعل بخطأ والذي هو إخلاله بواجبات الحيطة والحذر التي يفرضها القانون، مما يؤدي إلى حدوث نتيجة إجرامية غير متوقعة في حين كان في استطاعته

تفاديها، وهذا الخطأ يكون في صورة الرعونة أو عدم الانتباه أو الإهمال أو عدم الاحتياط أو عدم مراعاة القوانين والأنظمة، والمستقرى للنصوص الموالية لنص المادة 138 مكرر لا يجد فيها ما يعاقب على ارتكاب الفعل بواسطة الخطأ.

### المحور الثاني: الجزاء الجنائي لجريمة إساءة استعمال السلطة ضد الشئ العمومي

يقتضي تطبيق الجزاء الجنائي بشقيه العقوبة أو التدابير الإحترازية تحديد الشخص المسؤول جزائيا عن الفعل المجرم وفقا لمبدأ شخصية العقوبة، حيث لا يسأل أحد إلا عن فعله الشخصي لا عن فعل غيره، ومعنى ذلك أنه لا يسأل عن الجريمة إلا مرتكبها سواء أكان فاعلا أصليا أو شريكا. وفي الحقيقة فإن هذا الشخص قد يكون شخص طبيعي وهو الموظف وقد يكون شخص معنوي وهي الإدارة.

#### أولا: المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي

إن كان الشخص الطبيعي هو المسؤول جزائيا فينبغي على القاضي تحديد الموظف المكلف بالتنفيذ في حكمه لتسليط العقوبة عليه، ذلك أن مساءلة الموظف المختص قد تمتد إلى رئيسه الأعلى في الحالات التي يجوز فيها للرئيس الحل محل المرؤوس أو في الحالات التي يكون فيها الفعل المجرم نتيجة أوامر صدرت من المرؤوس إلى الرئيس<sup>22</sup>، كما أنه في بعض الأحيان توجد صعوبة فيما يتعلق بتحديد الموظف الجاني، كما في حالة القرارات التداولية التي تصدر من هيئة معينة كالمجلس الشعبي البلدي ففي هذه الحالة لا يمكن تحديد الخطأ الشخصي إلى من يمكن إسناده<sup>23</sup>، والعلّة من أهمية تحديد الموظف المدان في الحكم القضائي هو حتى لا يبقى المواطن ضحية لتلاعب الإدارة التي تحيله من مصلحة إلى أخرى ويبقى الحكم دون تنفيذ<sup>24</sup>.

وحال تحديد القاضي للموظف المسؤول فعلا سواء بصفة أصلية أو تبعية كما حددها القانون فإنه يكون مستحقا لعقوبة أصلية تتمثل في الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من 5.000 دينار جزائري إلى 50.000 دينار جزائري، إضافة إلى ذلك يمكن أن تتخذ ضد المدان بالجريمة تدابير إحترازية والتي اصطلح عليها المشرع في قانون العقوبات بالعقوبات التكميلية، حيث أنه وفقا لنص المادة 139 منه يعاقب بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وذلك من خمس سنوات على الأقل إلى عشر سنوات على الأكثر، كما يجوز أن يحرم من ممارسة كافة الوظائف أو كافة الخدمات العمومية لمدة عشر سنوات على الأكثر.

ويلاحظ على العقوبات الأصلية والتكميلية أنها متناسبة مع جسامة الفعل، مع الملاحظة أنه لا يمكن المتابعة الجزائية وتسليط العقاب إلا إذا أرفقت الشكوى بمحضر محرر من طرف محضر قضائي يفيد بأن الموظف العمومي قام بفعل يدخل ضمن الصور الأربع المؤدية إلى عدم تنفيذ حكم قضائي<sup>25</sup>، كما أنه بعد

اتخاذ إجراءات المتابعة، وسارع الموظف بتنفيذ الحكم فإن ذلك يضع حد لهذه المتابعة الجزائية ويجعلها كما أنها لم تكن، لأنه في هذه الحالة يعتبر متأخرا وليس ممتنعا عن التنفيذ<sup>26</sup>.

### ثانيا: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي

إن كان الشخص المعنوي<sup>27</sup> هو المسؤول جزائيا، فإنه بالرغم من الخلاف الفقهي التي ثار بين مؤيد ومعارض لقيامها، فإنها أصبحت من الأمور المسلم بها، إذ أقرت بها كل التشريعات الجنائية، وبالرجوع لقانون العقوبات الجزائري نجده أقر بمبدأ مساءلة الشخص المعنوي إلى جانب مساءلة الشخص الطبيعي، وذلك بموجب قانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل لقانون العقوبات<sup>28</sup>، حيث أضاف المادة 51 مكرر، والتي جاء فيها أنه ( باستثناء الدولة والجماعات المحلية والأشخاص الخاضعة للقانون العام يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك

إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو كشريك في نفس الأفعال).

كما أضاف بموجب القانون السابق الذكر الباب الأول مكرر ليبين فيه العقوبات الواجب تسليطها عليهم في حال الإدانة، حيث يضم هذا الباب المادتين 18 مكرر و18 مكرر1، وبموجب القانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006<sup>29</sup> عدلت المادة 18 مكرر، وأضيفت المادتين 18 مكرر2 و18 مكرر3، حيث نصت هذه المواد على عقوبات تتناسب وطبيعة الشخص المعنوي.

وبموجب المادة 51 مكرر أعلاه، حتى يساءل الشخص المعنوي لا بد من شروط وهي: أولا تستثنى الدولة والجماعات الإقليمية والأشخاص الخاضعة للقانون العام من المساءلة، والحكمة من ذلك تتصل خصوصا بدور الدولة في حماية المصالح العامة الجماعية والفردية لكونها المكلفة بملاحقة المجرمين ومعاقبتهم<sup>30</sup>، وثانيا يشترط لقيام مسؤولية الأشخاص المعنوية أن يكون ارتكب جريمة من الجرائم المنصوص عليها في القانون أو النظام<sup>31</sup> وأن تُرتكب من طرف أحد أعضائه أو ممثليه وأن يرتكبها لحساب الشخص المعنوي.

ويُفهم من ذلك أنه لا يمكن مساءلة الشخص المعنوي إلا إذا أقرها المشرع في نصوص جرائم معينة على سبيل الحصر، ويقصد بعضو أو ممثل الشخص المعنوي الشخص الذي يُمثل أهمية كبيرة في المؤسسة بالنظر إلى الوظيفة التي يحتلها والتي تُؤهله لتسيير أمورها والتصرف والتعاقد باسمها والتي تتوقف استمرارية المؤسسة على إرادته، ويدخل في هذا المدلول مجموعة شركاء أو أعضاء مجلس الإدارة أو الجمعية العامة<sup>32</sup>، ويترتب على اشتراط أن تكون الجريمة مرتكبة ممن يملك زمام أمور الشخص المعنوي، ألا

يُسال الشخص المعنوي عما يرتكبه من ليست له هذه الصفة حتى ولو ارتكب جريمة من الجرائم المحددة قانوناً<sup>33</sup>، وكون ارتكاب الجريمة لحساب الشخص المعنوي يترتب عليها بمفهوم المخالفة عدم مساءلة الشخص المعنوي عن الجريمة التي تقع من ممثليه إذ ارتكبا لحسابه الشخصي أو لحساب شخص آخر، أو وقعت إضراراً بمصالح الشخص المعنوي، إذ يؤخذ الشخص الطبيعي عنها على أساس جريمة التعسف في استعمال الشركة أو الإفلاس<sup>34</sup>.

وبناء على هذه الشروط فإنه حتى تساءل الإدارة كشخص معنوي عن الجريمة موضوع الدراسة لا بد أن تكون شخص معنوي خاضع للقانون الخاص لأنه تستثنى الدولة والجماعات الإقليمية والأشخاص الخاضعة للقانون العام من المساءلة، وأن يرتكبا الموظف باسم ولحساب هذه الإدارة وأن يكون المشرع أقرها في نصوص جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية، حيث نستنج من ذلك ودائماً باستقراء النصوص لا يوجد ولو إشارة من المشرع على مساءلة الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص على هذه الجريمة، مما يستدعي إلى توصيته بإدخال تعديل على هذه المواد من أجل مساءلة الشخص المعنوي، حيث أن ذلك لا يمنع من مساءلة الشخص الطبيعي.

#### الخاتمة:

تعتبر الضمانات الجزائية لتنفيذ الأحكام القضائية بصفة عامة بما فيها الإدارية من أهم الآليات التي بادر بها المشرع الجزائري للحفاظ على هيبة القضاء الإداري وتدعيم مبدأ الفصل بين السلطات، حيث أن مبدأ استقلالية القضاء واحترام أحكامه وتنفيذها بات أمراً ضرورياً في الأنظمة الديمقراطية، فمجرد سن العقوبة في القانون تعد بمثابة تهديد للمساس بالحرية الشخصية للشخص الطبيعي، ومن ثمة لا يجد أمامه للتخلص من ذلك إلا التنفيذ الفعلي لأحكام القضاء.

ومن خلال هذه الدراسة رأينا أن المشرع الجزائري ارتقى بالضمانات الجزائية إلى دسرتها لتبيان الأهمية القصوى لاستقلالية القضاء ووجوب احترام أحكامه، ووضع العقوبة في قانون العقوبات التي رأينا أنها تتناسب وجسامة الفعل المجرم قانوناً.

ومن خلال بحثنا في إشكالات الموضوع استنتجنا أيضاً أن المشرع لم ينص على المسؤولية الجنائية للإدارة كشخص معنوي في نصي الجريمة.

لذلك نقدم التوصيات التالية:

- نؤكد على القاضي الجنائي بضرورة الأخذ بعين الاعتبار بمفهوم الموظف المنصوص عليه في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته، لا بالمفهوم الضيق له الوارد في قانون الوظيفة العمومية، بغية ألا يفلت بعض الجناة من العقاب.

- تؤكد أيضا على القاضي الجنائي بضرورة وأهمية تحديد الشخص الطبيعي المسؤول جنائيا في الحكم الجنائي حتى لا يهدر حق المحكوم له لأن خصمه الإدارة بما تتمتع به من سلطات وامتيازات.
- نصي المشرع الجزائري بأن ينص على عقوبة عدم تنفيذ الأحكام القضائية بما فيها الإدارية الواقعة بخطأ أو بقصد غير عمدي، حتى لا يفلت المتهمون المخل بالواجبات المفروضة عليه من العقاب، بما في ذلك من تدعيم لمبدأ استقلالية القضاء ووجوب احترامه.
- نصي أيضا المشرع الجزائري بأن ينص على المسؤولية الجزائية للإدارة حيث يدخل في نطاقها وفقا للقانون الشخص المعنوي الخاضع للقانون الخاص، وذلك بأن تقرر لها عقوبات تتناسب وطبيعتها.

#### الهوامش:

- 1 قانون رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، منشور في الجريدة الرسمية رقم 14، المؤرخة في 07 مارس 2016، ص 03 وما يليها.
- 2 أضيفت المادة بموجب القانون رقم 09/01 المؤرخ في 26 يونيو 2001، يعدل الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، منشور في الجريدة الرسمية رقم 34، المؤرخة في 27 يونيو 2001، ص 17 وما يليها.
- 3 قانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشور في الجريدة الرسمية العدد 21 المؤرخة في 23 أبريل 2008، ص 03 وما يليها.
- 4 القانون رقم 01/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة بتاريخ 8 مارس سنة 2006، ص: 04 وما يليها.
- 5 أنظر المادة الرابعة من الأمر 03/06، المؤرخ في 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية، منشور في الجريدة الرسمية العدد 46 المؤرخة في 16 يوليو 2006، ص 03 وما يليها.
- 6 حاحا عبد العالي، الآليات القانونية لمكافحة الفساد الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2012/2013، ص: 60.
- 7 بن بشير وسيلة، ظاهرة الفساد الإداري والمالي في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص: 20.
- 8 أنظر المادة الثانية من القانون العضوي رقم 11/04 مؤرخ في 06 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، الجريدة الرسمية عدد 57 لسنة 2004.
- 9 هنان مليكة، مرجع سابق، ص: 48، أنظر ذلك في: زوزو زوليخة، جرائم الصفقات العمومية وآليات مكافحتها في ظل القانون المتعلق بالفساد، مذكرة ماجستير غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، 2011/2012، ص: 29.
- 10 أنظر ذلك في: د/ أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر 2004، ص: 18-19.
- 11 طبقا للمادة الأولى من الأمر 02/06 المؤرخ في 02/06/2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، منشور في الجريدة الرسمية العدد 12 المؤرخة في أول مارس 2006، ص 09 وما يليها.

- 12 قانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، منشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، ص 15 ومايلها.
- 13 قانون 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 14، المؤرخة في 08 مارس 2006، ص 21 ومايلها.
- 14 الأمر 02/96 المؤرخ في 10 يناير 1996، يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، منشور في الجريدة الرسمية العدد 03 المؤرخة في 14 يناير 1996، ص 11 وما يلها.
- 15 الأمر 09/95 المؤرخ في 11 مارس 1995، يتضمن تنظيم مهنة المترجم- المترجمان الرسمي، منشور في الجريدة الرسمية العدد 17 المؤرخة في 29 مارس 1995، ص 25 وما يلها.
- 16 بربارة عبد الرحمن، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، الطبعة الأولى، منشوراتبغداد، الجزائر 2009، ص 376-377.
- 17 الجريدة الرسمية للمدائلات- المجلس الشعبي الوطني، السنة الرابعة رقم 266، 19 ماي سنة 2001، الفترة التشريعية الرابعة، الدورة العادية الثامنة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الأحد 22 أبريل 2001، أنظر بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 377.
- 18 الجريدة الرسمية للمدائلات- المجلس الشعبي الوطني، السنة الرابعة رقم 273، 11 جوان سنة 2001، الفترة التشريعية الرابعة، الدورة العادية الثامنة، الجلسة العلنية المنعقدة يوم الاربعاء 16 مايو 2001، أنظر بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 377.
- 19 فيصل شنتاوي، الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة واشكاليات التنفيذ، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، 2016، ص 514.
- 20 إساءة استعمال السلطة هو أن يمارس مصدر القرار السلطة التي خولها له القانون لتحقيق أهداف غير تلك التي حددها له، فعلى الموظف السعي لاصدار قرارات تحقق الهدف الذي قصده المشرع لتحقيق الصالح العام، أما إذا استخدمت الإدارة هذه السلطة لتحقيق أغراض أخرى غير تلك المحددة قانونا كان هناك إساءة لاستعمال السلطة، أنظر ذلك في: إساءة استعمال السلطة، بحث منشور في الموقع التالي: <http://www.mouwazaf-dz.com/t9160-topic> تاريخ الإطلاع: 2018/03/05.
- 21 د/ محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية 2015، ص 307.
- 22 طبوشة هناء، ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، مذكرة ماستر غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة ورقلة، 2013/2014، ص 43.
- 23 سماعيل صالح الدين، إشكالات تنفيذ القرارات القضائية الإدارية في مواجهة الإدارة، مذكرة ماستر غير منشورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2015/2016، ص 60.
- 24 سماعيل صالح الدين، المرجع السابق، ص 75.
- 25 بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 377.
- 26 طبوشة هناء، المرجع السابق، ص 43.
- 27 تتجسد الأشخاص المعنوية في مجموعة أشخاص أو أموال ترمي إلى تحقيق غرض معين، ويعترف لها القانون بالشخصية القانونية التي تجعلها أهلاً لتحمل الالتزامات وأداء الواجبات واكتساب الحقوق، ويكون لها كيانها المستقل عن شخصية المكونين لها، وعن من قام بتخصيص الأموال، أنظر ذلك في: رشيدة بوبكر، جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2012، ص 333.

28 قانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، منشور في الجريدة الرسمية العدد 71، المؤرخة في 10 نوفمبر 2004، ص 09 وما يليها.  
29 قانون 23/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون العقوبات، منشور في الجريدة الرسمية العدد 84، المؤرخة في 24 ديسمبر 2006، ص 11 وما يليها.

30 رشيدة بوبكر، المرجع السابق، ص 335.

31 Yves Mayaud, code penal, 108e édition, Dalloz, Paris 2001, p 144.

32 العوجي مصطفى، المسؤولية الجنائية في المؤسسة الاقتصادية، مؤسسة نوفل، بيروت. الطبعة الأولى 982، مشار إليه في: مزاولي محمد، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية عن الجرائم الإلكترونية في القانون الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، تصدر عن جامعة زيان عاشور، الجلفة، الجزائر، العدد الأول، 2009، ص 392.

33 Jean – Christophe, Saint – Peau, la présomption d'imputation d'une infraction aux organes ou représentants d'une personne mormale, recueil Dalloz 2007, p 617

مشار إليه في: محمد مزوالي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

34 عقيدة محمد أبو العلاء، الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الحديث، دار الفكر العربي، 1998، مشار إليه في: محمد مزوالي، المرجع السابق، نفس الصفحة.

## دور القاضي الإداري في تكريس الحماية القانونية للأموال الوطنية



د/ حليم العروسي

جامعة يحي فارس بالمدينة

ط. د/ جلول محدة

جامعة يحي فارس بالمدينة

\*\*\*\*\*

### مقدمة

تعتبر الأملاك الوطنية صنفا من أصناف الملكية العقارية كما نصت على ذلك المادة (23) من القانون (25/90) المتضمن التوجيه العقاري، وقد خصها المشرع بحماية قانونية وإدارية وجنائية متميزة عن أصناف الملكية العقارية الأخرى، وتتجلى الحماية القانونية في ما نص عليه المشرع في القانون المدني من خلال المادة (689) منه التي منعت التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو اكتسابها بالتقادم، وتم تكريس هذه القاعدة العامة في قانون الأملاك الوطنية من خلال نص المادة الرابعة منه.

وبما أن الأملاك الوطنية تنقسم إلى أملاك وطنية عمومية وأملاك وطنية خاصة فإن أحكام المنع المذكورة تنطبق بصفة أساسية على الأملاك العمومية أما الأملاك الوطنية الخاصة فبالنظر لطبيعتها الإمتلاكية المالية فإنها تكون قابلة للتصرفات القانونية الناقلة للملكية حتى وإن ضيق منها المشرع إلى درجة أن أصبحت تشكل الاستثناء، أما بالنسبة لعدم قابليتها للحجز أو الاكتساب بالتقادم فإن التعديل الأخير للقانون (30/90) بموجب الأمر (14/08) قد أصبحت هاتين القاعدتين تشملان الأملاك الخاصة للدولة والولاية والبلدية.

ويكون دور القاضي الإداري فعالا في حماية الأملاك الوطنية من خلال تطبيق هذه القواعد الثلاث وبصفة أكثر وضوحا وتجليا وأكثر خطرا اكتساب هذه الأملاك بالتقادم المكسب وادعاء ذلك أمام الجهة القضائية المختصة في حالة المطالبة بإلغاء سندات الملكية الرسمية للدولة والتي يختص بالفصل فيها القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي.

ولدراسة الدور المعهود للقاضي الإداري للفصل في المنازعات العقارية التي تكون الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية طرفا فيها وكيفية تفعيل آليات الحماية المدنية للأملاك الوطنية ارتأينا معالجة هذا الموضوع من خلال طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن للقاضي الإداري تفعيل آليات الحماية القانونية للأموال الوطنية في ظل المنازعات العقارية التي يختص بالفصل فيها ؟

وللإجابة عن هذا التساؤل قسمنا هذه الورقة البحثية إلى ثلاث مطالب نتناول في المطلب الأول مفهوم قواعد الحماية المدنية للأموال الوطنية، ثم نتناول في المطلب الثاني الاختصاص القضائي في منازعات الأملاك الوطنية في حين نتناول في المطلب الأخير القواعد القانونية التي يتركز عليها القاضي في تكريس هذه الحماية .  
المطلب الأول: قواعد الحماية المدنية للأموال الوطنية

وتهدف قواعد حماية الأملاك الوطنية إلى ضمان استمرارية أداء هذه الأملاك لوظيفة النفع العام دون عرقلة تخصيصها للاستعمال العام للجمهور، وتتمثل الحماية المدنية للأموال الوطنية في عدم جواز التصرف وعدم قابليتها للاكتساب بالتقادم وعدم قابلية الحجز عليها، وتمتع الأملاك العمومية بهذه الخصائص الثلاث في حين تنسحب الخاصيتان الثانية والثالثة على الأملاك الوطنية الخاصة ، حتى وإن كان المشرع قد قيد إلى حد كبير حرية التصرف فيها وهو ما سنبرره لاحقاً.

الفرع الأول: عدم قابلية التصرف في الأملاك العمومية

ويقصد بهذه القاعدة عدم خضوع الأملاك الوطنية العمومية للتصرفات القانونية الناقلة للملكية التي ينظمها القانون المدني ، أي أنه لا يمكن للأشخاص المعنوية العامة أن تُجري عليه تصرفاً قانونياً ناقلاً للملكية ما دامت الصفة العمومية ملازمة لها ، وذلك حتى لا يتعطل الانتفاع بالمال العام<sup>1</sup> .

إن قاعدة عدم قابلية التصرف تشمل التصرفات القانونية الواردة في القانون المدني ومنها البيع والهبة والتبادل، وكذا الرهن الرسمي لأن هذه التصرفات تخرج ملكية المال العام إلى الغير أو تعطله وتحبسه عن أداء وظيفته العامة<sup>2</sup> ، وتبعاً لذلك فإن المنع لا يسري على التصرفات الإدارية طبقاً لقواعد القانون الإداري لأنها لا تؤدي إلى تعطيل أداء هذه الوظيفة، ومنه يجوز تبادل الأملاك الوطنية العمومية بين أشخاص القانون العام الإقليمية وفي هذه الحالة فإن التخصيص للمنفعة العامة لا ينقطع كما يجوز إبرام تصرف قانوني كمنح الامتياز لاستغلال مرفق عام أو منح ترخيص لبعض الأفراد لاستعمال بعض أجزاء الأملاك الوطنية العمومية استعمالاً خاصاً كإقامة كشك في حديقة عمومية أو على شاطئ البحر.

وقد نصت أغلب التشريعات على هذا المبدأ الذي يقضي بعدم جواز التصرف في الأموال العامة وهو ما تناوله المشرع الوطني ضمن نص المادة (689) من القانون المدني والمادة الرابعة من قانون الأملاك الوطنية وسنتناول تبعاً لذلك نطاق تطبيق هذه القاعدة والنتائج المترتبة عليها فيما يلي:

أولاً/ نطاق تطبيق قاعدة عدم جواز التصرف: ترتبط هذه القاعدة بفكرة تخصيص الملك للمنفعة العامة ، وهي تتراوح وجوداً وعملاً بهذا التخصيص وبالتالي فإن مناط هذه القاعدة هي الأملاك الوطنية العمومية وتخرج بذلك الأملاك الوطنية الخاصة من هذا الحظر<sup>3</sup> ، وذلك لنص المادة الرابعة من القانون (30/90).

وإذا كان منع التصرف مرتبطاً بتخصيص المال للمنفعة العامة فإن ذلك قد يكون نابعا من إرادة المشرع وذلك حسب نص المادة (688) من القانون المدني التي تعتبر العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني لمصلحة عامة أموالاً للدولة، فإذا ما فقد المال صفته العمومية فإنه يصبح مالا خاصا للدولة أو لإحدى جماعاتها الإقليمية ويجوز للإدارة في هذه الحالة التصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية بعد تجريده طبعاً من الصفة العمومية<sup>4</sup>.

وبخصوص التصرفات الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة فإنه بالرجوع إلى النصوص القانونية نجدها قد جعلت منها ما يشبه استثناء من الأصل العام وهو ما يفهم من نص المادة (689) من القانون المدني التي تنص على أنه " يمكن التنازل أو تأجير الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والجماعات الإقليمية ، غير المخصصة أو التي ألغى تخصيصها إذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية عن طريق المزاد العلني " ، ويكون ذات التصرفين بالتراضي بصفة استثنائية ومبررة قانوناً.

وبالرجوع إلى نص المادتين (90) و (91) من المرسوم التنفيذي (427/12) فإننا نجدها قد كرّست البيع بالمزاد العلني كأسلوب أساسي للتصرف في الأملاك العقارية في حالة إلغاء تخصيصها أو إذا لم تكن مخصصة وبشرط أن لا تبقى هناك فائدة منها، غير أن المشرع سمح بالبيع بالتراضي وضيق مجاله وحصره في حالات خاصة على سبيل الحصر، ومنه نلاحظ أن المشرع قد قيّد حرية التصرف في الأملاك الوطنية الخاصة إلى الحد الأدنى الذي يستجيب فقط للضرورات الحتمية التي تقتضيها المصلحة الوطنية الكبرى .

ثانياً/ النتائج المترتبة عن تطبيق قاعدة عدم جواز التصرف: يترتب عن تطبيق قاعدة عدم جواز التصرف في الأملاك الوطنية العمومية النتائج التالية:

- بطلان كل أنواع التصرفات الناقلة للملكية الواردة على الأملاك الوطنية العمومية وللقاضي أن يتمسك بهذا البطلان ويثيره من تلقاء نفسه<sup>5</sup> لأن حظر التصرف في الأملاك العمومية من النظام العام.

- للدولة وجماعاتها الإقليمية أن تجري التصرفات غير الناقلة للملكية كمنح الامتياز لاستغلال الشواطئ أو ومنح رخصة الوقوف و رخصة الطريق وهذه التصرفات من شأنها أن لا تتعارض مع تخصيص الملك العمومي، كما يمكن تبادل العقارات أو المنقولات بين أشخاص القانون العام الإقليمية<sup>6</sup>.

الفرع الثاني: عدم قابلية الأملاك الوطنية للاكتساب بالتقادم

تتفرع هذه القاعدة من عدم جواز التصرف في الأملاك الوطنية، وتعني عدم جواز امتلاك الأملاك العمومية أو الخاصة بالحيازة القصيرة أو الطويلة التي تبدأ بوضع اليد، وذلك لأنه لما كان المال العام غير قابل للتصرف فيه بالتصرفات الناقلة للملكية فمن باب أولى أن يمنع على الأفراد اكتسابه بالتقادم، ومنه فإن الشخص الإقليمي المالك يستطيع أن يمنع الغير من وضع يده على المال العام وأن يسترده في حال وقوع ذلك وفي أي وقت<sup>7</sup> ، ولا يجوز لحائز الملك الوطني العمومي أن يتمسك بقاعدة التقادم المكسب المنصوص عليها في المادة (827) من القانون المدني ، ومنه سنتعرض إلى مضمون ونطاق تطبيق هذه القاعدة والنتائج المترتبة عليها فيما يلي :

أولاً/ نطاق تطبيق قاعدة عدم قابلية الاكتساب بالتقادم: مضمون هذه القاعدة هو منع الاعتداء الذي قد يضر بالأملاك الوطنية المخصصة للنفع العام ويعرقل أداء وظيفتها العمومية، وتهدف كذلك إلى منع الأشخاص من التمسك بقاعدة التقادم المكسب التي تبدأ بوضع اليد والحيازة المادية غير المنقطعة والهادئة والعلنية والتي تنتهي حسب قواعد القانون المدني باكتساب الملكية بالتقادم المكسب.

وقد أقر الاجتهاد القضائي هذه القاعدة وهو الأمر الذي نلمسه من خلال قرار مجلس الدولة رقم (049447)<sup>8</sup> الصادر بتاريخ 2009/10/29 الذي يقرر المبدأ التالي " متى كان من المقرر قانوناً أنه لا يجوز التصرف في الأراضي التابعة للأملاك الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم ، فإن شهادة الحيازة المحررة لصالح شخص طبيعي على عقار ملك للدولة تعد باطلة لعدم مشروعيتها "

لذلك فإنه لا يمكن لواضع اليد على عقار مدرج ضمن الأملاك الوطنية أن يتحصل على سند ملكية أو شهادة حيازة مهما طالت مدة وضع اليد على الملك الوطني العمومي ، وإن تم ذلك فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً ، ويجب على القاضي أن يثيره من تلقاء نفسه وأن يحكم به متى تمسكت به الهيئة المالكة<sup>9</sup> .

ونطاق تطبيق هذه القاعدة فإنه يمتد إلى جميع الأملاك الوطنية العمومية منها والمنقولة ولا يجوز التمسك (689) من القانون المدني، ومنه فإن المنع يخص الأملاك الوطنية العقارية منها والمنقولة ولا يجوز التمسك بقاعدة حيازة المنقول سندا للملكية والأصل في عدم جواز اكتساب الأملاك الوطنية بالتقادم هي قاعدة خاصة بالأملاك العمومية فقط ، لكن أغلب التشريعات دأبت على تمديد هذه القاعدة على الأملاك الوطنية الخاصة وبالتالي فهي الأخرى تستفيد من هذه الحماية الاستثنائية ، وقد استدرك المشرع المصري ذلك بموجب تعديل القانون المدني لسنة 1959 وكذا تعديل سنة 1970 بموجب القانون رقم (55/70) حيث تنص المادة (970) منه على أنه " ...ولا يجوز تملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة وكذا أموال الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة أو للهيئات العامة .. ولا يجوز التعدي على الأموال المذكورة بالفقرة السابقة ، وفي حال حصول ذلك يحق للوزير المختص إزالتها إدارياً"<sup>10</sup> .

وقد أقر مجلس الدولة هذه القاعدة وذلك من خلال قراره رقم (3053)<sup>11</sup> الصادر بتاريخ 2002/06/10 الذي يقرر المبدأ التالي " الأملاك البلدية - كوميونال - أصبحت من أملاك الدولة تخضع لجميع التشريعات والمبادئ المقررة لحمايتها لا سيما مبدأ عدم اكتسابها عن طريق التقادم كما تنص على ذلك المادة (66) من قانون الأملاك الوطنية (30/90) المؤرخ في 1990/12/01 ."

أما بالنسبة للتشريع الوطني فكان قبل تاريخ 2008/07/20 يقتصر تطبيق هذه القاعدة على الأملاك الوطنية العمومية فقط ، إلا أنه منذ هذا التاريخ واستجابة لما يمليه واقع الحال ومسيرة للتشريعات المقارنة عدّل قانون الأملاك الوطنية بموجب الأمر (14/08) حيث نصت المادة الرابعة منه على أن " الأملاك الوطنية الخاصة غير قابلة للتقادم ولا للحجز ما عدا المساهمات المخصصة للمؤسسات العمومية الاقتصادية" وقد شرعت هذه القاعدة لمصلحة الشخص العمومي الاقليمي فله وحده الحق في الدفع بها حماية للأملاك العمومية أو الخاصة من الحائزين<sup>12</sup> .

والاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كرس هذه القاعدة أيضا في القرار رقم (150719)<sup>13</sup> الصادر بتاريخ 1998/02/25 الذي ينص على المبدأ التالي " لا يمكن اكتساب الأملاك الوطنية الخاصة بالتقادم وليس لأي كان الأولوية عليها " ، والقرار رقم (200495)<sup>14</sup> الصادر بتاريخ 2000/11/22 الذي يقرر المبدأ التالي " لا يجوز التمسك بالتقادم المكسب إلا باستمرار الحيازة لمدة (15) سنة ، وأنه لا يجوز تملك الاموال العمومية بالتقادم المكسب " .

ثانيا/ النتائج المترتبة عن تطبيق قاعدة عدم قابلية الاكتساب بالتقادم: يترتب على تطبيق هذه القاعدة في مواجهة الغير النتائج التالية:

- مهما طال مدة وضع اليد فإن الأملاك الوطنية العمومية أو الخاصة لا تنتقل إلى واضع اليد ويبقى الحق في استردادها قائما في أي وقت.

- استبعاد تطبيق بعض المبادئ القانونية المعترف بها بالنسبة للأملاك الخاصة المملوكة من طرف الأفراد ومنها " حيازة المنقول سند الملكية " ، وقاعدة الالتصاق سببا لكسب الملكية.

#### الفرع الثالث: عدم قابلية الأملاك الوطنية للحجز

عدم جواز الحجز على الأملاك الوطنية هي قاعدة مكملة لقاعدة عدم قابلية التصرف وتنفيذ إجراءات الحجز تقتضي وجود علاقة دائنيه بين طالب توقيع الحجز والمدين المالك وفي هذه الحالة تختلف المراكز القانونية بين الطرفين لذلك قرر المشرع إحاطة الأملاك الوطنية بهذا المنع وتجد لها مبررات قانونية ومنطقية نوردها فيما يلي:

أولاً/ مبررات قاعدة عدم قابلية الأملاك الوطنية للحجز: إن إجراءات التنفيذ الجبري على الأموال التابعة للدولة أو لجماعاتها الإقليمية يتعارض مع المصلحة العامة، وذلك لعدم تصور إمكانية إعسار الشخص الإقليمي الذي يفترض أن ذمته المالية مليئة<sup>15</sup> ويستطيع الوفاء بما عليه من التزامات دون اللجوء إلى إجباره. وفي نفس الوقت فإنه إذا افترضنا قابلية الحجز على الأملاك الوطنية فإن ذلك يعد مساساً بالمصلحة العامة في سبيل تحقيق مصلحة خاصة ضيقة لفائدة فرد أو مجموعة الأفراد الدائنين، يتفرع عن هذه القاعدة عدم جواز ترتيب حقوق عينية تبعية على الأملاك الوطنية ضماناً لديون الشخص الإقليمي كالرهن الرسمي أو الرهن الحيازي أو حق التخصيص، لأن الفائدة من هذه الحقوق تظهر فقط عندما تباع الأملاك المثقلة بها جبراً بالمزاد العلني، وهذا ما لا يمكن تحقيقه مع الأملاك الوطنية طبقاً لنص المادة الرابعة من قانون الأملاك الوطنية التي تمنع الحجز عليها.

في مثل هذه الحالات يثار التساؤل حول كيفية استيفاء الحقوق في حالة ما إذا كانت الجهة الإدارية امتنعت عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية أو ما أمر به الحكم القضائي المتضمن مثلاً دفع تعويضاً لأحد الأفراد. وهذه المسألة فصل فيها المشرع بموجب أحكام القانون (02/91) المؤرخ في 18/01/1991 المتعلق بالأحكام الخاصة ببعض أحكام القضاء<sup>16</sup>، حيث تنص المادة الثالثة منه على أنه يسوغ لأمين الخزينة أن يأمر بسحب مبلغ الدين من حساب الهيئة المحكوم عليها لصالح الهيئة الدائنة على أن لا تتجاوز العملية المحاسبية شهرين من تاريخ إيداع عريضة بذلك.

ثانياً/ النتائج المترتبة عن تطبيق قاعدة عدم قابلية الحجز: من خلال تطبيق هذه القاعدة التي تعتبر من قواعد الحماية الاستثنائية للأملاك الوطنية العمومية والخاصة تتحقق النتائج التالية:

- لا يمكن للجهات القضائية أن تقبل طلبات الحجز على الأملاك الوطنية<sup>17</sup> باستثناء حصص المساهمات التي تخصصها الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية للمؤسسات العمومية.

- لا يجوز للأشخاص المعنية الإقليمية ترتيب حقوق عينية على الأملاك الوطنية ضماناً للوفاء بديونها.

#### المطلب الثاني: الاختصاص القضائي في منازعات الأملاك لوطنية

لممارسة الدعوى المدنية في إطار حماية الأملاك الوطنية يثور التساؤل حول الجهة التي ينعقد لها اختصاص النظر في هذه الدعاوى، وكذا الجهات المخول لها التمثيل أمام القضاء، سواء بصفتها مدعي أو مدعى عليه، وذلك ما سنتناوله فيما يلي:

#### الفرع الأول: الاختصاص النوعي والإقليمي

تطبيقاً للمعيار العضوي المعتمد في توزيع الاختصاص بين الجهات القضائية فإن القضاء الإداري هو المختص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالأملاك الوطنية، وذلك بناء على المادة (800) من قانون الإجراءات

المدنية والإدارية مع بعض الاستثناءات الواردة في هذا القانون أو القوانين الخاصة الأخرى، وهنا يمكن التمييز بين الاختصاص النوعي والاختصاص الإقليمي.

فالاختصاص النوعي لدعاوى الأملاك الوطنية يتحدد تبعاً للهيئة التي تكون طرفاً في الدعوى، فبناءً على المادة (801) من قانون الإجراءات الإدارية فإنه يعود الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية كلما كانت الولاية أو المصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية طرفاً في الدعوى<sup>18</sup>.

بينما ينعقد الاختصاص لمجلس الدولة كدرجة أولى ونهائية في الدعاوى المرفوعة من طرف السلطات المركزية فيما يتعلق بالمنازعات المرتبطة بالأملاك الوطنية، كما يكون جهة استئناف لأحكام المحاكم الإدارية ويقوم وزير المالية بتمثيل الدولة أو يفوض المدير العام للأملاك الوطنية بذلك.

ويجدر التنويه إلى أنه ينعقد الاختصاص للقضاء العادي استثناءً في المنازعات المتعلقة بتبادل العقارات بين الخواص والدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية، وهذا ما نصت عليه المادة (92) من قانون الأملاك الوطنية و المادة (517) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذلك الاستثناءات الواردة ضمن نص المادة (802) من نفس القانون التي تقضي باختصاص المحاكم العادية في مخالفات الطرق والمنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات ذات الصبغة الإدارية، كما يعود الاختصاص كذلك لنفس الجهة بالنسبة لقضايا الاستيلاء على التركات الشاغرة أو المهملة التي ليس لها وارث<sup>19</sup>.

أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي فإنه طبقاً لنص المادة (40) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإنه يعود الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار أو مكان تنفيذ الأشغال.

#### الفرع الثاني: صفة التقاضي في منازعات الأملاك الوطنية

من خلال استقراء نصوص قانون الأملاك الوطنية والمرسوم التنفيذي (427/12) نجدها قد وزعت الاختصاص على أربعة جهات وهي الوزير المكلف بالمالية والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي ومدير أملاك الدولة بالولاية بصفته ممثلاً للوزير.

أولاً/ اختصاص الوزير المكلف بالمالية: تنص المادة العاشرة من القانون (30/90) على أنه يتولى الوزير المكلف بالمالية والوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي تمثيل الدولة والجماعات الإقليمية في الدعاوى القضائية المتعلقة بالأملاك الوطنية وفيما يخص الدعاوى المتعلقة بعقود التسيير فإن الوزراء المعنيين والسلطات المسيرة للأملاك الوطنية يمكنهم تمثيل الدولة والجماعات الإقليمية كذلك أمام الجهات

القضائية المختصة وذلك بناء على نص المادة التاسعة من ذات القانون غير أنه لا بد أن يكون ذلك بالاشتراك مع الوزير المكلف بالمالية وذلك ما يفهم من نص المادة (192) من المرسوم التنفيذي رقم (427/12).  
ثانيا/ اختصاص الوالي: يتحدد الأساس القانوني لاختصاص الوالي بتمثيل الدولة وجماعاتها الإقليمية أمام الجهات القضائية المختصة في المادتين التاسعة والعاشر من قانون الأملاك الوطنية ، وكذا نص المادة (2/192) من المرسوم التنفيذي (427/12) التي تنص على أن " يمارس الوالي المختص إقليميا فيما يخص أملاك الدولة الواقعة في ولايته ، المطالبة بمصالح الدولة في مجال أملاكها طبقا لقانون الولاية إلا إذا نص القانون على غير ذلك " .

ولاعتبار أن الوالي يمثل الدولة في ولايته فإننا نجد أنه ذا اختصاص مزدوج فهو يمثل الدولة بصفته مفوضا من طرف السلطة المركزية ، ومن جهة أخرى يمثل الولاية والبلدية بصفتهما جماعتين إقليميتين يشرف عليهما ومن اختصاصاته في مجال الأملاك الوطنية تمثيلها أمام الجهات القضائية المختصة.  
ثالثا/ اختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي: من خلال نص المادتين التاسعة والعاشر من قانون الأملاك الوطنية المذكورتين سلفا فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي مختص بتمثيل الدولة وكذا البلدية في مجال الدعاوى القضائية الرامية إلى حماية الأملاك الوطنية العمومية الواقعة على مستوى نطاقه الإقليمي سواء كان بصفته مدعيا أو مدعى عليه.

رابعاً/ اختصاص مدير أملاك الدولة: تنص المادة (193) من المرسوم التنفيذي رقم (427/12) على أنه " تختص إدارة أملاك الدولة وحدها بمتابعة الدعاوى المتعلقة بصحة عقود اقتناء الأملاك العقارية أو تأجيرها والحقوق العقارية وحقوق المحال التجارية التي تبرمها.. على أن تكون المصلحة العمومية التابعة للدولة أو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري أو الهيئة الإدارية المستقلة التي أبرمت هذه العقود ممثلة في الدعوى قانونا " .

ومن جهة أخرى تنص المادة (123) من القانون (30/90) على دور الاعوان المؤهلين التابعين لإدارة أملاك الدولة في معاينة كل أنواع المساس بالأملاك الوطنية العمومية والخاصة التابعة للدولة أو الجماعات الإقليمية ، ويلاحقون من يشغلون هذه الأملاك دون سند ويحصلون التعويضات المطبقة والأتاوى والعائدات... وذلك بغض النظر عن المتابعات الجزائية.

وتطبيقا للفقرة الثالثة من المادة (192) من المرسوم المذكور والتي حلت محل المادة (184) من المرسوم رقم (454/91)<sup>20</sup> الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العامة والخاصة التابعة للدولة ويضبط كيفيات ذلك صدر القرار الوزاري المؤرخ في 1999/02/20 المتضمن تأهيل أعوان إدارة أملاك الدولة

والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة<sup>21</sup>. حيث تنص المادة الثانية منه على اختصاص:

- المدير العام للأموال الوطنية في القضايا المتعلقة بأموال الدولة والحفظ العقاري المرفوعة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو محكمة التنازع.
- مديري أموال الدولة بالولايات ومديري الحفظ العقاري بالولايات في القضايا المرفوعة أمام المحاكم أو المجالس القضائية أو المحاكم الإدارية.

### المطلب الثالث: تفعيل قواعد الحماية في ظل دعاوى الأملاك الوطنية

إن أهم الدعاوى الإدارية التي تواجهها الأملاك الوطنية هي تلك التي لها علاقة مباشرة بالاستغلال التعاقدى لمشتمات الأملاك الوطنية أو تلك التي تنشأ عن الشغل والاستغلال غير المشروع أو تلك المتعلقة بالمنازعة في أصل حق الملكية وغيرها كثير، وسنتطرق إلى بعضها فيما يتقدم ثم نعرض على بعض المرتكزات التي يمكن للقاضي تفعيلها أثناء النزاع حماية للأملاك الوطنية.

#### الفرع الأول: أنواع الدعاوى المتعلقة بالأملاك الوطنية

تعدد الدعاوى التي يمكن أن تتعلق بالأملاك الوطنية حسب السبب وطبيعة الأطراف وغيرها، إلا أنه يمكن أن نتطرق لأهم الدعاوى التي تتعلق أساساً بأصل الحق ومنها على سبيل المثال:

أولاً/ دعوى تعيين الحدود: في أغلب الأحيان لا ترمي منازعات تعيين حدود الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية أو الاصطناعية إلى المنازعة في أصل حق الملكية برمتها، وإنما تهدف إلى المطالبة بتعديل حدودها بما يتماشى ومصالح الملاك المجاورين بمناسبة اقتناء الملك العمومي وخاصة في مرحلة تعيين الحدود واستصدار قراراً بذلك، حيث أنه طبقاً لنص المادة الرابعة والعشرين من المرسوم التنفيذي رقم (427/12) فإنه يجوز الطعن في قرارات ضبط الحدود وفقاً للتشريع المعمول به، ويترتب عن ذلك رفع دعوى قضائية أمام جهة القضاء الإداري المختصة لطلب إلغاء القرار الإداري المتضمن تعيين الحدود، وإذا ما قضت المحكمة بإلغاء القرار فإن الإدارة تكون ملزمة بإعادة ضبط الحدود بما يتماشى ومنطوق الحكم القضائي الفاصل في موضوع الدعوى.

وفي ظل هذه المنازعة يكون للقاضي الإداري دور بارز في تقدير مدى مشروعية المطالب القضائية ومدى عدم تنافها مع قواعد وأسس الحماية القانونية المقررة للأملاك الوطنية، فلا يمكن أن يكسب الغير حقاً يكون غير مشروع فيه خرقاً لقواعد الحماية.

ثانياً/ دعوى استغلال الأملاك الوطنية: تستغل الأملاك الوطنية العمومية عن طريق العقد الإداري الوحيد الطرف المتضمن الترخيص باستغلال جزء من الأملاك الوطنية العمومية عن طريق رخصة الطريق أو رخصة

الوقوف ، أو تستغل عن طريق العقد الإداري المتضمن منح الامتياز على مشتريات الأملاك الوطنية العمومية أو الخاصة.

وهذه السندات منها ما يكون الرجوع عنها أو إلغائها بالإجراء الإداري، ومثال ذلك منح الامتياز في إطار القانون رقم (03/10)<sup>22</sup> الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، بناء على المادة (28) الفقرة الثانية والثالثة، التي تنص على أنه في حالة إخلال المستثمر صاحب الامتياز بالتزاماته التعاقدية وبعد إعداره من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية دون استجابة إلى غاية انقضاء الأجل ، يخطر الديوان مديرية أملاك الدولة بذلك وتقوم بفسخ عقد الامتياز بالطرق الإدارية ويكون الفسخ قابلاً للطعن أمام الجهات القضائية المختصة في الميعاد المحدد بشهرين من تاريخ تبليغ الفسخ.

ومنها ما يكون الرجوع عنه وإلغائه إلا عن طريق القضاء كمنح الامتياز في إطار الاستثمار بناء على الأمر رقم (04/08)<sup>23</sup> المؤرخ في 2008/09/01 ، الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية ، وذلك بناء على نص المادة (12) منه والتي تنص على أنه يترتب على كل إخلال من المستفيد من الامتياز للتشريع الساري المفعول وللالتزامات التي يتضمنها دفتر الأعباء اتخاذ إجراءات من أجل إسقاط حق الامتياز لدى الجهات القضائية المختصة وبمبادرة من مدير أملاك الدولة المختص إقليمياً.

وفي هذا الإطار يمكن أن يثور نزاع في أصل قرار الإلغاء عن طريق دعوى إلغاء قرار سحب الرخصة أو إلغاء عقد الامتياز ، كما يمكن أن تكون الدعوى للمطالبة بالتعويض إذا ما لحق صاحب الرخصة ضرر جراء تعسف الإدارة بموجب قرار السحب ، ويؤول الاختصاص في هذه الدعاوي إلى جهة القضاء الإداري بناء على المادة (801) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمباشرة دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض التي تسمى بدعوى القضاء الكامل<sup>24</sup>.

وبمناسبة هذه المنازعات تكون للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في تقدير مشروعية القرارات الإدارية سواء التي تمنح الاستغلال أو تلك القرارات التي تلغي المنح والاستفادة من أوعية الأملاك الوطنية ويجب أن يستند القاضي في ذلك إلى تفعيل وتكريس مبادئ وقواعد الحماية القانونية المقررة للأملاك الوطنية.

ثالثاً/ دعوى الحيازة وحق الملكية: تعتبر المنازعة في أصل حق الملكية من أخطر المنازعات التي تثار ضد الأملاك الوطنية وترمي إلى التشكيك في أصل الحق فهي تهدد بصفة مباشرة وجود الملكية من عدمه، وحسب نص المادة (125) من قانون الأملاك الوطنية فإنه يعود الاختصاص للوزير المكلف بالمالية أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي كل فيما يخصه للدفاع عن الأملاك الوطنية أمام الجهة القضائية المختصة وذلك

بمناسبة الدعاوى الرامية إلى التشكيك في ملكية الدولة لمحل المنازعة أو في إطار حماية الحقوق و تنفيذ الالتزامات التي يتعين عليهم الدفاع عنها أو المطالبة بها أمام الجهات القضائية المختصة.

وتثور هذه المنازعات من خلال تحريك الدعوى المدنية من طرف الأفراد ضد الدولة أو إحدى جماعاتها الإقليمية أو العكس ، وتبعاً لذلك فإنه يعتبر تشكيكاً في الملكية محاولة اكتساب الملكية العمومية أو الخاصة عن طريق التقادم المكسب الذي يشترط فيه بأن يكون العقار ليس له مالك<sup>25</sup> ، والذي يتم عن طريق عقد الشهرة أو شهادة الحيازة أو عن طريق سند الملكية في إطار التحقيق العقاري بموجب القانون رقم (02/07) الذي أُلغى إجراءات عقود الشهرة<sup>26</sup> ، وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه في ظل تعثر عملية إعداد مسح الأراضي العام لمدة طويلة جداً جعل الدولة تمتلك أغلب العقارات التابعة لها بموجب نصوص قانونية وليس بموجب سندات رسمية مشهورة لدى المحافظة العقارية المختصة إقليمياً ، وهو ما فتح الباب إلى غاية اليوم لهذا النوع من المنازعات الكثيرة التي تشكك في الملكية العمومية أو الخاصة التابعة للدولة ، والتي تؤدي في كثير من الأحيان إلى ضياع الأملاك الوطنية لا سيما الخاصة منها بموجب التقادم المكسب.

كما أن هذه المنازعات قد تثور حتى في ظل إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وتطبيق نظام الشهر العيني الذي يتميز بعدة مبادئ وخصائص تميزه عن نظام الشهر الشخصي والتي تكون ارتكازات قانونية يرتكز عليها القاضي في تكريس الحماية القانونية للأملاك الوطنية.

#### الفرع الثاني: الوسائل القانونية لتفعيل حماية الأملاك الوطنية

يمكن للقاضي الإداري أن يرتكز على عدة وسائل قانونية لتكريس قواعد الحماية المدنية التي تتمتع بها الأملاك الوطنية ومن ذلك تفعيل النصوص القانونية المتعلقة بأيلولة الأملاك الشاغرة للدولة وذلك لمواجهة دعاوى الحيازة والتقادم المكسب ، وكذلك تفعيل قاعدة الاعفاء من قاعدة الشهر المسبق لشهر التصرفات القانونية الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة ، والاعتماد على مبادئ وخصائص نظام الشهر العيني واسقاطها على الأملاك الوطنية الخاصة حماية له .

أولاً/ أيلولة الأملاك الشاغرة للدولة: تمتلك الدولة الأراضي والعقارات الشاغرة بموجب عدة نصوص قانونية وتنظيمية منها الأمر (102/66) المؤرخ في 1966/05/06 المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة<sup>27</sup> ، الذي جاء حماية لهذه الأملاك لا سيما منها الأراضي الشاغرة والعقارات المبنية التي تركها المعمرين بعد رحيلهم غداة الاستقلال ، وتأتي كذلك المادة (773) من القانون المدني التي تنص كذلك على أنه " تعتبر ملكاً من أملاك الدولة جميع الأموال الشاغرة التي ليس لها مالك ، وكذا أموال الأشخاص الذين يموتون عين غير وارث أو الذين تهمل تركتهم " .

وقد تم ضم أغلب الأملاك الشاغرة لفائدة الدولة وذلك بموجب الأمر رقم (102/66) المؤرخ في 1966/05/06 المتضمن أيلولة الأملاك الشاغرة للدولة حيث أن مجمل نصوصه تعتبر الأملاك التي تركها أصحابها بعد الاستقلال شاغرة بموجب إجراءات إعلان الشغور هي ملك للدولة بقوة القانون. وقد كرس ذلك المادة (48) من القانون (30/90) المتعلق بالأملاك الوطنية وأضاف التعديل الأخير للقانون المذكور ضمن نص المادة (54 مكرر) تملك الدولة الأراضي الصحراوية التي لا يمارس عليها حيازة هادئة ومستمرة دون التباس وغير منقطعة منذ (15) سنة على الأقل من تاريخ نشر القانون (14/08). وعليه عندما يقوم الدفع بهذه النصوص القانونية لتبرير تملك الدولة فإن النص القانوني يعتبر أقوى حجية من السندات العرفية التي لا تكون ثابتة التاريخ قبل 1970/12/31 بناء على قانون التوثيق رقم (91/70)، ويجدر التنويه إلى أنه بناءً على هذه النصوص يفترض في الدولة أو جماعاتها الإقليمية أنها أصلت ملكيتها بوثائق وسندات رسمية مشهورة غير أن ضرورة هذا الاجراء لمواجهة الغير لا تقلل من حجية النصوص القانونية المذكورة.

ثانيا/ الاعفاء من تطبيق قاعدة الشهر المسبق: في ظل المعاملات العقارية التي تجرئها الدولة ينص المشرع في أغلب الأحيان على إعفاء الدولة من قاعدة إلزامية الشهر المسبق بناء على نص المادة (89) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تعترض إيداع الوثائق الخاضعة للشهر لدى المحافظة العقارية ، وبالتالي فإن قاعدة الشهر المسبق لا تسري في كثير من العقود والوثائق المودعة لدى المحافظة العقارية سواء ما تعلق منها بالأفراد كشهادة الحيازة وعقد الشهرة وسند الملكية في إطار التحقيق العقاري تطبيقا للقانون (02/07) أو بالنسبة للتصرفات التي تجرئها الدولة على أملاكها الخاصة والتي تكون مستثناة من قاعدة الشهر المسبق كعقود التنازل عن أملاك الدولة في ظل القانون (01/81) والمرسوم (269/03) وعقود الاستصلاح الفلاحي وغيرها.

وبالتالي فإن هذه القاعدة يمكن للقاضي الإداري أن يعتمد عليها وتفعيلها في ظل المنازعات العقارية التي يختص بالفصل فيها حماية للأملاك الوطنية الخاصة.

ثالثا/ مبادئ نظام الشهر العيني: تلخص مبادئ نظام الشهر العيني فيما يلي:

1- مبدأ التخصيص: وهو مبدأ يعتمد على تخصيص لكل مجموعة ملكية أو وحدة عقارية بطاقة عقارية في السجل العقاري تقيدها فيها المعلومات التالية: وصف العقار من الناحية المادية ، مالك العقار، التصرفات الواردة على هذا العقار، الحقوق الواردة من هذا العقار (كالحقوق العينية التبعية).

ومنه فان نظام الشهر العيني يعتمد على العنصر الثابت وهو العقار عكس نظام الشهر الشخصي

الذي يعتمد على العنصر المتغير وهو الشخص<sup>28</sup>.

2- مبدأ الشرعية: ومقتضى مبدأ الشرعية هو وجوب التحقيق و الرقابة و المراجعة الدقيقة السابقة لعملية الشهر فلا يشهر الحق العيني إلا بعد تنقيته من كل شائبة بحيث يكون مطابقاً للحقيقة وعنواناً لها طالما أن هذا الحق يتضح بمجرد قيده في السجل العقاري<sup>29</sup>.

ويلعب المحافظ العقاري في هذا الدور الرئيسي إذ يشرف على مراقبة وإثبات ما إذا كان هناك نقص في البيانات التي يجب أن يحتوي عليها السند المراد شهره أو أن محتوى التصرف مخالف للنظام العام والآداب العامة ويقرر رفض إجراء عملية الشهر دون أن يتعدى ذلك إلى المساس بأصل السند أو تعديله وذلك استناداً إلى المادة 105 من المرسوم التنفيذي 63/76 المذكور سابقاً.

3- مبدأ القوة الثبوتية: ويعرف هذا المبدأ بالثقة العامة في السجل العيني ، ويسمى عند البعض بمبدأ الشهر ومفاده أن شهر التصرفات في ظل نظام الشهر العيني تعتبر قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني إذ يصبح التصرف المشهر مطهر من العيوب مهما كان مصدره وبالتالي كون الحقيقة المقيدة حقيقة مؤكدة نهائية لا يجوز الطعن فيها لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الاستحقاق و الاسترداد وهذا ما يشجع ويطمئن المتعاملين وبالتالي يعتبر حجة في مواجهة الغير.

وعليه فإن الثقة العامة في السجل العقاري لها مظهران إيجابي يتمثل في أنه يحتج على الغير بأي حق عيني عقاري مشهر ومظهر آخر سلبي أنه لا يحتج على الغير بأي حق عيني عقاري غير مشهر.

4- مبدأ القيد المطلق: ومعناه أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية سواء كانت أصلية أو تبعية فهو الذي ينشئها أو يعدلها أو ينقلها أو يزيلها إذ لا يمكن الاحتجاج بها بين أطراف التصرف أو في مواجهة الغير إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري وكذلك الحال بالنسبة للأحكام و القرارات القضائية .

ونجد أن هذا المبدأ مرتبط ارتباط وثيق بمبدأ القوة الثبوتية فهذا الأخير يوجد الثقة والاطمئنان لدى المتصرف فإن هذه الثقة لا يمكن أن توجد إلا بوجود مبدأ القيد المطلق الذي يعتبر مصدر للقوة الثبوتية<sup>30</sup>.

5- مبدأ حضر التقادم: إذا كان التقادم سبب من أسباب كسب الملكية التي تبدأ بالحيازة المادية و القانونية فإنه في نظام الشهر العيني لا يكون لهذا السبب من سبيل لأنه يتعارض مع مبدأ القيد المطلق ومبدأ القوة الثبوتية لأن من ثبت اسمه في السجل العقاري كمالك للعقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بإدعاء أي مغتصب يزعم أنه يملك العقار بالتقادم.

وبهذه المبادئ يصبح نظام الشهر العيني مرآة عاكسة للحقيقة لكل عقار ممسوح.

الخاتمة

من خلال ما تقدم يتضح أن دور القاضي الإداري مهم جدا في تفعيل وتكريس مبادئ الحماية القانونية للأموال الوطنية في حالة نشوء المنازعة في أصل حق الملكية وفي هذا الإطار يظهر جليا تفعيل المبدأ القاضي بعدم قابليتها للتقادم المكسب الذي يبدأ بممارسة الحيازة المفضية إلى إثبات التقادم المكسب كسبب لاكتساب الملكية العقارية المنصوص عليه في القانون المدني.

وذلك لاعتبار أن الأملاك الوطنية العمومية والخاصة لا تكون محل لهذا العمل القانوني أصلا بالنظر للنصوص القانونية المذكورة والتي يكرسها الاجتهاد القضائي ، وذلك سواء في ظل تطبيق نظام الشهر الشخصي أو العيني وفي ظل هذا الأخير يكون القاضي الإداري ملزما بعدم الاعتراف بالحيازة والتقادم المكسب الذي ينصب على الأملاك الوطنية مرتكزا في ذلك إلى التأصيل القانوني لطبيعة الأملاك الوطنية العمومية أو الخاصة هذا من جهة وإلى تطبيق مبادئ وخصائص نظام الشهر العيني لا سيما منها حظر التقادم المكسب من جهة أخرى.

وللتقليل من المنازعات العقارية التي تثقل كاهل القاضي الإداري ومنها بطبيعة الحال ما ينصب على الأملاك الوطنية نقترح تعديل المادة (16) من المرسوم (63/76) المتعلق بتأسيس السجل العقاري بوضع أجل يتحصن بعده الترقيم النهائي من جميع طرق الطعن فيه وذلك ما يبعث على استقرار الملكية العقارية بصفة عامة.

#### الهوامش:

- 1 مخلص ابراهيم الزعبي، حماية المال العام في ظل المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية عمان، الأردن، 2016، ص 97.
- 2 إبراهيم أحمد الشرقاوي ، الأموال العامة وحمايتها مدنيا وجنائيا، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2010، ص 181.
- 3 حنان ميساوي، آليات حماية الأملاك الوطنية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2015، ص 223.
- 4 ابراهيم أحمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 183.
- 5 ابراهيم عبد العزيز شيجا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص 564.
- 6 سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، الكتاب الثالث، أموال الادارة العامة وامتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة 2014 ، ص 34.
- 7 إبراهيم أحمد الشرقاوي، مرجع سابق، ص 184.
- 8 حمودي عبد الرزاق، الموسوعة القضائية في القضايا العقارية، الطبعة الأولى، روافد العلم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 ص 22.
- 9 عبد العزيز السيد الجوهري، محاضرات في الأموال العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983، ص 30.
- 10 سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الاداري، مرجع سابق، ص 32.
- 11 مجلة مجلس الدولة، العدد (02) لسنة 2002، ص 212.

- 12 عبد العظيم سلطان، تسيير وإدارة الأملاك الوطنية، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2010، ص 16.
- 13 جمال سايس الاجتهاد القضائي الجزائري في القضاء العقاري، الطبعة الثانية، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013 ص 401.
- 14 جمال سايس الاجتهاد القضائي الجزائري في القضاء العقاري، نفس المرجع، ص 413.
- 15 سليمان محمد الطماوي، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص 38.
- 16 القانون رقم (02/91) المؤرخ في 1991/01/08 المتعلق بالأحكام الخاصة ببعض أحكام القضاء، ج ر عدد (02) الصادرة بتاريخ 1991/01/09.
- 17 عبد الغني بسيوني، القانون الإداري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، ص 293.
- 18 محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، دار العلوم، الحجار، عنابة، 2004، ص 81.
- 19 سلطان عبد العظيم، مرجع سابق، ص 218.
- 20 المرسوم رقم (454/91) ملغى بموجب المرسوم التنفيذي رقم (427/12) الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.
- 21 القرار الوزاري المؤرخ في 1999/02/20 المتضمن تأهيل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة، (ج ر) عدد (20)، الصادرة بتاريخ 1999/03/24.
- 22 القانون رقم (03/10) المؤرخ في 2010/08/15، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، (ج ر) عدد (46) الصادر بتاريخ: 2010/08/18.
- 23 الأمر رقم (04/08) المؤرخ في 2008/09/01 الذي يحدد شروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية، (ج ر) عدد (49) الصادرة بتاريخ: 2008/09/03.
- 24 عمار بوضياف، القضاء الإداري في الجزائر، الطبعة الثانية جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 116.
- 25 حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، دار هومة، الجزائر، 2001، ص 25.
- 26 تنص المادة (19) من القانون (02/07) على أنه يلغى العمل بالمرسوم التنفيذي رقم: 352/83 المتعلق بالتقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة، باستثناء الملفات المودعة لدى مكاتب التوثيق قبل تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية.
- 27 الأمر (102/66) المؤرخ في 1966/05/06، المتضمن انتقال الأملاك الشاغرة إلى الدولة، الصادر بالجريدة الرسمية العدد (36)، المؤرخة في 1966/05/06، ص 421.
- 28 بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2006، ص 29.
- 29 رويصات مسعود، نظام السجل العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل درجة الماجستير، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2009-2010، ص 20.
- 30 فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008، ص 35.

## رقابة القاضي الإداري للقاعدة القانونية ودورها في إرساء دولة الحق والقانون



أ/ هاشم مراد

جامعة الشهيد حمّ لخضر بالوادي، الجزائر

د/ عادل عميرات

جامعة الشهيد حمّ لخضر بالوادي، الجزائر

\*\*\*\*\*

### 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 تحديد 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 الدستوري<sup>(1)</sup> 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 المتحكمة في النزاع المعروف أمامه، فيقوم الأخير بدور الرقابة على القاعدة القانونية، فغن وجد في الدفع وجهة أحاله للجهة مجلس الدستوري للنظر، واثارة 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؟

وإجابة عن هذه الإشكالية سنعتمد 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 والقانون

نحاول في هذا المحور بيان وجهة ما ذهبت إليه عدّة تشريعات دستورية، كالدستور الفرنسي من بعد تعديل 2008، والدستور المصري 2014، والدستور الجزائري 2016، في تمكين القاضي الإداري من ممارسة 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 سلبى؟. 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 عضواً) والتي يتشكل من هيئة واحدة؟، وفي أي درجة من درجات التقاضي ستتم 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:

#### مفهوم الدفع بعدم الدستورية:

فإذا كانت الرقابة بطريق الدعوى تتخذ طريق الهجوم المباشر على القانون محل النزاع، فإن الرقابة بطريق الدفع ليست كذلك؛ فهذه الوسيلة تسمح للخصوم المتضررين أثناء 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 أثناء نظر دعواه حتى يراد تطبيق قانون عليه مع أنه يتضرر منه، ويرى عدم دستوريته، فيدفع أمام المحكمة "بعدم الدستورية".

#### 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 أيضا بالبحث في الدعوى الدستورية كما هو الحال في التجربة الأمريكية". في حين أن الأمر يتعلق بمسألة فرعية - préjudicielle - تلزم القاضي الذي أثبت أمامه بالتوقف عن البحث في الدعوى الأصلية وانتظار صدور قرار عن القاضي الدستوري المختص في حسم النزاع"<sup>(2)</sup>.

إن لجوء المواطنين بطريقة الإدعاء أو الدفع إلى القضاء الدستوري مُعترف به اليوم في غالبية البلدان، وحتى في أكثر الدول العربية باستثناء لبنان. الأنموذج 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 وادارته بشجاعة وحكمة ومسؤولية تجنباً لعدم الاستقرار الاجتماعي والحقوقي".

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 الإقرار بضرورة أن تكون العدالة الدستورية في خدمة المواطن، تطرح المبالغة في المراجعة الفردية وانطلاقاً من

الاختبار اشكاليات تنظيمية عديدة. تنمي العولمة الهويات الفردية والجماعية وايضاً الحاجة إلى مزيد من الصلة الاجتماعية والتضامن .

تلعب المحاكم دور المرشح (المصفي) التي يحثول دون الإثقال من أعباء المجلس الدستوري عبر غريلة الطلبات لاستبعاد تلك تشوئها 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 الدستوري<sup>(3)</sup>.

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 نفضله 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، دفاعاً 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 القضائي<sup>(4)</sup>، وعرضة للانتقاص ما بين سلطة تشريعية تقيد من حدود استعمالها، و سلطة إدارية تتعسف في منع ممارستها بدعاوى حفظ النظام، ولا يخفى أن وجود القضاء الدستوري- وإن كان غير كاف لوحده في تقرير الاستقرار والشعور العام بالعدل والإنصاف والحماية الكاملة للحقوق والحريات- يبقى من أهم المعايير الدولية المعتبرة في دولة الحقوق والحريات<sup>(5)</sup>.

وعليه يبدو أن تعديل 2016 في مادته 188 جعل الجهاز القضائي يتمتع بحق الإخطار مؤسساً، 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 الإخطار<sup>(6)</sup>.

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 الإخطار في ممثلي الشعب غير كاف، وتجاوز تأثير الاعتبارات السياسية على محدودية الإخطار، 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 الحريات 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 أمريكا<sup>(7)</sup>.

### 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 تملها 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 الاختصاص في إلقاء القوانين، نفسها ملتزمة بقواعد القانون، وتكون وظيفتها المتمثلة في "التعديل" مثبتة ومشروعة.

إن تدرج قواعد القانون يقود أليا 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 الدولة<sup>(8)</sup>.

### 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 انضماميا 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 اخصها عدم أحقية المطعون ضده الثالث في مناقشة الاتفاقية. وذكر المدعى شرحاً للدعوى أنه تم إبرام إتفاق بين الحكومة المصرية والمملكة العربية السعودية بتاريخ 2016/4/9 بالتنازل عن جزيرتي تيران وصنافير ضمن الإتفاق على تعيين الحدود البحرية بين البلدين، وأضاف المدعى أن التنازل عن الجزيرتين يعد عملاً إدارياً يجوز مخصصته 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 مارستها 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 اخصها 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 وإن المسافة بينهما وبين شاطئ سيناء أقرب من المسافة بينهما وبين المملكة العربية السعودية وأنهما 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 وإن القوات المسلحة المصرية كانت موجودة في الجزيرتين في عام 1956 وعام 1967، وإن 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 و1 من الدستور وفي ختام الصحيفة طلب المدعى الحكم بطلانته المشار إليها.

ونظرت المحكمة الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق بجلسة 17/5/2016 حيث طلب الأستاذ/ خالد سليمان المحامي قبول تدخله في الدعوى خصماً منضماً إلى جهة الإدارة ودفع الحاضرون عن الدولة بعدم اختصاص المحكمة ولانها 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 ولانها 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 المدعويين لجلسة 7/6/2016 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 المدعى 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 و725 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 وان محلها يتعلق بعمل من أعمال السيادة وان الاختصاص بتقدير تلك الاتفاقية أصبح معقوداً لمجلس النواب دون السلطة القضائية وختم كتابيه المشار إليهما بأنه: ( لذا فقد ترون إبداء الدفوع الآتية : اصلياً 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 تكييف 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 فان التكييف الصحيح لطلبات المدعين في الدعويين هي الحكم: ببطالان توقيع ممثل حكومة جمهورية مصر العربية على الاتفاقية الخاصة بترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية و المملكة العربية السعودية في ابريل 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 واخصها 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 الدعيين استناداً إلى أن إبرام الاتفاقية محل الدعيين يعد عملاً من أعمال السيادة، وإلى أن الطلبات في الدعيين 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 وتناسب 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 مرده 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 الدعيين المائلتين وجب الالتزام بالأصل المشار إليه وهو اختصاص القضاء بنظر الطعون علي تلك الأعمال، والثابت من الأوراق أن موضوع الدعيين 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 أصبحت 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 بجلسة 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 على أي جزء من إقليم الدولة وليمنع السلطة التنفيذية من الاقتراب 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 وحرريات 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 1982/6/10 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 يقرها الدستور ومتجنباً المحظورات التي يفرضها، فإذا ثبت أنها غير مختصة به أو أن جهة الإدارة أهدرت الشروط التي يقرها 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 إبريل 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 الاتفاقيتين 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 مرحلة 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 نظر هاتين الدعويتين ومن ثم فإن الدفع المبدئ 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 الدعويتين ومن ثم يتعين عدم قبول الدعويتين في مواجهته وتكتفى المحكمة بالإشارة إلى ذلك في الأسباب دون المنطوق.

ومن حيث إن كلتا الدعويتين استوفت أوضاعهما الشكلية، ومن ثم يتعين قبولهما شكلاً في مواجهة باقي المدعى عليهم<sup>(9)</sup>.

ومن ثم يكون ما قام به ممثل الحكومة المصرية من التوقيع على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والمملكة العربية السعودية في ابريل 2016 والتي تضمنت تنازل مصر عن الجزيرتين للمملكة العربية السعودية بحجة انها 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، لان ترسيم الحدود البحرية مع دولة لا يتصل إقليمها البري مع الإقليم البري المصري لا يجوز أن يمتد اثره إلى أي جزء من الإقليم البري المصري الذي يشمل جزيرتي تيران وصنافير، وبناء عليه يتعين الحكم ببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على الاتفاقية المشار إليها مع ما يترتب على ذلك من آثار واخصها استمرار جزيرتي تيران وصنافير ضمن الإقليم البري للدولة المصرية وضمن حدودها واستمرار خضوعهما للسيادة وللقوانين المصرية وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح دولة أخرى، وان تظل المياه التي تفصل بين جزيرة تيران وجزيرة صنافير مياها داخلية مصرية، وكذلك المياه التي تفصل بين جزيرة تيران وسيناء مياها داخلية مصرية، واستمرار مضيق تيران واقعاً داخل الأراضي المصرية من الناحيتين مع

استمرار حقوق مصر عليه بوصفها دولة المضيق وفقا 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 الفم 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"<sup>(10)</sup>.

ولهذا سنستعرض تفاصيل الفقهية والقانونية لهذا الرأي لآبأس 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 أميرا أو سلطانا أو... الخ) يُهَيِّم عليها ويُطَلِّق عليه أيضا 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 تقلص 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 توفرها فيه وكيفية عزله وتعويضه... إلخ، حيث تتعدد الطرق والآليات وتختلف من نظام لآخر<sup>(11)</sup>.

#### ب- السلطة التشريعية:

تقوم بمهمة التشريع وسنّ 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 وتَقْصِي 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 مُمثلةً بـ برلمان من مجلس واحد أو من مجلسين كما هو معمول به في العديد من الدول (مجلس الشعب، مجلس الأمة، مجلس الشيوخ ومجلس العموم... إلخ)، 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 الأنظمة<sup>(12)</sup>.

#### ج- السلطة القضائية:

إذا كانت المؤسسة التشريعية تختص بسن القوانين، والمؤسسة التنفيذية تتولى تنفيذها، فإن الجهة القضائية تتكفل بتطبيقها على ما يُعرض 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 المؤسساتين، ومدى تماشها 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، والمؤسساتين التشريعية والتنفيذية، بل إن القاضي لا يستطيع رفض بحث

الموضوع والنطق بالحكم استناد إلى غموض نص أو عدم وجوده إطلاقاً، فهو مُلزم بالحكم في الموضوع المطروح أمامه بالاستناد في مثل تلك الحالات في الأعراف والمبادئ العامة للقانون والعدالة أو العقود والاتفاقيات المبرمة بين الأفراد في إطار القانون، فهذه الأخيرة مُلزِمة لأطرافها.

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

#### - 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 تحدد 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 طويل<sup>(13)</sup>.

حيث ساهم في ظهوره المفكرين السياسيين الإغريق أفلاطون (Plato) و أرسطو (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 والعدالة، 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) لمؤلّفه 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 و تُحب 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.

- الاستقلالية:

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 استقلالته 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 بتُ 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 واللبناني والمغربي<sup>(14)</sup>. 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 اصداره فهو يدخل ضمن دوره الاستشاري فقط، حيث فسح 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 أكده 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)<sup>(15)</sup>.

لعل المؤسس الدستوري أراد أن يكون مرناً في تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات، فلم يراعي هذا المبدأ بحد 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 وحرية الأشخاص، أو الدفع بشكل مباشر بعدم الدستورية؛ وإنما فضل أن يكون دور القضاء الإداري تحريك الرقابة الدستورية على القاعدة القانونية محل الدفع، واستبعد الاضرار 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 الملك<sup>(16)</sup>، 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 الاضرار المباشر حتى في التعديل الدستوري الجديد. فظلت فكرة استبعاد اضرار 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 الدستور<sup>(17)</sup>.

### 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 والحرية 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، و فقط 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 لشا 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 نجد في الدولة القانونية.

وأخيراً، يمكن القول:

- أن تكريس الزامية استشارة مجلس الدولة في كل مشاريع القوانين والأوامر تعد حقيقة ضمانة مبدئية لحماية 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 تعزيزاً لمبدأ التمثيل وحماية للحقوق والحريات الأساسية رغم أنه غير كاف، إلا أن مثل هذا الاخطار مطلوب، وبالنظر أيضاً لعدم أعمال 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 محكمة دستورية) يصعب تطبيقه، وبالتالي تبني المشروع 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 سلطة 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؛ والعيور الدستوري الذي يكتشفه القاضي عن طريق المدعي يكون على قاعدة يتم إصدارها من طرف المشروع في شكل قوانين. وفي النهاية تعود للمشروع 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 ننتهي اللبس في تداول صلاحية السلطات التشريعية والتنفيذية التي تصدر الأوامر.

**الهوامش:**

- (1) القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج ر رقم 14-مؤرخة في 07/03/2016.
- (2) كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، موقع الكتروني: <http://diae.net/47347> زيارة بتاريخ 01/20/2018.
- (3) كمال حمريط، الدفع بعدم دستورية القوانين في التعديل الدستوري الجزائري 2016، موقع الكتروني: <http://diae.net/47347> زيارة بتاريخ 01/20/2018.
- (4) يقول الدكتور رفعت عيد سيد " عندما أمارس حريتي في العقيدة أو ممارسة الشعائر الدينية، ثم يأتي البرلمان و يتعدى - عن طريق التشريع- على حريتي 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 أُلجأ 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.
- (5) ليان بوزيان، آلية الدفع بعدم الدستورية وأثرها في تفعيل العدالة الدستورية، مجلة المجلس الدستوري، ع 02، 2013، ص 6.
- (6) يحي الجمل، أنظمة الحكم في الوطن العربي، أزمة الديمقراطية في الوطن العربي، ط 1، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، 1984، ص 36.
- (7) Claude Leclercq, Droit constitutionnel et Institutions politiques, Litec, 10ème Edit., paris ,1999,pp 106-108.
- (8) Jacques CHEVALLIER, L'État de droit, Montchrestien, 4ème édition, Paris, 2003, p.70
- (9) وذكر قرار المحكمة العديد من التسيببات الأخرى والتي تركز جملها 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>
- (10) حنان براهيم، اجتهاد القاضي في مجال الحقوق والحريات في ظل الاتفاقيات الدولية، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، ع 4، 2009، ص 330.
- (11) سعيد بو الشعير، القانون الدستوري والنظم السياسية المقارنة، ج 2، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص ص 11-18.
- (12) المرجع نفسه، ص ص 19 / 30.
- (13) مولود ديدان، مباحث في القانون الدستوري والنظم السياسية، دار النجاح للكتاب، ط 1، الجزائر، 2005، ص ص 120/126.

(14) القانون رقم 250-93 صادر في 14/7/ 1993، إنشاء المجلس الدستوري.

(15) رأي رقم 06/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.

(16) *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.*

(17) أمين عاطف صليب، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون- دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان،

2002، ص 49.

## إستقلالية المنظومة الإجرائية الإدارية



د/ أحمد سعود

جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي

د/ عبد الوهاب ملياني

جامعة عمار ثيبيجي الأغواط



### مقدمة :

يعتبر حق التقاضي من الحقوق التي يجب أن تعترف بها الدساتير للأفراد بصفة عامة وتعد الرقابة القضائية أو الطعن القضائي في القرار التأديبي آخر ضمانات يلجأ إليها الموظف إذ لم تسعفه الضمانات الأخرى، إذ أن مصدر القرار قد يرفض الاعتراف بالخطأ وقد يجاربه رئيسه في ذلك وفوق كل هذا وذلك فإن ترك النزاع بين الإدارة والأفراد لتفصل فيه الإدارة بنفسها لا يمكن أن يبث الثقة في نفوس الأفراد، بحيث قد تكون للإدارة مصلحة للتحرر من قيود المشروعة لأن من مقتضيات العدالة ألا يكون الحكم خصما في النزاع.

ولهذا فإن رقابة الإدارة في كيفية ممارسة نشاطها يجب أن يعهد إلى القضاء ذلك لأن القضاء بما يتصف به من حيطة ونزاهة ومعرفة تخصصية في مسائل المنازعات من شأنه أن ينظر نظرة فاحصة عادلة إلى قرار الجزاء التأديبي ويحسن فحص ما يدعيه الموظف من وجود عدم المشروعية التي قد تلحق بقرار الجزاء.

لذلك سوف نبين في هذه المداخلة الشروط التي لا بد من توافرها في الموظف والدعاوى التي ينظر فيها القاضي الإداري والمتعلقة بالقرارات التأديبية سواء، كانت شروط عامة أو شكلية أو موضوعية، لنصل إلى تحديد مدى الرقابة عليها وهذا وفق مبحثين نخصصهما وفق ما يلي :

### المبحث الأول: الشروط العامة والشكلية لرفع الدعاوى المخاصمة للقرار التأديبي

يعتبر القرار التأديبي الصادر من السلطة المختصة والمتضمن للعقوبة التأديبية، مخاطبا لشخص يكتسب صفة الموظف العام المخطئ، الأمر الذي يستوجب توافر مجموعة من الشروط التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد تأكد القاضي الإداري من الشروط العامة، لابد أن يتأكد من العريضة وشروطها، كما يستوجب الأمر هنا البحث في الشروط التي يبني عليها ذلك القرار التي تكتسي أهمية بالغة من حيث أن هنالك أعمال إدارية لا ترقى إلى مصاف القرارات الإدارية، لذلك لابد من إرفاق العريضة بالقرار محل الخصام لكي يتأكد القاضي الإداري من صحته، و أنه يدخل ضمن أنواع القرارات القابلة لمخاصمتها أمام القضاء، كما أن الاختصاص القضائي يلعب دورا هاما كونه أن القاضي لا يمكن له أن يفصل في دعوى غير مختص فيها لا إقليميا ولا نوعيا، أو بانعدام إحداهما، أما فيما يخص التبليغ

القانوني للعريضة فهو يدخل كذلك ضمن الشروط الشكلية التي تبلغ من الأهمية بما كان لمعالجتها و إثرائها ، و عليه ستكون دراستنا لهذا المبحث وفق المطالب التالية :

### المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الموظف رافع الدعوى

من المسائل المستقر عليها أنه لا تقبل الطلبات المقدمة من أشخاص ليس لهم فيها صفة ومصصلحة شخصية<sup>1</sup>، فلكل موظف عام صدر ضده قرارا تأديبيا، الحق في طلب إلغاء القرار التأديبي، أو في التعويض عن الضرر الذي لحقه من جرائه.

فوجود الصفة والمصلحة الشخصية للموظف رافع الدعوى (إلغاء أو تعويضاً) يعتبران شرطان أساسيان<sup>2</sup> من شروط قبول الدعوى أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة.

وفي هذا الصدد نصت المادة 13 من القانون رقم 09-08 على ما يلي: " لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة بقرها القانون.

يثير القاضي تلقائياً انعدام الصفة في المدعي أو في المدعى عليه، كما يثير تلقائياً انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"<sup>3</sup>.

ومن خلال ذلك فإن القاضي الإداري المختص، قبل أن يبحث في موضوع الدعوى عليه أن يبحث في مدى توافر شروطها بالنسبة للموظف المدعي<sup>4</sup>، ومن ثم لا تقبل دعوى إلغاء القرار التأديبي أو التعويض إلا بتوافر الصفة في الموظف العام المخطئ، كذلك المصلحة إضافة إلى أهلية التقاضي.

### الفرع الأول: الصفة لدى الموظف العام المدعي

إذا كانت الصفة هي القدرة على رفع الخصومة للقضاء أو المثل أمامه<sup>5</sup>، هي بذلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى بموضوعها، إذ لا تقبل دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض، إلا إذا كان يدعي الموظف العام حقاً أو مركزاً قانونياً لنفسه فالمقصود بالصفة إذن، أن يكون الموظف رافع الدعوى هو نفسه صاحب الحق المعتدى عليه، إذ يجب لاكتساب الشخص صفة الموظف العام، أن يتم تعيينه بقرار صادر عن سلطة مختصة للعمل بصفة دائمة في خدمة المرفق العام.

وقد يعترف في دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض عن القرار التأديبي لشخص آخر غير الموظف الطاعن، وهو ما يعرف بالصفة الغير عادية<sup>6</sup>، أي صلاحية الشخص لمباشرة الإجراءات القضائية في الدعوى باسم غيره (صاحب الصفة) أو ما يسمى بالممثل القانوني<sup>7</sup>.

إلا أن الفرق واضح بين الصفة والتمثيل القانوني، فالصفة تعتبر شرطاً لقبول الدعوى أما التمثيل القانوني فيتعلق بإجراء مباشرة الخصومة<sup>8</sup>، وعليه فالفرق واضح بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على الموظف العام صاحب الصفة في الدعوى مباشرتها شخصياً بسبب عذر مشروع، وفي هذه الحالة أجاز القانون لشخص آخر أن يمثله في الإجراءات، كأن يحضر المحامي نيابة عن الموظف العام المدعي، أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة<sup>9</sup>، وفي هذه الحالة فإن القاضي الإداري المختص له أن يتأكد من صحة التمثيل ثم يبحث لاحقاً في مدى توافر عنصر الصفة لدى صاحب الحق (الموظف العام)، فصحة التمثيل ليست من شروط قبول الدعوى، بل هي من شروط صحة إجراءات

الخصومة، ومن ثم يترتب على تخلف التمثيل القانوني بطلان إجراءات الخصومة كمرحلة لاحقة لرفع الدعوى، في حين يترتب على عدم توافر الصفة عدم قبول الدعوى، ويعد هذا الدفع من النظام العام، بحيث يجوز للقاضي الدفع به من تلقاء نفسه، وفي أي مرحلة كانت فيها الدعوى.

**الفرع الثاني: مصلحة الموظف في الطعن ضد القرار التأديبي (إلغاء أو تعويضاً)**

يعد شرط المصلحة من الشروط العامة لرفع الدعاوى الإدارية وذلك تطبيقاً للمبدأ الإجرائي القائل: "حيث لا مصلحة فلا دعوى"<sup>10</sup>، فالمصلحة في دعوى إلغاء القرار التأديبي، تتمثل في مساس هذا الأخير بالمركز الذاتي أو الشخصي للموظف الطاعن بطريق مباشر بسبب مخالفة هذا القرار لمبدأ المشروعية<sup>11</sup>.

أما في دعوى التعويض فلا يكفي ما سبق ذكره بخصوص شرط المصلحة في دعوى الإلغاء بل يشترط أن يكون الموظف رافع الدعوى صاحب مركز قانوني ذاتي، وحق مكتسب شخصي ويقع عليه الاعتداء بفعل القرار التأديبي الضار، حتى يثبت وجود رابطة شخصية ومباشرة بين الموظف العام صاحب الحق والمصلحة وبين موضوع النزاع.

وعليه وحتى يتسنى للقاضي الإداري التأكد من توافر هذا الشرط فإنه يبحث إذا كان هناك مساس بالمركز القانوني للموظف المعني فقط بالنسبة لدعوى الإلغاء، ويتأكد من أن هذا القرار التأديبي قد يشكل اعتداءً فعلياً على حق من حقوقه الشخصية وسبب ضرار له بالنسبة لدعوى التعويض.

كما يشترط في المصلحة أن تكون قانونية ومشروعة، شخصية ومباشرة، مادية قائمة أو محتملة، وعليه فإن المصلحة من النظام العام يثيرها القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت فيها الدعوى.

**الفرع الثالث: أهلية التقاضي بالنسبة للموظف العام رافع الدعوى**

الأهلية هي الخاصية التي تخول للشخص الطبيعي سلطة التصرف<sup>12</sup> أمام القضاء للدفاع عن مصالحه.

فالمقصود بها بخصوص الموظف العام الطاعن في القرار التأديبي، صلاحيته للقيام بأعمال الخصومة على النحو الذي يتطلبه القانون أو ما يسمى بأهلية الأداء، وذلك ببلوغ سن الرشد المحدد ب (19) تسعة عشر سنة كاملة، إضافة إلى تمتعه بكامل قواه العقلية وهذا ما أكدته المادة 40 من القانون المدني الجزائري، والمادة 86 من الأمر رقم 02-05 المتضمن قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها " من بلغ سن الرشد ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 من القانون المدني"<sup>13</sup>

هذا وتجدر الإشارة بأن أهلية الالتحاق بالوظائف العمومية قد حددت بسن ثمانية عشر (18) سنة كاملة.<sup>14</sup>

ولقد تناول المشرع الجزائري شرط الأهلية في نص المادة 64 من ق، إ، م، إ. ليكون قد فصل بينها وبين شرطي الصفة والمصلحة، وبالتالي اعتبارها شرطاً لصحة الإجراءات من حيث القبول<sup>15</sup> ذلك لكونها غير مستقرة، قد تتوفر وقت قيد الدعوى وقد تغيب أو تنقطع أثناء سير الخصومة.

وعليه فإذا كان الموظف المدعي متمتعاً بأهلية التصرف عند رفع الدعوى ثم طرأ أثناء سير الإجراءات ما أفقده هذه الأهلية<sup>16</sup>، فإن الدعوى تظل صحيحة، ولكن يوقف النظر في الخصومة إلى حين استئنافها ممن له الحق في مواصلتها، وهذا ما قرره المادة 210 من ق، إ، م، إ. الجزائري<sup>17</sup>، ليقوم القاضي بعدها وفور علمه بسبب الانقطاع بدعوة كل من له صفة ليقوم باستئناف السير فيها وذلك شفاهة<sup>18</sup> في حين تنقضي الخصومة بوفاة احد الخصوم، إذا كانت الدعوى غير قابلة للانتقال<sup>19</sup>.

**المطلب الثاني: الشروط الشكلية لرفع الدعوى الإدارية المُخاصمة للقرار التأديبي**

**الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالعريضة**

حتى تقبل الدعوى أمام الجهات القضائية الإدارية يجب أن ترفع بعريضة موقعة من محام، وان تحتوي على بيانات نصت عليها المواد ( 14 إلى 17 و 815 إلى 827 و 904 إلى 906) من ق، إ، م، إ، وتلك البيانات هي :

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها الدعوى.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب المدعي عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم فأخر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي، وصفة ممثله القانوني أو الإتفاقي.
- عرضاً موجزاً للوقائع والطلبات والوسائل التي تؤسس عليها الدعوى.
- الإشارة عند الاقتضاء إلى المستندات والوثائق المؤيدة للدعوى.<sup>20</sup>

حيث أن هذه البيانات إلزامية ذلك لكون أن الإيجابار يخدم مصلحة الأطراف في تحضير دفاعهم وتسهيل عملية الاتصال بهم، والفصل في قضيتهم في الآجال وبالتالي ربح الوقت، كما يسهل مهمة القضاء. كما هنالك بيانات ومعلومات أخرى تتمثل في<sup>21</sup>:

- إمكانية تصحيح العريضة من المدعي شرط أن لا يثير أي وجه وذلك خلال أجل رفع الدعوى ثم تقدم العريضة إلى أمانة ضبط القضاء الإداري المختص، ويسلم أمين الضبط للمدعي إيصالاً لدفع الرسم القضائي، لتقيد بعدها في سجل خاص، ليتم تبليغها للإدارة المعنية كمدعى عليه.
- ضرورة إرفاق العريضة الرامية إلى إلغاء القرار التأديبي بنسخة من هذا الأخير (وهذا ما لم يشترطه المشرع بالنسبة لدعوى التعويض) وإلا رفضت الدعوى ما لم يوجد مانع مبرر، وإذا كان المانع مرده الإدارة فإن القاضي المقرر يأمرها بتقديمه في أول جلسة<sup>22</sup>

- إن التمثيل بمحام إلزامي أمام المحاكم الإدارية ومجلس الدولة<sup>23</sup>، ويشترط أن يكون معتمداً لدى مجلس الدولة إذا تعلق الأمر برفع دعوى أمامه بداية أو استئنافاً أو نقضاً<sup>24</sup>

**الفرع الثاني: شرط الاختصاص القضائي**

إذا رفعت الدعوى أمام الجهة القضائية وفقاً للشروط العامة والبيانات المطلوبة في العريضة فإن القاضي يجب عليه أن يتأكد في اختصاصه من عدمه قبل النظر في الموضوع، بحيث يكون ذلك وجوباً،

باعتباره من النظام العام، وفقا لتوزيع قواعد الاختصاص بين الجهات القضائية الإدارية نوعيا كان أو إقليميا.

فإذا ما خاصم الموظف العام (الصادر في حقه قرارا تأديبيا) الإدارة مطالبا هذه الأخيرة بإلغاء ذلك القرار التأديبي أو مطالبتها بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراه ففي حالة لم تنصفه الإدارة يحق له رفع دعوى الإلغاء أو دعوى المسؤولية الإدارية أمام الجهة القضائية المختصة، لأجل المطالبة بذلك، وعليه سوف نتناول تحديد الاختصاص القضائي الناظر في دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في هذا المجال من خلال أن العقوبة التأديبية وباعتبارها عمل إداري تنفيذي تصدر لمواجهة الموظف العام، من قبل السلطة التأديبية المختصة فإنه يمكن أن تكون محل طعن بالإلغاء، أو التعويض أمام الجهة القضائية المختصة.<sup>25</sup>

وفي هذا الصدد نصت المادة 800 من ق.إ.م.إ على ما يلي : "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعة الإدارية، تختص بالفصل في أول درجة، لحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها" و هو ما أكدته كذلك المادة الأولى من القانون رقم 26 02/98 المتعلق بالمحاكم الإدارية والتي جاء فيها: "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية".

**أولا: اختصاص المحاكم الإدارية بالفعل في كل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض في القرارات التأديبية**

انطلاقا من نص المادتين 800 و 801 من ق إ م إ هذه الأخيرة نصت على أن المحاكم الإدارية تختص بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن الولاية والمصالح الغير الممركزة للدولة على مستوى الولاية، البلدية والمصالح الإدارية، المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.
- دعاوى القضاء الكامل، فالمقصود بها مجموعة الدعاوى القضائية التي ترمي إلى فحص مدى مشروعية تصرف الإدارة، والحكم بإلغائه إذا ثبتت عدم مشروعيته، ثم تتصدى للتعويض المناسب جبرا للضرر الناجم عن هذا العمل غير المشروع والضرار<sup>27</sup>.

وعليه تعتبر دعوى التعويض صورة من صور دعاوى القضاء الكامل، ومن خلال ذلك فإن المحاكم الإدارية هي صاحبة الاختصاص بالنظر في كل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض عن القرارات الإدارية المتضمنة للعقوبات التأديبية استنادا إلى الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية بالنظر في كل منها و الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية بالنظر في كل منهما .

ثانيا: اختصاص مجلس الدولة بالنظر في كل من دعوى الإلغاء ودعوى التعويض عن القرارات التأديبية

لقد نصت المواد التالية 01، 09، 40 من القانون العضوي رقم 98-01 السالف الذكر والمادة 901 من ق.إ.م.إ. على مجال اختصاص مجلس الدولة كقاضي درجة أولى وأخيرة في دعاوى إلغاء القرارات التأديبية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية<sup>28</sup>.

ومن خلال هذه المواد يتضح لنا بأن مجلس الدولة يكون مختص فقط بالفصل في دعاوى إلغاء القرارات التأديبية دون التعويض الذي يندرج ضمن دعاوى القضاء الكامل التي ترفع أمام المحاكم الإدارية كأصل عام ولا ترفع إليه كأول وآخر درجة وإنما استثنافا طبقا لنص المادة 902 من ق.إ.م.إ. والمادة 10 من القانون العضوي رقم 11-13 المعدل للقانون العضوي رقم 98-01.

وعليه ومما سبق ذكره يتضح لنا أن الجهة القضائية المختصة برقابة القرارات التأديبية (إلغاء أو تعويضا) أساسا بالإقامة الإدارية للموظف العام المخطئ، إلا أنه في حالة نقل الموظف العام تصبح الجهة القضائية المختصة هي تلك التي تقع في دائرة اختصاصها المؤسسة الإدارية التي نقل إليها الموظف، أما في حالة الفصل أو الإحالة على التقاعد فيجب الرجوع إلى آخر إقامة إدارية للموظف العام.

أما بخصوص الطبيعة القانونية للاختصاص القضائي بنوعيه فقد أكد المشرع الجزائري على أنهما قواعد أمرة من النظام العام يجب إثارتها تلقائيا من قبل القاضي ويجوز لأحد أطراف النزاع إثارة الدفع بعدم الاختصاص في أية مرحلة كانت عليها الدعوى<sup>29</sup>.

#### الفرع الثالث: الشروط المتعلقة بطبيعة القرار التأديبي محل الدعوى

إن أعمال الإدارة عديدة ومتنوعة، ومحل طلب الإلغاء أو طلب التعويض له خصوصيات كقرار تأديبي تنفيذي، متكامل الأركان<sup>30</sup>.

وباعتبار دعوى الإلغاء وسيلة من وسائل الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية التأديبية فهي تنصب إذن على قرار إداري تتوافر فيه مجموعة من الشروط.

وباعتبار دعوى التعويض الوسيلة القضائية لحماية حقوق الأفراد ضد أعمال الإدارة الغير مشروعة، من خلال دفع التعويض المستحق عن الأضرار التي قد تصيبهم من خلالها من جراء وجود قرار إداري غير مشروع.

فالقرار التأديبي يشترط فيه مجموعة من الشروط الواجب توافرها أثناء رفع الموظف العام للدعوى، إذ يجب أن يكون القرار التأديبي قرارا إداريا، ينبني على مجموعة من الأركان إضافة إلى الطابع التنفيذي للقرار التأديبي، الصادر عن السلطة التأديبية المختصة والذي يلحق الأذى بذاته.

أولا: أن يكون القرار التأديبي قرارا إداريا:

يشترط أن يكون موضوع الطعن قرارا إداريا قابلا للخصومة<sup>31</sup>، وطبقا لما استقر عليه الفقه<sup>32</sup>

يمكن القول بأن القرار التأديبي هو: "القرار الذي تفصح به الإدارة بالشكل الذي يتطلبه القانون عن

إرادتها، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح مستهدفة إنزال العقوبة التأديبية بالموظف الذي اخل بواجبات وظيفته"<sup>33</sup>.

فمن المبادئ المقررة في القانون العام<sup>34</sup>، إن السلطة التأديبية ملزمة بالخضوع للقانون، فهي مقيدة بالعمل ضمن ضوابط معينة، كضابط الاختصاص والشكل والإجراءات، إضافة إلى ضبطها بمشروعية السبب والمحل لتبرير هذا القرار، وكل ذلك يشكل الأركان التي ينبنى عليها القرار التأديبي وهذا ما سنبينه فيما يلي:

#### 1- ركن الاختصاص في القرار التأديبي:

ينبغي أن يخضع القرار التأديبي لضوابط الاختصاص ومن ثم يتعين أن يصدر عن سلطة منح لها ممارسة صلاحية التأديب.

#### 2- ركن الشكل في القرار التأديبي:

يقصد بالشكل إفصاح السلطة التأديبية عن إرادتها وفقا للشكل الذي سطره القانون<sup>35</sup>، وبعد استقراءنا لنصوص المواد من 165 إلى 176 من الأمر رقم 03-06 المشار إليه سابقا، فإن العقوبات التأديبية ينبغي أن تكون في صورة قرار، إلا أن المشرع لم يشترط فيها شكلا معيناً فإلهم إذا أن تظهر العقوبة التأديبية بأسبابها.

#### 3- الإجراءات السابقة على اتخاذ القرار التأديبي

كما قلنا سابقا بأن الإدارة ملزمة باحترام جميع الإجراءات وخاصة الجوهرية منها، والتي تحقق لموظف العام كافة الضمانات التي منحها له القانون ومن أهمها، مواجهة الموظف العام المخطئ بالتهم المنسوبة إليه، إلى جانب تمكينه من الدفاع عن نفسه، والتحقيق الإداري إلى غاية إلزامية استشارة جهة معينة منصوص عليها قانوناً<sup>36</sup>.

#### 4- ركن السبب في القرار التأديبي

يتمثل فيما ارتكبه الموظف من أخطاء تأديبية تستوجب عقابه<sup>37</sup>.

#### 5- ركن المحل في القرار التأديبي

محل القرار التأديبي هو العقوبة التي ينطوي عليها.

ثانياً: أن يكون القرار التأديبي ذو طابع تنفيذي

إن القرار التأديبي يخضع للنظام القانوني الذي تخضع له سائر القرارات الإدارية، وعليه فهو عمل قانوني يشترط فيه أن يكون نهائياً، أي قابلاً للتنفيذ « امتياز الأسبقية » دون الحاجة إلى أي إجراء لاحق، مما يعني اكتساب القرار التأديبي قوة إلزامية قبل الموظف المخاطب به<sup>38</sup>، وبالتالي التزامه بتنفيذه إذ ليس له الحق في الاعتراض عليه، وان كان له الحق في اللجوء للقضاء لمناقشة مشروعيته، وطلب إلغائه ووقف تنفيذه والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي سببها وألحقت ضرار به.

### ثالثا: أن يلحق القرار التأديبي أذى بذاته

يشترط كذلك أن ينتج عن القرار التأديبي ضررا لرافع الدعوى وتحقق هذا الشرط مرهونا بتوافر عنصرين مهمين وأساسيين هما:

**العنصر الأول:** يتمثل في وجوب توليد آثار قانونية عن القرار

**العنصر الثاني:** فيوجب أن يكون القرار من شأنه أن يحدث ضررا بنفسه والأثر القانوني الذي يترتب على القرار التأديب قد يتمثل في:

- التعديل في المراكز القانونية الموجودة فعلا، مثال العقوبة التأديبية من الدرجة الثالثة، والمتمثلة في النقل الإجباري، أو تنزيل الموظف العام المخطئ في الدرجة.

- إلغاء مركز قانوني قائم، مثل قرار تسريح الموظف العام عن وظيفته، أو عزله، وهذا كله بشرط أن يكون هذا الأثر ممكنا وجائزا قانونا<sup>39</sup>.

وعليه لا يمكن الطعن بالإلغاء أو المطالبة بالتعويض عن مجموعة من الأعمال، لعدم استيفائها لهذا الشرط، ألا وهي:

#### أ- الأعمال التي ليست لها آثار قانونية

فالموظف لا يستطيع أن يهاجم سبب القرار التأديبي وحده، ولا الوسائل المتعلقة بالخطأ التأديبي لأن دعوى الإلغاء ترفع ضد منطوق القرار المتضمن العقوبة التأديبية، عند ثبوت عدم مشروعيته يطالب بالتعويض عنها.

#### ب- الإجراءات الداخلية

تعد الإجراءات الداخلية، إجراءات تمهيدية سابقة على اتخاذ القرارات الإدارية وبالتالي ليست لها طبيعة إحداث آثار معينة.

#### ج- الأعمال التحضيرية

يقتصر دور الأعمال التحضيرية، على التحضير لإصدار القرار، دون أن يتولد عنها آثار قانونية لأنها لا تضيف من التصرفات المتعلقة بها، ومن أمثلتها: الاقتراحات، المنشورات، التعليمات، التحقيقات، والآراء، فكلها أعمال لا تصلح أن تكون محلا لدعوى الإلغاء أو حتى دعوى التعويض، وهذا ما أكده القضاء الإداري الجزائري في العديد من قراراته نذكر منها:

#### د- الأعمال التي توقفت عن إحداث آثار قانونية:

لا تقبل دعوى الإلغاء أو دعوى التعويض بالنسبة للقرارات التأديبية التي تم سحبها أو إلغائها بأثر رجعي قبل رفع الدعوى، والتي انقضت أثرها ولم تعد تسبب أي ضرر.

#### الفرع الرابع: استيفاء شرط الميعاد في رفع الدعاوى المتعلقة بالقرارات التأديبية (إلغاءً وتعويضاً)

إن التطرق لشرط الميعاد المتعلق برفع دعوى الإلغاء أو التعويض المتعلقة بالقرارات التأديبية من طرف الموظف العام يثير نقطتين هامتين، أولهما: لجوء الموظف العام إلى التظلم الإداري قبل اللجوء إلى

القاضي الإداري المختص ، أما النقطة الثانية ، فتتمثل في اللجوء المباشر للقاضي الإداري المختص برفع الدعويين وهذا ما سوف يكون محورا لدراسة في هذا الجانب .

#### أولا : الميعاد في دعوى الإلغاء

بحيث أنه يمكن للموظف العام اللجوء إلى القاضي الإداري المختص ، لأجل طلب إلغاء القرار التأديبي ، خلال أربعة (04) أشهر من التبليغ الشخصي للقرار التأديبي محل الطعن <sup>40</sup> .  
إلا أن السلطة التأديبية غير ملزمة بإتباع وسيلة أو طريقة معينة للتبليغ <sup>41</sup> ، وهذا ما يفهم من خلال نص المادة 172 من الأمر رقم 03/06 <sup>42</sup>.

وتحسب هذه الآجال كاملة، ولا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ، ويوم انقضاء الأجل وفقا لما نصت عليه المادة 405 من ق.إ.م.إ. <sup>43</sup>.

ولقد أكد المشرع الجزائري على الصفة الآمرة لشرط الميعاد ، باعتباره من النظام العام، طبقا للمادة 69 من ق.إ.م.إ. ، والتي نصت : "يجب على القاضي أن يثير تلقائيا عدم احترام آجال الطعن ...." وكذلك المواد من 829 إلى 831 من نفس القانون، مما يترتب على عدم مراعاته عدم قبول الدعوى شكلا <sup>44</sup> ، لأنه بفوات الميعاد يتحصن القرار التأديبي حتى ولو كان غير مشروع ، على خلاف القرار التأديبي المنعدم ، والذي لا يتقيد في الطعن بالإلغاء أو في التعويض بشرط الميعاد القانوني <sup>45</sup> .

وهنالك حالات يمتد فيها شرط الميعاد ( قطع الآجال ) طبقا لما نصت عليه المادة 832 من ق.إ.م.إ. وتتمثل هذه الأسباب في: توجيه الطعن أمام جهة قضائية إدارية غير مختصة ، طلب المساعدة القضائية ، وفاة الموظف العام المدعي أو حدوث تغير في أهليته ، القوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، تمديد الميعاد بسبب العطلة.

#### ثانيا : الميعاد في دعوى التعويض عن القرارات التأديبية

الأصل أن الميعاد المقرر لرفع دعوى التعويض عن القرارات التأديبية هو نفسه المقرر لدعوى الإلغاء طبقا للنصوص القانونية المشار إليها أعلاه.

إلا هنالك استثناءات على هذا الأصل على أساس أن دعوى التعويض لا تتقيد بدعوى الإلغاء بل يضل رفعها جائزا طالما أن الحق الذي تستند إليه يبقى قائما ، ولم يسقط بالتقادم ، لأنه من شروط قبول دعوى التعويض أن يكون الحق الذي تدور معه وجودا وعدما قد وجد حقيقة ، ولم يسقط بآجال السقوط أو التقادم <sup>46</sup> ، وبالتالي فإن انقضاء ميعاد رفع الدعوى لا يؤدي إلى سقوطها ، وإنما يؤدي فقط إلى سقوط إجراءات وشكليات الدعوى <sup>47</sup> ، ومن ثم فبإمكان الموظف المتضرر رفع دعواه من جديد وفقا لإجراءات جديدة وفي ميعاد جديد، <sup>48</sup> وهذا من شأنه توفير ضمانة أكبر للموظف العام المتضرر على أنه إذا كانت القاعدة العامة ، أن مدة تقادم الحقوق في التعويض هي خمسة عشر (15) سنة ، من وقوع الفعل الضار <sup>49</sup> ، والمتمثل في صدور القرار التأديبي غير المشروع ، فإن حقوق أخرى تتقادم بمرور خمسة (05) سنوات مثل المرتبات ، الأجور ، المعاشات <sup>50</sup> .

### المبحث الثاني: رقابة المشروعية على القرار التأديبي

كفل المشرع الجزائري حماية الموظف من تعسف الإدارة في إستعمالها لسلطة التأديب الإداري وذلك بإحاطته بعدة ضمانات، فعلى الإدارة أثناء تأديب الموظف التقيد في مختلف مراحل التأديب بالحدود والقواعد القانونية التي رسمها المشرع وأن تتبع جميع الإجراءات المخولة لها في ذلك تحت رقابة القاضي الإداري الذي يتأكد من مدى شرعية هاته العملية ،

فرقابة القاضي الإداري التي يمارسها تتولى مهمة الردع والوقاية لمبدأ المشروعية وهذا الذي لم يخفيه القاضي الإداري في العديد من قراراته المتعددة لذلك سوف نتناول رقابة المشروعية الخارجية للقرار التأديبي ورقابة المشروعية الداخلية للقرار التأديبي.

#### المطلب الأول: رقابة المشروعية الداخلية للقرار التأديبي

كون المشروعية الداخلية للقرار التأديبي تستلزم جملة من الشروط والأركان، فإنها تفرض بالتبعية وجود سلطة قضائية تتولى مهمة الردع، وبدورها هي التي تقتضي علاقة متينة بين الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري بموجب دعوى الإلغاء وبين وسائل المشروعية الداخلية التي تمكنه من ممارسة هذه الرقابة، والتي تم حصرها في سلطة التأديب التي تبادر بالاختصاص التأديبي المنوط لها قانونا ، كما يفرض عليها أن تفرغ القرار التأديبي الذي تتخذه في قالب شكلي وفق ما نصت عليه القواعد القانونية المنظمة للمجال التأديبي ، كما تتقيد بجملة من الإجراءات التي تتبعها عند ممارستها تأديب الموظف العام .

#### الفرع الأول: رقابة مشروعية سلطة تأديب الموظف العام

حيث أن القضاء الإداري استقر على أن درجة الرقابة القضائية على القرارات التأديبية تتدرج بين القوة والضعف، طبقا لمدى جسامة خروج السلطة التأديبية عن قواعد المشروعية<sup>51</sup>، لهذا فإن المنطق يفرض إثارة عدة إشكاليات تتعلق بالبحث وإيجاد الوسائل والكيفيات التي يمكن من خلالها إدراك الحالات التي يكتفي فيها القاضي الإداري بإلغاء القرار التأديبي وتلك التي يصل فيها إلى درجة إعدامه.

#### أولا: إلغاء القرار التأديبي لعدم مشروعية اختصاص سلطة التأديب

القضاء الإداري هو صانع النظام القانوني للدعوى الإدارية بطبيعتها وشروطها، لذا يتحتم علينا الرجوع إلى اجتهادات القاضي الإداري الجزائري وحتى المقارن لكي نعرف الحالات التي تصيب مشروعية سلطة التأديب والتي تم حصرها في ثلاثة نقاط: عدم المشروعية الموضوعية، عدم المشروعية الزمانية وعدم المشروعية المكانية لسلطة التأديب، والتي تشكل بحكم طبيعتها أسبابا لرقابة القرار التأديبي.

#### 1: عدم المشروعية الموضوعية لاختصاص سلطة التأديب

القاعدة أن تحديد الاختصاص من عمل المشرع، وعلى الجهة الإدارية أن تلتزم حدود الاختصاص المرسوم لها قانونا، ومن الضوابط التي لها علاقة بالموضوع، قاعدة توازي الأشكال ( من يملك التعيين يملك الإنهاء ومن يملك اتخاذ القرار يملك سحبه) ، وعليه فإن عيب عدم الاختصاص هو عدم أهلية الجهة الإدارية المعنية بالقيام بعمل معين لأنه لا يدخل في صلاحيتها<sup>52</sup> ، و منه نلمس أن القاعدة تطبق على

سلطة التأديب التي يجب أن تمارس صلاحيتها القانونية في تأديب الموظف العام، دون امتدادها إلى أشخاص أو هيئات أخرى لم يسمح بها القانون<sup>53</sup>، وهو ما قضت به الغرفة الإدارية في قرارها الصادر بتاريخ 15 جوان 1985. بمناسبة فصلها في قضية السيد (ف، ب. ع) ضد (وزير التربية الوطنية ومدير التربية والثقافة لولاية الجزائر)<sup>54</sup>.

كما نجد بعض القرارات الصادرة عن مجلس الدولة التي تتمحور حول فكرة الأثر المترتب على عدم مشروعية سلطة التأديب، وبالخصوص الآثار القانونية المترتبة عنها. و الملاحظ هنا أن مجلس الدولة حتى وإن بسط رقابته على المشروعية الموضوعية لسلطة التأديب، إلا أنه مازال لم يخرج من منطوق قرارات الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى للمحكمة العليا سابقا واكتفى دوما بإلغاء القرارات التأديبية بناء على تجاوز السلطة دون التصريح بالسبب الحقيقي لإلغائها وهو عدم الاختصاص.

## 2: عدم المشروعية الزمانية لاختصاص سلطة التأديب.

رقابة القاضي الإداري تمتد لفحص المشروعية الزمانية لسلطة التأديب فيتعين عليها ممارسة صلاحياتها التأديبية خلال المدة المحددة لها قانونا، دون أن يكون لها أية سلطة تقديرية في تمديدتها ويلحق هذا العيب الحالة التي لا تتخذ فيها السلطة التأديبية أية إجراءات لمتابعة الموظف المرتكب للخطأ التأديبي، ما يجعل تحريك الدعوى التأديبية تتقادم بانتهاء تلك المدة، وتجريد السلطة التأديبية من ذلك الاختصاص.

تطبيقا للمادة 166 ( الفقرة الأولى) من الأمر رقم 03/06، فعلى سلطة التعيين أن تخطر المجلس التأديبي وجوبا، خلال أجل لا يتعدى (45) يوما من تاريخ معاينة الخطأ المنسوب للموظف<sup>55</sup> وكما قيدت المادة (165) الفقرة الثانية منها من نفس الأمر، المجلس التأديبي بالزامية إبداء رأيه خلال (45) يوما من تاريخ إخطاره من السلطة التأديبية التي لها صلاحية التعيين، فانقضاء هذا الميعاد يؤدي إلى سقوط الخطأ التأديبي المنسوب للموظف<sup>56</sup>، مع تقادم المتابعة التأديبية في حقه.

## 3: عدم المشروعية المكانية لاختصاص سلطة التأديب

يتحدد الإطار الإقليمي للسلطة التأديبية بالنظر إلى الإدارة أو المصلحة التي يرتبط بها الموظف عند ارتكابه للمخالفة التأديبية<sup>57</sup>. كما يمتد الاختصاص التأديبي لبعض السلطات ليشمل كافة إقليم الدولة<sup>58</sup>.

تؤثر الوضعية الإدارية للموظف العام تأثيرا هاما على السلطة التي لها صلاحية تحريك الدعوى التأديبية ضده ما يثير عدة إشكالات بخصوص بعض الوضعيات القانونية التي قد يمر بها الموظف العام كالانتداب أو الإحالة على الاستيداع فهل ممارسة سلطة التأديب تقتصر على سلطة التعيين أم تتعداها في مثل هاته الوضعيات؟<sup>59</sup>

بعد استقراء النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري أوكل مهمة تأديب الموظف الذي يكون في حالة انتداب إلى الإدارة التي انتدب إليها، وهذا ما نستنتجه من مفهوم المادة (137) الفقرة الأولى في الأمر 03-06 التي تنص على ( يخضع الموظف المنتدب للقواعد التي تحكم المنصب الذي انتدب إليه... )، وهذا

يعني أن اختصاص التأديب يؤول إلى الجهة التي وقع فيها الخطأ التأديبي من قبل الموظف بشرط أن يكون الخطأ المرتكب من قبله قد وقع أثناء فترة الانتداب باعتبارها هي الأقدر من غيرها على تقدير خطورة الخطأ الإداري.

#### ثانيا: إعدام القرار التأديبي لاغتصاب سلطة التأديب

يكون إعدام القرار التأديبي جزءا عن الخروج الجسيم عن ممارسة الاختصاص والذي يصل إلى حد اغتصابه، ما يجعل درجة رقابة القاضي الإداري على القرار التأديبي المتخذ بشأنه مشددة تصل إلى إعدامه متخذا في ذلك صفة " التصرف المادي"<sup>60</sup> ، والذي يضطلع بخصائص وآثار تختلف عن تلك التي يتميز بها القرار التأديبي باعتباره " تصرفا قانونيا"<sup>61</sup> والملاحظ أن رقابة القاضي الإداري في حالة اغتصاب سلطة التأديب نادرة الوقوع، نظرا لندرة حالات حدوثه عمليا على أساس أن النصوص القانونية واضحة في هذا المجال وتطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات والتي لا تدع مجالاً لإثارة هذا العيب أمام القاضي الإداري ، و في هذا الصدد نذكر القرار الصادر في 03 ديسمبر 2002 القاضي بأن " كل قرار تتخذه سلطة غير مختصة باتخاذها، يحلل على أساس أنه قرار منعدم وبطلانه يكون من النظام العام"<sup>62</sup>

#### الفرع الثاني: رقابة مشروعية شكل القرار التأديبي

حتى تكون مسألة تأديب الموظف العام مشروعة يستلزم توفير رقابة قضائية إدارية على شكل القرار التأديبي والذي تعد ضمانه أساسية وملزمة لمشروعيته باعتباره المظهر الخارجي الذي تتجسد فيه إرادة السلطة التأديبية وعليه أضحى القرار التأديبي أمرا متطلبا قانونا ، إلى جانب تسببه تحت رقابة القاضي الإداري.

#### أولا: رقابة مشروعية المظهر الخارجي للقرار التأديبي

ضمانا للسلطة المقيدة التي فرضها المشرع في المجال التأديبي، امتدت رقابة المشروعية إلى المظهر الخارجي للقرار التأديبي المحدد بموجب قاعدة قانونية أمرة وملزمة لسلطة التأديب تحت طائلة إلغائه قضائيا.

#### 1: رقابة القرار التأديبي

إن القاعدة في القرارات الإدارية لا يشترط فيها أن تفرغ قالب شكلي معين، فيكفي أن تفصح الإدارة عن إرادتها في إحداث أثر قانوني بإنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم، إلا أن هذه القاعدة وكاستثناء عليها لا تطبق على القرارات التأديبية، ذلك لكون المشرع قيد سلطة التأديب بإتباع شكل معين في اتخاذها العقوبات التأديبية في مجملها كتابية، واستثنى من ذلك عقوبة التنبيه فقط والتي أدرجها ضمن القرارات التأديبية الشفهية هذه الأخيرة وباستقراءنا للنصوص القانونية المنظمة للعقوبات التأديبية المفرغة في شكل كتابي<sup>63</sup> ، وبالخصوص المادة (163) من الأمر رقم 03/06 يقودنا هذا الأمر إلى البحث عن مجالات رقابة القاضي الإداري بشأنه، والحالات التي قد تمس بمشروعيته، لذلك سوف نستعين بما استعان به الفقه الإداري في هذا المجال ألا وهو العناصر التي تكون المظهر الخارجي للقرار

التأديبي والتي جعل من مخالفتها وسائل يعتمد عليها المتقاضي لمواجهة عدم مشروعيتها أمام القاضي الإداري والتي تتمثل فيما يلي:

- ذكر تاريخ ومكان صدور القرار التأديبي
- تضمين القرار التأديبي بتوقيع السلطة المختصة به
- لغة القرار التأديبي

## 2: البناء العضوي للجنة المتساوية الأعضاء المجتمعة كمجلس تأديبي

يدخل أيضا ضمن عناصر مشروعية المظهر الخارجي للقرار التأديبي مدى صحة البناء العضوي للجنة المتساوية الأعضاء المجتمعة كمجلس تأديبي<sup>64</sup>.

يحكم بعض العقوبات إلزامية تقيد سلطة التعيين باستشارة اللجان المتساوية الأعضاء قبل توقيع العقوبة التأديبية، لذا يتعين توافر النصاب القانوني المحدد لها وفقا للمادة (19) من المرسوم رقم 10/84، المحدد لاختصاص اللجان المتساوية الأعضاء التي قضت بأنه " لا تصح مداوات اللجان المتساوية الأعضاء إلا إذا التزمت بقواعد تشكيلها وعملها، ويتعين حضور اجتماعاتها 3/4 عدد أعضائها على الأقل، وإذا لم يبلغ النصاب القانوني يستدعي من جديد أعضاء اللجنة خلال ثمانية أيام الموالية وعندئذ يصح اجتماعها بحضور نصف عدد أعضائها".

كما حددت المادة (23) منه تشكيلة أعضائها من ممثلي الإدارة والموظفين المنتخبين بالتساوي والتي تتراوح ما بين خمسة إلى سبعة أعضاء من كل طرف.

### ثانيا: رقابة مشروعية تسبب القرار التأديبي

استقر الفقه والقضاء الإداريين على قاعدة مفادها " لا تتقيد الإدارة بتسبب قراراتها ما لم يلزمها القانون بذلك"<sup>65</sup> وهذا ما يجعل قراراتها تحمل قرينة قانونية، تقضي بافتراض قيامها على أسباب صحيحة، إلى أن يثبت المدعي عكس ذلك.

غير أن إلزام الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية، يعد من بين أهم الآليات الأساسية التي تبني عليها علاقة الإدارة بالمواطن، فهي تشكل ضمانا حقيقية لحماية حقوقه اتجاه تعسف الإدارة، أو اتجاه أي عيب من العيوب التي قد تنجم عن القرارات الإدارية خلال عملية إصدارها. تكريسا لهذه الضمانة فكرت الكثير من الدول في إصدار قانون يلزم به الإدارة بتسبب قراراتها الإدارية، ويضمن حقوق المتعاملين معها، كما يعزز الرقابة القضائية على مشروعيتها.

### الفرع الثالث: رقابة مشروعية إجراءات اتخاذ القرارات التأديبية

أمام حقيقة اعتبار الإجراءات التأديبية سبيلا لاقتضاء حق وضممانة لعدم الانحراف بالسلطة فلا تصح مشروعيتها إلا إذا عملت الإدارة على التوفيق بين فعالية قيام السلطة التأديبية بوظيفتها على النحو المنصوص عليه قانونا، وبين ضمان حقوق الموظف الخاضع للتأديب، وكما هو معلوم أن الإجراءات التأديبية محصورة قانونا الأمر الذي يسهل الوقوف على أحكامها تحديدا وتفصيلا وعلى ضوءها يتحدد

مركز الموظف وحقوقه في الدعوى التأديبية بدءاً من مرحلة تحريكها، إلى مرحلة صدور القرار التأديبي ضده، إلى مدى قابليته للتعويض من عدمه في حالة إلغائه.

### أولاً: رقابة المشروعية الإجرائية السابقة لاتخاذ القرار التأديبي

تفرض المشروعية الإجرائية في التأديب الإداري أن لا يصدر القرار التأديبي إلا بناء على دعوى تأديبية سابقة، تحترم فيها جميع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً، آخذين بعين الاعتبار ضرورة لجوء الإدارة في بعض الحالات إلى التوقيف المؤقت للموظف، أو القيام بالتحقيق معه مع تمكينه من تقديم دفاعه كل هاته الضمانات تناولناها في الفصل الأول بنوع من التفصيل، لكن كان لزاماً علينا إثارة مدى رقابة القاضي الإداري عليها.

#### 1: إجراء التوقيف المؤقت للموظف:

يعرف التوقيف المؤقت بأنه إجراء وقائي مؤقت، تلجأ إليه سلطة التعيين في خدمة لمصلحة المرفق<sup>66</sup>، والذي يتم بإبعاد الموظف عن وظيفته إلى حين إحالة ملفه التأديبي على اللجنة المتساوية الأعضاء المنعقدة كمجلس تأديبي.

نظراً للآثار السلبية التي قد يرتبها التوقيف المؤقت للموظف فإن المشرع قيده بحالتين يمكن اللجوء إليه وهما:

- حالة متابعة الموظف جزائياً حيث لا تسمح ببقائه في منصبه، حيث ينتهي التوقيف المؤقت بمجرد صدور حكم جزائي نهائي من المصالح القضائية.
- حالة ارتكاب الموظف لخطأ جسيم يمكن أن يؤدي إلى عقوبة تأديبية من الدرجة الرابعة فيتم توقيفه لمدة لا تتعدى 45 يوماً ابتداء من تاريخ إخطار المجلس التأديبي من قبل سلطة التعيين طبقاً لنص المادة 173 من الأمر 06-03.

#### 2: إجراء التحقيق الإداري على الموظف

القضاء الإداري رجح الرفض باستمرار النظر في مشروعية هذا الإجراء وإلغائه، محتجاً في ذلك أنه لا يرقى إلى مصاف القرارات الإدارية التأديبية، ولا شك أن هذا الطرح غير سليم، إذ أن طلب الإحالة على التحقيق الإداري له آثار قانونية على وضعية الموظف الإدارية، فإذا ما قامت به الإدارة قد يتبعه إجراء التوقيف المؤقت للموظف وهذا ما يسمى بالمركز القانوني للموظف.

#### 3: إجراء المواجهة التأديبية.

بعد إجراء التحقيق الإداري لا بد من إيقاف الموظف على حقيقة الأخطاء التأديبية المنسوبة إليه وإحاطته علماً بمختلف الأدلة التي تشير إلى إمكانية مساءلته تأديبية، والتي لا تتحقق إلا من خلال إعلام الموظف بالتهمة المنسوبة إليه مع تمكينه الاطلاع على ملفه الإداري والتأديبي لأجل إعداد دفاعه لذلك سوف يحاول إقرار أهم النقاط التي تصدى لها القضاء الإداري الجزائري في هذا الإطار.

## أ/ إعلام الموظف بالتهمة المنسوبة إليه

يعد عدم احترام الإدارة لهذا الإجراء حالة من حالات عدم مشروعية القرار التأديبي والذي يكون محلا لدعوى الإلغاء الأمر الذي أكدته الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى ضمن قرارها الصادر بتاريخ 04 جوان 1977، بشأن قضية (طالب محمد) ضد (وزير العدل)، الذي اتخذ بشأن عقوبة العزل دون تقديم دفاعه، وقد تصدت الغرفة الإدارية بإلغاء القرار التأديبي باعتباره مشوبا بعيب تجاوز السلطة<sup>67</sup>.

## ب/ اطلاع الموظف على ملفه التأديبي

أكد القضاء الإداري الجزائري على هذا الإجراء وأهميته كضمان للموظف العام من خلال إقرار الغرفة الإدارية للمحكمة العليا الذي يقضي بأنه ( من المقرر قانونا أنه يحق لكل موظف الذي يحال على لجنة الموظفين التي تجتمع في مجلس تأديبي، أن يطلع على ملفه التأديبي فور الشروع في إجراءات القضية التأديبية، ويمكن أن يقدم توضيح كتابي أو شفوي، كما له أن يستعين بأي مدافع يختاره للدفاع عنه، ومن ثم فإن فصل الطاعنة عن وظيفتها والمتخذ دون احترام هذه الإجراءات يعد مشوبا بعيب تجاوز السلطة، مما يستوجب إبطال القرار المطعون فيه)<sup>68</sup>.

## ج/ حق الموظف في الدفاع أمام سلطة التأديب

أكد مجلس الدولة في قراره الصادر بتاريخ 20 أفريل 2004، الذي ألغى مقرر العزل المتخذ من طرف والي ولاية سكيكدة في حق الموظف (م. ع) مع إعادة إدماجه في منصبه الأصلي أو مماثل له نظرا لعدم تلقي الموظف استدعاءً رسميا لمثوله أمام لجنة التأديب لتقديم دفاعه باعتباره إجراء جوهريا يدخل ضمن حماية حقوق الدفاع المقررة قانونا<sup>69</sup>.

## ثانيا: رقابة الشرعية الإجرائية المعاصرة لاتخاذ القرار التأديبي

سعى المشرع دائما بالاهتمام بانشغالات الموظف الأمر الذي توج باستحداث جملة من الإجراءات التأديبية المتزامنة مع عملية اتخاذ العقوبة التأديبية، حيث يفرض على السلطة التأديبية الاستعانة بهيئات استشارية محددة أثناء اتخاذ القرار التأديبي و يستتبعها بالزامية تبليغ الموظف محل التأديبي بقراراتها.

## 1: أهمية الاستشارة واستثناء آراءها من الرقابة

ألزم المشرع الإدارة باستشارة الهيئات الاستشارية من جهة و من جهة أخرى يلزمها بالأخذ برأيها وبالتالي فالقرار الذي سوف تتخذه الإدارة مطابقا للرأي الفعلي وعليه فإن الكثير من المؤلفين الدارسين لاجتهادات القضاء الإداري وبالخصوص في مجال تأديب الموظف ومن اهمهم الأستاذ لحسين الشيخ أث ملويا يرى بأن القاضي الإداري كثير ما يقع في اللبس والخلط في مجال الهيئات الاستشارية وآراءها بإخراج لهذه الأخيرة من درجة القرارات الإدارية والتي لا يمكن الطعن فيها والخلط بين اللجان المتساوية الأعضاء المجتمعة كمجلس تأديبي ولجان الطعن في كثير من القرارات لذلك لا بد من اتخاذ إجراءات لأجل توحيد الاجتهادات ووضع حد لهذا اللبس.

## 2: مدى تأثير التبليغ على مشروعية القرار التأديبي

حرص قانون الإجراءات المدنية والإدارية استجابة وحماية للموظف العام الجزائري من آثار التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية التي تحول دون الدفاع عن مصالحهم أمام القضاء الإداري أن يكون التبليغ القرارات الإدارية الفردية تبليغا شخصيا مع تضمينها بأجال الطعن فيها أمام القضاء الإداري.

### الفرع الرابع : عدم مشروعية شكل وإجراءات القرار التأديبي ومسؤولية الإدارة

القاعدة العامة في هذه الحالة هي أن عدم مشروعية شكل وإجراءات القرار التأديبي لا تؤدي إلى تعويض الأضرار الناجمة عنه، إذا كان بالإمكان إعادة إصداره من جديد دون أي تغيير في جوهره ومضمونه.<sup>70</sup>

ومن هنا يتبين لنا أنه لا تلازم بين الحكم بعدم مشروعية القرار التأديبي ومسؤولية الإدارة عنه وترجع العلة في عدم تقرير التعويض عن هذه الحالة، أن الإدارة تملك من الناحية القانونية إعادة إصدار القرار الملغى من جديد ، بعد احترام قواعد الشكل والإجراءات أمام غياب الضرر الحقيقي الذي يستوجب التعويض.

### المطلب الثاني: رقابة القاضي الإداري على المشروعية الداخلية للقرارات التأديبية

لا تقتصر رقابة القاضي الإداري على عدم المشروعية الخارجية للقرارات التأديبية فقط، بل أنها تمتد أيضا إلى المشروعية الداخلية.

فالقرار التأديبي قد يكون مشوبا بعدم المشروعية الداخلية، بسبب عدم مشروعية محتواه، وهنا نكون بصدد عيب مخالفة القانون، أو حذف القانون كما يعبر عنه القضاء ، أو بسبب عدم مشروعية هدفه، ونكون أمام عيب الإنحراف بالسلطة ، أو أخيرا عدم مشروعية أسبابه وهنا نكون بصدد عيب السبب<sup>71</sup>.

### الفرع الأول : عيب مخالفة القانون في القرار التأديبي

إذا كان محل القرار التأديبي، هو العقوبة التأديبية التي ينطوي عليها، فإنه يشترط في هذا المحل أن يكون جائزا قانونا، وإلا كان القرار التأديبي غير مشروع، ولذلك سوف نبين مدى قابلية هذا العيب وهل يستوجب التعويض .

### أولا : مدى إلغاء القرار التأديبي المشوب بعيب مخالفة القانون

يعتبر هذا العيب من أهم أوجه الإلغاء وأكثرها وقوعا من الناحية العملية، والذي يتخذ صورا ثلاثة هي: المخالفة المباشرة للقواعد القانونية، الخطأ في تفسيرها أو تأويلها، الخطأ في تطبيقها وهذا ما سوف نبينه فيما يلي:

### 1 : المخالفة المباشرة للقواعد القانونية

يقصد بالمخالفة المباشرة، أن تطرح السلطة التأديبية القاعدة القانونية الموضوعية جانبا فتخالفها كليا أو جزئيا، وقد تكون المخالفة في صورة نشاط إيجابي أو سلبي.<sup>72</sup>

وعلى ذلك الأساس قضت الغرفة الثانية لمجلس الدولة، في قرارها الصادر بتاريخ 2003/02/25، تحت رقم 7462<sup>73</sup> في " قضية (س، ر) ضد (مديرية التربية لولاية سطيف)، بأن قرار العزل المتخذ خلال العطلة المرضية الشرعية، قرار مخالف للقانون، نظرا لكونه خالف نص المادة 136 من المرسوم رقم 59/85، لذا يتعين إلغاؤه".

## 2: الخطأ في تفسير أو تأويل القاعدة القانونية

قد ينشأ عيب مخالفة القانون عن تأويل القاعدة القانونية، وحملها خطأ على معنى غير ذلك الذي قصده المشرع عند إقرار هذه القاعدة، فالسلطة التأديبية في هذه الحالة لم تخالف القاعدة القانونية مخالفة مباشرة، إذ أنها لم تتجاهلها، وإنما اعترفت بوجودها، ولكن أعطت القاعدة معنى مختلفا عن المعنى المقصود منها.<sup>74</sup>

## 3: الخطأ في تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع

فإذا قامت السلطة التأديبية بمعاينة الموظف العام بعقوبتين لم يسمح المشرع بالجمع بينهما، أو معاقبته بعقوبة غير مدرجة في سلم العقوبات انطلاقا من مخالفة مبدأ شرعية العقوبات التأديبية والنتائج المترتبة عليها، بما في ذلك عدم جواز عقاب الموظف المخطئ عن ذات الفعل مرتين، أو تسليط عقوبة تأديبية على الموظف العام بسبب خطأ لا يندرج أصلا ضمن الأخطاء المهنية، وهو ما أكدته قرار مجلس الدولة الصادر في 2004/01/20، تحت رقم 010502<sup>75</sup>، والذي جاء فيه "حيث أن العقوبة المسلطة على المستأنف عليها، هي عقوبة تعسفية، كونها تنطوي على خطأ في تطبيق القانون على الوقائع المعروضة محل النزاع، لأن رفض المستأنف عليها تسليم مفاتيح الشقة، لا يعد خطأ مهنيا".

ثانيا: مدى تقرير مسؤولية الإدارة عند توفر عيب مخالفة القانون في القرار التأديبي والتعويض عنه بتصفح تطبيقات القضاء الإداري الجزائري نجد أنه يمنح دائما الحق في التعويض عن القرارات الإدارية المعيبة بعدم مشروعية المحل بصفة عامة والقرارات التي تتضمن المخالفة المباشرة للقواعد القانونية بصفة خاصة.

فمخالفة العقوبة التأديبية القانونية تولد مسؤولية السلطة التأديبية عن الأضرار التي تنجم عنها في مواجهة الموظف العام المعني، سواء تمثل عليه مخالفة القانون في المخالفة المباشرة لهذا القواعد أم مجرد الامتناع عن تطبيقها.

وعليه نستخلص أنه إذا ما تبين للقاضي الإداري المختص أن درجة عيب مخالفة القانون جسيمة نتيجة الضرر الذي لحق بالموظف العام المدعي العام، فإنها تتحقق زيادة على الإلغاء مسؤولية الإدارة والحكم بالتعويض.

## الفرع الثاني: عيب الانحراف بالسلطة التأديبية في القرار التأديبي

إن السلطات الممنوحة للإدارة هي لتحقيق هدف معين، وتكون بصدد الانحراف بالسلطة عندما تستعمل السلطة الإدارية سلطاتها لتحقيق هدف أجنبي عن الهدف الذي منحت لها من أجله تلك السلطات.<sup>76</sup>

فإذا ما استعمل رجل الإدارة سلطة من أجل تحقيق هدف غير المصلحة العامة، أو الهدف غير المخصص قانوناً للقرار التأديبي فإنه بذلك يكون قد أساء في استعمال سلطته وانحرف بها عن الهدف الذي كان يتعين عليه تحقيقه، ومن ثم شاب قراره التأديبي عدم المشروعية وكان جديراً بالإلغاء والتعويض عن الضرر الذي لحق بالموظف العام الصادر في حقه لكونه مشوباً بعيب الانحراف أو إساءة استعمال السلطة وهذا ما سوف نتناوله في ما يلي:

#### أولاً: إلغاء القرار التأديبي بتوفر عيب الانحراف بالسلطة

الانحراف بالسلطة هو وجه لعدم مشروعية القرار التأديبي، متصل بغاية إصداره، ويقع حينما يخالف القرار التأديبي غاية تحقيق المصلحة العامة المجسدة في تحقيق مصلحة المرفق، وضمان انتظام سيره، إضافة إلى هدف تحقيق الردع العام.<sup>77</sup>

فالمقصود به إذن " أن يمارس مصدر القرار السلطة المخولة له في تحقيق أهداف غير تلك المحددة قانوناً"<sup>78</sup> وله صورتان:

#### الصورة الأولى: البعد عن المصلحة العامة

فعندما تطرح السلطة التأديبية المصلحة العامة جانباً، وهي تتخذ القرار التأديبي، تتحقق هاته الصورة بإحدى الأشكال التالية: استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي، أو مباشرة السلطة لقصود الانتقام والتنكيل بالموظف العام، أو استهداف أغراض سياسية أو حزبية بعيدة عن المصلحة العامة وأخيراً استهداف التحايل على تنفيذ أحكام القانون.<sup>79</sup>

#### الصورة الثانية: مخالفة قاعدة تخصيص الأهداف

يظهر الانحراف بالسلطة في مجال الإجراءات التأديبية بوضوح فيما يطلق عليه (العقوبة المقنعة) حيث تطبق السلطة التأديبية على الموظف على إجراءات لا تحمل في ظاهرها طابع العقاب بينما ينطوي جوهرها على العقاب التأديبي، كما لو قامت الإدارة بنقل الموظف العام أو توبيخه، بدلاً من توقيع الجزاء التأديبي عليه، في حين أن النقل ينطوي على عقوبة مستترة خلف ستار تنظيم العمل داخل المرفق الذي ينتهي إليه الموظف العام.

وقد ترتكب الإدارة انحراف في استعمال الإجراءات، وهي بصدد استعمال سلطة فصل الموظف العام لإلغاء الوظيفة، ويكون حينما يرتكب الموظف أخطاءاً وظيفته تبرر توقيع الجزاء التأديبي عليه، وبدلاً من أن تقوم السلطة التأديبية من توقيع الجزاء المناسب عليه، فإنها تقوم بإلغاء الوظيفة التي كان يشغلها وبالتالي استبعاد الموظف بوسيلة غير الوسيلة المقررة قانوناً.<sup>80</sup>

#### ثانياً: عيب الانحراف بالسلطة كمصدر لمسؤولية الإدارة عن القرار التأديبي

ترتب القرارات المشوبة بعيب الانحراف بالسلطة مسؤولية الإدارة عن تعويض الأضرار الناجمة عنها سواء جانبت السلطة التأديبية المصدرة للعقوبة التأديبية تحقيق المصلحة العامة أم إذا جانبت قاعدة تخصيص الأهداف.

و عليه يمكن القول بأن القرار التأديبي المشوب بعيب الانحراف يعني أن خطأ الإدارة في هذه الحالة يعد خطأ جسيماً يستوجب مسؤولية الإدارة عن الأضرار الناجمة عنه.

### الفرع الثالث: رقابة مشروعية عيب السبب في القرار التأديبي

بحيث تعتبر هذه الرقابة من أهم الضمانات الأساسية لاحترام الإدارة لمبدأ المشروعية في قراراتها التأديبية.

يقوم عنصر السبب في القرار التأديبي، على ثبوت وقوع فعل مادي محدد، سلبياً كان أم إيجابياً يمكن أن يشكل خطأ تأديبياً، وهو يجعل رقابة القضاء الإداري على عنصر السبب في القرار التأديبي تنصب مع صحة الوجود القانوني للوقائع المكونة لذلك الفعل أو ما يعرف بالغلط في الوقائع، فإذا ما تحقق ثبوت صحة هذه الوقائع مادياً، ينتقل القاضي الإداري إلى رقابة التكييف القانوني الذي أصبغته السلطة التأديبية مع تلك الوقائع للتأكد مما إذا كان هذا التكييف سليماً من عدمه هذا الأخير يعرف بالغلط في الوصف القانوني للوقائع، فإذا ما تأكد من صحة هذا الأخير ينتقل إلى التأكد من مدى تناسب الخطأ المرتكب مع العقوبة المسلطة على الموظف العام أو عدم تناسب هذا الأخير الذي يعرف بالغلط في القانون.<sup>81</sup> وسوف نتناول كل شكل على حدة لنبين مدى إمكانية إلغاء القرار التأديبي بتوفر إحدى هذه الأشكال من عدمه وبالتالي الحكم لصالح الموظف العام بالتعويض من عدمه فيما يلي:

#### أولاً: إلغاء القرار التأديبي المشوب بعيب السبب

كما قلنا أن القرار التأديبي قد يكون مشوباً بعيب السبب المتكون من إحدى الأشكال المذكورة أعلاه وبالتالي سوف نبين كل صورة على حدة ونحاول إبراز دور القاضي الإداري في هذا المجال.

#### 1: الرقابة على صحة الوجود المادي للوقائع (الغلط في الوقائع)

تمثل الرقابة القضائية على صحة الوجود المادي للوقائع التي يقوم عليها القرار التأديبي الحلقة الأولى للرقابة على عنصر السبب، فالقرار التأديبي يكون مشوباً بعيب السبب للإلغاء، إذا ثبت أن السلطة التأديبية قد استندت في تبريره إلى وقائع غير صحيحة من الناحية العلمية، وذلك سواء كانت السلطة التأديبية حسنة النية أي أنها اعتقدت خطأ بقيام الوقائع التي تدعيها، أم كانت تعلم بعدم توافرها.

#### 2: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع – (الغلط في الوصف القانوني للوقائع)

ونقصد بها إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية<sup>82</sup> فإذا ما بدر من الموظف العام فعل ما، وقدرت الجهة المختصة أن ذلك ينطوي على إخلاء الواجبات الوظيفية والخروج على مقتضياتها، فإنه يقع على عاتق السلطة التأديبية، واجب تكييف هذا الفعل من الناحية القانونية، لتحقيق مما إذا كان يشكل خطأ تأديبياً في نظر القانون، على ضوء ما وضعه المشرع الجزائي بهذا الخصوص أم أنه لا يعد وكونه مجرد واقعة عادية، ليخضع هذا التكييف بعد ذلك للرقابة التي يمارسها القاضي الإداري على عنصر السبب في القرار التأديبي، وذلك للحكم على سلامة الوصف القانوني الذي أجرته السلطة التأديبية بهذا الصدد.

3: الرقابة على مدى التناسب بين عنصري الخطأ المهني المرتكب والعقوبة المقررة له، (الغلط في القانون).

التناسب في مجال التأديب، يعني تقدير العقوبة نوعا ومقدارا بما يتوافق مع جسامته الوقائع التي يعتد على اتخاذ القرار التأديبي، فإن مناط مشروعية السلطة التأديبية في تقدير التناسب بين الجزاء والمخالفة، هو ألا يشوبها غلو، أي وجود ملائمة بين الخطأ المهني ونوع الجزاء الموقع على مرتكبه<sup>83</sup> وعلى هذا الأساس فإن المغالاة في استعمال السلطة التقديرية تعد خروجاً من نطاق الشرعية إلى نطاق عدم الشرعية.<sup>84</sup>

ثانيا: عدم مشروعية سبب القرار التأديبي ومسؤولية الإدارة

القضاء الإداري الجزائري اتخذ موقفا في هذا الشأن والذي يقضي بتقرير مسؤولية الإدارة عن عدم مشروعية سبب القرار التأديبي .

الخاتمة :

في الأخير و في إطار الحقوق المخولة للموظف العمومي المتمثلة في أحقيته في الطعن القضائي أمام القاضي الإداري المختص من خلال الأخذ بجميع الشروط والإجراءات التي يتطلبها القانون، نجد أن للقاضي الإداري بعد فحص القرار التأديبي الصادر في حق الموظف العام وإذا ما تأكد من عدم مشروعيته أن يحكم بإلغائه والتعويض عن الضرر الذي لحق بالموظف العام في هذا الإطار، لكن كل ما سبق ذكره لا يتحقق إلا إذا ما أصبح الحكم حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، وتم تنفيذه من قبل الإدارة .

الهوامش:

- 1- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ط7، 1996، ص418.
- 2- عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، الجزائر، 2002، ص156.
- 3- للإشارة فقط فإن هناك اختلاف بين نص المادة 459 من الأمر رقم 154-66 المؤرخ في 08 جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية (الملغى) والتي حددت شروط قبول الدعوى بثلاثة، الصفة، المصلحة، الأهلية.
- 4- جميلة قدودو، رقابة المشروعية في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2005-2006، ص 193.
- 5- عبد الحكيم فوده، الخصومة الإدارية، أحكام دعوى الإلغاء والصيغ النموذجية لها، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص35.
- 6- عبد العزيز إبراهيم شيحا، القضاء الإداري، ولاية القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، أبو العزم للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر 2002، ص125.
- 7- محمد فتحي محمد حسنين، الحماية الدستورية للموظف العام، دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا، مطبعة الأهرام الشرقية، مصر 1997، ص ص 634،636.

- 8- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، تنظيم واختصاص القضاء الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط2، الجزائر، 2005، ص15.
- 9- عبد الحكيم فوده، الدفع بانتفاء الصفة والمصلحة في المنازعات الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص ص 09،10.
- 10-Marcel Waline, *Traité de droit administratif. 9ème éd, Sirey, Paris, 1963, P 493.*
- 11- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرط المصلحة في دعاوى القانون العام، مجلة الحقوق، السنة 25، ملحق العدد (4)، جامعة الكويت، ديسمبر 2001، ص 168.
- 12-André Delaubadre, *jean cludevenezia, yvesgaudement, Manuel de droit adminstratif, L.G.D.J 17ème éd, 2002, P 336.*
- 13- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 2، الجزائر، 2006، ص 94.
- 14- المادة 78 من الأمر رقم 03/06، السابق الإشارة إليه، ص 09.
- 15- وردية العربي، فكرة النظام العام في الإجراءات القضائية الإدارية، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان الجزائر، 2009-2010، ص 56.
- 16- لقد فصلت المواد من 42 إلى 45 من ق.إ.م.إ في موضوع فقد الأهلية أو نقصها لمزيد من التفاصيل أنظر: لحسن بن الشيخ أث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص ص 251، 252.
- 17- حيث جاء نصها كالآتي "حيث تنقطع الخصومة في القضايا التي تكون غير مهيأة للفصل للأسباب التالية: 1- تغير في أهلية التقاضي لأحد الخصوم. 2- وفاة أحد الخصوم إذا كانت الخصوم قابلة للانتقال..."
- 18- المادة 211 الفقرة الأولى من ق.إ.م.إ.
- 19- المادة 222 الفقرة الثانية من ق.إ.م.إ.
- 20- المادة 15 من ق.إ.م.إ.
- 21- المواد من 817 إلى 827 من ق.إ.م.إ.
- 22- المادة 819 الفقرة الأولى من ق.إ.م.إ.
- 23- المواد من 815 إلى 826 والمادة 905 من ق.إ.م.إ.
- 24- بوحמידة عطاء الله، الوجيز في القضاء الإداري تنظيم وعمل واختصاص، دار هومة، ن ط 2، الجزائر 2013، ص ص 192 إلى 194.
- 25- بوزيان مكلكل، النظام القانوني للوظيفة العامة، دراسة مقارنة ما بين التشريع الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه دولة، فرع القانون العام جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس الجزائر، 2001-2002، ص 272.
- 26- القانون رقم 02/98، المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، ج ر، العدد (37)، المؤرخة في 1 جوان 1998
- 27- أبوبكر صالح بن عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، المطبعة العربية، غرداية، الجزائر، 2006، ص412.
- 28- بوحמידة عطا الله، المرجع السابق، ص 69.
- 29- المادة 807 من ق.إ.م.إ.
- 30- رفيق بوغانان، الرقابة القضائية وكيفية تحديد القرارات الإدارية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق والعلوم الإدارية، جامعة سكيكدة، الجزائر، 2007، 2008، ص54.

- 31- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول دعوى تجاوز السلطة ودعوى القضاء الكامل، المرجع السابق، ص 32. مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للقرار الإداري، بل ترك هذه المهمة للفقهاء والقضاء الإداريين.
- أشار إليها: عبد القادر غيناوي، وقف تنفيذ القرار الإداري قضائيا، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر 2007، 2008، ص 40.
- 32 - Gaston Jeze, *Les principes generaux du droit administratif*, tomel, Paris, 1926, p87.
- 33- محمد مغاوي شاهين، القرار التأديبي و ضماناته ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان، مكتبة انجلو المصرية، القاهرة، 1986، ص 07.
- 34- حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، الجزء 02، دار الكتاب المصرية، القاهرة 2001، ص 161.
- 35- عز الدين عبده، تأديب الموظف العام في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون فرع الإدارة والمالية، جامعة الجزائر، 2002، 2003، ص 182.
- 36-Taib Essaid, *Droit de la fonction publique*, Houma, Alger, 2003, p 363.
- 37- خليفة سالم الجهي، الرقابة القضائية على التناسب بين العقوبة والجريمة في مجال التأديب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009 ص ص 212، 213.
- 38- حسين فريحة، التنفيذ الإداري المباشر في أحكام القضاء الإداري الجزائري، مجلة الإدارة، العدد (23)، مركز التوثيق والبحوث الإدارية الجزائر، 2002، ص 17.
- 39- محمد قادري، رقابة المشروعية على القرارات التأديبية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع القانون العام، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر، 2004-2005، ص 194
- 40 - المادة 829 من ق.إ.م.إ.
- 41 - هذا ما يخالف التبليغ الرسمي عن طريق المحضر القضائي، طبقا لأحكام المواد من 406- إلى 410 من ق.إ.م.إ.
- 42- المادة 172 من الأمر رقم 03/06، والتي تنص: "يبلغ الموظف المعني بالقرار المتضمن العقوبة التأديبية في أجل لا يتعدى ثمانية (08) أيام، ابتداءً من تاريخ اتخاذ هذا القرار."
- 43 - المادة 405 من ق.إ.م.إ.، والتي تنص على: "تحسب كل الأجل المنصوص عليها في هذا القانون كاملة، ولا يحسب يوم التبليغ أو التبليغ الرسمي ويوم انقضاء الأجل.
- يعتد بأيام العطل الداخل ضمن هذه الأجل عند حسابها.
- تعتبر أيام عطلة بمفهوم هذا القانون، أيام الأعياد الرسمية و أيام الراحة الأسبوعية طبقا للنصوص الجاري بها العمل.
- إذا كان اليوم الأخير من الأجل يوم عمل كلياً أو جزئياً، يمدد الأجل إلى أول يوم عمل موالي."
- 44 - هذا ما أكدته الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، الصادر بتاريخ 1988/01/30، الحامل للرقم 42056، قضية بن كبوش زينب، التي تعرضت للعزل بموجب قرار والي ولاية الجزائر، المجلة القضائية، العدد (02)، الديوان الوطني للأشغال العمومية، الجزائر 1989، ص ص 207.202
- 45 - قرار مجلس الدولة، الصادر في 2005/07/12، الحامل للرقم 015869، في قضية (ش أ)، ضد (والي ولاية بجاية)، حيث استبعد مجلس الدولة دفع السلطة الإدارية نظرا لعدم احترام شرط الميعاد، لأن القرار محل النزاع منعدم، مجلة مجلس الدولة، العدد (07)، منشورات الساحل، عين البنيان، الجزائر، 2005، ص ص 141.142.
- 46 - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى الإدارية، ج2، ط2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص ص 603 604.

- 47 - طبقا لنص المادة 222 من ق.إ.م ، (الملغى) والتي تنص : " لا يترتب على سقوط الدعوى انقضاء الحق ، و إنما يؤدي إلى إلغاء الإجراءات الحاصلة فيها...." هذا على خلاف ق.إ.م.إ ، والذي لم يتطرق لهذه المسألة.
- 48 - قرار الغرفة الإدارية، المحكمة العليا ، الصادر بتاريخ 13/01/1991 ، الحامل للرقم 75670 ، قضية (ك.ن) ضد ( والي ولاية تيارت) والذي قضى بأحقية الموظف في التعويض المرفقي نتيجة القرار التأديبي الغير مشروع الصادر ضده ، حيث أقر أن الدعوى غير مقيدة بأجل مادامت لم تتقادم ، قرار غير منشور، أشارت إليه : حادي تومي، المسؤولية المدنية للتوظيف العمومي، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2008-2009، ص 149
- 49 - المادة 133 من القانون المدني الجزائري .
- 50 - المادة 309 من نفس القانون أعلاه.
- 51- اتجه فقهاء القانون إلى تأييد تعريف العميد (بونار)، لعيب عدم الاختصاص الإداري، فيمكن تعريفه بـ " عدم القدرة على ممارسة عمل قانوني، لكونه من اختصاص عضو آخر" و قد ميز الفقهاء والقضاء بين درجتي عيب عدم الاختصاص واللذان تتمثلان في عيب عدم الاختصاص البسيط وعدم الاختصاص الجسيم. فالأول يجعل من القرار الإداري قابلا للإلغاء أمام القاضي الإداري أما الثاني والذي يسمى أيضا باغتصاب السلطة فيجعل القرار الإداري معدوما ومجرد واقعة مادية ترتب آثار قانونية تختلف عن تلك التي يرتبها القرار الإداري باعتباره عمل قانوني " مشار إليه في: عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، جامعة ج1، السنة الجامعية 2008-2009، ص ص 111، 112.
- 52- بوحميده عطا الله، الوجيز في القضاء الإداري، دار هومة الجزائر، الطبعة الثانية، 2013، ص ص 248، 249.
- 53- يأخذ عيب عدم الاختصاص الموضوعي لسلطة التأديب أربعة صور وهي: - اعتداء سلطة تأديبية على اختصاص سلطة تأديبية موازية لها.
- اعتداء سلطة تأديبية على اختصاص سلطة تأديبية أدنى منها.
- اعتداء سلطة تأديبية على اختصاص سلطة تأديبية أعلى منها.
- ممارسة التأديب بناء على تفويض مخالف للقانون.
- 54- المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 42917- المؤرخ في 15 جوان 1985، قضية (ف، ب، ع) ضد (وزير التربية ومديرية التربية والثقافة في ولاية الجزائر)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الرابع، الجزائر، 1989، ص ص 243، 245.
- 55- كما نصت المادة (166) الفقرة الثانية من الأمر 03/06 على أنه " ...يسقط الخطأ المنسوب للموظف بانقضاء هذا الأجل"، والتي تقابلها المادة (61) من الأمر رقم 66-133 التي قيدت السلطة التأديبية بمدة (06) أشهر لاتخاذ العقوبة التأديبية إضافة إلى المادة (64) من المرسوم رقم 82-302، التي تنص على انه " لا يمكن تسليط العقوبة التأديبية على العامل بعد مرور أكثر من 03 أشهر على معاينة الخطأ المرتكب".
- 56- دماج ذبيح عاشور، شرح القانون الأساسي العام للتوظيف العامة، دار الهدى، 2010، ص 52
- 57- احمد محمد إبراهيم الحفناوي، البطلان الإجرائي وأثره على الدعوى التأديبية (دراسة مقارنة أحكام الفقه الإسلامي)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص393.
- 58- مثلا يمتد اختصاص المجلس الأعلى للقضاء الذي ينعقد كمجلس تأديبي على كافة القضاة الموجودين على مستوى إقليم الدولة.

- 59- حصرت المادة (127) من الأمر رقم 03/06 الحالات التي يكون فيها الموظف في وضعية قانونية وهي الانتداب خارج الإطار، الإحالة على الاستيداع، القيام بالخدمة الوطنية.
- 60- *L'acte administratif constitutif de la fait parce qu'il a été pris sans se rattacher l'exécution d'un texte ou à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative qui l'a édicte, se trouve dématgré et perd son caractère administratif*. Voir : Ben BadisFouzi, *La saisine du juge administratif- O- P- U Alger 1985 p77*.
- 61- يمكن إعطاء حالتين ينطوي عليهما اغتصاب سلطة التأديب واللذان تجعلان مصير القرار التأديبي المتخذ معدوما كحالة ممارسة التأديب من فرد عادي ليس له صفة الموظف العام وحالة ممارسته سلطة التأديب من سلطة قضائية في حين يؤول الاختصاص للسلطة التنفيذية.
- 62- مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 011803، المؤرخ في 03 سبتمبر 2002 قضية ( شركة ذات الاسم الجماعي المسماة شعبان) ضد ( ش. د والي ولاية تيزي وزو) مجلة مجلس الدولة، العدد الثالث، الجزائر 2003، ص ص 171، 172.
- انظر نفس الموقف: مجلس الدولة، الغرفة الأولى، قرار رقم 169417 المؤرخ في 27 جويلية 1998، قضية ( المستأجرين) ضد ( لجنة الدائرة) " قرار إداري صادر عن لجنة الدائرة غير مختصة، قرار إداري منعدم (نعم) " مجلة مجلس الدولة ، العدد الأول، الجزائر 2002، ص ص 81، 82.
- 63- شكل العقوبات المكتوبة المظهر الغالب للقرارات التأديبية، وهذا الأمر يسهل على الموظف إثباتها ورقابتها القضائية عكس القرارات التأديبية الشفهية التي يصعب إثباتها خصوصا أن المشرع الجزائري اشترط إرفاقها بعريضة افتتاح دعوى الإلغاء كشرط شكلي الأمر المنصوص عليه في المادة 819 من ق.إ.م.إ، ص 77 ، أما في حالة امتناع الإدارة عن تقديم من القرار محل الطعن يمكن للقاضي الإداري أن يأمرها بتقديمه في أول جلسة.
- 64- هناك فرق بين عدم استشارة اللجنة المتساوية الأعضاء الذي يدخل ضمن عيب عدم الإجراءات ، وبين عدم قانونية تشكيلها باعتباره عيب في الشكل، فقد تحترم السلطة التأديبية إجراء استشارة اللجنة إلا أن تشكيلتها القانونية غير صحيحة، ما يؤثر على صحة ومضمون القرار التأديبي المتخذ ضد الموظف.
- 65- بدري مباركة، ضمانات تسبب القرار التأديبي في مجال الوظيفة العامة، دراسات قانونية، مجلة فصلية تصدر عن مركز البصيرة للبحوث الاستشارية والخدمات التعليمية، العدد الثامن، الجزائر 2008، ص 112.
- 66- *La suspension ne constitue pas une sanction disciplinaire mais une mesure administrative qui est prise quand le fonctionnaire commet une faute particulièrement. Voir, ESSAID Taib ' ' Les garanties disciplinaires dans les statuts de la fonction publique ' ' , Revue du conseil d'état, Numéro Spécial ( le contentieux dans la fonction publique) Alger, 2007, p106*
- 67- *arrêt du 4 juin 1977, talbi mohamed, c ministre de la justice cour suprême, chambre a administrative voir, bouchahda hocine et khaelloufi rachid, recueil d'arrêts op, cit, p 110.*
- 68- المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 75502، المؤرخ في 21 أفريل 1990، قضية ( ق م) ضد (وزير العدل)، المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثالث، الجزائر، 1992، ص ص 151، 153.
- 69- مجلس الدولة، الغرفة الثانية، قرار رقم 009898، المؤرخ في 20 أفريل 2004 ، قضية ( م ع) ضد ( والي ولاية سكيكدة)، مجلة مجلس الدولة العدد الخامس، الجزائر، 2004، ص ص 143، 146.
- 70 - إعاد علي حمود القيسي، القضاء الإداري وقضاء المظالم، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 1999، ص 252.
- 71 - لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، المرجع السابق، ص 211.
- 72 - رشيد عبد الهادي، الضمانات التأديبية في قوانين الوظائف العامة والعسكرية، دراسة مقارنة، ط1، دار الكتاب الحديثة، القاهرة، 2008، ص 194.

- 73- مجلة مجلس الدولة، العدد 05، الجزائر، سنة 2004، ص ص 166-168.
- 74 - أمينة طاهري، ضمانات المسالة التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، الجزائر، 2008-2009، ص 107.
- 75 - قرار مجلس الدولة، الصادر بتاريخ 20/01/2004 الحامل للرقم 010505، قضية (م،ع) ضد (مدير القطاع الصحي لتقزيرت ولاية تيزي وزو)، مجلة مجلس الدولة، العدد 05، سنة 2004، ص ص 175-177.
- 76- لحسين بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، المرجع السابق، ص 296.
- 77 - محمد علي بلخيري، الرقابة القضائية على التصريح التعسفي للموظف العام في الجزائر، مذكرة إجازة المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2005-2006، ص 158.
- 78 - محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، طبعة القانون الإداري، التنظيم الإداري، الموظفون العموميون، اموال الإدارة العامة، دار الجامعة الجديدة، الأزراطية، الإسكندرية، مصر، 2009، ص ص 502-503.
- 79 - فاطمة الزهراء فيرم، الموظف العمومي ومبدأ حياد الإدارة في الجزائر، مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، فرع الإدارة والمالية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2004، 2005، ص 125.
- 80- فؤاد محمد موسى، فكرة الانحراف بالإجراء، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص 234.
- 81 - لحسن بن الشيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 350.
- 82 - محمد سلامة جبر، الرقابة على تكييف الوقائع في قضاء الإلغاء، مجلة إدارة قضايا الحكومة، المجموعة الدولية للمحاماة، القاهرة، أكتوبر ديسمبر 1984- الموقع الإلكتروني: [www.arlaw.firm.com](http://www.arlaw.firm.com) تاريخ الدخول: الأربعاء 20 ماي 2015
- 83 - محمد عصفور، عناصر الملائمة في القرار التأديبي، مجلة العلوم الإدارية، السنة 09، العدد 03، كلية الحقوق، القاهرة، مصر، 1989، ص 72.
- 84 - عصام عبد الوهاب البرنزي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1971، ص 418.

## استقلالية القضاء الإداري وضماناته بين النصوص والواقع في الجزائر



د/ جمال غريسي  
جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي  
أ/ مباركة عمارة  
جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي



### مقدمة :

إذا كان مبدأ استقلال القضاء عموماً مكرساً في الدستور والنصوص القانونية في الجزائر، فلا شك أن تفعيل هذا المبدأ يحتاج إلى جملة من الضمانات تؤكد وجوده وتطبيقه في الواقع العملي وإلا صار دون هذه الضمانات مجرد شعار و أحرف مِيّنة لا تجد صداها في أرض الواقع.

ونظر للأهمية الكبيرة التي يحظى بها القضاء الإداري واستقلاليتها من حيث دوره في حماية الأفراد والأشخاص المعنوية العامة وحلّ نزاعاتهم، كما أنه قضاء مستقل بذاته عن القضاء العادي له ضمانات سوى من الناحية القانونية أو الناحية العضوية.

وحيث أن خصوصية النزاع الإداري لا تكمن فقط في المعيار العضوي كون أن أحد أطراف النزاع شخص من أشخاص القانون العام، بل يضاف إلى ذلك أن موضوع النزاع لا يتعلق بمصلحة خاصة كما هو الحال في القضاء المدني والشخصي والتجاري وغيره من أنواع القضاء، وإنما يتعلق بمسألة تزعم جهة الإدارة أن لها علاقة بالنظام العام مثلاً أو فرضتها مقتضيات المصلحة العامة.

وعليه فالطبيعة الخاصة للمنازعة الإدارية تفرض الإعلان دستورياً وقانونياً على استقلال القضاء الإداري ليفصل في هذا النوع المميز من المنازعات بكل حياد وموضوعية، ولا يقع القاضي الإداري تحت تأثير أي جهة كانت بما يفقده حياده، لأن القاضي متى فقد حياده فقد بالتبعية عدالته، وإذا فقد عدالته فقد معها صفته، لأن صفة القاضي تتنافى وتحيزه لخصم أو تأثره بمركز قوي، وليس الأمر بهذه البساطة واليسر، وإنما يستوجب توفر العديد من الضمانات والآليات بهدف تكريس مبدأ الاستقلال على نحو يؤمن القاضي الإداري ويسيطر له حماية خاصة تقيه كل المخاطر.

ومن هنا نطرح الإشكالية الرئيسية لهذه المداخلة والمتمثلة في: - ما مفهوم مبدأ استقلالية القضاء الإداري؟ وفيما تتمثل أهمية الضمانات التي وضعها المشرع الجزائري في تكريس هذا المبدأ؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية استعملنا المنهج التحليلي الذي يتلائم مع طبيعة هذه المداخلة وذلك بتحليل جميع النصوص القانونية والتعليق عليها، وقد قسمنا هذه المداخلة إلى مبحثين :

المبحث الأول: مفهوم استقلالية القضاء الإداري

المبحث الثاني: ضمانات استقلالية القضاء الإداري

## المبحث الأول: مفهوم استقلالية القضاء الإداري

إن مفهوم استقلالية القضاء يجد تفسيره في الوظائف التي يقوم بها الجهاز القضائي والمحددة في الدستور والقوانين الخاصة بالقضاء والتي تتمحور كلها حول تحقيق مبدأ المشروعية وعلاقته بالسلطتين التنفيذية والتشريعية، وسنتطرق إلى المقصود باستقلالية القضاء، ثم استقلالية القضاء في الجزائر من خلال النصوص والواقع العملي.

### المطلب الأول: المقصود باستقلالية القضاء

يعتبر مبدأ استقلال القضاء من أهم ضمانات حصانة القاضي، وكذلك ضمانات عامة للخصوم في أي تنظيم يتحرى الدقة ويحرص على عدالة حكم القاضي<sup>1</sup>، وهو عنصر رئيسي في تحقيق محاكمة عادلة، ويقصد باستقلال القضاء « تحرّره من أي مؤثرات اضطلاعاً برسالته في تحقيق العدالة وتحرر سلطته من أي تدخل من جانب السلطتين التشريعية والتنفيذية وعدم خضوع القضاة لغير سلطان القانون»<sup>2</sup>.

ولأهمية هذا المبدأ في الحصول على قضاء عادل حرصت الدساتير الحديثة والمواثيق والمعاهدات على استقلال القضاء واحترامه وأنه لا سلطان على القاضي إلا الخضوع لضميره والقانون. لقد أقر الإعلان العالمي لحقوق الإنسان<sup>3</sup> مبدأ استقلال القضاء في نص المادة 10 منه: « لكل إنسان الحق على قدم المساواة التامة مع الآخرين في أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظراً عادلاً».

وتأكد هذا المبدأ في مشروع النظام القضائي العربي الموحد في نص مادته الأولى بقولها: « القضاء مستقل ولا سلطان على القضاة في قضائهم لغير القانون».

وهذا المبدأ أكده كذلك مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاينة المجرمين المنعقد في ميلانو من 26 أغسطس إلى 06 ديسمبر 1985 في مادته الأولى: « تكفل الدولة استقلال السلطة القضائية و ينص عليه دستور البلد أو قوانينه، ومن واجب جميع المؤسسات الحكومية وغيرها من المؤسسات احترام ومراعاة استقلال السلطة القضائية».

ومبدأ استقلال القضاء وحيدته ونزاهته ووحدته لا يُعدّ مكسباً للقضاة وحدهم، بل هو مكسب للمجتمع كله<sup>4</sup>.

### المطلب الثاني: استقلالية القضاء في الجزائر

إذا كان مبدأ استقلال القضاء في التشريعات الحديثة ناتجاً عن مبدأ الفصل بين السلطات الثلاث في الدولة<sup>5</sup> الذي نادى به الفقيه الفرنسي "مونتسكيو" في كتابه "روح القوانين" وهو يهدف إلى حماية القضاء من تأثير السلطتين التشريعية والتنفيذية، فإنه يعتبر كذلك هدفاً أسعى إليه التشريعات ويطمح إليه الفقهاء وذلك من أجل تحقيق العدالة التي تعتبر العماد المتين لبناء دولة الحق والقانون والحصن المنيع للمجتمع من المشاكل التي من شأنها زعزعة استقرار النظام بالدولة وأمنها.

ومبدأ الفصل بين السلطات جاء ليضع معالم حدود اختصاص كل واحدة من هذه السلطات حتى لا تطغى إحداها على الأخرى، ليتم بذلك التوازن الذي يضمن إقامة ديمقراطية حقيقية بين المواطنين جميعا وإقامة دولة متماسكة لا يتسلط فيها الحاكم عن المحكوم ولا ينقلب فيها المحكوم أو المشرع ضد الحاكم ولا الحاكم ضد القاضي أو المشرع، كما يتم منع إقامة الديكتاتورية بجمع السلطات الثلاثة في يد شخص واحد أو جماعة واحدة من أبناء الشعب<sup>6</sup>.

والمشرع الجزائري كباقي التشريعات الحديثة حاول تجسيد مبدأ استقلال القضاء في أرض الواقع من خلال الدساتير والقوانين والنصوص التي صدرت عنه.

والقضاء في الجزائر لم يكن مستقلا في ظل دستور 1963<sup>7</sup> ودستور 1976<sup>8</sup>، بل كان مجرد وظيفة من وظائف الثورة<sup>9</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة 62 من دستور 1963 بقولها: «لا يخضع القضاء في ممارستهم وظائفهم إلا للقانون ولمصالح الثورة الاشتراكية» ونصت كذلك المادة 173 من دستور 1976 على أن: «يساهم القاضي في الدفاع عن الثورة الاشتراكية وحمايتها».

إذا انطلقنا من مضمون دستوري 1963 و1976 بشأن مبدأ استقلال القضاء، فإننا نجد غيابه في الممارسة وفي الواقع، وهذا لأن الجزائر في هذه الفترة كانت تنظر بعين الحذر إلى النماذج المؤسساتية والدستورية الوافدة مما حتم توحيد وتركيز السلطة باعتماد الشرعية الثورية كأساس فعلي للسلطة ولوحدتها على مستوى النظام السياسي على الأقل<sup>10</sup>، واكتسى بذلك النظام السياسي طابع النظام الرئاسي المشدد أو المغلق الذي يعتمد على تركيز السلطة أو دمجها في الجهاز التنفيذي.

أما في دستور 23 فبراير 1989<sup>11</sup>، الذي أحدث تغييرا جذريا في نظام الحكم المعتمد منذ الاستقلال بإقراره مبدأ الفصل بين السلطات ولا سيما السلطة القضائية التي أكد في المادة 129 منه على أنها مستقلة، وأوكل لهذه السلطة صلاحيات واسعة في مجال الحريات العامة والفردية والحقوق الأساسية للمواطن<sup>12</sup>، ولم يسمح بتضييق مجال ممارستها إلا بإذن من القضاء أو تحت رقابته، كما أخضع قرارات الإدارة للرقابة القضائية وألزم كل أجهزة الدولة بتنفيذ أحكام القضاء<sup>13</sup>، وأكد في المادة 139 منه على أن: «القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه»، وألزمه بتطبيق القانون والخضوع له دون سواه، وبالتالي حرره من الشحنة الأيديولوجية وقسم الولاء للثورة الاشتراكية، ونص أيضا على حماية القانون للمتناقضي من تعسف أو انحراف القاضي، وجعل هذا الأخير مسؤولا أمام المجلس الأعلى للقضاء الذي خول له سلطة القرار في كل ما يتعلق بالمسار الوظيفي للقاضي، وهذا حسب رأي تعتبر أكبر ضمانة قام بها المشرع لتحقيق مبدأ استقلال القضاء وذلك بتحويله أمور القضاة لهيئة قضائية مختصة.

وببقى أهم نص صدر لتكريس استقلال القضاء هو بدون شك القانون الأساسي للقضاء الصادر في 12 ديسمبر 1989 المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 92-05 المؤرخ في 14 أكتوبر 1992 والذي هو أهم معيار لمعرفة مدى تجسيد استقلال القضاء.

فهذا الأخير حقق قفزة نوعية وجاء بمكتسبات عظيمة، فأعاد النظر في تشكيلة المجلس، مستبعدا منه ممثلي الإدارات والحزب والمجلس الشعبي الوطني، وأعطيت الأغلبية الساحقة فيه للقضاة المنتخبين<sup>14</sup>، وأوكلت للمجلس سلطة القرار في المسائل المتعلقة بالمسار الوظيفي للقاضي من ترقية أو نقل أو إحالة على التقاعد<sup>15</sup>.

دائما وفي نفس السياق أعيد النظر في تنظيم المحكمة العليا والمعهد الوطني للقضاء تماشيا مع أحكام هذا القانون الذي فرض على القاضي القيام بهذه المهمة والتكفل بالتكوين الجيد للطلبة القضاة<sup>16</sup>. وجاء دستور 1996<sup>17</sup> فأقر وأكد كذلك مبدأ استقلال القضاء، ولم يكتف بالنص على هذه الاستقلالية في الباب الخاص بالسلطة القضائية وإنما شملت مجمل مواده هذا المفهوم سواء بصفة صريحة أو ضمنية<sup>18</sup>.

فهذا الدستور نص على الاستقلالية، والفصل بين السلطات وحدد لكل سلطة اختصاصها مؤكدا في المادة 138 منه بأن: «السلطة القضائية مستقلة، وتمارس في إطار القانون» ومبرزا في المواد من 139 إلى 158 كيفية ممارسة هذه الاستقلالية وإطارها القانوني، ودور القضاء كمؤسسة دستورية من مؤسسات الدولة وتضمن السلطة حماية المجتمع والحريات وتحفظ لكل واحد حقوقه الأساسية<sup>19</sup>.

وتتجسد وظيفة القضاء في إصدار الأحكام فالمادة 146 تنص على أن: "يختص القضاء بإصدار الأحكام" أي لا يحق لأي سلطة أو هيئة في الدولة أن تقوم مقام القضاء في إصدار الأحكام فمقياس العدل في المجتمع يعتمد على مدى تطبيق القوانين من طرف القضاء واحترام الأحكام التي يصدرها والالتزام بتنفيذها من طرف الأشخاص والهيئات المكونة لهذا المجتمع وتجدر الإشارة إلى أن المواد 147 و148 و149 و150 دلّت على أن القاضي لا يخضع إلا للقانون وضمنت حمايته في أداء مهامه وجددت الهيئة التي تشرف عليه عند قيامه بأعماله والتي تعود إليها صلاحية مراقبته أثناء أدائه لوظائفه والتي تضمن كذلك من جهة أخرى حماية المتقاضين من الانحراف الذي يصدر من القاضي وهذه الهيئة الدستورية تتمثل في المجلس الأعلى للقضاء الذي يرأسه رئيس الجمهورية<sup>20</sup>.

من هذا نجد دستور 1996 لم يخالف المبادئ التي جاء بها دستور 1989، فقد أكد على استقلال السلطة القضائية واحتفظ بالدور المنوط بها لفرض سيادة القانون، بل وأوكل لها مهام جديدة وعززها بتبني الازدواجية القضائية التي من شأنها أن تفيد في تدعيم استقلالية القضاء بما تؤديه من دور في رقابة السلطات العمومية من التعسف المحتمل وضمان حق المواطن في الطعن في القرارات الإدارية.

فالمشروع جعل الجهات القضائية الإدارية، مجلس الدولة والمحاكم الإدارية هيئات تابعة للقضاء وتمتع بالاستقلالية ويخضع قضاتها للقانون الأساسي للقضاء، كما أن مجلس الدولة يتمتع بصلاحيات استشارية تتمثل في إبداء رأيه في مشاريع القوانين التي تعدها الحكومة فمن هنا يبدو جليا بأن هذه الهيئة القضائية تسعى إلى إقرار مبدأ المشروعية بالإضافة إلى حماية الحقوق والحريات اتجاه السلطتين التشريعية والتنفيذية<sup>21</sup>.

مما سبق نستنتج أن مبدأ استقلال القضاء مجسّد في الدساتير والنصوص الصادرة عن المشرع الجزائري، ولقد عبر بصدق فخامة رئيس الجمهورية عبد العزيز بوتفليقة في خطاب له بمناسبة افتتاح السنة القضائية 1998-1999 عن أهمية استقلال السلطة القضائية: « إن استقلالية السلطة القضائية تشكل عنصرا آخر أساسيا لا يمكننا من دونه أن نتصور دولة القانون في بلادنا، ذلك أن هذه الاستقلالية تعتبر أفضل ضمان للإنصاف والتجرد والمساواة في المعالجة التي ينتظرها المواطن بصفة مشروعة من عدالة بلاده ... كما أن استقلالية العدالة تقتضي أيضا أن يشعر قضاتنا بأنهم محميون حقا من كل أشكال الضغوط في الاضطلاع بمهمتهم في خدمة القانون والحق لا غير»<sup>22</sup>.

ولقد جاء القانون الأساسي للقضاء سنة 2004<sup>23</sup> ليكرس ويدعم مبدأ استقلال القضاء، وذلك بتجديده للواجبات الملقاة على القاضي وحقوقه، والمنصوص عليها في المواد من 7 إلى 39 منه، وتتمثل على الخصوص في التزام التحفظ وعدم ممارسة أي وظيفة نيابية أو الانتماء إلى جمعية ذات طابع سياسي وامتناعه عن القيام بأي عمل أو نشاط من شأنه أن يعرقل سير العدالة بما في ذلك الوظائف التي تدر عليه ربحا. كما أن هذه الاستقلالية تُستخلص من الحماية التي أقرها المشرع للقاضي في المادة 29 من هذا القانون والمتعلقة بحمايته من التهديدات والإهانات والاعتداءات التي قد يتعرض لها أثناء قيامه بوظائفه أو بمناسبةها، حتى بعد الإحالة على التقاعد وتحمل الدولة التعويض عن الخسارة المباشرة الناتجة عن ذلك في جميع الحالات التي لم ينص عليها في تشريع المعاشات، كما تقوم الدولة مقام المعتدى عليه للمطالبة بالحقوق والحصول على المبالغ المدفوعة للقاضي إزاء مرتكبي الاعتداءات كما يحق لها مباشرة أن تتأسس طرفا مدنيا أمام المحكمة الجزائية، وهناك واجبات أخرى كثيرة وحقوق نص عليها هذا القانون<sup>24</sup>.

لكن مهما بلغت قيمة وعظمة المبادئ الدستورية والنصوص والقوانين، فإنها إذا لم تُتبع في الميدان بتطبيقها واحترامها من طرف الجميع على حد سواء وتوقيع الجزاء على كل مخالف يصبح استقلال القضاء شكلية محضة في الدستور تقابلها في أرض الواقع ممارسات تناقضها وتفرغها من محتواها.

ويبقى استقلال القضاء كما تقول الأستاذة ليلى زروقي ثقافة تكتسب بالممارسة وبالمكانة التي يحتلها القاضي في المجتمع والثقة التي يكون أهلا لها وهذا من خلال ثقافته وقدراته العلمية وأخلاقه ونزاهته، أيضا هو قناعة الجميع بأن استمرارية المجتمع وازدهاره لن يتحقق إلا إذا كان القانون هو السيد ولن يكون القانون هو السيد إلا إذا وجد قضاء قوي يفرض تطبيقه على المجتمع.

واستخلاصا من كل الذي سبق فإن مبدأ استقلال القضاء هو أداة لتحقيق العدالة في المجتمع وترسيخ قواعدها وضبط مسارها وهو دعامة أساسية لنظام ديمقراطي حقيقي وهو أيضا ضمان جوهري لا غنى عنه بكفالة حقوق المواطنين وصون حرمتهم وحماية حرياتهم وهو أمر تفرضه طبيعة القضاء وتمليه سمو رسالته.

فمبدأ استقلال القضاء في الجزائر هو مبدأ دستوري لا يحتاج إلى إثبات، فبفضله يتمكن القاضي من إصدار حكمه بعيدا على ما يؤثر فيه من ضغوط واحتكامه لضميره وما يفرضه عليه القانون وبالتالي فإن الشيء الوحيد الذي يحتاج أن يتسلح به اليوم هو النزاهة والشجاعة وإلا فإن هذه النصوص نفسها ستبقى حبرا على ورق وتاريخ الأمم في هذا المضمار أكبر شاهد.

وهذا المبدأ في الجزائر يبقى منصوصا عليه نظريا لكن الواقع يؤكد أن الاستقلالية أمر نسبي ولم تكتمل بعد وهذا ما أكده أنيس رحمانى في تعليقه على هذا المبدأ في جريدة الخبر اليومية بقوله: «... مما يعني أن القضاة الذين يطمحون إلى الحصول على حماية قانونية نشاطهم في ضوء هيمنة جماعات المصالح وسلطة الجهاز التنفيذي سيجدون أنفسهم مضطرين مرة أخرى إلى انتظار آجال غير محدودة قبل صدور قوانين جديدة قد تضمن لهم هذه الاستقلالية (الموعودة) في الدستور والتي ليست لها نص قانوني يجسدها بوضوح»<sup>25</sup>.

وهذا يبين لنا أن تحقيق مبدأ استقلال القضاء ما زال بعيد المنال لتجسيده على أرض الواقع في كافة النظم والتشريعات الحديثة.

### المبحث الثاني: ضمانات استقلالية القضاء الإداري

إذا كان مبدأ استقلال القضاء في الأنظمة الحديثة كما قلنا جاء نتيجة طبيعية لمبدأ الفصل بين السلطات، والذي يقتضي أن تمارس كل سلطة عملها بمنأى عن تأثير ونفوذ السلطات الأخرى، حيث أن اضطلاع أية جهة غير قضائية من شأنه المساس بطبيعة وظيفة القضاء في حد ذاته وانتهاك مبادئ العدالة وسيادة القانون نتيجة فقد القضاء استقلاله على أساس أن طبيعة عمل السلطة القضائية يستدعي استقلالها لتكون محايدة في نشاطها القضائي وبعيدة عن أية تأثيرات وضغوطات مادية ومعنوية. وبما أن استقلال القضاء يعتبر هدفا أسمى تسعى إليه التشريعات ويطمح إليه الفقهاء كان لابد من تعزيزه بضمانات هامة من شأنها أن تزيد في هيبة السلطة القضائية وفرض سيادة القانون ومن ثم إنشاء دولة القانون<sup>26</sup>.

والمشرع الجزائري حرص على هذا المبدأ فأقر له ضمانات تصونه وتحفظه ونجملها في الآتي:

#### المطلب الأول: ضمانات الاستقلال العضوي

يقصد بالاستقلال العضوي للقضاة عدم تدخل أية سلطة غير قضائية في إدارة المسار المهني للقضاة وهو ما يستدعي وضع كل ما يتعلق بالمسار المهني (التعيين- النقل- الإحالة على التقاعد- الترقية- العزل- الوقف...) بعيدا عن التحكم.

وحيث يقصد باستقلال القضاء أن لا يخضع القضاة في ممارستهم لعملهم لسلطات أي جهة أخرى، وأن يكون عملهم خالصا لإقرار الحق والعدل خاضعا لما يمليه عليه القانون دون أي اعتبار آخر<sup>27</sup>.

ولقد دل على وجود قاضي إداري مستقل المادة 152 من دستور 1996 التي جاء فيها: " يؤسس مجلس دولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية"، ثم جاءت المادة 153 من ذات الدستور لتعلن أن اختصاص مجلس الدولة و تنظيمه و عمله سيتحدد بقانون عضوي. وبموجب المادتين المذكورتين تم فصل جهة القضاء الإداري عن القضاء العادي ودخلت البلاد رسميا على الصعيد القضائي في نظام ازدواجي الذي يختلف من حيث هيكله إجراءاته عن نظام وحدة القضاء.

#### أولا: ضمانات تعيين القضاة

إذا كانت الأنظمة الوضعية كما قلنا سابقا اختلفت في طريقة تعيين القضاة فمنهم من أخذ بطريقة الانتخاب ومنهم من أخذ بطريقة التعيين من طرف السلطة التنفيذية ومنهم من أخذ بطريقة الانتخاب والتعيين معا.

أما المشرع الجزائري فإنه أخذ بطريقة التعيين وهجر طريقة الانتخاب لما قد يترتب عنها من مساوئ تمس بحسن سير جهاز العدالة في حد ذاته.

وتعيين القضاة في الجزائر يتم بطريقتين نتعرض لهما في ما يلي<sup>28</sup>:

#### أ- التعيين بالمسابقة:

يتم التعيين بمرسوم رئاسي بناءً على اقتراح وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء<sup>29</sup>، من بين حاملي شهادة المدرسة العليا للقضاء<sup>30</sup>، وذلك بعد فوزهم في المسابقة وتلقبهم تكويننا خلال مدة 3 سنوات، تنظم المدرسة العليا للقضاء تحت مسؤوليتها مسابقات وطنية لتوظيف الطلبة القضاة<sup>31</sup>، بقرار من وزير العدل.

ويشترط في المترشح لهذه المسابقة ما يلي:

- الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة<sup>32</sup> منذ 10 سنوات على الأقل.
- الحيازة على شهادة الليسانس في الحقوق.
- الإعفاء النهائي من التزامات الخدمة الوطنية.
- الكفاءة البدنية اللازمة لممارسة وظيفة القضاء.
- التمتع بالحقوق المدنية والسياسية والسمعة الطيبة.

#### ب- التعيين المباشر:

يمكن أن يعين مباشرة وبصفة استثنائية بصفتهم مستشارين بالمحكمة العليا أو مستشاري الدولة بمجلس الدولة، بناءً على اقتراح من وزير العدل وبعد مداولة المجلس الأعلى للقضاء على ألا تتجاوز هذه التعيينات في أي حال من الأحوال 20% من عدد المناصب المالية المتوفرة:

- حاملي دكتوراه الدولة بدرجة أستاذ التعليم العالي في الحقوق أو الشريعة والقانون أو العلوم المالية أو الاقتصادية أو التجارية والذين مارسوا فعليا عشر (10) سنوات على الأقل في الاختصاصات ذات الصلة بالميدان القضائي.

- المحامين المعتمدين لدى المحكمة العليا ومجلس الدولة الذين مارسوا فعليا لمدة عشر (10) سنوات على الأقل بهذه الصفة<sup>33</sup>.

ثانيا: ضمانات ترقية القضاة

تخضع ترقية القضاة في الجزائر عامة وفقا للمرسوم التنفيذي رقم 75/90 المؤرخ في 02 شعبان 1410 هـ الموافق 27 فيفري 1990م المحدد لكيفية سير مهنة القضاة وكيفية منح مرتباتهم<sup>34</sup>.

ويتشكل سلك القضاة من رتبة خارج السلم ورتبتين مقسمتين إلى مجموعات وتحدد درجات الأقدمية داخل رتبة عن طريق التنظيم<sup>35</sup> وتتم ترقية القضاة في كل رتبة من الرتب حسب الشروط المحددة عن طريق التنظيم ، وترقية القضاة مرهونة بالجهود المقدمة كما ونوعا بالإضافة إلى درجة انضباطهم ويتم تقييمهم عن طريق تنقيط يكون قاعدة لوضع قائمة الكفاءة<sup>36</sup>.

ثالثا: ضمانات استقرار القضاة

إن تخوف القاضي من نقله إلى جهة قضائية أو إدارية أخرى يمكن أن يؤدي إلى تفرغ مبدأ استقلال القاضي من معناه الحقيقي، الأمر الذي جعل المشرع الجزائري يضمن استقرار القاضي<sup>37</sup>.

واستقرار القاضي ماديا ومعنويا، نقصد به التعيين والترقية والنقل والعزل... وكلها ضرورية لحماية مبدأ استقلال القضاء<sup>38</sup> وهذه المهمة أوكلت للمجلس الأعلى للقضاء، فنصت المادة 155 من دستور 1996 على أنه: «يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقا للشروط التي يحددها القانون، تعيين القضاة ونقلهم، وسير سلمهم الوظيفي ويسهر على احترام القانون الأساسي للقضاء وعلى رقابة انضباط القضاة تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا»، وقد تضمن دستور 1989 نفس الحكم من خلال المادة 146 وكذلك دستور 1976 من نص المادة 182.

ونصت المادة 26 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 على هذه الضمانة بقولها: «... حق الاستقرار مضمون لقاضي الحكم الذي مارس عشر(10) سنوات خدمة فعلية، ولا يجوز نقله أو تعيينه في منصب جديد بالنيابة العامة أو بسلك محافظي الدولة أو بالإدارة المركزية لوزارة العدل ومؤسسات التكوين والبحث التابعة لها أو المصالح الإدارية للمحكمة العليا أو مجلس الدولة أو أمانة المجلس الأعلى للقضاء إلا بناءً على موافقته...».

رابعا: ضمانات تأديب القضاة

لقد نصت الدساتير الجزائرية على خضوع القاضي للمجلس الأعلى للقضاء ، من ذلك المادة 147 من دستور 1976، والمادة 140 من دستور 1989، والمادة 149 من دستور 1996، التي تنص على نفس الحكم بقولها: «القاضي مسؤول أمام المجلس الأعلى للقضاء عن كيفية قيامه بمهمته حسب الأشكال المنصوص عليها في القانون».

ويعتبر خطأ موجبا للتأديب كل تقصير يرتكبه القاضي إخلالا بواجباته المهنية<sup>39</sup> ، ويترتب على هذا الخطأ توقيع عقوبات من الدرجة الأولى والثانية والثالثة والرابعة<sup>40</sup> ، حسب جسامته ولا يكون توقيع هذه العقوبات إلا من المجلس الأعلى للقضاء.

فإذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضيا ارتكب خطأ جسيما، سواءً تعلق الأمر بإخلاله بواجبه المهني، أو اقراره جريمة من جرائم القانون العام مخللة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه، يصدر قرارا بإيقافه فورا، بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء<sup>41</sup>.

وقد أحاط المشرع إجراءات وقف وتأديب القاضي بعدة ضمانات حتى لا تستعمل كوسيلة لتهديد استقلاله أو مس كرامته، وذلك لكون عدم تقييد السلطة التنفيذية في مجال تأديب القضاة يجعل كل الضمانات الأخرى دون فائدة<sup>42</sup>.

وتتمثل تلك الضمانات في ما يلي:

- ألا يكون توقيف القاضي موضوع تشهير<sup>43</sup>.
- استمرار القاضي الموقوف في تقاضي مرتبه خلال مدة ستة (06) أشهر تبدأ اعتبارا من يوم صدور الإيقاف.
- وجوب الفصل في الدعوة التأديبية خلال مدة الستة (06) أشهر.
- يعاد القاضي إلى وظيفته بقوة القانون إذا لم يبت في الدعوة التأديبية خلال الستة (06) أشهر<sup>44</sup>.
- تتم المساءلة التأديبية للقضاة أمام المجلس الأعلى للقضاء الذي ينعقد كمجلس تأديبي ويرأسه حين ذاك الرئيس الأول للمحكمة العليا<sup>45</sup>.
- يحق للقاضي الاستعانة بمدافع من بين زملائه أو بمحام.
- يحق للقاضي أو المدافع الذي اختاره أن يطلع على الملف التأديبي الذي يجب أن يوضع تحت تصرفه لهذا الغرض لدى أمانة المجلس الأعلى للقضاء قبل 5 أيام على الأقل من يوم عقد الجلسة<sup>46</sup>.
- يجب أن تكون مقررات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية معللة<sup>47</sup>.
- يجب أن تكون مقررات المجلس الأعلى للقضاء المنعقد كمجلس تأديبي بمثابة قرارات صادرة عن السلطة مركزية، وهذه الصفة تكون قابلة للطعن فيها بالبطان أمام مجلس الدولة.

#### خامسا: ضمانات تسيير شؤون القضاة

إن ضمان استقلالية وحياد القضاء يستوجب إقامة مجلس أعلى للقضاء يضطلع وفقا لنص الدستور، باتخاذ قرارات تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي والسهرة على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء وعلى رقابة انضباط القضاة<sup>48</sup>.

وتبقى مكانة السلطة القضائية واستقلالها متوقف على مكانة المجلس الأعلى للقضاء وصلاحياته فبقدر ما يكون لهذا المجلس يد في تسيير وتنظيم المسار الوظيفي للقاضي بقدر ما يعلو صرح السلطة القضائية شامخا وذلك أن المجلس الأعلى للقضاء يكفل للسلطة القضائية استقلاليتها ويحقق لها ضمانات استقلاليتها ودعائمها<sup>49</sup>.

كما أن المجلس الأعلى للقضاء ليس نقابة بل هيئة دستورية تتولى الدفاع أساسا على استقلالية وكرامة المهنة، ولأن حماية القاضي ومراقبته تكمن في هيئة المجلس الأعلى للقضاء، وغني عن البيان أن

أهمية هذه الهيئة لا تظهر من خلال ما نص عليه التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>50</sup> في مواد من 173 إلى 176<sup>51</sup> ، وإنما في المهام المنوطة به، إذ أنها الوحيدة دون سواها التي خول لها الفصل في كل ما يتعلق بوظيفة القاضي ومراقبته<sup>52</sup> ، ونظرا لأهمية هيئة المجلس الأعلى للقضاء في مسار تحقيق مبدأ استقلال القضاء، وباعتباره أهم ضمانة لحماية القاضي فقد أفرد له المشرع الجزائري لأول مرة قانون عضوي مستقل عن القانون الأساسي للقضاء يتولى تنظيمه، وهذا يعتبر مكسبا إيجابيا ويمنح عناية خاصة للسلطة القضائية.

من هذا المنطلق ونظرا لمكانة المجلس الأعلى للقضاء في التشريع الجزائري باعتباره الهيئة القضائية العليا التي يلجأ إليه القضاة للسهر على شؤونهم، علينا أن نستعرض تشكيلته ونظام سيره ثم نعرض على صلاحياته.

### 1- تشكيل ونظام سير المجلس الأعلى للقضاء

من الضمانات التي قررها مبدأ استقلال القضاء لحماية القضاء إنشاء المجلس الأعلى للقضاء، والذي هو عبارة عن جهاز يسهر على احترام أحكام القانون وعلى رقابة انضباط القضاة، وعلى هذا فالقاضي لا يسأل عن كيفية قيامه بمهامه إلا من طرف هذا المجلس ، وهذا ما نصت عليه المادة 174 من القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري سنة 2016 والتي جاء بها: " يقرر المجلس الأعلى للقضاء طبقا للشروط التي يحددها القانون، تعيين القضاة ونقلهم وسير سلمهم الوظيفي، ويسهر على احترام أحكام القانون الأساسي للقضاء، وعلى رقابة انضباط القضاة، تحت رئاسة الرئيس الأول للمحكمة العليا"<sup>53</sup>.

فتعتبر عملية الإشراف الإداري على الجهاز القضائي من الأمور الأساسية لضمان حماية القاضي وبالتالي ضمان استقلالية القضاء من عدمها، ففي كثير من التشريعات تمت احاطته بقواعد وآليات جعلته بعيدا عن مصادر الضغط والتدخل في شؤون القضاة من خلال الإدارة المشرفة على أوضاعهم المهنية<sup>54</sup>.

فالقاضي لا ينبغي له أن يخضع في تنظيم مساره الوظيفي للسلطة التنفيذية بمفردها، بل يجب أن يعهد أمر حياته الوظيفية لمجلس خاص ألا وهو المجلس الأعلى للقضاء.

فالمشرع الجزائري أسس لواحدة من أهم المؤسسات الدستورية في الجمهورية، وهو المجلس الأعلى للقضاء، وذلك دعما لحماية القاضي واستقلالته، وخول له إدارة المسار المهني للقضاة.

فتحديد تشكيل المجلس فيتم وفق الغرض الذي يبتغيه المشرع من وراء إنشائه، وعليه هل يتمثل هذا الغرض في توكيله مهمة تمثيل القضاة أو تخويله إدارة مسارهم المهني، أو يتمثل في ضمان وتحقيق استقلال القضاء<sup>55</sup>.

من المادة 174 من التعديل الدستوري لسنة 2016<sup>56</sup> المذكورة أعلاه، يفهم أن الغرض من إنشاء المجلس الأعلى للقضاء هو إدارة المسار المهني للقضاة من تعيين ونقل وترقية وتأديب، وهو ما أدى بالمشرع إلى أن يخول له اختصاصات في هذا المجال.

والحقيقة أن تشكيلة المجلس الأعلى للقضاء وطريقة أدائه لمهامه تختلف حسب موضوع اجتماعه.

أ- التشكيلة في الحالات العادية: يتشكل المجلس كآتي:

لقد نصت المادة 3 من القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته<sup>57</sup> على: "يرأس المجلس الأعلى للقضاء رئيس الجمهورية<sup>58</sup> ويتشكل من:

1- وزير العدل، نائبا للرئيس.

2- الرئيس الأول للمحكمة العليا.

3- النائب العام لدى المحكمة العليا.

عشرة (10) قضاة ينتخبون من قبل زملائهم حسب التوزيع الآتي:

- قاضيين اثنين (2) من المحكمة العليا من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة.

- قاضيين اثنين (2) من مجلس الدولة من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة.

- قاضيين اثنين (2) من المجالس القضائية من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من النيابة العامة.

- قاضيين اثنين (2) من الجهات القضائية الإدارية غير مجلس الدولة ، من بينهما قاض واحد للحكم ومحافظ للدولة واحد.

- قاضيين اثنين (2) من المحاكم الخاضعة للنظام القضائي من بينهما قاض واحد للحكم وقاض واحد من قضاة النيابة.

4- ست (6) شخصيات يختارهم رئيس الجمهورية بحكم كفاءتهم خارج سلك القضاء.

يشارك المدير المكلف بتسيير سلك القضاة بالإدارة المركزية لوزارة العدل في أعمال المجلس الأعلى للقضاء ولا يشارك في المداورات .

ومهما يكن الهدف المبتغى من إنشاء المجلس الأعلى للقضاء، فإن دعم استقلال السلطة القضائية طبقا للمادة 156 من التعديل الدستوري سنة 2016 التي تنص على أن: "السلطة القضائية مستقلة"<sup>59</sup> ، تتطلب عدم تخويل رئيس الجمهورية حق تعيين شخصيات بعيدة عن العمل القضائي، أو تقليص ذلك الحق، اكتفاءً بحقه في تعيين كل من الرئيس الأول للمحكمة العليا والنائب العام لديها والذين يصبحون أعضاء في المجلس بقوة القانون، أما عن توكيل رئاسة المجلس الأعلى للقضاء إلى رئيس الجمهورية باعتباره رئيسا للسلطات الثلاثة في الدولة، وإدراكا لأهمية هذا الجهاز وتقديرا لدوره فمن شأنه أن يضمن استقلال القضاء إذا لم يستعمل لأغراض أخرى لا تخدم مرفق العدالة<sup>60</sup>.

وعليه فتحقيق السير الحسن لمرفق العدالة يضمن حصانة القاضي، وهذه الأخيرة تنتج عنها تحقيق مبدأ استقلال القضاء.

## ب- التشكيلة في الحالة التأديبية للقضاة:

لقد نصت المادة 65 من القانون الأساسي للقضاء سنة 2004 على: «إذا بلغ إلى علم وزير العدل أن قاضيا ارتكب خطأ جسيما، سواء تعلق الأمر بالإخلال بواجبه المهني، أو ارتكب جريمة من جرائم القانون العام مخلة بشرف المهنة بطريقة لا تسمح ببقائه في منصبه يصدر قرار بإيقافه عن العمل فورا بعد إجراء تحقيق أولي يتضمن توضيحات القاضي المعني، وبعد إعلام مكتب المجلس الأعلى للقضاء، ولا يمكن بأي حال أن يكون هذا التوقيف موضوع تشهير، ويحيل وزير العدل ملف الدعوى التأديبية إلى رئيس المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية في أقرب الآجال الذي عليه أن يحدد القضاة في أقرب دورة»<sup>61</sup>.

وإذا كان القاضي محل المتابعة موقوفا، يجب على المجلس الأعلى للقضاء أن يبت في الدعوى التأديبية في أجل ستة (6) أشهر من تاريخ التوقيف وهو ما نصت عليه المادة 66 من ق.أ.ق سنة 2004.

وبغرض ضمان محاكمة عادلة للقاضي، جعل المشرع تشكيل المجلس الأعلى للقضاء يتميز في حالة انعقاده كمجلس التأديب، إذ أبعد من عضويته كل من رئيس الجمهورية ووزير العدل، ووضع الرئيس الأول للمحكمة العليا رئيسا له، وهو ما نصت عليه المادة 155 فقرة 2 من دستور 1996، والمادة 146 فقرة 2 من دستور 1989.

يباشر وزير العدل الدعوى التأديبية أمام المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، ويعين ممثلا عنه من بين أعضاء الإدارة المركزية لوزارة العدل لإجراء المتابعة التأديبية ويشارك ممثل الوزير في المناقشات دون المداولات.

يحدد الرئيس الأول للمحكمة العليا جدول أعمال جلسات المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية، ويتولى أمين المجلس الأعلى للقضاء أمانة المجلس المذكور في تشكيلته التأديبية، والذي يحرر محضرا عن كل جلسة ويوقعه مع الرئيس<sup>62</sup>.

يبت المجلس الأعلى للقضاء في تشكيلته التأديبية في القضايا المطروحة عليه في جلسة مغلقة وفي سرية تامة وتكون مقرراته معللة وينطق بالعقوبات<sup>63</sup> المنصوص عليها في القانون العضوي المتضمن القانون الأساسي للقضاء<sup>64</sup>.

## 2- صلاحيات المجلس الأعلى للقضاء

يمارس المجلس الأعلى للقضاء صلاحيات عديدة تمس الحياة الإدارية للقاضي ورد ذكرها في القانون الأساسي للقضاء، وكذلك في القانون العضوي المتعلق بالمجلس الأعلى للقضاء وتمس هذه الصلاحيات مختلف المجالات الإدارية للقاضي منذ لحظة التعيين إلى غاية إنهاء 11 للمجلس بعد انتهاء فترة / مهامه وخولت المادة 40 من القانون الأساسي للقضاء 04 التأهيل وقدرها سنة أما بترسيم القضاة أو تمديد فترة تجريبهم أو إعادتهم إلى سلكهم الأصلي أو تسريحهم.

ويتداول المجلس أيضا بخصوص طلبات نقل القضاة طبقا للمادة 19 من القانون العضوي 12/04، كما يختص المجلس الأعلى بدراسة ملفات الترقيّة ويفصل أيضا في الطعون المتعلقة بالتسجيل في قائمة التأهيل، أما بشأن رقابة انضباط القضاة فقد اسند المشرع للمجلس الأعلى للقضاء سلطة النظر

في الملفات التأديبية للقضاة وهذا بتشكيلة خاصة يرأسها الرئيس الأول للمحكمة العليا طبقا لما ورد في المادة 21 من القانون العضوي 12/04.

ومن مجموع هذه الأحكام تبين أن المجلس بسط سلطانه على تسيير الحياة الإدارية للقاضي والتحكم في مساره الوظيفي بما يؤمنه إداريا على نحو يخدم مبدأ الاستقلال وبعد القاضي عن كافة أشكال الضغوط التي قد تواجهه حال مباشرته للعمل القضائي<sup>65</sup>.

#### المطلب الثاني: ضمانات الاستقلال الوظيفي

تمثل الوظيفية القضائية في تطبيق القانون على المنازعات المعروضة على القضاة وهي بطبيعتها، يتعين أن تمارس بعيدا عن أية قيود أو ضغوط أو تهديدات مباشرة كانت أو غير مباشرة وهو ما يتطلب فضلا عن تقرير استقلالها العضوي، وضع ضمانات لا تسمح لأية سلطة كانت، حتى لو كانت فرعا من السلطة القضائية، أن تتدخل في طريقة أداء القاضي لمهامه<sup>66</sup>.

#### أولا: عدم خضوع القاضي إلا للقانون

يعبر على الاستقلال الوظيفي للقاضي بقاعدة عدم خضوعه إلا للقانون، والتي نصت عليها المادتان من الدستور الجزائري لسنة 1996 هما: المادة 147 التي تنص على أنه " لا يخضع القاضي إلا للقانون" والمادة 148 التي تنص على أن " القاضي محمي من كل أشكال الضغوطات والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه " وتجدر الإشارة بهذا الخصوص إلى التغيير الذي طرأ في النظام القضائي الجزائري، إذ بعد إن كان القاضي يلتزم بموجب اليمين التي يحلفها عند تعيينه الأول<sup>67</sup>.

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تفتن تحت ضغط السلطة الحاكمة فساهم في وضع حد لحرية القاضي، وذلك عن طريق إلزامه بالحرص على حماية المصلحة العامة للمجتمع، وهي نتيجة حتمية لرغبة السلطة في استعمال القضاء لتحقيق الأهداف المسطرة من طرف السلطة الحاكمة<sup>68</sup>.

ويترتب عن إقرار قاعدة عدم خضوع قاضي الحكم سوى للقانون نفي خضوعه للسلطة التدريجية، فهو يتولى الفصل في المنازعات المعروضة عليه وهو على خلاف أعضاء النيابة العامة الذين يخضع كل منهم لرئيسه المباشر، ويخضعون جميعا لإشراف وزير العدل نفسه، وكثيرا ما تستعمل هذه التبعية من أجل التأثير على العمل القضائي.

وقد قررت ضمانتان للتخفيف من تبعية أعضاء النيابة العامة، تتمثلان فيما يلي<sup>69</sup>:

- 1- حرية ممثل النيابة العامة في أن يبدي بكل حرية الملاحظات الشفوية التي يراها لازمة لصالح العدالة.
- 2- إذا كان يجوز للرئيس الإداري القيام بأعمال مرءوسيه، فإنه لا يجوز لوزير العدل أن يقوم بالأعمال التي تكون من اختصاص أعضاء النيابة العامة.

#### ثانيا: حماية القاضي من التأثيرات

لقد تم تجسيد حماية القاضي من التأثيرات في دستور 1976 في مادته 173 ودستور 1989 في المادة 139، ودستور 1996 في المادة 148 بقولها: « القاضي محمي من كل أشكال الضغوط والتدخلات والمناورات التي قد تضر بأداء مهمته أو تمس نزاهة حكمه ».

والجهاز القضائي عرف العديد من التأثيرات مما أثر سلبا على مردوديته، ففي دستوري 1963 و 1976 كان القاضي الجزائري ملتزما لمصالح الثورة الاشتراكية وحماية مصالحها، فالعقوبة والبراءة والجرائم كانت تكيف وفق هذه النظرية الحزبية<sup>70</sup>.

بينما بعد الانفتاح الاقتصادي والسياسي عرف القضاء نوعا آخر من التأثير المتمثل في الرأي العام والذي يؤثر سلبا على طريقة حل المنازعات المطروحة أمام القضاء، وخاصة في المواد الجزائية، فتحل المحاكمة مثلا بواسطة الصحف محل المحاكمة بواسطة الجهات القضائية المتخصصة<sup>71</sup>.

ولقد صرحّ المشرع الجزائري بمنع التداخل والتشويش في مراحل التقاضي واعتبارها جريمة تؤثر على القاضي أثناء سير الدعوى<sup>72</sup>.

وأخيرا بعد إصدار الحكم القضائي تجرّم هذه التصرفات والتدخلات إذا كان الغرض منها التقليل من شأن الأحكام القضائية فيجب المحافظة على حياد القضاء من أي انحراف أو تحيّز فكري أو شخصي أو عقائدي فالقاضي يجب أن يعلو عن عواطفه الشخصية بإرساء قواعد موضوعية.

من كل الذي سبق نرى أنه لكي يقوم مبدأ استقلال القضاء ويحقق العدالة بين المواطنين لا بد له من ضمانات تحميه وتحافظ على هيئته وقوته في الدولة.

وبالرغم من كل هاته الضمانات المقررة لاستقلال القضاء الإداري الذي تم الاعتراف به صراحة في التعديل الدستوري لسنة 1996 و مختلف النصوص القانونية العضوية و كذا المراسيم التنفيذية، إلا أنه تبقى هناك مظاهر لقصور الأداء القضائي تحول دون تحقيق العدالة والمساواة في الدولة.

### خاتمة:

يتبين لنا مما سبق ذكره أن مبدأ استقلال القضاء الإداري و ضماناته في الجزائر مكرس و ثابت في المنظومة الدستورية و القانونية سواء فيما تعلق باستقلال القضاء عن السلطة التنفيذية، أو استقلال القضاء الإداري عن القضاء العادي خاصة بعد التعديل الدستوري لسنة 1996 و صدور القوانين العضوية الخاصة بهيكل القضاء و الخاصة بالقضاة.

و إذا كان المشرع الجزائري قد أعلن عن استقلال القضاء الإداري عن السلطة التنفيذية من جهة، كما أعلن عن فصل جهات القضاء الإداري عن جهات القضاء العادي من جهة أخرى، ووفر لهذا الاستقلال عدة ضمانات كضمانة إخضاع القضاة للقانون الأساسي للقضاء، و اعترف لهم بالاستقلال العضوي و الوظيفي و أخضع تسيير كافة شؤونهم الإدارية للمجلس الأعلى للقضاء منذ لحظة التعيين الأولى و إلى غاية إنهاء المهام.

وتبقى كل هذه الجهود المبذولة من طرف المشرع الجزائري في الحرص على مبدأ ضمان استقلال القضاء الإداري في أكثر من نص تشريعي لا تمنعنا من تقديم بعض التوصيات التي نراها تدعم مبدأ استقلال القضاء و ضماناته بما يخدم دولة سيادة القانون و بما يؤمن القضاة و يبسط لهم الحماية

اللازمة، خاصة و أن القاضي الإداري هو القاضي الأكثر عرضة للمخاطر بحكم طبيعة المنازعات الإدارية و وجود الإدارة أو السلطة التنفيذية طرفاً فيها كما بيّنا ذلك.

وهذه التوصيات المدعومة لمبدأ استقلال القضاء الإداري هي:

- تعديل المادة 6 من القانون العضوي 01/98 على نحو يلزم رئيس مجلس الدولة برفع تقرير النشاط السنوي أمام المجلس الأعلى للقضاء و ليس أمام رئيس الجمهورية، بما ينفي أي شبهة للتبعية للجهاز التنفيذي.
- الاعتراف لكل من رئيس مجلس الدولة و محافظ الدولة بمجلس الدولة بالعضوية في المجلس الأعلى للقضاء على غرار الرئيس الأول للمحكمة العليا و النائب العام لديها.
- الاعتراف بالرئاسة التداولية للمجلس الأعلى للقضاء خلال مدة محددة حين انعقاده كمجلس للتأديب و عدم قصر الرئاسة على الرئيس الأول للمحكمة العليا، خاصة و أن القضاة الإداريين أقرب للاختصاص التأديبي و البت في الملفات التأديبية.
- إعادة هيكلة منظومة تكوين القضاة في المدرسة العليا للقضاء على نحو يمكن القاضي الإداري من التخصص في مرحلة مبكرة، و تقسيم دفعة القضاء الواحدة إلى قسمين يتعلق أحدهما بالتكوين في مجال القضاء العادي و الآخر يتعلق بالتكوين في مجال القضاء الإداري.

### الهوامش:

- 1- حسن محمد بودي، ضمانات الخصوم أمام القضاء في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة بالقانون المصري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، د.ط ، 2006م، ص 31.
- 2- عمر فخري عبد الرزاق الحديثي، حق المتهم في محاكمة عادلة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2005، ص 98.
- 3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة وأعلنته في 10 ديسمبر 1948 م.
- 4- علي بن فليس، خطابه حول الندوة الوطنية للقضاة أيام 27، 26، 25 فبراير 1990، المجلة القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، ع1، ص364.
- 5- انظر أكثر تفصيل هذا المبدأ: ميلود ذبيح، الفصل بين السلطات في التجربة الدستورية الجزائرية، دار الهدى، الجزائر، د.ت، ص ص12-26.
- 6- عبد العزيز سعد، أجهزة ومؤسسات النظام القضائي الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، د.ط ، 1988م، ص 33.
- 7- صدر في الجريدة الرسمية، ع 64، بتاريخ 10 سبتمبر 1963.
- 8- الأمر رقم 97/76 المؤرخ في 23 نوفمبر 1976، المتضمن الدستور الجزائري، والمصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 19 نوفمبر 1976، الجريدة الرسمية عدد 94 سنة 1976.
- 9- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، دار ربحانة، الجزائر، ط1، 2003، ص10.
- 10- انظر: الأمين شريط، خصائص التطور الدستوري في الجزائر، (رسالة دكتوراه)، جامعة قسنطينة، 1991م، ص 3.
- 11- مرسوم رئاسي رقم 18/89 المؤرخ في 28 فيفري 1989 المتضمن الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 9 سنة 1989.

- 12- راجع المادة 130 من دستور 1989.
- 13- ليلي زروقي، استقلال القضاء بين المبادئ الدستورية والتطبيق، تدخل ضمن دراسات ووثائق حول استقلالية القضاء (1)، نشریات مجلس الأمة، مارس 1999، ص 10.
- 14- راجع المادة 63 من ق.أ.ق سنة 1989.
- 15- راجع المواد 78،79،80،81،82 من ق.أ.ق سنة 1989.
- 16- ليلي زروقي، استقلال القضاء بين المبادئ الدستورية والتطبيق، ص 12.
- 17- المرسوم الرئاسي رقم 436/96 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996، المتضمن تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء شعبي يوم 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، عدد 76 سنة 1996.
- 18- راجع المواد 29،32،49 من دستور 1996.
- 19- راجع المادة 139 من دستور 1996.
- 20- الطاهر ماموني، استقلال القضاء بين القانون والواقع، تدخل ضمن دراسات ووثائق حول استقلالية القضاء (1) نشریات مجلس الأمة، مارس 1999م، ص 44.
- 21- المرجع نفسه، ص ص 45،46.
- 22- يحي بوري، ضمانات ودعائم استقلال القضاء، تدخل ضمن دراسات ووثائق حول استقلالية القضاء (1)، نشریات مجلس الأمة، مارس 1999، ص 55.
- 23- قانون عضوي رقم 11/04 مؤرخ في 6 سبتمبر 2004م المتضمن القانون الأساسي للقضاء.
- 24- راجع المواد من 7 إلى 39 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 25- أنيس رحمانی، القانون الأساسي للقضاء غير دستوري، جريدة الخبر الأربعاء 20/11/2002، ع 3633، ص 3.
- 26- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 10.
- 27- عمار بوضياف، المرجع في المنازعات الإدارية، القسم الأول، الإطار النظري للمنازعات الإدارية، دار جسر، الجزائر، ط1، 2013، ص 86.
- 28- بوبشير محند أمقران، النظام القضائي الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط4، 2005، ص ص 149-151.
- 29- المادة 3 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 30- المادتين 38،39 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 31- المادة 36 فقرة 1 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 32- نرى أن المشرع الجزائري في ق.أ.ق سنة 2004، اكتفى بالنص على شرط واحد لتوظيف الطلبة القضاة، يتمثل في الجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة وجعل تحديد الشروط الأخرى عن طريق التنظيم (المادة 37 منه).
- 33- المادة 41 من ق.أ.ق سنة 2004 م.
- 34- صدر بالجريدة الرسمية، س 27، ع 9، 1990 م.
- 35- المادة 46 من ق.أ.ق سنة 2004 م.
- 36- راجع المادة 51 من ق.أ.ق سنة 2004، والمادة 35 من ق.أ.ق سنة 1989.
- 37- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 88.

- 38- فوزي أوصديق، الوافي في شرح القانون الدستوري الجزائري، ج3، السلطات الثلاث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2004، ص157.
- 39- المادة 60 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 40- راجع المادة 68 من ق.أ.ق سنة 2004، التي تتضمن العقوبات التأديبية.
- 41- المادة 65 فقرة 1 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 42- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 92.
- 43- المادة 65 فقرة 2 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 44- المادة 66 فقرة 2 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 45- راجع المادة 155 فقرة 2 من دستور 1996، والم 21 من القانون العضوي المتعلق بتشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحياته سنة 2004.
- 46- المادة 30 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.
- 47- المادة 2/32 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.
- 48- بوجمعة صويلح، دراسة قانونية في تشكيل المجلس الأعلى للقضاء، مجلة الفكر البرلماني، تصدر عن مجلس الأمة، الجزائر، ع7، ديسمبر 2004 م، ص 122.
- 49- عمار بوضياف، النظام القضائي الجزائري، المرجع السابق، ص 111.
- 50- قانون رقم 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016، المتضمن تعديل الدستور الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 14 سنة 2016.
- 51- وهي ما نصت عليه المواد من 154 إلى 157 من دستور 1996.
- 52- قديدر منصور، من أجل نظرة جديدة للقضاء، تدخل ضمن دراسات ووثائق حول استقلالية القضاء(1)، نشریات مجلس الأمة، 1999، ص66.
- 53- وهو ما نصت عليه المادة 155 من دستور 1996، والمادة 146 من دستور 1989.
- 54- سفيان عبدلي، ضمانات استقلالية السلطة القضائية بين الجزائر وفرنسا، د.د.ن، الجزائر، ط1، 2011، ص52.
- 55- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 344.
- 56- انظر المادة 155 من دستور 1996، والمادة 146 من دستور 1989، والمادة 182 فقرة 2 من دستور 1976.
- 57- القانون العضوي رقم 12/04 المؤرخ في 21 رجب عام 1425 الموافق 6 سبتمبر سنة 2004 الذي يحدد تشكيل المجلس الأعلى للقضاء وعمله وصلاحيته، الجريدة الرسمية عدد 57، سنة 2004.
- 58- وهو ما نصت عليه المادة 173 من دستور 2016، والمادة 154 من دستور 1996، والمادة 145 من دستور 1989، والمادة 181 فقرة 1 من دستور 1976.
- 59- انظر نص المادة 138 من دستور 1996، والمادة 129 من دستور 1989.
- 60- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 346.
- 61- راجع نص المادة 85 من ق.أ.ق سنة 1989، وكذلك تعديلها بالمرسوم التشريعي 1992.
- 62- انظر المادتين 24 و25 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.
- 63- هذه العقوبات نصت عليها المادة 68 من ق.أ.ق سنة 2004.
- 64- انظر المادتين 32 و33 من ق.ع.م.أ.ق سنة 2004.

- 65- عمر بكار، ضمانات استقلال القضاء الإداري الجزائري (رسالة ماستر قانون إداري)، جامعة بسكرة، 2015/2014، ص 64
- 66- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 94.
- 67- فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 157.
- 68- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 96.
- 69- المرجع نفسه، ص ص 99، 100.
- 70- أنظر: فوزي أوصديق، المرجع السابق، ص 159.
- 71- بوبشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 100.
- 72- راجع المادة 147 من ق.ع.ج.

## الجزء الجنائي كوسيلة لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية



أ/ غنية نزلي  
جامعة الشهيد حمة لخضر بالوادي  
ط.د. / فضيلة شعبان  
جامعة قاصدي مرباح ورقلة



مقدمة:

الفصل في المنازعات من شأنه أن يتم بموجب أوامر وأحكام قضائية لازمة التنفيذ، حيث يأخذ كل ذي حق حقه، وذلك تحقيقا للعدل والتزاما بحدود القانون بين أفراد المجتمع.

وبما أن الوظيفة القضائية ضرورة حتمية لحماية الحياة الاجتماعية، نجد بأن الدولة قد منحت هذه الوظيفة إلى أجهزة قضائية مختلفة أنواعها ودرجاتها، كما أسست لها نظاما مزدوج يقوم على هرمين أحدهما هرم قضائي عادي، والآخر هرم قضائي إداري مهمته رقابة الإدارة في تصرفاتها وقراراتها حتى يضمن حماية مبدأ مشروعية العمل الإداري الذي مفاده سيادة القانون، وذلك من خلال منح الحق للمواطن المتضرر من القرار الإداري باللجوء إلى القضاء الإداري ليتولى الفصل في تلك المنازعة الإدارية التي شهدت اختلاف كبير في الآراء والمواقف الفقهية حول تحديد مفهومها، فمنهم من ذهب إلى الاعتماد في تعريفها على المعيار الشكلي، والبعض الآخر نجده قد اعتمد على المعيار الموضوعي، أما بقية الآراء نجدها قد اعتمدت على المعيار المادي.

إلا أن المعيار الأصح الذي يمكن من خلاله تعريف المنازعة الإدارية يتمثل في المزج بين المعيارين العضوي والمادي، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008.

وهاته المنازعات الإدارية نهايتها الطبيعية تكمن في صدور أحكام وقرارات قضائية إدارية لازمة التنفيذ، وهي من أهم السندات التنفيذية لأنها تمثل كلمة القانون في النزاع المطروح على القضاء الإداري.

ومن ثم يمكن القول بأنه لا قيمة للقانون دون تنفيذه، ولا قيمة للأحكام والقرارات القضائية الإدارية دون تنفيذها.

كما أن مبدأ استقلال القضاء واحترام أحكامه وقراراته وتنفيذها فور صدورها دون أي تعطيل ولا ممانعة، بات ركنا جوهريا في أي نظام ديمقراطي، إذ أنه يؤكد مصداقية الجهاز القضائي، ويعطي للأدرة هيبتها، أما بالنسبة لعدم تنفيذ الأحكام القضائية فإنه يوصم نظام الحكم بالاستبداد، كما يعتبر تعطيل القانون، وإهانة للقضاء ومساسا بحقوق المحكوم لهم ومكافأة للمحكوم عليه، ومن ثم كان يتوجب على الدولة ألا تتغافل عن تنفيذ الأحكام القضائية، لأن أي تنظيم قضائي يفقد سبب وجوده إذا لم يكن فعالا ونفذت أحكامه. فإذا كان القضاء يضع حدا للمنازعة عندما يصدر حكما يحوز حجية الشيء المقضي فيه، فإنه يتعين تنفيذ هذا الحكم وإلا لما قامت في البلاد الحاجة إلى خدمات القضاء والعدل، والامتناع عن تنفيذها هو امتهان للسلطة القضائية، فالقوانين تصدر لتسود ولا سبيل لسيادة القانون إلا أن يطبقها القضاء<sup>(1)</sup>.

وعلى الرغم من كل ما تقدم ذكره إلا أننا نجد بأن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام أو القرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها ظاهرة منتشرة تزيد وتنقص أحيانا لكنها لا تنعدم، ومن شأنها أن تؤدي إلى الإضرار بحقوق الأفراد باعتبارهم الطرف الأضعف في الحلقة، بل أكثر من ذلك فهو إهدار لقوة الأحكام والقرارات القضائية، واعتداء على هيبة السلطات القضائية، وهو الأمر الذي استوجب فرض جزاءات توقع على الإدارة وكل موظف عام جزاء ذلك الامتناع، وهو الأمر الذي شكل في كثير من المناسبات وعاء للنقاش الجاد، إلا أنه لا يزال يطرح العديد من التساؤلات والإشكاليات من بينها إشكالية ورقتنا البحثية والمتمثلة في:

هل ينتج عن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية الحائزة على حجية الشيء المقضي به والصادرة في مواجهة الإدارة قيام المسؤولية الجزائية؟ وإن كان كذلك فمن يتحمل هذه المسؤولية؟

ويترتب على هذه الاشكالية تساؤلات فرعية تتمثل في ما يلي:

هل يمكن للقضاء أن يحكم بعقوبة الحبس لأي مسؤول إداري يساهم في إعاقه أو تأخير أو الامتناع عن تنفيذ حكم أو قرار قضائي؟

وإن كان كذلك فما هو الجزاء الذي رتبته المشرع الجزائي ضد مسؤول الإدارة الذي ساهم في إعاقة أو تأخير أو الامتناع عن تنفيذ حكم أو قرار قضائي؟ وهل أن هذه الجزاء كافية لضمان التنفيذ؟ وللإجابة على التساؤلات أعلاه عملنا على تقسيم الورقة البحثية إلى مبحثين، نتناول في المبحث الأول إقرار المسؤولية الجزائية للهيئة الإدارية الممتنعة عن التنفيذ، والذي سنقسمه إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول إقراره بالنسبة للإدارة كشخص معنوي، وفي المطلب الثاني تجريم فعل امتناع الموظف العام عن التنفيذ، في حين خصصنا المبحث الثاني إلى قيام المسؤولية الجزائية للهيئة الإدارية الممتنعة عن التنفيذ ومدى فعاليتها، والذي سنقسمه أيضا إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول قيام المسؤولية الجزائية، في حين خصصنا المطلب الثاني إلى الفعالية التي كرسها المسؤولية الجزائية لتنفيذ الأحكام القضائية الإدارية.

## المبحث الأول

### إقرار المسؤولية الجزائية للهيئة الإدارية الممتنعة عن التنفيذ

إن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، يعد إخلالا من طرفها ومخالفة للالتزام قانوني من شأنه أن يرتب مخالفة قانونية تعرض فيه عملها لعدم المشروعية، وهو الأمر الذي أدى بالمشرع إلى إيجاد نظام المسؤولية الذي تختلف أنماطها بدرجة نوع الخطأ المرتكب، لأن المسؤولية تفترض وجود خطأ يعرض مرتكبه للجزاء، والخطأ محل الدراسة هو امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم أو القرار الإداري، لكن هل هذا الخطأ يعتبر خطأ الإدارة ويستوجب قيام مسؤوليتها الجزائية، أم خطأ الموظف باعتباره الإدارة البشرية التي تستخدمها الإدارة مباشرة وتسيير أعمالها؟ والاجابة على هذه الاشكالية سنتناولها من خلال المطالب التالية:

### المطلب الأول: إقرار مسؤولية الإدارة كشخص معنوي

القاعدة أن المسؤول جنائيا الإنسان، أي الذي يكون قادرا على فهم الأوامر والنواهي والالتزام بها، والذي هو من يرتكب الجريمة بتوافر أركانها، ومنها الركن المعنوي الذي يقوم على الإرادة والإدراك التي تتوافر لدى الانسان، وهذه القاعدة مبدأ أساسي في التشريعات، فالإنسان إذن هو محل المسؤولية الجنائية، غير أن المبادئ الأساسية الراسخة في القانون الجنائي الحديث، أوجدت حالات يمكن فيها مساءلة غير الإنسان جنائيا، وذلك عندما يتضمن القانون نصوص تقضي بمسؤولية الشخص المعنوي،

فالشخص المعنوي مسؤول جنائيا وجد جدال فقهي كبير، حيث انقسم الفقه الجنائي إلى اتجاهين أحدهما معارض، والأخر مؤيد لقيام المسؤولية الجنائية وهو ما ذهب إليه الفقه الغالب<sup>(2)</sup>.

وفي هذا الاتجاه، فقد أقر المشرع الجزائري بمسألة الشخص المعنوي جنائيا، وذلك بموجب تعديل قانون العقوبات 2004، حيث نصت المادة 51 مكرر منه على ما يلي: " باستثناء الدولة والجمعات المحلية والأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، يكون الشخص المعنوي مسؤولا جنائيا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليها الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك.

إن المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي، لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال"<sup>(3)</sup>.

وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد ابتعد عن جماعة النظرية التقليدية الراضية لمساءلة الشخص المعنوي جنائيا عن الجرائم التي ترتكب باسمه ولحسابه، وأقر بأن الأشخاص المعنوية قد تكون محلا للمسألة الجنائية، لكن استثنى من نطاق تلك المسؤولية وبصفة مطلقة الأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون العام، والمتمثلة في الدولة، والجمعات المحلية التي تتولى شؤون المرافق العامة المختلفة، في جزء من إقليم الدولة وهي الولاية والبلدية.

وفي الأخير يمكن القول بأن المشرع الجزائري استبعد من نطاق المسؤولية الجنائية الأشخاص المعنوية العامة والتي لا يمكن أن تكون محلا للمسألة الجنائية، لأن المشرع الجزائري لم يورد نص يعترف فيه بالمسؤولية الجنائية للإدارة الممتنعة عن التنفيذ، بل أنه استبعده من ذلك كل امكانية لتوقيع العقوبة الجنائية عليه.

لكن على الرغم من أن المشرع الجزائري ذهب إلى عدم الاعتراف بالمسؤولية الجنائية للشخص المعنوي العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام والقرارات الإدارية، وذلك وفقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات السالفة الذكر، إلا أنه لم ينكر فعلها هذا دون عقاب، بل نرى بأنه سلط عليها عقوبات أخرى تتلاءم وطبيعتها، كالغرامة التهديدية مثلا، وهذا دليل على إقراره بمسؤوليتها على الامتناع عن التنفيذ.

واستنادا لما تم عرضه يمكن القول بأن امتناع الإدارة عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها، لا يوجد شك في قيام مسؤوليتها، لكن على أساس خطائها المرفقي، وبذلك فإن فعل الامتناع عن التنفيذ، قد يكون خطأ مرفقيا وخطأ شخصيا في نفس الوقت، وعليه فإنه إلى جانب مسألة الإدارة عن تقصيرها في الرقابة والاشراف على موظفيها، لا يوجد ما يمنع من إقامة مسؤولية

الموظف عن خطائه الشخصي، كما أنه لا يوجد ما يمنع المتضرر من فعل الامتناع القرار القضائي الصادر لصالحه، أن يجمع بين مسؤولية الإدارة ومسؤولية موظفيها في دعوى واحدة<sup>(4)</sup>.

ومن هنا تجدر الإشارة إلى أن المسؤولية الشخصية للموظف الممتنع عن التنفيذ تتخذ العديد من الصور ومن بينها المسؤولية الجزائية التي سنعمل على شرحها في المطلب الثاني .

### المطلب الثاني: تجريم فعل امتناع الموظف عن التنفيذ

من المبادئ الهامة التي تحكم القانون الجنائي هو مبدأ شرعية العقوبة، وبمعنى آخر أنه لا يمكن مساءلة أي شخص جنائياً عن فعل قام به إلا إذا كان هذا الفعل يندرج في عداد الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، وذلك استناداً لمبدأ لا عقوبة ولا جريمة إلا بنص. وبالتالي لا يمكن تطبيق أية عقوبة جزائية على الموظف الممتنع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية ما لم يكن هذا الامتناع بنص القانون<sup>(5)</sup>.

واستناداً لما تم عرضه، نجد أن المشرع الجزائري بنصه القانونية أقر التجريم صراحة لفعل امتناع أي مسؤول إداري مختص بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضد إدارته، وحدد الجزاءات الواجب تطبيقها على كل من يرتكب جريمة الامتناع، وهو ما اتفقت عليه معظم التشريعات المقارنة لا سيما التشريعات العربية كمصر والعراق، الأردن والسعودية.....إلخ،

وهذا التجريم نصت عليه المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري الموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية صراحة بنصها " كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته لوقف تنفيذ حكم قضائي أو امتنع أو اعترض أو عرقل عمدا تنفيذها يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية من 5000 دينار جزائري إلى 50.000 دينار جزائري"<sup>(6)</sup>.

وعليه فإن للمحكوم له في هذه الحالة الحق في تحريك الدعوى الجزائية مباشرة إلى المحكمة المختصة، ذلك لأن الأحكام القضائية تصدر لتنفيذ، كونها من أهم السندات التنفيذية وتمثل كلمة القانون في النزاع المطروح أما القضاء.

والحديث عن الهدف والعلة التشريعية من وراء هذا التجريم هو خدمة المواطن العادي من خلال منحه حق اللجوء للقضاء، ودعم ثقتهم بجهز العدالة، بالإضافة إلى كفالة احترام أحكام القضاء، ومنحها مصداقية وقيمة في مواجهة الإدارة.

كما نجد بأن المشرع الجزائري بالإضافة إلى تجريمه لفعل الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية والتي اعتبرها جنحة عقوبتها الحبس، أجاز الحكم بعقوبات تكميلية نصت عليها المادة 139 من قانون العقوبات "يعاقب الجاني فضلا عن ذلك بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وذلك من خمس سنوات على الأقل إلى 10 سنوات على الأكثر، كما يجوز أن يحرم من ممارسة كافة الوظائف أو كافة الخدمات العمومية لمدة عشر سنوات على الأكثر"<sup>(7)</sup>.

كما أشار المشرع الجزائري لهذه المسؤولية في المرسوم رقم 131/88 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة والمواطن، في نصوص المواد 5 و<sup>(8)</sup>40 منه، إذ نصت صراحة على أن الموظف العام المتعسف في ممارسة السلطة اتجاه المواطنين يكون عرضة للمسؤولية الجزائية.

وبهذه النصوص التجريبية يكون المشرع الجزائري قد جسد مقتضيات المادة 145 من دستور 1996<sup>(9)</sup> والذي أكدته التعديل الدستوري رقم 16-01 في المادة<sup>(10)</sup> 163 التي ألزم فيها كل موظف في أي جهاز كان أو إدارة عمومية أن يبادر إلى تنفيذ قرارات العدالة، خاصة وأن الامتناع أو الاعتراض على التنفيذ أو عرقلة التنفيذ بات في ظل قانون العقوبات يشكل جريمة يعاقب عليها القانون. وهو ما يمكن أن يشكل نوعا من الضغط المعنوي بالنسبة للموظف المنوط به تنفيذ حكم القضاء أيا ما كان مسؤوليته والجهة الإدارية التي يمثلها<sup>(11)</sup>.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد وجدناه أنه كان أكثر اهتماما وسعيا في الحفاظ على حجية الأحكام والقرارات القضائية من نظيره الجزائري، بأن جعل تجريم فعل امتناع الموظف عن التنفيذ مبدأ دستوريا، فقد أشار إلى ذلك صراحة في نص المادة 72 من دستور 1972 بقوله " تصدر الأحكام وتنفذ باسم الشعب ويكون الامتناع عن تنفيذها أو تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين جريمة يعاقب عليها القانون وللمحكوم عليه في هذه الحالة حق رفع الدعوى الجنائية مباشرة إلى المحكمة"<sup>(12)</sup>.

كما أن المشرع المصري لم يكتفي بالتنصيص الدستوري على جريمة امتناع الموظف عن التنفيذ بل جرمها أيضا في قانون العقوبات في المادة 123 منه بنصها صراحة "على أنه يعاقب بالحبس والعزل كل موظف عمومي استعمل سلطة وظيفته في وقف تنفيذ حكم أو أي أمر صادر من المحكمة أو من أي جهة مختصة، كذلك يعاقب كل موظف عمومي امتنع عمدا عن تنفيذ حكم أو أمر مما ذكر بعد مضي ثمانية أيام من اندازه من محضر إذا كان تنفيذ الحكم أو الأمر داخلا في اختصاص الموظف"<sup>(13)</sup>.

من خلال نص المادة أعلاه يلاحظ أن المشرع المصري، قد أقر بعقوبة الحبس لكنه أغفل تحديد مدتها، وإطلاقها يفيد ترك المشرع للقاضي سلطة تحديد مدتها ملتزماً بحددهما الأدنى والأقصى، حيث أن مدة الحبس طبقاً للفقرة الأولى من المادة 18 من قانون العقوبات لا تقل عن أربع وعشرين ساعة ولا تزيد على ثلاث سنوات<sup>(14)</sup>، على خلاف المشرع الجزائري الذي أحسن صنعا عندما قرر عقوبة الحبس مع تحديد مدتها، حتى لا يفتح المجال لتأويل مدة العقوبة وتركها للسلطة التقديرية للقاضي.

كما يلاحظ أن المشرع المصري استلزم لقيام الجريمة على صاحب المصلحة إنذار الموظف المختص بالتنفيذ على يد محضر قضائي، وانقضاء أجل ثمانية أيام على هذا الإنذار دون تنفيذه، إذ يعد ذلك قرينة يستدل بها القاضي على الامتناع من جانب الموظف سيء النية، وحسنا ما فعل المشرع المصري بمنحه هذا الأجل للموظف حتى ينفذ الحكم أو القرار الإداري الصادر ضد إدارته وإلا قامت مسؤوليته، لأن عدم تحديد تلك المدة من شأنه أن يفتح المجال لتحايل والمماطلة في التنفيذ، لأن الأجل من شأنه أن يحدد سوء النية من عدمها، وهو الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري في المادة 138 مكرر، وإطلاق هذه المدة من قبل المشرع الجزائري يفيد استخدام القاضي لقاعدة الأجل المعقول في التنفيذ<sup>(15)</sup>.

كما قرر في الوقت ذاته عقوبة العزل والتي تعني طبقاً للمادة 26 من قانون العقوبات المصري الحرمان من الوظيفة نفسها ومن المرتبات المقررة لها، سواء أكان المحكوم عليه بالعزل عاملاً في وظيفته وقت صدور الحكم عليه أو غير عامل، ولا يجوز تعيينه في وظيفة أمرية ولا نيّله أي مرتب مدة يقدرها الحكم، وهذه المدة لا يمكن أن تكون أكثر من ست سنوات ولا أقل من سنة.

والعزل في المادة 123 المذكورة أعلاه وجوبي، على خلاف المشرع الجزائري الذي اعتبر العزل جوازي وللقاضي السلطة التقديرية في أن ينطق بها والنص على ذلك في حكمه أو لا ينطق بها، ويتضح ذلك جلياً من خلال العبارة التي أوردها المشرع في نص المادة 139: ".....كما يجوز أن يحرم من ممارسة كافة الوظائف أو كافة الخدمات العمومية لمدة عشر سنوات على الأكثر"، وبالتالي فإن العزل عقوبة تكميلية وجوبية بالنسبة للمشرع المصري وتكميلية جوازيه بالنسبة للمشرع الجزائري، وليس تبعية لأنه صادر في جنحة وليس جنائية، لذلك وضع له القانون حداً أدنى وأقصى، طالما أن النص المبين للعقوبة لم يحدد مدته فإنه يتعين على القاضي أن يحدد هذه المدة ملتزماً بالحددين الأدنى والأقصى.

## المبحث الثاني

### قيام المسؤولية الجزائية للموظف العام ومدى فعاليتها

حتى تقوم المسؤولية الجزائية بصفة عامة لا بد من وجود ركن مادي وقصد إجرامي، وبالنسبة لجريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، فإن الركن المادي يتمثل في قيام الموظف المختص بتنفيذ الأحكام القضائية بالامتناع عنه وذلك بإحدى صور الامتناع التي حدتها المادة 138 من قانون العقوبات أعلاه، والمتمثلة في: استعمال السلطة الوظيفية لوقف تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الإداري، وهنا الموظف يستغل تلك السلطة المخولة له بحكم وظيفته أو جريمة الامتناع عن التنفيذ، أو جريمة الاعتراض على التنفيذ أو العرقلة عمدا لتنفيذ الحكم أو القرار القضائي الإداري، وكل فعل من هذه الأفعال يعتبر جريمة قائمة بذاتها.

بالإضافة إلى توافر القصد الإجرامي المتكون من عنصرين هما العلم والإرادة، فيشترط إذن علم الموظف بإقدامه الامتناع عن التنفيذ أو التراخي فيه أو عرقلته، وعلمه بأن ذلك الامتناع يعد عملا مخالفا لأحكام القانون، كما تتجه إرادته إلى تحقيق ذلك، أي أن نكون أمام جريمة عمدية.

إلى جانب الركن المادي والمعنوي لجريمة الامتناع عن التنفيذ، هناك ركن مفترض يتمثل في صفة الجنائي، إذ يشترط أن يكون مرتكب الجريمة موظف عام، لكن مصطلح الموظف العمومي يثير العديد من الإشكالات، هل قصد بها المشرع المعنى الواسع له والذي يشمل جميع الموظفين في قمة الهرم الإداري إلى قاعدته من وزراء، ولاة، ورؤساء المجالس الشعبية البلدية، أم المعنى الضيق له والمحدد بالطائفة المنصوص عليها في القانون الأساسي للتوظيف العامة<sup>(16)</sup> الأمر رقم 03/06 في المادة الرابعة منه بنصها " يعتبر موظفاً كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإدارة. الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته"<sup>(17)</sup>. وقد استثنت المادة 2 الفقرة 3 من هذا القانون كل من القضاة، والمستخدمين العسكريين والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان الخضوع لأحكامه، بنصها: " ..... لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة، والمستخدمين العسكريين والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان".

لكن بالرجوع إلى القانون المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، نجده ينص على أن الموظف العام هو<sup>(18)</sup>:

كل شخص يشغل منصبا تشريعيا أو تنفيذيا أو إداريا أو قضائيا أو في أحد المجال الشعبية المحلية المنتخبة، سواء أكان معينا أو منتخبا، دائما أو مؤقتا، مدفوع الأجر أو غير مدفوع الأجر بصرف النظر عن رتبته أو أقدميته،

- كل شخص يتولى ولو مؤقتا، وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر، ويساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها، أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية،

- كل شخص آخر معرف بأنه موظف عمومي أو في حكمه طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما....".  
وعليه فإن المقصود بالموظف العام في مجال تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية وفقا لقول الأستاذ بربارة يكون وفقا للمفهوم الضيق له ويخرج عن هذا المفهوم طائفة الأشخاص الوارد ذكرهم في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في مادته الثانية الفقرة الثالثة منه<sup>(19)</sup>.

إذن وتتوافر تلك الأركان، يتحمل الموظف العام المسؤولية الجزائية الشخصية إذا ارتكب جريمة الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، ويعاقب بالعقوبات الواردة في المادة 138 مكرر والمادة 139 من قانون العقوبات.

أما فيما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى الجزائية ضد الموظف الممتنع عن التنفيذ نجد أن القانون الجزائري لم ينص عليها، ومنه سوف يعتمد على الإجراءات المتبعة في رفع الدعوى الجزائية بصفة عامة، وفي سبيل ذلك عندما يتحصل المواطن على الحكم والقرار القضائي الإداري الصادر لصالحه وحائز على حجية الشيء المقضي به<sup>(20)</sup>، يتوجه إلى المحضر القضائي لمتابعة إجراءات التنفيذ، وعند امتناع الإدارة عن التنفيذ يحزر المحضر القضائي محضر الامتناع عن التنفيذ، ثم التوجه إلى وكيل الجمهورية بقصد تحريك الدعوى العمومية - أو التوجه إلى قاضي التحقيق بواسطة شكوى مسحوبة بادعاء مدني - ضد الإدارة الممثلة في شخص الموظف العام الذي صدرت عنه إحدى الأفعال المشار إليها أعلاه، فضلا عن وسائل الاثبات الأخرى التي تستعمل طبقا للقواعد العامة في قانون الاجراءات الجنائية في اثبات الركن المادي لهذه الجريمة، فإن إثباته يعتمد بالدرجة الأولى على محضر الامتناع عن التنفيذ الذي يعده المحضر القضائي، والذي يجب إرفاقه بالشكوى ويتضمن ما يفيد بأن الموظف قام بأحد الأفعال المنصوص عليها في المادة 138 مكرر من قانون العقوبات، والمفضية إلى عدم تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الإداري أو تنفيذه معيبا<sup>(21)</sup>.

كما نشير إلى أن مبدأ إقرار المسؤولية الجنائية للموظف العام الممتنع عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية لا يؤخذ على إطلاقه على أساس استفادته استثناء من الاعفاء في الحالات التالية:

#### الحالة الأولى:

في حال ما إذا امتنع الموظف المختص بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية امتثالاً لأوامر رئيسه، كما في حال امتناع الموظف المختص بالتنفيذ نتيجة أمر مكتوب من رئيسه الأعلى، بالرغم من تحذير الموظف المختص بالتنفيذ كتابياً إلى رئيسه بهذه المخالفة، ففي هذه الحالة تنتفي مسؤولية الموظف المختص بالتنفيذ، وتبقى مسؤولية المرؤوس الذي صدر الأمر منه قائمة<sup>(22)</sup>.

#### الحالة الثانية:

تتعلق باستحالة التنفيذ، ففي بعض الحالات يستحيل تنفيذ الحكم أو القرار القضائي الإداري، وذلك راجع لعدة أسباب، أسباب قانونية ترجع لثلاث أمور التصريح التشريعي، ووقف تنفيذ الحكم الإداري، إلغاء الحكم أو القرار القضائي الإداري، أو أسباب واقعية كعدم التنفيذ لدواعي الحفاظ على النظام والأمن العام.

#### المطلب الثاني: مدى مساهمة المسؤولية الجزائية في حل إشكالات تنفيذ الأحكام

##### القضائية الإدارية

مما لا شك فيه أن تهديد الموظف بالعقوبة الجنائية يعد من أنجع وأقوى وسائل الردع والزجر والضغط المعنوي بالنسبة للموظف المنوط به تنفيذ حكم القضاء أياً ما كان مسؤوليته والجهة الإدارية التي يمثلها، وضمانة كبيرة في مجال العمل على دفع وحث الموظف إلى احترام تنفيذ الأحكام القضائية<sup>(23)</sup>، لأن انعقاده هذه المسؤولية الجنائية يترتب عليها فقدان الموظف الممتنع لحريته وعزله من وظيفته، وهو الأمر الذي يحمل الموظف على احترام الأحكام القضائية والمصارعة إلى تنفيذها<sup>(24)</sup>، وهو ما أكده الأستاذ لحسين بن شيخ أث ملوي بقوله: " أن أسلوب التجريم والعقاب الجزائي هو السبيل الأمثل للمحكوم له، للحصول على تنفيذ سريع للحكم أو القرار القضائي الإداري الصادر لصالحه ذلك لأن الموظف سوف يسارع إلى التنفيذ الفوري بمجرد تحريك إجراءات الدعوى العمومية، تفادياً منه للمتابعة والعقوبة الجزائية، كما أن الإدارة التابع لها ذلك الموظف الممتنع عن التنفيذ قد تبادر لحثه على التنفيذ لأنه لا يعقل أن تتركه مهدداً بالعقوبة الجزائية<sup>(25)</sup> .

لكن الأستاذ محمد باهي أبو يونس له رأي آخر، حيث اعتبر هذه الوسيلة شائبة القصور في الفعالية، إذ أن ما يقدر فيها ببطء وطول الوقت الذي تستغرقه المحاكم الجنائية في الفصل في الدعوى الجزائية، لكثرة ما تنتظره من قضايا يضعف من أثرها الردع، وهو الوقت الذي تستثمره الإدارة في تحقيق رغبتها في عدم التنفيذ من خلال المماطلة في التنفيذ، أو لتوفيت الفرصة التي كان يريها المحكوم له من التنفيذ الحال، ونتساءل عن ما هي الفائدة التي تعود على المحكوم عليه إذا بلغت الدعوى الجزائية مداها والحكم على الممتنع عن التنفيذ؟ إذ أن هذا الحكم لا يمثل مبتغاه، فكل ما يبتغيه المحكوم عليه هو تنفيذ محتوى الحكم أو القرار، وهذه المسألة لا تتضمنها المسؤولية الجزائية<sup>(26)</sup>.

كما أن هناك عراقيل أخرى من شأنها أن تحد من فعالية الجزاء الجنائي ومن بينها إمكانية إيقاف تنفيذ العقوبة في جريمة الامتناع عن تنفيذ، عندما تقضي المحكمة بالعقوبة على الموظف الممتنع، ثم يقوم الموظف بالطعن في ذلك الحكم بالمعارضة أو الاستئناف حسب الحالات، أو قدمت الإدارة ما يفيد تنفيذ مقتضى الحكم محل الجنحة قبل حيز الدعوى للحكم بإقفال باب المرافعة فيها، حيث سيعفى رجال الإدارة (الموظف العام) من العقاب بمجرد تنفيذهم للحكم، وذلك بقضاء المحكمة بإيقاف تنفيذ العقوبة، وهو الأمر الذي أفقد النص فعاليته كرادع، مادام أن الموظفين المختصين بالتنفيذ متأكدين من الموقف بمجرد مبادرتهم بتنفيذ الحكم المطلوب تنفيذه<sup>(27)</sup>.

وهو الأمر الذي جعل من موظفي الإدارة بعدم الاكتراث بذلك الجزاء الجنائي كثيراً لعلمهم أنه بوسعهم الاستمرار في التمادي في الامتناع عن التنفيذ طيلة فترة المحاكمة دون عقاب إذا ما بادر به الموظف قبل أقفال باب المرافعة فيها، هذا إلى جانب تأكده من أنه - وفق ما جرت عليه الأعراف القضائية - حتى لو صدر ضده حكم فانه غالباً ما سوف يكون وقف تنفيذ العقوبة<sup>(28)</sup>.

وهو الأمر الذي جعل من نص المادة 138 المذكور أعلاه يكاد لا يجد له تطبيقاً واسعاً على المستوى العملي رغم ثبوت فعل الامتناع وانتشار هذه الظاهرة، ذلك الامتناع تسببت فيه إدارات مركزية وإدارات محلية وإدارات مرفقية. ومع ذلك لم نشهد متابعة جزائية لمسؤول إداري على رأس وزارة أو ولاية أو حتى مرفق إداري بسبب الامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء. وهو ما من شأنه أن يبعدنا عن الهدف الذي أراد المشرع تحقيقه من خلال تجريم هذا الفعل ومحاول إعادة الاعتبار للأحكام القضائية وتنفيذ قرارات العدالة<sup>(29)</sup>.

كما جعل ظاهرة امتناع الإدارة عن تنفيذ أحكام القضاء تتفاقم، وهو الأمر الذي أضحت معه أحكام وقرارات قضائية مكساة بالصيغة التنفيذية معطلة ومعلقة وحرمت أصحابها من أن ينالوا حقوقهم

المحكوم بها والثابتة في هذه السندات القضائية، على الرغم من وجود شكاوى مقدمة من طرفهم، وهو الأمر الذي أشارت إليه<sup>(30)</sup> الأستاذة بن صاولة شفيقة من خلال مثالين عن شكاوى مقدمة في هذا الصدد، إذ وجدت بأن إحداهما لم يفصل فيهما، أما الثانية فقد قررت فيها النيابة العامة بحفظ الملف.

من خلال دراستنا للموضوع محل الدراسة بالمناقشة والتحليل في إطار الخطة المعتمدة للإجابة على الإشكالية المطروحة، توصلنا لجملة من النتائج والمتمثلة في ما يلي:

- إن عدم تنفيذ أحكام القضاء الإداري من بعض جهات الإدارة يمثل انتهاكا صارخا للشرعية الدستورية، وخرقا دستوريا جسيما إذ تضرب الدولة أسوأ المثل للمتقاضين بالتهرب من تنفيذ الأحكام، مما يشيع معه بين صفوف الناس منهج اللامشورية وتصبح الاستهانة بالشرعية نموذجا سينا للتعامل.

- إن احترام الإدارة لحجية الأحكام والقرارات القضائية الإدارية الصادرة ضدها هي التزام قانوني مفروض عليها، وإن حدث وإن امتنعت عن التنفيذ تكون قد ارتكبت مخالفة تستوجب المساءلة.

- إن امتناع الموظف العام المختص عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضد إدارته يعد جريمة يعاقب عليها القانون، ويكون للمحكوم له في هذه الحالة الحق في تحريك الدعوى الجزائية إلى الجهة القضائية المختصة، ذلك لأن الأحكام تصدر لتنفيذ وتطبيقاً لذلك فقد عاقبت المادة 138 مكرر والمادة 139 من قانون العقوبات.

- إن السلوك الإجرامي لجريمة امتناع الموظف عن تنفيذ الأحكام القضائية يتحقق بسلوكاً سلبياً يتمثل بالامتناع أو الترك.

- لتحقق جريمة امتناع الموظف عن تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية يشترط القيام بإجراءات الدعاوى الجزائية خلال المدة القانونية.

- نلاحظ أن المشرع الجزائري استوعب الأهمية التي يكتسبها الجزاء الجنائي كأحد هم ضمانات تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مما أدى بهم إلى النص عليه في قانون العقوبات، وبذلك نجده خطأ خطوة نحو حماية مبدأ المشروعية.

وفي الأخير يمكن القول: أن مجمل ما جاء به المشرع الجزائري في إطار قانون العقوبات من تجريم لفعل الامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية يعد خطوة هامة ومحاولة لجبر الموظف على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الصادرة ضد الإدارة. وأن الغاية التي يهدف إليها المشرع من وراء تكريس ذلك التجريم في القانون، من المتوقع أن تكون لهذه الآلية بطابعها التهديدي ستفرز نتائج إيجابية في وضع الأحكام الإدارية موضوع التنفيذ، خاصة أن المشرع عزز ووسع من سلطات القاضي في توظيفها، وهذا ما يزيد قوة وتأثير بحفظ حقوق المواطنين ودعم ثقتهم بجهاز العدالة، ويعطي للأحكام مصداقيتها وقيمتها في مواجهة الإدارة.

إلا أن العمل الواقعي يقول غير ذلك، إذ نجد بأن الوسيلة الجزائية على الرغم من اعتبارها أحد أهم الضمانات لتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، وأنجع الوسائل التي من شأنها أن تجبر الإدارة وموظفيها على تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية من جانبها النظري إلا أنها تعرف الآن انقباضاً وتطبيقاً ضيق النطاق والحدود نظراً لما تعثر به العديد من الإشكالات والعراقيل التي تحول دون تفعيلها، مما أدى في النهاية إلى اتساع ظاهرة الامتناع عن تنفيذ أحكام القضاء من جانب الإدارات العمومية.

وعليه فإن رغم كثرة النصوص التي تأمر بكل جدية ووضوح وصراحة بضرورة المبادرة بتنفيذ أحكام القضاء دون أي تعطيل ولا مماطلة، إلا أننا نجد العديد من حالات الامتناع عن التنفيذ مما جعل من هاته القضية شائكة، وقد أضاعت الكثير من الحقوق.

## الهوامش:

(1) فيصل شنتاوي، الأحكام القضائية الإدارية الصادرة ضد الإدارة واشكاليات التنفيذ، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 43، ملحق 01، 2016، ص 506.

(2) سدار يعقوب مليكة، المسؤولية الجزائية في عقد الصفقة العمومية، جامعة سيدي بلعباس، تاريخ إيداع المقال 20/07/2015، تاريخ التحكيم 02/12/2015، ص 130.

(3) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون 15/04 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004، الجريدة الرسمية العدد رقم 71.

(4) زين العابدين بلماحي، الوسائل القضائية لضمان تنفيذ القرارات القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، كلية الحقوق، 2007/2008، ص 116.

(5) فيصل شنتاوي، مرجع سابق، ص 513.

(6) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم بالقانون 01/09 المؤرخ في 26 يونيو 2001، الجريدة الرسمية العدد 34.

(7) الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المعدل والمتمم.

(8) المادة 5 من المرسوم رقم 131/88 المؤرخ 4 يوليو 1988 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطنين بنصها " يترتب على كل تعسف في ممارسة السلطة، تعويض وفقاً للتشريع المعمول به دون المساس بالعقوبات الجزائية والمدنية والتأديبية التي يتعرض لها المتعسف". والمادة 40 منه " يتعرض الموظفون لعقوبات تأديبية قد تصل إلى عقوبة العزل مع الحرمان من حق المعاشي في حالة اعتراضهم لسبل التدابير المتخذة لتحسين العلاقات بين الإدارة والمواطن، وهذا دون المساس بالعقوبات المدنية والجزائية التي يتعرضون لها طبقاً للتشريع الجاري العمل به بسبب أخطائهم الشخصية".

(9) دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1996 باستفتاء 28 نوفمبر 1996 بالمرسوم الرئاسي 438/96 المؤرخ في 08 ديسمبر 1996 الجريدة الرسمية العدد رقم 56 والمعدل سنة 2002 الجريدة الرسمية العدد رقم 25 المؤرخة في 14 أبريل 2002 والمعدل سنة 2008 الجريدة الرسمية العدد رقم 63 المؤرخة 16 نوفمبر 2008.

(10) التعديل الدستوري رقم 01/16 المؤرخ في 06 مارس 2016، الجريدة الرسمي العدد 14 المؤرخة في 07 مارس 2016، المادة 163 بنصها " على كل أجهزة الدولة المختصة أن تقوم، في كل وقت وفي كل مكان وفي جميع الظروف بتنفيذ أحكام القضاء".

- (11) عمار بوضياف، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية في القانون الجزائري، مداخلة في ملتقى القضاء الإداري (الإلغاء والتعويض)، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المملكة العربية السعودية، 10-22-11 - 2008، ص 11-12.
- (12) فتيحة حنيش، ضمانات تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الإدارية، مذكرة مكملة لمقتضيات شهادة ماستر، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2013/2012، ص 56.
- (13) فتيحة حنيش، مرجع سابق، ص 56.
- (14) فتيحة حنيش، مرجع سابق، ص 56.
- (15) عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون عام، جامعة قسنطينة 01، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 213.
- (16) ذوادية حمدون، تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية في القانون الجزائري، دار هومة لطباعة والنشر والتوزيع، 2015، ص 396.
- (17) أمر رقم 03-06 مؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق 15 يوليو سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.
- (18) القانون رقم 01/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الجريدة الرسمية رقم 14، المعدل والمتمم.
- (19) ذوادية حمدون، مرجع سابق، ص 390.
- (20) فريد رمضاني، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية واشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عام، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2013/2014، ص 127.
- (21) ذوادية حمدون، مرجع سابق، ص 394.
- (22) فريد رمضاني، مرجع سابق، ص 121.
- (23) عبد الوهاب كسال، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون عام، جامعة قسنطينة 01، كلية الحقوق، 2014-2015، ص 212.
- (24) فيصل شطناوي، مرجع سابق، ص 514.
- (25) ذوادية حمدون، مرجع سابق، ص 396.
- (26) فريد رمضاني، تنفيذ القرارات القضائية الإدارية واشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم القانونية، تخصص قانون عام، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق، 2013/2014، ص 129.
- (27) فتيحة هنيش، مرجع سابق، ص 57.
- (28) كريم خميس خصبك، مشكلات تنفيذ الأحكام الصادرة عن القضاء الإداري والحلول المقترحة، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية المنعقد في دولة الإمارات العربية المتحدة للفترة من 11-12 / 9 / 2012، ص 13.
- (29) عمار بوضياف، تنفيذ قرارات الإلغاء القضائية في القانون الجزائري، مداخلة في ملتقى القضاء الإداري (الإلغاء والتعويض)، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، المملكة العربية السعودية، 10-22-11 - 2008، ص 11-12.
- (30) ذوادية حمدون، مرجع سابق، ص 396.

## توصيات الملتقى الدولي الثامن حول :

## "التوجهات الحديثة للقضاء الإداري ودوره في إرساء دولة القانون"

يومي 06 و 07 مارس 2018

بتاريخ السابع من شهر مارس سنة ألفين وثمانية اجتمعت لجنة الصياغة للملتقى المشكلة من الأساتذة:

- الأستاذ الدكتور عبد الرزاق زوينه رئيسا
- الأستاذ الدكتور بوغزالة محمد ناصر عضوا
- الأستاذ الدكتور عمار بوضياف عضوا
- الأستاذ الدكتور عصام بلحسن عضوا
- الأستاذ الدكتور عصام نجاح عضوا
- الأستاذ الدكتور محمد الأمين عبيد عضوا
- الأستاذ أندريه كابانيز عضوا
- الأستاذ عبد العزيز أمقران عضوا
- الأستاذ بن عبد الله عادل عضوا
- الأستاذ سعيد مقدم عضوا
- الأستاذ خلف بوبكر عضوا

تثني لجنة الصياغة أولا على حسن اختيار الموضوع خاصة وأن القضاء الإداري يساهم مساهمة كبيرة في إرساء دولة القانون. كما تقف وقفة عرفان وامتنان للبروفيسور عمر فرحاني مدير الجامعة راعيا لهذا الملتقى معلنا عن افتتاحه الرسمي بعباراته الدالة الهادفة ذات المقاصد النبيلة التي ترمي لا شك لتشجيع مؤسسات التعليم العالي للاقترب أكثر حول محيطها شاكرا سعيه من أجل توفير كافة الظروف المادية لنجاح هذه التظاهرة العلمية ذات البعد الدولي .

والشكر ذاته تقدمه اللجنة للفاضل عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية الدكتور المكي دراجي على جهده الواضح ولمسته المميز من أجل نجاح هذا الملتقى . ومنظمة المحامين ناحية ورقلة ممثلة في المحامي حدانة نوفل ورئيس الملتقى البروفيسور فاروق خلف .

والحديث عن المسات والجهود يوقفنا لا شك عند المشاركة المميزة لمستشاري مجلس الدولة الجزائري الدكتور عبد العزيز نويري والمستشار عمر بوراوي والمستشار المحكمة الإدارية بتونس عبد الرزاق زوني وللأمين العام لمجلس الشوري المغربي الأستاذ الدكتور سعيد مقدم والمستشار المتقاعد عبد العزيز أمقران بصاتهم واضحة جليلة في نجاح هذا الملتقى.

والشكر ممتد لكافة أعضاء اللجنة العلمية للملتقى على ما قدموه من جهد في دراسة الملخصات والمدخلات وإعداد برنامج هذه التظاهرة العلمية وما أصعبها من مهمة. وللأساتذة القامات العلمية كل باسمه وجنسيته من الجزائر و تونس ومصر وموريتانيا وفرنسا ومؤسسة انتماء ورتبته ورصيده الأكاديمي وتجربته العملية، هذه القامات التي أثرت الملتقى بمدخلات مميزة.

وينبغي من باب الإنصاف الاعتراف بالجهد المبذول من قبل اللجنة التنظيمية للملتقى . والطام الإداري للجامعة و الكلية كل بصفته و مهامه. والشكر موصول للأسرة الإعلامية الصحافة المكتوبة، ولا ننسى النوادي العلمية و ممثلي طلبة الليسانس و الماجستير.

حيث شهد مدرج المرحوم شيخ المؤرخين بامتيار البروفيسور أبو القاسم سعد الله مكان الملتقى وقاعات الورشات على مدى يومين تقديم عددا من المداخلات القيمة و التي فاق عددها 90 مداخلة إضافة إلى المداخلات التي احتضنتها ورشات الملتقى . و هي مداخلات مست جملة المحاور المعلن عنها والتي توجت بمناقشات و تحليلات و تعقيبات قيمة أثرت محاور الملتقى .

و بعد اجتماع لجنة الصياغة صباح يوم اوصت بما يلي :

- 1- توصي لجنة الصياغة بنشر كل قرارات مجلس الدولة الجزائري والمحكمة العليا الموريتانية كاملة، وبشكل ملزم، الكترونيا أو ورقيا مع توسيع نشرها وتداولها، وهذا لتمكين الباحثين من الانتفاع منها- أكاديميين، قضاة، محامين، وطلبة في مختلف المسارات، والمواطنين.
- 2- الإسراع في تنصيب محاكم الاستئناف الإدارية وبعث دور جديد لمجلس الدولة ينحصر أساسا في النقض على ضوء الدور المنوط بالمحكمة العليا وهو ما يستوجب الإسراع في مراجعة النصوص ذات العلاقة بقواعد الاختصاص تجسيدا لمبدأ تكافؤ الفرص بين المتقاضين أمام جهتي القضاء الإداري والعادي.
- 3- تفعيل النص المتعلق بالمستشارين فوق العادة حسب مقتضيات القانون العضوي رقم 01-98 من أجل تدعيم الدور الاستشاري لمجلس الدولة.
- 4- دعوة المهتمين في القانون الإداري لإنشاء الشبكة المغربية للقانون الإداري بهدف ضبط المصطلحات القانونية المتداولة في الفضاء المغربي وكذا عقد ملتقيات وندوات تعالج سائر الموضوعات المتعلقة بهذا القانون بهدف توحيد المنظومة الإتحادية القانونية والقضائية المغربية.
- 5- تعزيز منظومة التكوين للطلبة القضاة باعتماد نظام التخصص في المادة الإدارية.
- 6- الإسراع في إصدار القانون العضوي المتعلق بالدفع بعدم الدستورية أمام الجهات القضائية.
- 7- مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالمنازعات الرياضية باعتبارها من صميم إختصاص القضاء الإداري الوطني بما لا يقصي الدولة والقضاء الوطني.

ترفع هذه التوصيات عن طريق إدارة الكلية للجهات المعنية وزارة العدل ومجلس الدولة الجزائر

رئيس الملتقى وعميد الكلية

الأستاذ مكي دراجي

توقيع رئيس لجنة الصياغة

الأستاذ عبد الرزاق زوينة

