



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي بالوادي
معهد العلوم القانونية والإدارية



أعمال الملتقى الدولي الرابع حول: قضاء الاستعجال الإداري

يومي : 30 نوفمبر - 01 ديسمبر 2011

بالقطب الجامعي
حي الشط - الوادي



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي



المركز الجامعي بالوادي

معهد العلوم القانونية والإدارية

أعمال المؤتمر الدولي الرابع:

قضاء الاستعجال الإداري

بتاريخ: 30 نوفمبر و 01 ديسمبر 2011م

بالقرب الجامعي - حي الشط - الوادي

الجزء الأول



قضاء الاستعجال الإداري

أعمال الملتقى الدولي الرابع

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، الجزائر

الجزء الأول

طبعة 2021





مطبعة منصور

شارع القدس – الأعشاش الوادي

تلفاكس: 032 14 84 00

البريد الإلكتروني: imp_mansour@yahoo.fr



- عنوان الكتاب: قضاء الاستعجال الإداري
- النوع: مجموعة أبحاث
- المؤلف: مجموعة مؤلفين
- ردمك (ISBN): 978-9931-9695-8-7
- الإيداع القانوني: أكتوبر 2021
- الطباعة: مطبعة منصور الوادي

جميع الحقوق محفوظة

1443 هـ / 2021 م



إدارة الملتقى

● الرئيس الشرفي: أ. د. الطاهر سعد الله

● رئيس الملتقى: أ. محمد الصالح خراز

● مدير الملتقى: د. إبراهيم رحمانى

● اللجنة العلمية:

- الرئيس: أ. د. أبو بكر لشهب

- نائب الرئيس: د. فاروق خلف

- الأعضاء:

أ. د. عمار بوضياف - جامعة تبسة

أ. د. عبد الرزاق زوينة - جامعة الجزائر

أ. د. حسين الدوري - العراق

أ. د. محمد راجي - المغرب

د. فريدة مزياني - جامعة باتنة

د. بدر الدين شبل - جامعة الوادي

أ. عبد الكريم سويرة - جامعة البليدة

● اللجنة التنظيمية:

- الرئيس: أ. محمد بجاق

- اللجنة الفرعية للاستقبال والتوجيه: د. فاروق خلف

أ. الصادق جراية

أ. مراد شربي

أ. عبد القادر حوبه

أ. سامية لموشية

أ. سعدية قني

- اللجنة الفرعية للإعلام: د. بدر الدين شبل

أ. فتحي محده

أ. الشريف وكواك

- اللجنة الفرعية للخدمات: أ. عمار زعبي

أ. بوعلالة عمر

أ. عبد الله حاج أحمد

أ. صالح جابر

أ. محمد نعرورة

أ. بدر شنوف

أ. حسن بوخزنة

- اللجنة الفرعية للمتابعة: أ. إبراهيم ديدي

أ. إسماعيل طواهري

- اللجنة الفرعية للورشات: أ. بشير محمودي

أ. ريم سكفالي

- اللجنة الفرعية للصياغة:

أ.د. عبد الرزاق زوينة

د. فاروق خلف

أ. الهاشمي سعادة

أ. فريدة أبركان

Dr. Pascal Jan

أ. د. يوسف سعد الله الخوري

أ. د. سيد أحمد جميع

أهداف الملتقى

يهدف هذا الملتقى إلى تحقيق ما يلي:

- 1- خلق وبعث حركية في فقه قضاء الاستعجال الإداري.
- 2- العمل على إرساء اجتهاد قضائي يواكب المفاهيم والضوابط التشريعية الجديدة بما يحقق التوازن بين سلطات وامتيازات الإدارة العامة من جهة وحقوق وحریات ومراكز الأفراد من جهة أخرى.
- 3- تحيين وتجديد معلومات الأستاذ الباحث والطالب الجامعي في مجال نظرية قضاء الاستعجال الإداري.

الأهمية العلمية والعملية للملتقى

إن دراسة قضاء الاستعجال الإداري وضرورة تعميق البحث فيه يعد من المسائل التي حتمها التطور التشريعي الذي طال إجراءات الدعوى الإدارية الاستعجالية وتدابير الاستعجال وسلطات قاضيها، على نحو لم يكن مألوفاً قبل صدور القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، بل حتى التطور الذي حدث في فرنسا - البلد الأم للقضاء الإداري - إثر صدور القانون رقم 597/2000 المؤرخ في 2000/06/30 المتضمن تعديل قانون القضاء الإداري لم يكن كله تكريساً للاجتهاد القضائي بل أتى بأحكام ومفاهيم جديدة تؤصل لنظرية جديدة في قضاء الاستعجال الإداري كإعادة توزيع الاختصاص النوعي بين القضاء الإداري والقضاء العادي، والتخلي عن ضوابط الاختصاص النوعي بين قاضي الاستعجال وقاضي الموضوع لفائدة مفهوم جديد تحت تسمية تأسيس الدعوى الاستعجالية .

فلئن كان القضاء الإداري الفرنسي قد قارب العشر سنوات من الممارسة على ضوء التطور التشريعي، وبدأ يستقر على مفاهيم وضوابط معينة فإن الممارسة القضائية عندنا مازالت لم تتجاوز السنتين، وهذا ما

يدعو إلى تكثيف الدراسات النظرية وبعث الحركة الفقهية في هذا الاتجاه، والتي يتعين أن تقوم أساساً على تبادل الخبرات ونقل التجارب والمعلومات وتحيينها.

وفي هذا الإطار تدرج أعمال الملتقى، والذي ستسهم دراسة محاوره في تأصيل نظرية قضاء الاستعجال الإداري الجديدة.

محاور الملتقى

• المحور التمهيدي :

- تطور قضاء الاستعجال الإداري - مبررات قضاء الاستعجال الإداري.
- طبيعة قضاء الاستعجال الإداري.

• الإطار العام للدعوى الإدارية الاستعجالية

- مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية وتمييزها عن تدابير الاستعجال.
- الشروط العامة لتأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية:
- 1- الاستعجال 2- عدم المساس بأصل الحق.

• أنواع الدعاوى الإدارية الاستعجالية

- دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية.
- دعوى حماية الحريات الأساسية.
- دعوى التعدي.
- دعوى الغصب L' emprise (الاستيلاء).
- دعوى الغلق الإداري.
- دعوى التسبيق المالي.
- الدعاوى الاستعجالية الجبائية.
- الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات.

برنامج الملتقى

• برنامج اليوم الأول : 30 - 11 - 2011 •

09:30 - 10:30 الافتتاح:

- القرآن الكريم.
- النشيد الوطني.
- كلمة رئيس الملتقى.
- كلمة الوفود المشاركة.
- كلمة مدير المركز الجامعي.
- الإعلان الرسمي عن انطلاق أشغال الملتقى.
- استراحة قصيرة.

11:00 - 13:00 : الجلسة العلمية الأولى

- المكان: قاعة المحاضرات بالقطب الجامعي بالشط.
- رئيس الجلسة: أ.د. محمد الناصر بوغزالة (جامعة الجزائر)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	استقلالية قاضي الاستعجال الإداري.	أ. أحمد مجحودة أستاذ بالمدرسة العليا للقضاء والأمين العام للحكومة سابقا
2	المجال العام لاختصاص قضاء الاستعجال الإداري.	أ. محمد الصالح خراز مدير معهد العلوم القانونية والإدارية بالوادي
3	القضاء الإداري ومبدأ المشروعية.	أ.د. حسين الدوري الأمين العام للجمعية العربية للقضاء الإداري - بيروت.
4	مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية وتمييزها عن تدابير الاستعجال.	د. لخضر زرارعة جامعة باتنة

5	الاستعجال الإداري في بعض الدول العربية.	أ.د. شفيق السامرائي رئيس جامعة السلام الأوروبية بيلجيكا.
6	قواعد الاختصاص في ظل قضاء الاستعجال الإداري.	د. فاروق خلف المركز الجامعي بالوادي
7	دور قاضي الاستعجال في منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية.	د. فريدة مزياني جامعة باتنة وأ. عبد القادر حوبة المركز الجامعي بالوادي

17:00-15:00 الورشة العلمية (1)

- المدرج 1 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: د. رضا هميسي (جامعة ورقلة)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	خصوصية طبيعة الاعتداء في دعوى حماية الحريات الأساسية.	أ. ليلي آيت أوبلي المركز الجامعي بسوق أهراس
2	حالة الاستعجال الإداري بين التقدير القضائي والتحديد التشريعي.	أ. حسونة عبد الغني جامعة بسكرة وأ. عمار زعبي المركز الجامعي بالوادي
3	ماهية الدعوى الاستعجالية الإدارية وشروط رفعها.	أ. فاطمة العرفي جامعة قسنطينة
4	سلطات القاضي الإداري الاستعجالي في الأمر بإثبات حالة والقيام بتدابير التحقيق.	أ. وسيلة مرزوقي جامعة سطيف وأ. دريدي وفاء المركز الجامعي بخنشلة

15:00-17:00 الورشة العلمية (2)

- المدرج 2 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: د. فاروق خلف (المركز الجامعي بالوادي)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	دعوى وقف التنفيذ في مجال حماية الحريات الأساسية.	أ. بوسعدية رؤوف جامعة المسيلة وأ. غبولي منى جامعة سطيف
2	القضاء الاستعجالي في وقف تنفيذ القرار الإداري في حالة الغلق الإداري.	أ. عبد الله بوقنة المركز الجامعي بالوادي
3	دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية.	أ. بركات قيسوم رامي جامعة أم البواقي
4	الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، ومدى كفايتهما كشروط لتأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية (حالة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري).	أ. ساسي محمد فيصل جامعة سعيدة
5	وقف تنفيذ القرارات الإدارية: دراسة مقارنة بين فرنسا والجزائر في ظل التحولات التشريعية.	أ. سليمان السعيد جامعة جيجل

17:00-15:00 الورشة العلمية (3)

- المدرج 3 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: أ. خدّاش حبيب (جامعة بومرداس)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	دعوى الاستيلاء وإجرائاتها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مقارنة بقضاء المظالم.	أ. عبد الله حاج أحمد وأ. عمر بوعلالة المركز الجامعي بالوادي
2	الاستعجال في نطاق منازعات المسؤولية الطبية الخاضعة لاختصاص القضاء الإداري.	أ. حاج عزام سليمان جامعة المسيلة
3	النظام القانوني لدعوى الغلق الإداري	أ. حمداوي محمد المركز الجامعي بتيسمسيلت
4	دور القاضي الإداري الاستعجالي في حماية حرية المنافسة في العقود الإدارية.	أ. شريف الشريف المركز الجامعي بالنعامة
5	رقابة القاضي الإداري الاستعجالي لقرارات الضبط الإداري.	أ. عزيزة بن جميل جامعة عنابة

● برنامج اليوم الثاني : 01 - 12 - 2011 ●

08:30-10:00 الورشة العلمية (1)

- المدرج 1 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: د. محمود زاني (جامعة تونس)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	الإطار العام للدعوى الإدارية الاستعجالية.	أ. منيرة حروش المركز الجامعي خنشلة
2	تأثير الظروف الاستثنائية على سلطات القاضي الإداري في القضاء الإداري الاستعجالي.	أ. هبة بوكرا الدين جامعة عنابة
3	التحقيق في القضاء الإداري الاستعجالي.	أ. طاهري إسماعيل المركز الجامعي بالوادي
4	اجتهاد مجلس الدولة الجزائري في القضايا الاستعجالية.	أ. غناي رمضان جامعة بومرداس

08:30-10:00 الورشة العلمية (2)

- المدرج 2 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: د. بدر الدين شبل (المركز الجامعي بالوادي)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	إجراءات الدعوى شبه الاستعجالية المتعلقة بالعقود والصفقات العمومية.	أ. فصراري حنان. جامعة سعيدة
2	المعارضة في الأوامر الاستعجالية الإدارية.	أ. محده فتحي المركز الجامعي بالوادي
3	سلطات القاضي الإداري الاستعجالي لوقف تنفيذ القرارات الإدارية.	أ. مهداوي عبد القادر جامعة ورقلة

4	الآليات والضوابط القانونية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري (قراءة قانونية واقعية).	أ. يوسفات علي هاشم جامعة أدرار
---	---	-----------------------------------

10:00-08:30 الورشة العلمية (3)

- المدرج 3 بمعهد الحقوق - حي النور.

- رئيس الجلسة: أ. الهاشمي سعادة (رئيس المحكمة الإدارية بورقلة)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	طرق الطعن في الأوامر الاستعجالية الإدارية.	أ. دريس كمال فتحي المركز الجامعي بالوادي
2	الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات.	أ. مالكية نبيل المركز الجامعي خنشلة وأ. مارية زبيري جامعة منتوري قسنطينة
3	المنازعة الاستعجالية الجبائية - شروطها وإجراءاتها.	أ. محمودي بشير وأ. سكفالي ريم المركز الجامعي بالوادي
4	الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات.	أ. نادية تياب جامعة بجاية
5	طبيعة الاستعجال وحالاته في تأسيس الدعوى الإدارية الاستعجالية.	أ. عبد القادر نابي جامعة سعيدة

الجلسة العلمية الثانية 13:00-11:00

- المكان: قاعة المحاضرات بالقطب الجامعي بالشط.

- رئيس الجلسة: د. وهبي محمد مختار (نائب رئيس القضاء . السودان)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	Les procédures d'urgence en matière administrative : Etude comparative France –Tunisie.	Dr. Mahmoud Zani جامعة تونس - تونس
2	قضاء الاستعجال في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية.	د. عبد المحسن بن عبد الله الزكري ديوان المظالم - الرياض - السعودية
3	تجربة القضاء الاستعجالي الإداري المغربي.	أ. د. محمد راجي جامعة محمد الخامس - المغرب
4	الاستعجال الإداري في قضاء مجلس الدولة المصري.	أ. د. سيد أحمد جميع نائب رئيس مجلس الدولة - مصر
5	قضاء الاستعجال الإداري " تجربة مجلس الشورى اللبناني".	د. يوسف سعد الله الخوري رئيس مجلس الشورى اللبناني سابقا
6	الاستعجال الإداري في القضاء السوداني.	د. وهبي محمد مختار نائب رئيس القضاء - السودان
7	La procédure de référé-liberté (art. L. 521-2 CJA)	Dr. Olivier le Bot جامعة نانسي - فرنسا

الجلسة العلمية الثالثة 14:30 - 16:00

- المكان: قاعة المحاضرات بالقطب الجامعي بالشط.

- رئيس الجلسة: أ.د. مجيد خليل حسن (رئيس جامعة لاهاي - هولندا)

م	عنوان المحاضرة	الباحث
1	Du référé en matière de passation des contrats et marchés, ou précontractuel	أ. فريدة أبركان رئيس مجلس الدولة سابقا - الجزائر
2	La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé liberté	Dr. Pascal Jan جامعة بور دو - فرنسا
3	الدعوى الاستعجالية الجبائية.	د. الواسعة صالح جامعة باتنة
4	مدى حماية الحقوق الأساسية في ظل تنفيذ القرارات الإدارية.	د. فريدة بلقران جامعة باتنة
5	دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية.	أ. عبد الكريم سويرة جامعة البليدة
6	التدابير التحفظية المتخذة من قبل قاضي الأمور المستعجلة في المواد الإدارية.	د. سعاد طيبي المركز الجامعي بالخميس مليانة
7	دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية.	د. علي قصير جامعة باتنة

جلسة الاختتام 16:00 - 17:00

- قراءة التوصيات.

- كلمة الوفود المشاركة.

- كلمة مدير المعهد.

- كلمة مدير المركز الجامعي.

محتوى الجزء الأول

رقم الصفحة	الموضوع
	□ المجال العام لاختصاص قضاء الاستعجال الإداري.
17	الأستاذ محمد الصالح خراز
	□ مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية وتمييزها عن تدابير
47	الاستعجال. د. لخضر زرارعة
	□ قضاء الاستعجال في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام
	القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية.
55	د. عبد المحسن بن عبد الله الزكري
	□ التدابير التحفظية المتخذة من قبل قاضي الأمور المستعجلة في المواد
	الإدارية.
121	د. سعاد طيبي
	□ دور قاضي الاستعجال في منازعات إبرام العقود والصفقات
	العمومية.
	د. فريدة مزباني
135	أ. عبد القادر حوبه
	□ الدعوى الاستعجالية الجبائية.
145	د. الواسعة صالحى
	□ دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية.
155	د. علي قصير
	□ خصوصية طبيعة الاعتداء في دعوى الحماية المستعجلة للحريات
	الأساسية.
167	أ. ليلي آيت أوبلي

- الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات.
- 177 أ. نادية تياب
- الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية أو الاستعجال في
مرحلة ما قبل التعاقد.
- 197 أ. فريدة أبركان
- 206 □ Le référé-liberté
Par Pascal Jan
□ La procédure de référé-liberté
(art. L. 521-2 CJA)
- 216 Par Olivier Le Bot
□ Les procédures d'urgence
en matière administrative:
Etude comparative France -Tunisie
- 286 Par Mahmoud Zani
□ Du référé en matière de passation des contrats et
marchés, ou précontractuel
- 298 Par Farida Abercan

المجال العام لولاية قضاء الاستعجال الإداري

الأستاذ/ محمد الصالح خراز

مدير معهد العلوم القانونية والإدارية

المركز الجامعي بالوادي



الملخص

يتناول الموضوع معايير الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في الجزائر على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الساري المفعول الصادر بالقانون رقم 09/08 المؤرخ في: 25/02/2008 مقارنا بقانون الإجراءات المدنية الملغى الصادر بالأمر رقم 154/66 المؤرخ في: 08/06/1966 المعدل والمتمم، وذلك بغية تحديد الاختصاص الوظيفي لقاضي الاستعجال الإداري. لقد اعتمد المشرع الجزائري المعيار العضوي كأساس في توزيع الاختصاص بين القضاة لكنه لم يأخذ به على إطلاقه فأورد عليه قيودا واستثناءات لصالح المعيار الموضوعي كلما ارتأى أن طبيعة المنازعة تقتضي ذلك، وهو ما سيتم تناوله تفصيلا .

Le résumé

Ce sujet traite les critères de la compétence entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire en Algérie selon le Code de procédure civile et administrative – le texte en vigueur – délivré par la loi N° 08/09 du 25/02/2008 comparé par le code de procédure civile – abrogé - délivré par l'ordonnance N° 66/154 du: 08/06/1966 modifiée et complétée, et afin de déterminer la compétence fonctionnelle du juge du référé administratif.

Le législateur algérien a adopté en base le critère organique dans la répartition de la compétence entre les deux juridictions et en second et par titre exceptionnel il a pris en considération le critère objectif à chaque fois estimé que la nature d'action exige l'exception, et c'est ce qui va être abordé en détail.

تمهيد:

من أجل حصر مجال الاختصاص الوظيفي لقاضي الاستعجال الإداري، يتعين التعرض لأنواع المنازعات التي تخرج عن اختصاص السلطة القضائية عامة، ومن أجل تحديد مجال اختصاصه النوعي يتعين تمييزه عن اختصاص القضاء العادي، وذلك ما سيتم التعرض إليه في هذه الصفحات.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد خرج عن النظرية التقليدية في تحديد الاختصاص النوعي بين قاضي الموضوع وقاضي الاستعجال داخل جهاز القضاء الإداري، معتبرا أن قاضي الاستعجال والذي هو ذاته قاضي الموضوع يكون مختصا بنظر أي دعوى استعجالية تكون ذات طبيعة إدارية تبعا لمعايير الاختصاص المعتمدة، مستبدلا رفضها لعدم الاختصاص النوعي متى انعدم الاستعجال، أو كان من شأن الفصل فيها المساس بأصل الحق، بتعبير جديد وهو عدم تأسيس الدعوى، مقلدا في ذلك المشرع الفرنسي.

وبذلك يكون الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال الإداري هو نفسه الاختصاص النوعي لقاضي الموضوع.

المبحث الأول:

المنازعات التي تخرج عن ولاية السلطة القضائية

هناك أنواع من المنازعات لا يختص القضاء - سواء أكان إداريا أم عاديا- بنظرها، لخروجها عن اختصاصه بسبب وظيفته، وبالتالي لا تعد مجالا لقضاء الاستعجال الإداري وهي:

المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بأعمال البرلمان:

طبقا للمادة 98 من الدستور الجزائري لسنة 1996، فإن السلطة التشريعية يمارسها برلمان يتكون من غرفتين، هما المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وقد تم تفضيل تعبير أعمال البرلمان، عن التعبير الدارج في الفقه العربي تحت

تسمية: "أعمال السلطة التشريعية"⁽¹⁾، ذلك لأن الدستور الجزائري قد ميز بين السلطة التشريعية، التي اعتبرها وظيفة، وبين البرلمان الذي اعتبره هيئة مختصة بممارسة تلك الوظيفة، فالأعمال تنسب للهيئة التي قامت بها، ولا تنسب لطبيعة العمل، كما أن المنازعة لا يمكن أن تقوم إلا بين طرفين وليس بين وظيفتين، أو وظيفة وطرف.

فالأصل العام، أن جميع المنازعات التي تنشأ عن نشاط البرلمان، أو التي يكون البرلمان طرفا، لا يختص القضاء بجهتيه العادي والإداري بنظرها، ومرد ذلك يعود لأسباب تاريخية وسياسية وقانونية مختلفة.

وباستقراء وتحليل الدستور الجزائري لسنة 1996، لاسيما أحكامه المتعلقة بالسلطة التشريعية، وكذا النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني⁽²⁾، والنظام الداخلي لمجلس الأمة⁽³⁾، والقانون العضوي رقم: 02/99 المؤرخ في: 08/03/1999 الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، يتبين وأن البرلمان يقوم بأربعة أنواع أساسية من الأعمال، وهي:

1 - الأعمال المتعلقة بالتشريع:

وهي مجموع الأعمال المتعلقة بإعداد القوانين والتصويت عليها، وما يتخلل تلك المرحلتين من إجراءات. ويدخل في ذلك اقتراح القوانين من طرف النواب طبقا للمادة 119 الفقرة الثانية من الدستور، ومناقشة اقتراحات القوانين ومشاريع القوانين طبقا للمادة 120 من الدستور، وإدخال التعديلات عليها طبقا للمادة 61 وما يليها من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، وكذا التصويت على الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار صلاحياته المنصوص عليها بالمادة 124 من الدستور، وذلك طبقا للإجراءات المنصوص عليها بالمادة 38 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني والمادة 70 من النظام الداخلي لمجلس

الأمة، والموافقة على الاتفاقيات والمعاهدات طبقاً للمادة 131 من الدستور. وهذه الطائفة من الأعمال، التي تدخل في المجال المخصص للقانون بمقتضى المادتين 122 و 123 من الدستور أو بمقتضى أي نص آخر في الدستور، يارسها البرلمان بمطلق السيادة التي يتمتع بها بمقتضى الفقرة الثانية من المادة 98 من الدستور، لا يجد من إرادته بشأنها إلا ضرورة التقيد بالضوابط التي حددها المؤسس الدستوري.

وحتى في الحالات التي يسبب فيها القانون ضرراً خاصاً، فإن الاتجاه الحديث الذي يقرر مسؤولية الدولة في هذا الصدد، فإن المنازعة الإدارية الموضوعية توجه ضد الدولة، وليست ضد البرلمان، إلا أنه ومهما كان السبب، فإن قضاء الاستعجال الإداري غير مختص باتخاذ أي إجراء بسبب حالة استعجال مترتبة عن قانون.

إن هذه الأعمال المتعلقة بالتشريع، أو الأعمال التشريعية، لا ينفرد بها البرلمان وحده، إذ يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بمقتضى أوامر، منها ما يعتبر تشريعاً منذ لحظة صدوره، ولا يختص برقابته القضاء، مثل إصدار قانون المالية بأمر طبقاً للمادة 6/120 من الدستور، وأوامر الحالة الاستثنائية طبقاً لنص المادة 4/124 من الدستور، وأوامر حالة الحرب طبقاً للمادتين 95 و 96 من الدستور. أما الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية عند غياب البرلمان بسبب حله أو فيما بين دورتيه والتي تسمى بأوامر الضرورة، فإنها تعد قرارات إدارية خاضعة لرقابة القضاء الإداري، حتى يصادق عليها البرلمان.

2 - الأعمال المتعلقة برقابة الحكومة:

نصت المادة 1/99 من الدستور على أن البرلمان يراقب عمل الحكومة وفقاً للشروط المحددة في المواد 80، 84، 133 و 134 من الدستور، ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن المجلس الشعبي الوطني يارس الرقابة المنصوص عليها في

المواد من 135 إلى 137 من الدستور.

فواضح أن صلاحيات البرلمان في رقابة عمل الحكومة تختلف من غرفة إلى أخرى، إذ أن صلاحيات الغرفة الأولى أوسع من تلك الصلاحيات المخولة للغرفة الثانية.

ومظاهر الرقابة البرلمان لعمل الحكومة، يتجلى أهمها فيما يلي:

- مناقشة برنامج الحكومة والموافقة عليه.
- الإعداد والتصويت على مختلف اللوائح.
- الاقتراح والتصويت على ملتمس الرقابة.
- التصويت بالثقة.
- استجواب الحكومة.
- الأسئلة المكتوبة والشفوية التي يتقدم بها الأعضاء والنواب لأعضاء الحكومة.

- تشكيل لجان التحقيق وسيرها.

- مناقشة السياسة الخارجية.

وهي مسائل مهما أثير من نزاع حولها، فهي لا تخضع لرقابة القضاء مطلقا.

3 - الأعمال المتعلقة بأوضاع الأعضاء:

وهي الأعمال التي تمارسها كل غرفة، والمتعلقة بأوضاع الأعضاء، سواء فيما يتعلق بإثبات العضوية أو بإسقاطها، أو بالعزل أو برفع الحصانة البرلمانية، أو فيما يتعلق بالإجراءات ذات الطابع التأديبي الممكن اتخاذها ضد عضو البرلمان. كما يدخل في هذه الفئة انتخاب الأعضاء لتولي مهام داخل البرلمان، أو لتولي مهام خارجه، أو التكليف بإحدى المهام لتمثيل إحدى الغرفتين سواء بالداخل أو بالخارج.

هذا الصنف من الأعمال أيضا لا يخضع للرقابة القضائية.

4 - الأعمال المتعلقة بالتسيير المالي والإداري :

كانت مختلف الأعمال المتعلقة بتسيير موظفي البرلمان والمستحقات المقررة للأعضاء والصفقات التي يبرمها مع الغير، تعتبر أعمالاً محصنة من رقابة القضاء، إلا أن الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي، اعتد بالمعيار الموضوعي للتفريق بين العمل الإداري والعمل التشريعي أو العمل البرلماني المرتبط بالتشريع، وتأكد ذلك في العديد من القضايا منها قضية ورثة جولي Joly سنة 1899 وقضية Rosin سنة 1932⁽⁴⁾، وظل المجلس يتمسك باختصاصه في مجال الصفقات التي يبرمها البرلمان⁽⁵⁾.

وقد نصت المادة: 84 من النظام الداخلي للمجلس الشعبي الوطني، والمادة: 104 من النظام الداخلي لمجلس الأمة، على أن موظفي الغرفتين يستفيدون من نفس الضمانات المعترف بها لموظفي الدولة، أي بحقوقهم في رفع الدعاوى القضائية الإدارية، الموضوعية منها والاستعجالية للدفاع عن حقوقهم أو حماية أوضاعهم ومراكزهم.

المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بأعمال السيادة :

تعددت التعاريف التي قدمها الفقه حول أعمال السيادة Les actes de souveraineté، أو كما تسمى أيضا بأعمال الحكومة أو الأعمال الحكومية Les actes de gouvernement، فعرفها الفقيه " ديفور Dufour " استنادا لمعيار الباعث السياسي بأنها " كل عمل يصدر عن السلطة التنفيذية، ويكون القصد منه حماية الجماعة في ذاتها، أو مجسدة في الحكومة ضد أعدائها في الداخل أو الخارج، سواء كانوا ظاهرين أو مختفين، في الحاضر أو في المستقبل"⁽⁶⁾. ويتناولها الفقيه " لافيري Leferriere " استنادا لطبيعة العمل ذاته على أساس أن الوظيفة الإدارية تختلف عن الوظيفة الحكومية التي يقصد منها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها، وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقتها مع الدول الأجنبية وعلى أمنها الداخلي⁽⁷⁾.

ومهما تعددت التعاريف فإن أعمال السيادة يقصد منها تلك الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية والمرتبطة بما يلي:

1 - الأعمال المرتبطة بعلاقات الدولة مع الخارج:

تعتبر الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية في إطار علاقتها، وغيرها من الدول أو المنظمات الدولية، أو بالآثار التي تترتب عن ذلك خارج حدودها الإقليمية، هي المجال الخصب لنظرية أعمال السيادة، حتى أن الدكتور عبد الفتاح ساير داير، والذي يعد من المختصين في دراسة أعمال السيادة في الفقه العربي يقول: "بأن الأعمال الدبلوماسية هي الميدان الصحيح للأعمال الحكومية أو أعمال السيادة، ويمكن تعريفها بأنها الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بصفتها ممثلة للدولة كشخص دولي، أثناء مباشرتها سلطتها في المسائل الدبلوماسية، أو في العلاقة الدولية للدولة والأعمال المرتبطة أو المتعلقة بها، والتي يترتب على الفصل في المنازعة الخاصة بها، الحكم إما على موقف أو تصرف دولة أو سلطة أجنبية أخرى. وبعبارة أخرى هي الأعمال الدبلوماسية والأعمال الفردية ذات الطابع السياسي" (8).

وعلى هذا الأساس فإن المعاهدات والاتفاقيات الدولية حتى وإن كانت تطبق داخل الدولة، ويستند القضاء لأحكامها، فإن تفسيرها كان يعد من أعمال السيادة لا يجوز للقضاء الاجتهاد فيه، وكان يحال أمر التفسير للحكومة ذاتها، إلى أن قرر مجلس الدولة الفرنسي في قضية GISTI بحكمه الشهير الصادر بتاريخ: 1990/06/29 (9) بالقول بسلطته في التفسير، وبذلك أخرجها، أي سلطة تفسير المعاهدات الدولية، من دائرة أعمال السيادة.

2 - الأعمال المرتبطة بعلاقة السلطة التنفيذية بمختلف السلطات والهيئات الدستورية:

إن الحكومة بمفهومها الواسع، أي السلطة التنفيذية، هي سلطة دستورية تربطها بمختلف السلطات والهيئات الدستورية الأخرى علاقات متعددة، وكل نشاط تقوم به يندرج في إطار تلك العلاقات، إنها يستند إلى الدستور

والأعراف الدستورية، والقوانين المتعلقة بتنظيم تلك العلاقات، ولا ينضوي تحت أحكام القانون الإداري، باعتبار أن الحكومة لا تدير ولا تسير غيرها من السلطات والهيئات الدستورية.

وباستحالة انطباق أحكام القانون الإداري على تلك العلاقات، فإن القضاء بصفة عامة لا يكون مختصا بنظر أي منازعة أو خلاف ينشأ عن ذلك، فاختصاص القضاء العادي مستبعد بكون الدولة طرفا في المنازعة، واختصاص القضاء الإداري مستبعد لكون المنازعة لا تخضع لأحكام القانون الإداري، وبالتالي فإن اختصاص قضاء الاستعجال الإداري لا يقوم، حيث لا يقوم اختصاص القضاء الإداري أولا.

وفي هذا الصدد فإن إحالة الحكومة لمشروع قانون على البرلمان، أو سحبها له، أو طلب إعادة التصويت بأغلبية أكثر إذا ما رأى رئيس الجمهورية ذلك، أو التجائه لإخطار المجلس الدستوري، أو حل البرلمان وتنظيم انتخابات تشريعية مسبقة، أو غيرها من الأعمال التي تندرج في نفس العلاقة، والمتعلقة بسلطات دستورية أو هيئات دستورية أخرى، كتحسين أعضاء بالمجلس الدستوري، أو أعضاء المجلس الإسلامي الأعلى أو تنظيم المجلس الأعلى للأمن، فإنها ومهما قيل من تحفظات حول سلامتها الدستورية، فإنها تبقى من الأعمال المحصنة من الدعاوى القضائية.

وواضح أن مختلف هذه الأعمال ليست لها علاقة مباشرة بالمواطن، أو بالسلطات الإدارية المكلفة بتصرف الشؤون العادية في مختلف أغراض الحياة العامة اليومية، بل هي متعلقة بسلطات أخرى ويتمحور جوهرها حول أساليب الحكم، لا أساليب الإدارة والتسيير.

3 - الأعمال المرتبطة بسلامة الدولة داخليا وخارجيا :

أن جميع الأعمال التي تقوم بها الحكومة، سواء لاتقاء عدوان أجنبي أو لردّه،

أو اتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز نظامها الدفاعي، أو إعلان الحرب أو توقيع اتفاقيات الهدنة أو السلم، وغيرها من المسائل المتعلقة بها كالمفاوضات والمشاورات، كلها لا تشكل مواضيع للقانون الإداري، ولا تخضع بالتالي لرقابة القضاء الإداري.

أما فيما يتعلق بالأمن الداخلي للدولة، فيجب التمييز بين نوعين من التدابير، فإن التدابير العادية التي تهدف إلى المحافظة على النظام العام بجميع عناصره، فتندرج ضمن السلطة الضبطية للإدارة، وتخضع فيها الدولة لرقابة القضاء الإداري، بما فيها تدخل قضاء الاستعجال الإداري. أما مختلف الأحداث التي تتجاوز في آثارها مجرد الإخلال بالنظام العام، لتتجاوزها إلى تهديد وجود الدولة أو نظامها أو نشر التقتيل والتخريب والفتنة والأمراض والأوبئة، أو ما يهدد الوحدة الوطنية، فإن السلطة التنفيذية عند اتخاذها لمختلف التدابير الرامية لإخاد تلك الفتنة، إنما تتصرف كسلطة حاكمة تستهدف إنقاذ الدولة بجميع مقوماتها، لا كإدارة عامة لتصرف الأمور اليومية العادية.

والأمر لا يقتصر فقط على مظاهر العدوان التي تتم بالعنف، بل يمتد إلى كل خطر يهدد كيان النظام الاقتصادي أو المالي أو النقدي أو الاجتماعي أو العقائدي، الذي يقوم عليه التوازن الاجتماعي والسياسي في الدولة.

وقد اعتبرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا⁽¹⁰⁾، أن القرار المتعلق بإصدار وتداول وسحب العملة، مستوحى من باعث سياسي، وبالتالي يعد من أعمال السيادة التي لا رقابة قضائية على مشروعيتها.

وقد تختلط في هذه الحالة نظرية أعمال السيادة بنظرية الضرورة، إلا أن الاختلاف بينهما، وإن كان يصعب تمييزه من حيث الواقع، إلا أنه يمكن التمييز بينهما في هذا المقام كالتالي:

- أن أعمال السيادة ليست أعمالا إدارية، بل أعمال تنسب للحكومة باعتبارها

سلطة حاکمة، بينما الأعمال التي تبيحها حالة الضرورة، هي أعمال إدارية، وصادرة عن الإدارة العامة.

- أن القضاء غير مختص برقابة أعمال السيادة، بينما في حالة الضرورة يعود إليه الاختصاص في تقدير تدخل الإدارة، ومدى ملاءمته للحالة التي تدعي الإدارة بأنها هي الضرورة التي دفعها للتصرف، فإن تأكد القضاء من سلامة الوسيلة وملاءمتها لمجابهة الضرورة المستند إليها، اعتبر العمل شرعياً، وإن ثبت له العكس قضى بالإجراء المناسب.

- أن هدف الحكومة في أعمال السيادة هو تحقيق أهداف سياسية، بينما هدفها في حالة الضرورة، هو الحفاظ على النظام العام⁽¹¹⁾ وتحقيق المصلحة العامة⁽¹²⁾.

4 - الأعمال المرتبطة بثقة الدولة في أعوانها :

إن أساس تولي المناصب العليا القيادية في الدولة الديمقراطية، هي الثقة السياسية التي يمنحها الشعب للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيسها الأعلى باعتباره رئيساً للدولة، ولأعضاء المجالس المكلفة بالإدارة المحلية. أما على مستوى السلطة التشريعية، فإن الثقة التي يضعها الشعب في النواب هي السبيل الوحيد لتشكيل المجلس الشعبي الوطني بالبرلمان.

فمهما تطور مفهوم سيادة القانون، ودولة القانون، فإن للثقة مجالا معتبرا، في إعطاء الروح والحركة للقانون.

فإذا كانت على مستوى مناصب القيادة هي ثقة شعبية مباشرة، يارسها الشعب بكل سيادة، فإنها على مستويات أخرى، لاسيما داخل السلطة التنفيذية، فإن تولي المناصب العليا الإدارية أو الحكومية أيضا أساسه الثقة.

فالوزير الأول وأعضاء الحكومة، يختارهم رئيس الجمهورية لاعتبارات أهم أسسها الثقة، ولا يمنح لهم البرلمان تأشيرة العمل إلا إذا حصلوا على ثقته. وكذلك الأمر بالنسبة لأغلب المناصب التي يعين فيها رئيس الجمهورية أو

الوزير الأول وأعوانه، فمصدرها الثقة الموضوعة في العون من قبل رؤسائه. فبهذه الثقة يمكن تعيين أعوان الدولة، من مديرين عامين وولاة ورؤساء دوائر ... وبهذه الثقة أيضا يمكن إنهاء مهامهم، ودائما فإن الشكل القانوني الذي يتم به التعيين أو إنهاء المهام هي القرارات الصادرة عن الحكومة، مما يؤدي إلى إثارة التساؤل عن تكييف هذه القرارات، هل تعتبر قرارات إدارية قابلة للطعن فيها، أم أنها قرارات ذات طبيعة سياسية تشكل نوعا من أعمال السيادة.

المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي لم يتطرقا لهذه المسألة، تاركين الأمر للقضاء، أما المشرع المصري الذي كان اتجاهه منذ مدة طويلة، يهدف إلى محاولة تحديد أعمال السيادة، تارة بالتعداد على سبيل المثال، وتارة بالإطلاق، وفي هذه المسألة بالذات المتعلقة بأوضاع كبار الموظفين في الدولة فقد صدر القانون رقم 31 لسنة 1963، معتبرا على أنه يعد من أعمال السيادة قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بإحالة الموظفين العموميين إلى المعاش أو الاستيداع أو فصلهم عن غير الطريق التأديبي⁽¹³⁾.

وعلى أي حال لا يبرز في الجزائر عند تعيين كبار المسؤولين أي شرط قانوني، لإضفاء الشرعية على المسألة، ويبقى الاعتبار البارز هو ما يجوزونه من ثقة القيادة، وبالنسبة لإنهاء المهام فلا تبرز أيضا بوضوح إلا مسألة الثقة، وبالتالي فإن هذه الأعمال هي أعمال سيادة، وليست أعمال إدارية خاضعة للرقابة القضائية.

وقد يختلط الأمر في هذا المجال، بين نظرية أعمال السيادة وفكرة السلطة التقديرية للإدارة، فمقتضى السلطة التقديرية أن لا يخرج العمل من طبيعته الإدارية، غاية ما في الأمر أنها تعطي للإدارة سلطة واسعة في تقدير الوقائع، لا تمتد إليها رقابة القضاء، ولو أن القضاء في الإطار الكلي مختص برقابة العمل وفحص مدي مشروعيته، وتقدير حدود السلطة التقديرية للإدارة على ضوء

القانون، فإن ثبت لديه بأن الإدارة قد تجاوزت حدود السلطة التقديرية قضى بعدم مشروعية عملها، وكذلك الحال إن ثبت له بأن المشرع لم يمنحها هذه السلطة. أما إذا ثبت بأن لها سلطة في تقدير الوقائع وتقدير الإجراء المناسب، فإن القاضي لا يتوغل لفحص ما يدخل في سلطتها التقديرية فقط، على أن تحقيق المصلحة العامة يبقى هدفا لكل عمل إداري يخضع لرقابة القضاء. أما أعمال السيادة فإن القاضي غير مختص برقابتها ومدى مطابقتها للقانون، فبمجرد أن يدرك الباعث السياسي في المسألة يقضي بعدم الاختصاص.

أما إذا سببت أعمال السيادة ضررا خاصا بأحد الأفراد فإن القضاء مختص بدعوى التعويض ليس على أساس الخطأ بل على أساس المخاطر، إن كان لذلك محلا⁽¹⁴⁾.

المطلب الثالث: المنازعات المسند الفصل فيها لهيئات خاصة:

دون الخوض في طبيعة وأنواع اللجان والهيئات التي يسند إليها المشرع أمرا معينا، ثم بعد ذلك يمكن اللجوء إلى القضاء طعنا فيه، كقرارات مجلس المحاسبة الخاضعة للطعن فيها بالنقض أمام مجلس الدولة، أو قرارات اللجان المتساوية الأعضاء الخاصة بالموظفين، أو مجالس تأديب المحامين، فهي هيئات في نظري لها الأسبقية في نظر المنازعة فقط، قبل طرحها على القضاء.

أما المقصود بالمنازعات المسند الفصل فيها لهيئات خاصة، هي تلك الهيئات التي تكون مختصة اختصاصا مانعا لغيرها من نظر المنازعة، بحيث لورفع النزاع إلى القضاء لصرح بعدم اختصاصه، لا بعدم قبول الدعوى لعدم عرض النزاع على تلك الهيئات قبل الالتجاء للقضاء.

ومن بين تلك الهيئات التي يمنع اختصاصها اختصاص القضاء، هي المنازعات الناجمة عن إعلان نتائج الانتخابات الرئاسية والتشريعية والاعتراض على صحة عمليات التصويت فيها.

والسؤال الذي يتبادر في هذا الصدد، هل يجوز لقضاء الاستعجال الإداري، أن يقوم بأي إجراء إذا ما انعقد اختصاصه طبقا للقواعد العامة، كإثبات الحالة

بأحد مراكز الاقتراع، أو تعيين خير لفحص عدد الأصوات مثلاً. الأصل العام في هذا المجال، أن النزاع الذي لا ينعقد الاختصاص فيه للقضاء الإداري، لا ينعقد أيضاً لقضائه الاستعجالي، وهذه النتيجة محل تمييز بين حالتين، الأولى إذا حدد المشرع الهيئة المكلفة بإثبات الوقائع المستعجلة كما هو الشأن في مسائل الانتخابات الرئاسية والتشريعية فإن قاضي الاستعجال لا يقوم اختصاصه بسبب أن تلك الوظيفة عهد بها إلى غيره، وبالتالي لا يكون مختصاً وظيفياً، أما إذا لم يحدد المشرع الجهة المكلفة بالتدخل في حالة الاستعجال، فإنه لا يوجد ما يمنع قاضي الاستعجال من اتخاذ الإجراء المناسب إذا ما رفعت إليه الدعوى طبقاً للقانون، ذلك لأن تلك الوظيفة المتعلقة بنظر المسائل المستعجلة لم يعهد بها لغيره.

المبحث الثاني:

مجال اختصاص القضاء الإداري

الأصل العام أن قضاء الاستعجال الإداري، لا يكون مختصاً إلا إذا كان القضاء الإداري مختصاً. والقضاء الإداري لا يختص وظيفياً، بالمنازعات المتعلقة بأعمال البرلمان وأعمال السيادة أو المنازعات المسند الفصل فيها لهيئات خاصة، على تفصيل موجز تم التعرض إليه فيما سبق. كما لا يختص نوعياً بالمنازعات التي يعود الاختصاص فيها للقضاء العادي.

وتقتضي المنهجية العلمية، قبل التطرق لمعرفة مجال اختصاص قاضي الاستعجال الإداري، أن نميز أولاً بين اختصاص القضاء بين: العادي والإداري، لننتهي إلى تحديد مجال اختصاص القضاء الإداري في النظام القضائي الجزائري، ثم منه لتحديد مجال اختصاص قاضي الاستعجال الإداري، ضمن نسق متسلسل، وهو ما سنتناوله فيما يلي:

المطلب الأول: القاعدة العامة لاختصاص القضاء الإداري في الجزائر:

اتجه المشرع الجزائري في تحديد معيار الاختصاص القضائي، إلى الأخذ بالمعيار

العضوي بصفة أساسية، أي أن تحديد الاختصاص يتم بالنظر لأطراف الخصومة، لا لموضوعها. فأرست المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقابلها المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى⁽¹⁵⁾ هذا المعيار، بنصها على أن المحكمة الإدارية تختص بجميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها. كما كرست المادة 9 من قانون مجلس الدولة⁽¹⁶⁾ المعيار العضوي أيضاً، لكنها وسعت في قائمة الأشخاص الإدارية لتشمل - فضلاً عما هو محدد بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية - الهيئات العمومية الوطنية، والمنظمات المهنية الوطنية.

فالعبرة حسب هذا المعيار، لا تكون لطبيعة موضوع المنازعة، بل لطبيعة أطراف المنازعة، فإذا ما كانت إحدى الهيئات المشار إليها بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية طرفاً في النزاع، فإن الاختصاص ينعقد للقضاء الإداري سواء قضاء الإلغاء أو التعويض أو قضاء الاستعجال، وإذا ما كانت منظمة مهنية وطنية أو هيئة عمومية وطنية حسب تعبير المادة 9 من قانون مجلس الدولة، فإن الاختصاص يعود إليه بنظر دعوى الإلغاء أو التفسير أو فحص المشروعية والقضايا الاستعجالية المرتبطة بها.

وقد كان هذا المعيار الذي اعتمده المشرع بالمادة 7 من قانون الإجراءات المدنية الملغى، مسيراً لقواعد الاختصاص، إلا أنه بالرجوع إلى المادة 9 من قانون مجلس الدولة، قد تتزعزع بساطته ويسره، خاصة عندما اعتبر أن قرارات الهيئات العمومية الوطنية خاضعة للقضاء الإداري. فهنا يثور التساؤل: ما هو معيار تحديد الهيئة العمومية الوطنية؟ وهل هي بالضرورة هيئة ذات طبيعة إدارية؟ وما هو الفرق بينها وبين المؤسسات العمومية ذات الطبيعة الإدارية؟

فالمهنة العمومية حسب مفهوم القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية

الاقتصادية⁽¹⁷⁾ هي:

- الهيئة العمومية ذات الطابع الإداري، وهي تخضع لأحكام القانون الإداري (المادة 43).

- الهيئة العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري، وهي في علاقتها بالدولة تخضع لأحكام القانون الإداري، وفي علاقتها بالغير تعد تاجرة، وتخضع للقانون التجاري (المادتان: 44 و 45).

- الهيئات المحلية، وقد تكون إدارية أو ذات طابع صناعي وتجاري (المادة 48).

- أجهزة الضمان الاجتماعي، وهي ذات تسيير خاص (المادة 49).

- الجمعيات والتعاونيات والتجمعات الأخرى، وتخضع كل منها للأحكام المطبقة عليها.

- مراكز البحث والتنمية، وهي ذات طبيعة إدارية، إلا إذا قررت نصوص إنشائها ما يجعلها صراحة من بعض أحكام القانون الإداري (المادة 53).

إذن وحسب ذلك فإن المؤسسة العمومية ذات الطبيعة الإدارية، هي هيئة عمومية، فهنا يثور تنازع في الاختصاص بين الغرف الإدارية ومجلس الدولة، وقد تداركه المشرع بالمادة 801 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حينما قسم دعوى الإلغاء بين مجلس الدولة والمحاكم الإدارية، إذ اختصت هذه الأخيرة بدعوى الإلغاء ضد قرارات المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية.

إلا أن هذا المعيار العضوي الذي اختاره المشرع لتوزيع الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري، ليس مطلقا بل ترد عليه استثناءات، وهو ما سنراه فيما يلي:

المطلب الثاني: الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي:

الاستثناءات التي ترد على المعيار العضوي، الذي يشكل القاعدة العامة في توزيع الاختصاص هي نوعان: استثناءات مقررة لصالح القضاء العادي، واستثناءات مقررة لصالح القضاء الإداري، وهي التي سيتم التعرض لها فيما يلي:

أولاً : الاستثناءات المقررة لصالح القضاء العادي :

هناك كثير من المنازعات التي يكون أحد أطرافها الهيئات المشار إليها بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو المادة 9 من قانون مجلس الدولة، وبالتالي واستنادا للمعيار العضوي تكون مهمة الفصل فيها من اختصاص القضاء الإداري، إلا أن الاستثناءات التي أوردها المشرع بقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وغيره من القوانين الأخرى تقيد من إطلاق هذا المعيار، لفائدة المعيار الموضوعي.

1 (الاستثناءات المقررة بقانون الإجراءات المدنية والإدارية :

استثنت المادة 802 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طائفة من المنازعات هي في حقيقتها منازعات إدارية بتطبيق المعيار العضوي، إلا أنها من حيث موضوعها لا تعكس فعلا أغراض القانون الإداري وهي:

أ - مخالفات الطرق :

وهي الأعمال التي تشكل اعتداء على الطرق العمومية سواء بالتخريب أو العرقلة⁽¹⁸⁾. وما يمكن ملاحظته في هذا الشأن، أن هذا الاستثناء نظري أكثر منه تطبيقي، ذلك لأن مثل هذا النوع من الدعاوى لا تكون فيه الإدارة إلا مدعية، وهنا لا يضطرها الحال لرفع دعوى مدنية سواء بالتعويضات أو بغيرها، فأمامها القضاء الجزائي الذي يمكن أن تتصب أمامه طرفاً مدنياً، ذلك لأن الجرائم التي تلحق الطرق العامة مجرمة قانوناً⁽¹⁹⁾، كما يمكن للإدارة في أحوال الاستعجال عند قطع الطريق أو احتلاله، أن تلجأ لاتخاذ مختلف القرارات بنفسها وتنفذها بواسطة القوة العمومية لإخلاء الطرق والأماكن.

ب - المنازعات المتعلقة بحوادث المرور :

إن كل منازعة يكون موضوعها طلب التعويض عن أضرار تسببت فيها سيارة تابعة للدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، يختص بنظرها القضاء العادي، وذلك خلافاً للمعيار العضوي

الذي أخذت به المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وفي ذلك يرجح أن العلة لا تعود لطبيعة العمل محل الدعوى، باعتبار أن الحادث واقعة مادية، لا تشكل بأية صورة موقفا للإدارة. بل كثيرة هي الوقائع المادية التي تسبب أضرارا للغير دون تدخل من الإدارة، وتقاضى بشأنها أمام القضاء الإداري، مثل التعويض عن الأضرار الناتجة عن الحيوانات أو المباني أو الأسلحة التي تمتلكها أو تحرسها الإدارة. كما أن العلة لا تكمن في أن سيطرة السيارة تعد تسييرا للدومين الخاص، وبالتالي ضرورة خضوع المنازعة للقضاء العادي، فالمعيار العضوي الذي أخذ به المشرع لا يميز بين تسيير الدومين العام والدومين الخاص للدولة، فالإدارة تقاضى أمام القضاء الإداري عن الأضرار الناتجة عن المعدات والوسائل والآليات المستخدمة في الأشغال العامة. كما أن العلة ليست أيضا في أن الأمر رقم 14/75 المؤرخ في: 30/01/1974 المتعلق بإلزامية التأمين على السيارات بنظام التعويض عن الأضرار المعدل والمتمم بالقانون رقم: 31/88 المؤرخ في: 19/07/1988، يعتبر من القانون الخاص، الذي يختص القضاء العادي بتطبيقه، إذ أن طبيعة هذا القانون هي أقرب إلى القانون العام من القانون الخاص، فالمسؤولية تقوم على أساس المخاطر، كما لا يحرم المتضرر إن كان هو المتسبب في الحادث من التعويض إن بلغت نسبة العجز أكثر من 50%، ولا مجال فيه للاتفاق على مقدار التعويض أو تحديد طبيعة له غير الطبيعة النقدية، بل حتى في حالة بقاء المتسبب في الحادث مجهولا أو لم يكن مؤمنا وقت الحادث، فإنه يمكن للمتضرر أو ذوي حقوقه أن يحصلوا على التعويض من الصندوق الخاص للتعويضات، وهو صندوق تموله الدولة. بل أن السبب في توحيد نظام التعويض عن حوادث السيارات، وتوحيد الجهة القضائية المختصة، إنما يعود لتسهيل وتبسيط الإجراءات للمتضرر أو ذوي حقوقه، من أجل الحصول على التعويض المجبر للضرر في وقت قصير، ذلك

لأن دعوى التعويض عادة ما تنظر بالتبعية للدعوى الجزائية، وحتى وإن نظرت مستقلة أمام القضاء العادي في إطار دعوى مدنية، إنما للتخفيف أيضا على المدعي باعتبار أن المحاكم أكثر انتشارا من المحاكم الإدارية وذلك ما يخفف من المصاريف ويقتصد الوقت. كما أن نتيجة الحكم سوف لن تختلف من القضاء العادي عنه في القضاء الإداري، ذلك لأن أساس المسؤولية في هذا الشأن موحد ومقدار التعويض أيضا، مما يجعل وأن لا فرق في أن يختص بها أي قضاء، إلا مراعاة الظروف الأنسب للمتضرر أو ذوي حقوقه.

وقد كان قانون الإجراءات المدنية الملغى، يدخل طائفة أخرى من المنازعات، ضمن اختصاص القاضي العادي خلافا للمعيار العضوي، وهو حق فيما كان يذهب إليه بالنظر لطبيعة هذه المنازعات وهي:

أ - المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية :

وفي هذه الحالة سواء أكانت الدولة هي التي أجرت الأماكن للأفراد بغرض استعمالها في الفلاحة، أم أن الدولة هي التي استأجرت منهم الأماكن لفلاحتها، فإن أي منازعة تنشأ عن تطبيق عقد الإيجار يعود الاختصاص فيها للقضاء العادي، والعلة في ذلك أن الدولة تصرفت بصورة مألوفة طبقا للقانون الخاص، ولا مجال لاستعمال وسائل السلطة العامة في مسألة كهذه.

ولعل سبب تخلي قانون الإجراءات المدنية والإدارية عن إعمال المعيار العضوي في هذا النوع من المنازعات، يعود إلى تلاشي فكرة إيجار الأماكن لاستعمالها في الفلاحة، واعتماد نظام جديد يقوم على أساس الامتياز، الذي هو عقد إداري بحسب موضوعه.

ب - المنازعات المتعلقة بإيجار الأماكن المعدة للسكن :

وكذلك الحال فإن أي منازعة تنشأ عن تنفيذ عقد إيجار يتعلق بمحل معد للسكن، ومهما كان أطرافه، فإن القضاء العادي هو المختص بالفصل فيه طبقا لأحكام قانون الإيجار الواردة بالقانون المدني أو غيره من القوانين. وهنا تظهر

أيضا غياب فكرة السلطة العامة من مظاهر العقد، وقد ظلت الأمور على هذا المنوال، حتى لما كان ديوان الترقية والتسيير العقاري مؤسسة ذات طبيعة إدارية، فالمنازعة الناجمة عن العقد دائما من اختصاص القضاء العادي، ولما تحولت هذه المؤسسة، إلى مؤسسة ذات طبيعة تجارية وصناعية، اعتبرت المحكمة العليا أن عقودها عقود إذعان عند تحريرها وعند تصورها بحيث أن الشاغلين لا يشاركون في إعدادها، وأنها من عمل السلطة الإدارية التي يخضع الديوان العمومي للترقية والتسيير العقاري لها باعتباره هيئة عمومية مكلفة بتسيير مرفق عام (20)، ويبدو أن هذا الاجتهاد يشكل خرقا لأحكام المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية التي صدر في ظل سريان أحكامها، باعتبارها أخرجت هذه المسألة من اختصاص القضاء الإداري، كما تعد خرقا لأحكام المادة 45 من القانون 01/88 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، التي تنص صراحة على أن علاقة هذه المؤسسات مع الغير يحكمها القانون التجاري. وكان بالإمكان التعامل مع هذه العقود على أنها عقود إذعان، وهو نظام معرف في القانون الخاص. أما القول بأنها عقود إدارية ففي ذلك خطر على مبدأ الاستقرار الاجتماعي، إذ يصبح المؤجر في مركز قانوني أسمى من مركز المستأجر، بخوله استعمال مظاهر السلطة العامة، وكان الأخرى البحث عما يساوي بين مركزي الطرفين ضمن النصوص القانونية القائمة، وتفسيرها لصالح الطرف الأضعف في العلاقة، بما يوسع من مجال الحريات العامة والفردية، لا لتضييقه بما يضعف مركز المستأجر، من طرف كامل الحقوق إلى صاحب رخصة دون غير.

أما في الحالة التي تعتمد فيها الإدارة العامة إلى إسكان موظفيها في مساكن تابعة لها، استنادا لضرورة الوظيفة ولم يكن بين الطرفين عقد إيجار بل قرار تخصيص أو إعادة تخصيص، فإن هذه الحالة لا تعد من الحالات المستثناة،

وذلك لانعدام العلاقة الإيجارية، وتظل المنازعة في هذه الحالة من اختصاص القضاء الإداري، ذلك لأن العلاقة تعد إدارية بحسب موضوعها.

وحسنا فعل المشرع عندما ألغى هذا الاستثناء، ذلك لأنه لا يوجد في النظام القانوني القائم، ما يؤهل أشخاص القانون العام لإبرام عقود تأجير المساكن.

ج - المنازعات المتعلقة بإيجار الأماكن المعدة لمزاولة المهنة :

وهي العقود التي تكون فيها الدولة مؤجرة لأماكن لأصحاب المهنة الحرة، بقصد مزاولة مهنتهم المعترف بها بتلك الأماكن، فمن الطبيعي جدا أن يكون الطرفان في مراكز قانونية متساوية، وأصحاب مصالح متساوية، ولا مجال لإعمال مظاهر السلطة العامة في هذا الصدد، ويكون المشرع قد أحسن صنعا عندما أخضع المنازعات المتعلقة بها للقضاء العادي.

إلا أنه وفي ظل النظام القانوني القائم، لم يصبح أشخاص القانون العام مؤهلين لإبرام مثل هذه العقود.

د - المنازعات المتعلقة بالإيجارات التجارية :

إن الدولة في هذا النوع من الإيجارات تدخل في المضاربة التجارية، فحين تعرض إيجار محلاتها للتجار عن طريق المزايدة العمومية عادة، إنما تهدف إلى تحقيق مزايا مالية من بدل الإيجار من مزايد إلى مزايد أعلى، وكل من أرسى عليه المزايد سيرتبط بالدولة بعقد إيجار تكون الإرادة فيه حرة ومبدأ المضاربة التجارية واضحا، وهي أهداف ليس من شأنها تبرير غايات العمل الإداري، فتكون تلك العقود ومهما تضمنت من إذعان عقود تجارية تخضع للقانون الخاص والقضاء العادي. لكن هنا يجب التفريق بين الإيجار التجاري، وبين التزام المرافق العامة، إذ في هذه الأخيرة يزود الملتزم بوسائل هي من اختصاص الإدارة، ويخضع لدفتر شروط يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص، وبذلك تكون المحكمة العليا على حق عندما اعتبرت تأجير الأسواق وحقوق الوقف بالساحات العامة هي عقود إدارية وليست تجارية، وهذا صواب خلافا لما فهمه البعض أنه توسيع للاجتهاد

لصالح القضاء الإداري⁽²¹⁾.

ويكون المشرع عندما ألغى هذا الاستثناء معتبرا أن هذا النوع من الإجراءات ذا طبيعة إدارية، إنما كان يقصد توحيد معايير إبرام العقود الإدارية، وما تتطلبه من شفافية واحترام لقواعد المنافسة.

هـ- المنازعات المتعلقة بالمسائل التجارية :

وهي المنازعات التي يكون موضوعها عملا تجاريا، سواء بحسب شكله أو موضوعه أو بالتبعية لعمل تجاري آخر، فهذه المسائل التي يستهدف طرفا العلاقة فيها الربح والمضاربة التجارية، فمن المنطقي أن يخضعا لنفس القانون الذي ينظم التجارة. كما لا يعقل أن تكون الإدارة العامة في علاقاتها التجارية متمتعة بوسائل القانون العام، فإذا ما اختارت المضاربة طوعية واختيارا تعين عليها الخضوع لقانون المضاربة وقاضيه.

لكن في الحياة العملية كان هناك خلط كبير في تطبيق هذا الاستثناء، فكثير من المحاكم العادية تتمسك باختصاصها عندما يرفع تاجر دعواه ضد الإدارة مطالبا بدين عما ورده إليها، بل وأن الغرف الإدارية كثيرا ما تصرح بعدم اختصاصها، إذا ما رفع لها التاجر هذه الدعوى.

ويعتقد أن الأمر ينطوي على لبس يتعين رفعه، فإذا كانت العلاقة بين تاجرين، فإن اختصاص القضاء العادي واضح في هذا الشأن، أما إذا كان أحد أطرافها تاجرا، والطرف الآخر ليس تاجرا ولا يحتمل قانونا أن يطلق عليه هذا الوصف حتى في نفس العلاقة، فمثلا الأستاذ الذي يشتري قلمًا من مكتبة، فلا شك أن هذه العملية، هي عملية تجارية بالنسبة لصاحب المكتبة، ويعد تاجرا، أما بالنسبة للأستاذ فإن شراء القلم من أجل الكتابة به، لا يعد عملا تجاريا، بل هو عمل مدني، لا يمكن أن تلحقه من خلاله صفة التاجر.

إذن فالعقد أو العلاقة التجارية التي تتم بين تاجرين ولأغراض تجارية بينهما،

يكون العقد تجاريا والطرفان تاجرين وتخضع أي منازعة بشأن تنفيذه للقضاء العادي، أما إذا كان الطرفان أحدهما تاجر، والطرف الثاني شخص إداري اشترى سلعا من الطرف الأول لأغراض المرفق العمومي، فإن العقد أو العلاقة تكون ذات طبيعة تجارية بالنسبة للتاجر، وذات طبيعة إدارية بالنسبة للإدارة. وفي هذه الحال إذا ما نشب نزاع بين الطرفين، فإن الإدارة بإمكانها أن تقاضي التاجر أمام قاضيهما وهو القاضي الإداري، أو تقاضيه أمام قاضيه وهو القاضي التجاري. أما إذا كان التاجر هو المدعي فإنه لا يمكن أن يقاضي الإدارة إلا أمام القضاء الإداري.

وهذا الاستثناء أيضا قد استغنى عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ذلك لأن الإدارة العامة قد تخلت نهائيا عن الأعمال التي يمكن تعد تجارية في جانبها، وخضعت كل معاملاتها لقانون المتعامل العمومي، الذي أخضع تعاقداتها في هذا الشأن إلى قيود لا تبررها إلا الطبيعة الإدارية لتلك التعاملات. و - المنازعات المتعلقة بالقضايا الاجتماعية :

إن أعوان الإدارة العمومية، إما أن يكونوا موظفين تربطهم بها علاقة قانونية تنظيمية، ويخضعون لأحكام قانون الوظيفة العامة والنصوص المرتبطة به. وإما أن يكونوا عمالا يخضعون لأحكام قانون العمل، ويربطهم بها عقد عمل أو علاقة عمل.

فالمنازعات التي تنشأ بينها وبين موظفيها، يعود الاختصاص فيها إلى القضاء الإداري، أما المنازعات التي تنشأ مع العمال أو مع المتمهين لديها، فهي وحدها التي يعود فيها الاختصاص للقضاء العادي الفاصل في المسائل الاجتماعية. ولا تخضع للقضاء الإداري استنادا للمعيار العضوي.

هذا الاستثناء وإن كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد ألغاه، فإنه سيظل قائما استنادا إلى قانون العمل.

ز - المنازعات التي يعود الاختصاص فيها للمحاكم الموجودة بمقر المجلس القضائي: وهي المنازعات المتعلقة بالحجز العقاري وتسوية قوائم التوزيع وبيع المشاع وحجز السفن والطائرات وبيعها قضائيا، وتنفيذ الحكم الأجنبي، ومعاشات التقاعد الخاصة بالعجز، والمنازعات المتعلقة بحوادث العمل، ودعاوى الإفلاس والتسوية القضائية، وطلبات بيع المحلات التجارية المثقلة بقيد الرهن الحيازي. هذا النوع من المنازعات استثناءه المقطع الثاني من المادة 7 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، وقد تضمنت تعداده الفقرة 3 من المادة 1 من نفس القانون. وهذه المنازعات بغض الطرف عن أطرافها، يختص بنظرها القضاء العادي، وبالضبط المحكمة المنعقدة بمقر المجلس القضائي. إلا أن هذا الاستثناء قد استغنى عليه قانون الإجراءات المدنية والإدارية تكريسا لمبدأ الازدواجية.

2 (الاستثناءات المقررة بنصوص خاصة :

إن النصوص الخاصة التي أوردت استثناءات عن المعيار العضوي لاختصاص القضاء الإداري، قد تكون كثيرة، والقائمة بشأنها مازالت مفتوحة، إذ يمكن أن تصدر قوانين جديدة حال إعداد هذه الدراسة أو بعدها، وبالتالي ليس مهما البحث عن مجموع النصوص المتوفرة حاليا، بل يكفي ذكر حالات على سبيل المثال لا الحصر، منها ما يلي:

أ) التعويض عن الخطأ القضائي:

بعدما كانت الدولة في القديم لا تسأل عن الخطأ القضائي، باعتبار أن السلطة التنفيذية غير مسؤولة عن أخطاء القضاة، لكن الأمر تطور منذ مدة زمنية، تحت ضغط الفقه والقضاء وبعض تدخلات المشرع، إلا أن مسؤولية الدولة عن الخطأ القضائي ما زالت لم تكتمل بعد، فما زالت تشكل جزءا من بقايا عدم مسؤولية الدولة (22).

وفي الجزائر نصت المادة 49 من دستور 1996، ومن قبلها المادة: 47 من دستور

1976، على أنه يترتب على الخطأ القضائي تعويض من الدولة يحدد القانون شروطه وكيفياته، وفعلًا قد تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية وتعلق الأمر بالمواد 531 و 531 مكرر و 531 مكرر 1⁽²³⁾، إلا أن التعويض كان متعلقًا سوى بعد الحكم بالبراءة، بعد الالتماس الذي تفصل فيه المحكمة العليا بناء على طلب المحكوم عليه نهائيًا بسبب جنائية أو جنحة، أو من طرف نائبه القانوني أورثته، أو بناء على طلب من وزير العدل، وأسندت مهمة الفصل في التعويضات للغرفة التابعة للمحكمة العليا التي فصلت في طلب الالتماس.

لكن التعديل الذي طال قانون الإجراءات الجزائية، والذي تم بموجب القانون رقم: 08/01 المؤرخ في: 26/06/2001 المعدل والمتمم للقانون رقم 155/66 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، فقد وسع من مفهوم الخطأ القضائي، ليشمل الحبس الاحتياطي، والذي أصبح يسمى: "الحبس المؤقت" ويتم التعويض عنه في حالة الحكم بالبراءة أو انتفاء وجه الدعوى، كما هو الشأن في حالة التماس إعادة النظر، من طرف لجنة تنشأ على مستوى المحكمة العليا تسمى: "لجنة التعويض" والتي استحدثتها المادة: 137 مكرر 1 من قانون الإجراءات الجزائية المعدل. وقد نصت المادة: 137 مكرر 3 صراحة على أن هذه اللجنة تكتسي طابع الجهة القضائية المدنية.

فبالرغم من أن الدولة هي التي تتحمل التعويض، وبالتالي طرفًا في الدعوى، إلا أن الاختصاص يعود للقضاء العادي خلافا للقاعدة العامة.

ب) منازعات إدارة الجمارك:

الأصل أن إدارة الجمارك، مصلحة من مصالح وزارة المالية، لا يجوز منازعتها إلا أمام القضاء الإداري طبقا للمعيار العضوي، إلا أن المادة: 273 من قانون الجمارك تنص على أن الاعتراضات المتعلقة بدفع الحقوق والرسوم أو استردادها ومعارضات الإكراه وغيرها من القضايا الجمركية الأخرى التي لا تدخل في اختصاص القضاء الجزائي، تكون من اختصاص الجهة القضائية

المختصة بالبت في القضايا المدنية.

فواضح أن مجمل هذه القضايا التي يعود فيها الاختصاص إلى القضاء العادي، تتعلق بالاعتراضات، عما تتخذه إدارة الجمارك من إجراءات متعلقة بحقوق مالية ناتجة عن تطبيق قانون الجمارك. أما الدعاوى الأخرى غير التي وردت بالمادة 273 المذكورة أعلاه، فإنها حسب نص الفقرة الأخيرة من المادة 274 من نفس القانون، فإن قواعد اختصاص القانون العام السارية هي التي تطبق بشأنها. وهنا يتعين الرجوع إلى المعيار العضوي والاستثناءات الواردة عليه، فإذا كانت المنازعة مستثناة بنص صريح، عاد الاختصاص للقضاء العادي وإلا فإن القضاء الإداري هو المختص.

(ج) منازعات الضمان الاجتماعي:

إن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽²⁴⁾، اعتبر بمادته 49: بأن هيئات الضمان الاجتماعي تعد هيئات عمومية ذات تسيير خاص، تحكمها القوانين المطبقة في هذا المجال، ونصت المادة 2 من المرسوم رقم: 223/85 المؤرخ في: 20/08/1985⁽²⁵⁾، بأن هيئات الضمان الاجتماعي هي مؤسسات عمومية ذات طبيعة إدارية.

فحسب المعيار العضوي تكون جميع المنازعات التي تكون هذه الهيئة طرفا فيها يؤول اختصاص الفصل فيها إلى القضاء الإداري، إلا أن القانون المتعلق بالمنازعات في مجال الضمان الاجتماعي⁽²⁶⁾، قد استثنى مجموعة من المنازعات وأسند الاختصاص بنظرها والفصل فيها للقضاء العادي. ومن بينها:

§- المنازعات المتعلقة بالخبرة الطبية: يختص القضاء العادي في هذا الخصوص بما حددته المادة 26 من نفس القانون، إذ حصرت الحالات المستثناة من المعيار العضوي فيما يلي:

- سلامة إجراءات الخبرة.

- مطابقة قرار هيئة الضمان الاجتماعي لنتائج الخبرة.

- الطابع الدقيق والكامل وغير المشوب باللبس لنتائج الخبرة.
- ضرورة تجديد الخبرة أو تميمها.
- الخبرة القضائية في حالة استحالة إجراء الخبرة الطبية على المعني بالأمر .
- §- المنازعات العامة: هي جميع الخلافات غير الطبية والتقنية التي يمكن أن تنشأ بين هيئة الضمان الاجتماعي والمؤمنين لديها، أو ضد الغير عندما تحل محل المؤمن، وهي:
- الاعتراض على قرارات لجنة الطعن الأولى (المادة 14).
- ملاحقة هيئة الضمان الاجتماعي قضائيا للمؤمنين (المادة 15).
- حلول هيئة الضمان الاجتماعي محل المؤمن لديها، ضد المتسبب له في حادث (المادة 3/47).
- دعاوى هيئة الضمان الاجتماعي قصد تحصيل المبالغ المالية المستحقة لها من المؤمنين أو المتهرين (المادة 60).

ثانيا : الاستثناءات المقررة لصالح القضاء الإداري :

كما سبق فيما تقدم أن المشرع أخذ بالمعيار العضوي لتحديد اختصاص القضاء الإداري، وأورد عليه استثناءات لصالح اختصاص القضاء العادي، إلا أنه مع ذلك أدخل عليه استثناءات أخرى لصالح القضاء الإداري ذاته. إذ هناك نوع من المنازعات لو طبق بشأنها المعيار العضوي لآل الاختصاص فيها إلى القضاء العادي، لكن المشرع نظرا لطبيعتها ارتأى أن يخضعها لاختصاص القضاء الإداري، وهذه الاستثناءات لا يمكن حصرها لأنها قد تكثر أو تقل تبعا لإرادة المشرع، ومنها على وجه الخصوص ما يلي:

1- قرارات المنظمات المهنية :

بالرغم من أن المنظمات المهنية لم يرد ذكرها بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولا يمكن اعتبارها مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، إذ لا يكفي القول بأن المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية هي مرفق عام تقليدي

يتمتع بالشخصية المعنوية⁽²⁷⁾، بل أن المؤسسة العامة الإدارية يجب أن تكون ملكا عاما، وممولة في الغالب من ميزانية الدولة، ويسيرها موظفون عامون، ولا مجال فيها للانتخاب، إذ لا يشارك المتفعون من المرفق في تسييرها، وهي أيضا ملتزمة بتنفيذ سياسة الحكومة في مجال تخصصها، وتخضع لوصاية الجماعة الإقليمية التي أنشأتها. أما المنظمة المهنية، وإن كانت تشارك في تسيير مرفق عام، إلا أنها لا تفرد بتسييره، وينحصر دورها في تسيير أعضاء المهنة فقط. فمثلا منظمة المحامين غير مكلفة بتسيير مرفق الدفاع القضائي بل دورها منحصر في قبول المحامين وتسجيلهم ومتابعة حياتهم المهنية، سواء في حركة المكاتب أو الانضباط المهني. فهي وإن تم الأخذ بمعيار الانضمام الإجباري لأمكن القول بأنها من أشخاص القانون الإداري، وهو معيار لم يأخذ به المشرع. فهي من أشخاص القانون الخاص وتخضع كقاعدة عامة في جميع علاقاتها وعقودها للقانون الخاص، إلا أن المشرع وعندما أسند إليها بعض مظاهر وامتيازات السلطة العامة في مسائل محددة، إذ هي التي تقبل الأعضاء الجدد الذين يطلبون الانتساب إليها وتأديب أعضائها، وإلزامهم بدفع الاشتراكات، كل ذلك على وجه ملزم، اعتبر قراراتها تلك ذات طبيعة إدارية، وهو ما أدى بالمشرع لإخضاع قرارات الوطنية منها لرقابة مجلس الدولة، إلغاء وتفسيرا وفحصا للمشروعية⁽²⁸⁾، كما أخضع قرارات المنظمات الجهوية للمحامين لرقابة القضاء الإداري. فقد أخضع قانون المحاماة⁽²⁹⁾ القرارات المتعلقة برفض الانتساب للمهنة (المادة 20) والقرارات المتعلقة برفض تسليم شهادة انتهاء التدريب (المادة 29) للطعن فيها أمام الغرفة الإدارية الجهوية المختصة والتي حلت محلها المحاكم الإدارية، كما أخضع قرارات اللجنة الوطنية للطعن (المادة 64) والمنازعة في انتخابات مجلس المنظمة (المادة 40) والطعن في مداولات الجمعية العامة للمنظمة (المادة 35) للطعن فيها أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، التي حل محلها مجلس الدولة.

فأصبح من الثابت أن أي منظمة مهنية وطنية، بالرغم من أنها لا تعد من أشخاص القانون الإداري إلا أن قراراتها تخضع لرقابة القضاء الإداري، كما أن المنظمات الجهوية للمحامين وهي غير المنظمات المهنية الوطنية المذكورة بالمادة 9 من قانون مجلس الدولة، تخضع قراراتها التي حددها القانون لاختصاص القضاء الإداري. وذلك يعد استثناء واردا على المعيار العضوي لصالح اختصاص القضاء الإداري.

2 - امتيازات المؤسسة العمومية الاقتصادية :

تعتبر المؤسسات العمومية الاقتصادية شركات تجارية تخضع للقانون العام⁽³⁰⁾ وقد عبر النص الفرنسي بمصطلح "Droit commun"⁽³¹⁾، وهي تتمتع بشخصية معنوية يحكمها القانون الخاص لاسيما القانون التجاري. وطبقا للمعيار العضوي الوارد بالمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فهي لا تخضع للقضاء الإداري، إلا أن المشرع أورد استثناء بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية⁽³²⁾ على هذا المعيار لصالح القانون الإداري وقضائه، إذ اعتبرت المادة 55 منه أن المؤسسة العمومية الاقتصادية، عندما تكون مؤهلة قانونا لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المنوطة بها، فإن التسيير في هذه الحالة يكون طبقا للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة، وهو بطبيعة الحال القانون الإداري، ثم نصت الفقرة الثانية من نفس المادة صراحة، على أن المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة تكون من طبيعة إدارية. ونصت أيضا المادة 56 من نفس القانون، على أن المؤسسة العامة الاقتصادية عندما تكون مؤهلة قانونا لممارسة صلاحيات السلطة العامة، وتسلم بموجب ذلك، وباسم وحساب الدولة ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى، فإن المنازعات المتعلقة بهذا المجال تخضع للقواعد المطبقة على الإدارة. والملاحظ أن هذا الاستثناء قد استند في المادة 55 على معيار المرفق العام،

واعتبر أن تسيير الأملاك العامة عملا إداريا، وفي المادة 56 استند إلى معيار السلطة العامة، واعتبر أن ممارستها تشكل عملا إداريا يتعين إخضاعه للقانون والقضاء الإداري.

من خلال العرض السابق كله يتضح مجال القضاء الإداري، ومن خلاله ولاية قضاء الاستعجال الإداري.

ـ الهوامش:

- (1) د. عبد الله طلبة، القانون الإداري، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الثانية، المطبعة الجديدة دمشق 1979 - 1980 ص 317.
- ـ د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1976 ص 264.
- (2) منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 46 بتاريخ 2000/07/30.
- (3) منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 8 بتاريخ 1998/02/18.
- (4) د. عبد الله طلبة، المرجع السابق، ص 326.
- (5) قرار صادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ: 1999/03/05 رقم 163228 - الموقع الإلكتروني لمجلس الدولة الفرنسي.
- (6) د. سليمان محمد الطماوي، دروس في القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 136.
- (7) المرجع نفسه، ص 138.
- (8) د. أمينة النمر، مناطق الاختصاص والحكم في الدعاوى المستعجلة، مرجع سابق، ص 242.
- (9) د. محمد فؤاد عبد الباسط، مدى اختصاص القاضي الإداري بتفسير المعاهدات الدولية، الدار الجامعية، بيروت، 1994، ص 139 وما بعدها تناول بالتفصيل هذا الحكم المشهور الذي صدر في قضية G.I.S.T.I (جمعية توعية ومساندة العمال المهاجرين بفرنسا).
- (10) المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم: 36473 بتاريخ: 1984/01/07 بين المدعي (ي ج ب) ضد وزير المالية، منشور بالمجلة القضائية لمحكمة العليا، العدد 4 لسنة 1989. ص 211.
- (11) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1976 ص 640.
- (12) د. محمد فؤاد منها، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975 ص 835.
- (13) د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 138.
- (14) المرجع نفسه، ص 174.
- (15) الفقرة 1 من المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية تنص على ما يلي: " تختص المجالس القضائية، بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا، في جميع القضايا أي كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية،

- طرفا فيها..... " و الملاحظ أن التعديل الذي أورده القانون رقم: 23/90 و الذي مس هذه المادة، قد اسقط النص العربي فيه البلدية، رغم أن النص الفرنسي أبقى عليها، مما يعد ذلك خطأ ماديا لا تأثير له على قواعد الاختصاص، و لكن التنويه عليه أمر واجب.
- (16) تنص المادة 9 من القانون العضوي رقم: 01/98 المؤرخ في 30/05/1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله على ما يلي: " يفصل مجلس الدولة ابتدائيا ونهائيا في:
- 1 - الطعون بالبطالان المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية والهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية... ".
- (17) القانون رقم 01/88 المؤرخ في: 12/01/1988، والذي ألغى القانون رقم: 25/95 المؤرخ في: 25/09/1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة، البابين الأول و الثاني منه.
- (18) د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999 ص 428.
- (19) التعدي على الملكية العقارية، لمادة 386 عقوبات - تخريب الطرق و غيرها، المادة: 406 عقوبات - عرقلة الطريق العمومي، المادة: 408 عقوبات.
- (20) قرار صادر عن المحكمة العليا نقلا عن د. مسعود شيهوب بمؤلفه النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثالث، مرجع سابق، هامش الصفحة 432 دون إشارة إلى رقمه أو تاريخه.
- (21) مسعود شيهوب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 432.
- (22) د. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 38
- (23) تم تعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم 05/86 المؤرخ في 04/03/1986
- (24) القانون رقم: 01/88 المؤرخ في: 12/01/1988 المعدل بالقانون رقم: 25/95 المؤرخ في: 25/09/1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.
- (25) المنشور بالجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 1985.
- (26) القانون رقم: 15/83 المؤرخ في: 02/07/1983.
- (27) د. مسعود شيهوب، المرجع السابق، الجزء الثالث، ص 362.
- (28) المادة 9 من قانون مجلس الدولة.
- (29) القانون رقم: 04/91 المؤرخ في: 08/01/1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة.
- (30) المادة 23 من الأمر رقم: 25/95 المؤرخ في 25/09/1995 المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية التابعة للدولة.
- (31) والمقصود بالقانون العام Droit commun هو الشريعة العامة وليس Droit public باعتباره فرعا من القانون يقابل القانون الخاص Droit privé.
- (32) القانون رقم: 01/88 المؤرخ في 12/01/1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات الاقتصادية.

مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية وتمييزها عن تدابير الاستعجال

د / لخضر زرارة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باتنة - الجزائر



مقدمة

بموجب مبدأ المشروعية المكرس في الدستور الجزائري¹ في مادته 143 والتي تنص على أنه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطة الإدارية".

أي أنه يحق لكل مواطن يشعر بأنه تضرر من قرارات الإدارة العامة، أن يلجأ إلى القضاء الإداري العادي طالبا إلغاء هذه القرارات إذا ثبتت عدم مشروعيتها غير أنه ولغاية الفصل في مدى مشروعية هذه القرارات من عدمها من قبل القضاء الإداري العادي الذي قد يستغرق وقتا طويلا يكون القرار الإداري المتسم بالنفاذ المباشر قد ألحق ضررا بالمخاطب به يصعب تداركه مستقبلا.

لذلك ولغرض الحد من الأضرار التي قد تترتب على تنفيذ القرار الإداري أوجد المشرع ما يسمى القضاء الإداري الاستعجالي ، إضافة إلى بعض التدابير الاستعجالية لتوقيف القرارات الإدارية مؤقتا لغاية الفصل في دعوى الموضوع التي من شأنها الحد من الأضرار التي قد تنجم عن تنفيذه.

فما هو مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية وما الفرق بينها وبين التدابير الاستعجالية؟

هذا ما سنتولى الإجابة عليه وفقا للخطة الآتية:

أولاً: مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية.

ثانياً: شروط الدعوى الإدارية الاستعجالية.

ثالثاً: تدابير الاستعجال.

رابعاً: المقارنة بين الدعوى الاستعجالية الإدارية وتدابير الاستعجال.

خاتمة.

أولاً: مفهوم الدعوى الإدارية الاستعجالية

تعرف الدعوى الإدارية الاستعجالية بأنها عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة مؤقتة شريطة ألا يتعرض القاضي في حكمه لأصل الحق.

ولا يقيد حكمه قاضي الموضوع، كما أنه يقرر حماية قضائية عاجلة لأحد الخصوم بسبب بقاء قضاء الموضوع وطول إجراءاته.

من هذا التعريف يتضح أن قضاء الاستعجال الإداري جاء للرد على أي خطر داهم يهدد حقاً من الحقوق ولا يمكن تداركه مستقبلاً إذا انتظر المتقاضي حكم قاضي الموضوع الذي يستغرق وقتاً طويلاً.

فالدعوى الإدارية الاستعجالية إذن هي حماية مؤقتة لحقوق المواطن درءاً لأي خطر محقق به، وهي مؤقتة ومشروعة ولا تمس بأصل الحق، ولصحة هذه الدعوى يستلزم توافر شروط نتعرض لها فيما يلي.

ثانياً: شروط الدعوى الإدارية الاستعجالية

إضافة إلى الشروط العامة التي يجب أن تتوافر في الدعوى القضائية بصفة عامة كالصفة والمصلحة والأهلية هناك شروط خاصة لصحة الدعوى الإدارية الاستعجالية وهي:

1- شرط الاستعجال:

يعتبر شرط الاستعجال شرطاً ضرورياً لقبول الدعوى الاستعجالية الرامية

إلى وقف تنفيذ قرار إداري يشعر المخاطب به بعدم مشروعيته، ويتوافر شرط الاستعجال إذا ثبت أن تنفيذ القرار الإداري موضوع طلب وقف التنفيذ قد يترتب أضرارا يصعب تداركها مستقبلا، بمعنى استحالة إعادة الأمور إلى الحالة التي كانت عليها قبل تنفيذه. ومثال ذلك إصدار عميد كلية أو معهد جامعي لقرار يقضي بحرمان أحد الطلبة من مسابقة الماجستير المحدد في تاريخ معين، ولغاية الفصل في الدعوى أمام القضاء الإداري العادي الرامية إلى طلب إلغاء هذا القرار يكون الامتحان قد أجري ويحرم الطالب من إجراء هذه المسابقة، وهنا تبدو أهمية القضاء الإداري الاستعجالي الذي من شأنه وقف تنفيذ هذا القرار في أقرب وقت، وبالتالي حماية الطالب من ضرر أكيد وهو ضياع فرصة إجراء المسابقة.

وشرط الاستعجال يستخلصه القاضي من ملف الدعوى متى ثبت لديه أن هناك ضررا يخشى وقوعه، إذا ما تم تنفيذ القرار الإداري محل الطعن. علما أن التشكيلة التي تنظر في طلب إلغاء القرار الإداري هي نفسها التي تتولى النظر أيضا في طلب وقف تنفيذه²، ويتعين على القاضي الإداري الاستعجالي أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري وذلك منعا لحدوث هذا الضرر مع تسبب هذا الأمر أي الأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن.

2- شرط الضرر:

يعتبر شرط الضرر ضروريا لتبرير وقف تنفيذ القرار الإداري، غير أن الإشكال يثور حول درجة الضرر الذي يميز طلب وقف التنفيذ. بالرجوع إلى نص المادة 912 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تنص على أنه:

"عندما يتم استئناف حكم صادر عن المحكمة الإدارية قضى برفض الطعن لتجاوز السلطة لقرار إداري، يجوز لمجلس الدولة أن يأمر بوقف التنفيذ بطلب من

المستأنف عندما يكون تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه من شأنه إحداث عواقب يصعب تداركها، وعندما تبدو الأوجه المثارة في العريضة من خلال ما توصل إليه من التحقيق جدية ومن شأنها تبرير إلغاء القرار الإداري المطعون فيه"
 من نص المادة أعلاه يتبين أن الضرر الذي يميز وقف تنفيذ القرار الإداري الذي من شأنه إحداث عواقب يصعب تداركها وعندما تبدو الأوجه المثارة في العريضة من خلال ما توصل إليه التحقيق أنها جدية ومن شأنها تبرير القرار الإداري، كما يجوز للمحكمة الإدارية عندما يبدو لها من عريضة افتتاح الدعوى لإلغاء القرار الإداري ومن طلبات وقف تنفيذه أن رفض هذه الطلبات مؤكدة الفصل في طلب وقف التنفيذ بدون إجراء تحقيق³

3- ألا يكون القرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ قد تم تنفيذه

سبق وأن بينا أن الهدف من اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي هو وقف تنفيذ قرار إداري قد تترتب عليه أضرار لا يمكن إصلاحها، لذلك فإذا تم تنفيذ هذا القرار أصبح الطلب من دون موضوع ومن دون جدوى. مثال ذلك في حالة إصدار مدير معهد من معاهد الجامعة لقرار يقضي بمنع طالب ما من الدخول لإجراء امتحان حدد تاريخه، فإذا تم إجراء هذا الامتحان أصبح الطلب من غير موضوع.

4- عدم المساس بأصل الحق:

من أهم شروط الدعوى الاستعجالية عدم التطرق فيها لأصل الحق كونها دعوى مؤقتة تهدف إلى درء خطر قد يلحق بالمخاطب بالقرار الإداري محل طلب وقف التنفيذ، لذلك يفصل القاضي الاستعجالي في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري دون المساس بأصل الحق وذلك في أقرب الآجال، وهذا ما جاءت به المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:

"يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة

لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال"

5- اقتران الدعوى الاستعجالية بدعوى الموضوع:

رغم اشتراط المشرع بأن تقدم الطلبات الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري بدعوى مستقلة⁴، فإنه يستلزم لصحة الدعوى الإدارية الاستعجالية أن تكون متزامنة مع دعوى مرفوعة في الموضوع وأن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره تحت طائلة عدم قبول الدعوى بنسخة من عريضة دعوى الموضوع⁵. ويمكن أن تكون الدعوى الإدارية الاستعجالية متزامنة مع التظلم⁶ الذي يجوز لشخص المعني بالقرار الإداري تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدر القرار. وذلك خلال أربعة أشهر ابتداء من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي⁷.

ثالثا: تدابير الاستعجال

وفقا لنص المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن سلطات القاضي الإداري الاستعجالي تتمثل في إصدار أوامر يوقف بموجبها قرارا إداريا موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك. ومتى تبين له من خلال التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار بشرط ألا تمس هذه الأوامر بأصل الحق⁸ وأن تكون هناك دعوى موازية لطلب وقف التنفيذ⁹، كما يجوز له أيضا إصدار أوامر تحضيرية ولو في غياب القرار الإداري المسبق، كالأمر بتعيين خبير أو إثبات حالة أو تحقيق، وذلك بعد الموازنة بين المراكز القانونية لكل من المدعي والمدعى عليه.

ثالثا.1- تعيين خبير:

يمكن لقاضي الاستعجال أن يستعين بخبير لإجراء خبرة أو تحقيق بناء على عريضة موجهة له وذلك بشأن نزاع ما، مثل حالة استيلاء الإدارة على الملكية

الخاصة من أجل المنفعة العامة أو المصلحة الخاصة، ويمكن للقاضي الإداري الاستعجالي اتخاذ هذه التدابير حتى في غياب قرار إداري مسبق.

ثالثا.2- إثبات الحالة:

يجوز للقاضي الإداري الاستعجالي وبناء على طلب أمر على عريضة مقدم من المعني بالأمر أن يصدر أمرا على عريضة يأمر بموجبه بتدبير إثبات حالة حيث يندب أو يعين محضرا قضائيا للانتقال إلى الأمكنة ومعايبتها ماديا حول نزاع معين والهدف من ذلك إثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية المختصة.

وعند اتخاذ مثل هذه التدابير يجب تبليغ المدعى عليه مع تحديد أجل للرد من قبل المحكمة¹⁰.

ثالثا.3- في مجال الحريات الأساسية:

يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة. لقد أعطى المشرع الجزائري للقاضي الإداري الاستعجالي صلاحيات اتخاذ تدابير استعجالية من أجل حماية حقوق وحريات الأفراد إذا توافرت شروط الاستعجال ودعت الضرورة إلى ذلك متى انتهكت هذه الحريات الأساسية من قبل الإدارة باعتبارها ذات سلطة وسيادة وكانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا بهذه الحقوق، وهذا ما نصت عليه المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها:

"يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات"

رابعا: المقارنة بين الدعوى الاستعجالية الإدارية وتدابير الاستعجال

مما تقدم يتضح أن كلا من الدعوى الإدارية الاستعجالية والتدابير الاستعجالية تهدف إلى العمل على درء خطر محقق وعلى وشك الوقوع ولا يمكن تداركه مستقبلا في حالة استمرار الوضع الناشئ عن قرار إداري أو حالة خطيرة تهدد حقوق وحرّيات المواطن بسبب إجراءات تتخذ من قبل الأشخاص العمومية، كما أن كلا من الدعوى الإدارية والاستعجالية تشتركان في عدم مساسها بأصل الحق، وكلاهما تشكلان إجراء مؤقتا .

إلا أن الدعوى الإدارية الاستعجالية تختلف عن تدابير الاستعجال فيما يلي:

1- يستوجب لصحة الدعوى الإدارية الاستعجالية إلى جانب الشروط العامة للدعوى القضائية من صفة ومصلحة وأهمية ضرورة رفع دعوى موازية في الموضوع.

على خلاف التدابير الاستعجالية التي لا يتطلب لاتخاذها دعوى موازية. ويمكن للقاضي الإداري الاستعجالي اتخاذ هذه التدابير دون وجود حتى قرار إداري مسبق.

2- يمكن للجهة القضائية الإدارية الاستعجالية اتخاذ التدابير الاستعجالية من تلقاء نفسها إذا دعت الضرورة ذلك في حين لا يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي إصدار أمر استعجالي إلا بطلب من طرف المعني.

خاتمة

نستنتج من خلال هذه المداخلة أن المشرع الجزائري أعطى للقاضي الإداري الاستعجالي سلطات واسعة بهدف حماية حقوق وحرّيات الأفراد التي قد تنتهك من قبل الإدارة باعتبارها ذات سلطة وسيادة وقد يترتب على هذا الانتهاك أضرار يصعب تداركها مستقبلا.

ولم يكف المشرع بالدعوى الإدارية الاستعجالية، بل نص على تدابير

استعجالية تحفظية يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي أن يتخذها حتى قبل رفع الدعوى أمام القضاء الإداري الاستعجالي وذلك لدرء الخطر الذي يصعب جبره متى تم تنفيذ القرار الإداري الذي غالبا ما يحكم بعدم مشروعيته.

- الهوامش:

- 1 انظر المادة 143 من دستور 1996 المعدل والمتمم.
- 2 انظر المادة 836 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 3 انظر المادة 835/3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 4 انظر المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 5 انظر المادة 926 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 6 انظر المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 7 انظر المادة 829 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 8 انظر المادة 918 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 9 انظر المادة 926 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية
- 10 انظر المادة 941 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

قضاء الاستعجال في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية

د/ عبد المحسن بن عبد الله الزكري
ديوان المظالم . المحكمة الإدارية بمنطقة الرياض
المملكة العربية السعودية



مقدمة

الحمد لله العلي الأعلى، وصلوات الله وسلامه على معلم البشرية الخير والعدل الأسمى، بعثه الله ليجدد الرسالات، ويبلغ للبشرية خاتمها، وبعد: فيشر فني الاستجابة للدعوة الكريمة من القائمين على هذا المؤتمر، والمساهمة مع أساتذتي الأفاضل بهذا البحث الموجز عن قضاء الاستعجال في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية أمام القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية. ولا شك أننا بحاجة للاطلاع على تجاربنا القضائية والقانونية في الدول العربية بالإضافة إلى ما توصل له العقل الإنساني من تقدم ورقي في المجتمعات الأخرى ليتسنى لنا منح العالم الصورة الحسنة عن منهجنا الرباني وتاريخنا المشرق ومستقبلنا الواعد بإذن الله تعالى.

وتأتي أهمية دراسة تجربة المملكة العربية السعودية وخاصة في القضاء الإداري لما لها من مكانة في نفوس العرب والمسلمين، ولسعيها الدؤوب في تطوير أنظمتها وواقعها بما يوافق نظامها الأساسي المبني على الشريعة الإسلامية. وكلما نضجت هذه التجربة كانت أكثر إقناعاً للمشترعين في الدول العربية وغيرها للتصالح مع المنهج الذي تبغيه أمتنا وشعوبنا الكريمة التي عانت من الانقسام النكد بين تشريعاتها والمنهج الرباني، بين واقعها المؤلم والغد المشرق الذي تتطلع إليه. وقد ضمنت هذا البحث المواضيع التالية:

- تمهيد: تاريخ القضاء الإداري بالمملكة العربية السعودية.
- المبحث الأول: مسؤولية القضاء في تحقيق العدالة.
- المبحث الثاني: طبيعة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.
- المبحث الثالث: ضوابط الاستعجال القضائي في دعوى إيقاف القرار الإداري.
- المبحث الرابع: إجراءات رفع الدعوى والحكم فيها.
- المبحث الخامس: التطبيقات القضائية بالمملكة العربية السعودية.

تمهيد:

تاريخ القضاء الإداري في المملكة العربية السعودية

الظلم مذموم لدى الجميع، حرّمه الخالق وكرهه المخلوقون، ومن رحمة الله ﷻ أن جعل لغير العقلاء .الإنس والجن . سنناً تسير عليها وألهمها قواعد الحياة التي تناسبها، وأما الإنس والجن فمن رحمته أن أعطاهم العقول والفطر ليجتهدوا في تحقيق العدل وما تستقيم به حياتهم، ومع ذلك ورحة منه ﷻ أنزل الكتب وأرسل الرسل، ليس في أمر الآخرة والعبادة فقط، بل شمل وخاصة الدين الخاتم الإسلام جميع ما تحتاج إليه البشرية من قواعد ومنهج يحقق لها السعادة في الدنيا والآخرة ويحصل من خلاله حفظ حق الخالق والمخلوقين، وذلك أن الفهم والعقول تتفاوت، والنفوس في مقدار صفاتها ونقاها من الأهواء والشهوات بينها قدر كبير من التفاوت أيضاً. ولأن المجتمعات الإنسانية مدنية بطبيعتها ولا يمكنها القيام بمصالحها إلا من خلال الاجتماع والتنظيم والولاية وكان لهذا الاجتماع أثره على المصالح الخاصة أحياناً، والولاية الممنوحة للأفراد للقيام بشأن المجتمع قد تزيج إرادتهم لهوى أو قصور ولهم من السطوة والقوة التي منحها لهم المجتمع ما يضعف أمامه أحياناً المضرور من الأفراد فاقضى من تلك المجتمعات وضع الضوابط لتلك الولايات وما تحفظ به المصالح العامة دون ظلم الأفراد، وأيضاً إسناد الفصل في التنازع الناتج عن ذلك إلى قضاء يمنح من المكنة ما يمكنه من إقامة العدل ودرء المظالم وتقويم الولاية وحفظ المصالح فكان قضاء المظالم أو ولاية المظالم وهو ما يسمى بالقضاء الإداري. فقضاء المظالم هو الذي يفصل في المنازعات التي بين الإدارة والأشخاص الآخرين سواء أفراداً أو شخصيات اعتبارية خاصة، بل وبين جهات الإدارة المتعددة عند التنازع.

وقد عرف ابن خلدون¹ ولاية المظالم بأنها: "وظيفة متمتجة من سطوة السلطنة ونَصَفَةُ القضاء، ويحتاج الوالي فيها إلى علوِّ يدٍ، وعظيم رهبة، تقمع الظالم من الخصمين وتزجر المعتدي، وكأنه يمضي ما عجز القضاة أو غيرهم عن إمضائه".

وذكر الماوردي في تعريفها وما يحتاج إليه واليه² بأنها: "قود المتظالمين إلى التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاحد بالهبة، فكان من شروط الناظر فيها أن يكون جليل القدر، نافذ الأمر، عظيم القدر، ظاهر العفة، قليل الطمع، كثير الورع، لأنه يحتاج في نظره إلى سطوة الحماة وثبت القضاة....".

فالناظر في المظالم أوسع من القضاة في محال النظر مجالاً، وأعم منهم في الفحص عن المظالم والجرائم أعمالاً وأكثر منهم في الكشف عن الحق أسباباً³.

ولذلك اشترط العلماء فيمن يتولاها شروطاً أعظم مما يشترط فيمن تولى غيرها من الولايات والمناصب.

خلق الله السماوات والأرض بالحق وأقامها على العدل، وفطر النفوس والعقول على محبة العدل والخير، ولاختلاف الناس في ميزان العدل في بعض ما يختصمون فيه أو تجري عليه معاملاتهم لاختلاف الفهوم وقدرات بعضهم عن بعض أنزل الله الشرائع وبعث الرسل ليبقي ميزان الحق ظاهراً، والأهواء بمنأى عن تغييره والإغارة عليه.

ومهما ابتعدت البشرية عن نور النبوة ومشكاة الشريعة فإنها قد تصل إلى كثير من العدل إن هي طلبته بفطر سليمة وعقول مستقيمة فيحصل لها من السعادة والأمن بقدر تحقيقها له.

والأمة العربية قلب الإسلام وأساسه، قبل الإسلام نشدت العدل وسعت إليه بحسب ما اقتضته أحوالها، فكانت لها أعرافها وقيمها التي تحتكم إليها عند التنازع يفصل بها حكماؤها وزعمائها، وبفضل الشيم التي تعزز بها قبائل العرب والقيم التي رسخت فيها حققت كثيراً من العدل، وقريش حاضرة البيت المشرف والكعبة المقدسة أشرفها أحفاد الأنبياء إبراهيم وإسماعيل عليهما السلام، لديهم بقية من الأديان وإلهم آلت السيادة والزعامة في الحجاز بل والجزيرة العربية.

ونظراً لأن بعض الظلم والتعدي يحصل من بعض السلطات والزعامات على غيرهم ممن استضعفوا جانبه، وعجز عن حجب الظلمة عن حقه سعى سادة قريش

وسدنة البيت إلى عقد حلف الفضول تعاهد فيه ذوا الفضل وأمرء قريش على نصرة المظلوم وردع الظالم، ولفضله أشاد به النبي ﷺ⁽⁴⁾.

وقد خلق الله ﷻ الإنسان واستخلفه في الأرض وسخر له ما في السماوات وما في الأرض جميعا منه، ولما كانت عمارة الأرض واستقرارها يفسدها الظلم والاعتداء أرسل الله الرسل وانزل الشرائع ومكن بني آدم من الحديد والسلاح ليقوم الناس بالقسط.

وجعل ﷺ نبينا محمد بن عبد الله ﷻ خاتما لهم، وانزل عليه القرآن مصدقا لما بين يديه ومهيئنا عليه، أمر فيه بالعدل ونهى عن الظلم وشرع لنا من الوسائل والأحكام ما يعتبر قواعد لمنهج العدالة بالإضافة إلى ما في السنة النبوية الشريفة ثم بنى عليه العلماء وقضاة الإسلام على مر التاريخ النظام القضائي الإسلامي وتتطور مصطلحاته وعناصره بحسب ما يحدث للناس من أقضية وأحوال تقتضي ذلك وازدهر وظهر فضله وعدله⁵.

وفي هذا العصر ومن خلال تبني الدولة السعودية للمنهج الرباني ورعايتها له حتى صارت علما على نجاح الشريعة الإسلامية في تحقيق العدل وإقامة القسط. ولما كان المنهج الإسلامي لا يعارض تطوير القضاء ووسائله ولا يقف عاجزا أو حاجزا أمام المستجدات فقد رأى ولاية الأمر تخصيص مظالم الإدارة بقضاء مستقل أطلق عليه ديوان المظالم بالإضافة إلى وجود قضاء للفصل في المنازعات التي تثور بين الأفراد بعضهم بعضا أو ما يحصل منهم من مخالفة لأحكام الشريعة تقتضي ردعهم عنها بحكم القاضي مما يعرف بالحدود والتعزيرات.

وقد عرف نظام الحكم في الدولة الإسلامية تنظيما يميزا أطلق عليه ولاية المظالم وبدأ هذا التنظيم في عهد رسول الله ﷺ وتطور مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية وتعدد وظائفها.

فقد كان النبي ﷺ يحاسب الولاة وينصفُ الرعية مما أخطأ عليهم فيه ولاتهم وكذا الخلفاء الراشدون ؓ كانوا يستدعون الولاة في موسم الحج لمحاسبتهم والتحقق من كل شكوى ترفع إلى الخليفة مهما كانت مرتبة الوالي واشتهر بذلك خصوصا عمر بن الخطاب ؓ، وأنشأ الأمويون دارا أسموها دار المظالم، ولما جاءت الدولة العباسية

أفرد خلفاؤها مكانا كانوا يجلسون فيه للفصل في المظالم. ومع اتساع الدولة الإسلامية كان الولاية يَكُونون ولاية المظالم إلى غيرهم من القضاة وهكذا وجد الفرد إلى جانب قاضيه العادي قاضيا متخصصا للفصل في المظالم التي يرفعها الأفراد ضد الولاية وأصبح قاضي المظالم مظهرا أساسيا في نظام الدولة الإسلامية⁶.

وبالنسبة للقضاء الإداري المعاصر لدى الدول الغربية فإن نشأته حديثة حيث يرجع كثير من الباحثين نشأته إلى فرنسا وبالتحديد بعد الثورة الفرنسية وتم فصل السلطات الثلاث للدولة ومنها القضائية وصدر القانون بذلك عام 1790م فقد نص في مادته الثالثة منه على: " الوظيفة القضائية مستقلة وستظل دائما منفصلة عن الوظيفة الإدارية، ولا يمكن للقضاة بأي وجه من الوجوه أن يقوموا باستدعاء رجال الإدارة للمثول أمامهم بسبب يتعلق بأداء وظائفهم الإدارية ".

وقد جاء هذا الفصل تطبيقا لمبدأ فصل السلطات ورد فعل على ما كانت تعانيه الإدارة من محاكم التفتيش التي كان النظام القضائي الفرنسي يعاني منها قبل الثورة الفرنسية من جهة أخرى.

وبناء عليه تولت الإدارة عملية الفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأفراد وهو ما يسمى بنظام (الإدارة القضائية) فأصبحت الإدارة خصما وحكما في آن واحد، وتولى حكام الأقاليم سلطة الفصل في المنازعات التي بين الأفراد والجهات الإدارية. ثم تطور النظام القضائي الفرنسي بعد دستور السنة الثامنة حيث تم فيه إنشاء مجلس الدولة ومجالس الأقاليم، وتعتبر هيئات استشارية للحكومة تساعد في أداء عملها إذا ما طلب منها ذلك، كما عهدت إلى مجلس الدولة مهمة صياغة وتدقيق القوانين، وأُنيط به أيضا مهمة النظر في المنازعات الإدارية على نحو محدود، فلم يتمتع باختصاص قضائي كامل وحقيقي، فليس له الحق في إصدار أحكام قضائية في المنازعات الإدارية التي ينظرها وإنما يصدر رأيه فيها ثم يرفعها إلى رئيس الدولة لإقرارها والتصديق عليها أو رفضها، ولذلك سمي بالقضاء المحجوز أو المقيد.

إلا أنه كان نادرا أن تُرد أحكام مجلس الدولة للمكانة المرموقة التي يحظى بها المجلس وأعضاؤه حيث حرص على أن يوازن بين متطلبات عمل السلطة التنفيذية

وبين حقوق وحريات الأفراد التي نادت الثورة الفرنسية باحترامها وحفظها، وتمسكا بمبدأ سيادة القانون على الجميع الأفراد والإدارة.

كما أنه أَرْضَى الإدارة بأن خَصَّهَا بثلاث امتيازات ضمن الإطار العام للقانون وهي 1- السلطة التقديرية، 2- الظروف الاستثنائية، 3- وأعمال السيادة.

واستمر العمل بالقضاء المقيد منذ عام 1797م حتى عام 1872م حينما صدر القانون الذي خَوَّلَ مجلس الدولة سلطة البت النهائي في المنازعات الإدارية التي تعرض عليه، وهو ما سمي بالقضاء المفوض.

ولفض النزاع في الاختصاص بين القضاء العادي والقضاء الإداري -مجلس الدولة- أنشئت محكمة النزاع لتختص بالفصل فيه.

إلا أنه مع ذلك لم يستقل القضاء الإداري استقلالاً تاماً حيث لا يزال خارجاً عن اختصاصه قبول الدعوى ونظرها ابتداءً، فلا بد للأفراد أن يتظلّموا أمام الجهات الإدارية قبل رفعها أمام مجلس الدولة.

وفي عام 1889م أصدر مجلس الدولة حكماً شهيراً يدعى حكم (كادو) قرر فيه قبول دعوى أقامها أحد الأفراد ابتداءً أمام المجلس دون عرضها أولاً على الإدارة للبتّ فيها كما كان الوضع سابقاً، فتحوّل المجلس من جهة قضائية استئنافية لجهة الإدارة القضائية إلى قاضٍ عام في المنازعات الإدارية واستقلّ عن الإدارة استقلالاً تاماً.

وفي عام 1953م أنشئت المحاكم الإدارية بدلاً من مجالس الأقاليم للنظر في كافة المنازعات الإدارية، واستمر مجلس الدولة ينظر ابتداءً بعض المنازعات المحددة بموجب القانون، كما ينظر في أحكام المحاكم الإدارية - ومحاكم أخرى خاصة - كمحكمة نقض عليا⁷.

وقد تأثرت بهذا الفصل بين نوعي القضاء العادي والإداري عدد من الدول الإسلامية وغيرها، ومنها إيطاليا وهولندا وبلجيكا والنمسا وأسبانيا، ومن الدول الإسلامية المملكة العربية السعودية ومصر والجزائر والمغرب وتونس وسوريا والعراق والأردن ولبنان والسودان أخيراً حيث أنشئت ولاية المظالم.

قضاء المظالم في الشريعة الإسلامية:

جاءت الشريعة الإسلامية بالعدل وأمر الله بالقسط ونهى عن الجور، وكان النبي ﷺ

مثالاً للعدل وتعظيمه، وربّى الأمة على طلبه والقيام به، فكان ﷺ ومن بعده خلفاؤه الراشدون يتولون القضاء سواءً في المنازعات التي بين أفراد الأمة أو تلك التي تنشأ بينهم وبين الولاة، والصور الناصعة المشرقة لإقامة العدل وضعوا الأسس التي ابنتى عليها من جاء بعدهم بناء صرح القضاء الإسلامي المتطور والأصيل في آن واحد، فكان القضاء موّحداً وشاملاً لسائر المنازعات، وعندما توسعت الدولة الإسلامية وازدهرت الحضارة فيها بشكل متسارع بسبب الأمن والعدل الوارف في الدولة الإسلامية احتاج الخلفاء والأمراء إلى إسناد ولاية القضاء إلى العلماء المؤهلين لذلك.

ثم احتاج الناس إلى تخصيص ظلامتهم الموجهة ضد الأمراء والولاة بقضاة سُموا بقضاة المظالم، ودَوَّن العلماء تنظيرهم لهذا النوع من القضاء وما يتعلق به ومنهم الإمام الماوردي وأبو يعلى الفراء وغيرهم ممن صنف في الإمامة والسياسة، بل واشتملت غالب كتب الفقه على أبواب مستقلة للقضاء والفصل في الدعاوى وهي شاملة لنوعي القضاء مما أثرى المكتبة الإسلامية وجعل لها قصب السبق في البناء العلمي النظري للقضاء الإداري المعاصر ويصحح ما انتشر لدى كثير ممن درس القانون الغربي وليس له صلة بالفقه الإسلامي فظن أن الغرب هو أول من ابتكر وأصل لهذا النوع من القضاء، بينما سبقهم الإسلام إلى ذلك وبارقى وأنقى منه بعدة قرون، والرسائل العلمية وشهادات المتخصصين المصنفين من العالم تثبت ذلك⁸.

فكان النبي ﷺ يقيم بنفسه قضاء المظالم حتى من نفسه فقد أعطى النبي القصاص من نفسه لمن ادعى عليه أنه له حق عليه ومراد من ادعى ذلك أن يقبل جسد النبي ﷺ تبركاً بذلك وليس طلباً للقصاص، فحاشاه ﷺ أن يضرب أحداً ظلماً وحاشا الصحابة الكرام أن يقصد أحدهم مسّ النبي ﷺ بأذى وأنفسهم فداءً له⁹.

وتظلم أحد المتعاملين مع النبي ﷺ من تأخر حقوقه المالية لدى حكومة الدولة المسلمة وكان في حقيقة الأمر يستجلي ما قرأه في التوراة عن خلق النبي ﷺ فقد روى: "أن زَيْدَ بن سَعْنَةَ وكان من أحرار اليهود أتى النبي ﷺ يتقاضاه فجبذ ثوبه عن منكبيه الأيمن ثم قال: إنكم يا بني عبد المطلب أصحاب مطل، وإني بكم لعارف! قال فانتهره عمر رضي الله عنه، فقال له رسول الله ﷺ: يا عمر! أنا وهو كُنَّا إلى غير هذا منك أحوج، أن تأمرني بحسن القضاء وتأمره بحسن التقاضي، انطلق يا عمر أوفه حقه، أما إنه قد

بَقِيَ من أجله ثلاث فزده ثلاثين صاعا لترويعك له أو جزاء ما أخفته".¹⁰ وقد أسلم ﷺ بسبب ذلك.¹¹

وسار خلفاؤه من بعده على ذلك فعن أبي نضرة عن أبي فراس قال: خطبنا عمر بن الخطاب ﷺ فقال في خطبته ألا وأني لم أبعث إليكم عمالي ليضربوا أنبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم ولكن بعثتهم ليعلموكم دينكم وسنتكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلي فأقصه منه، فقام عمرو بن العاص ﷺ فقال يا أمير المؤمنين لو أن رجلاً آذَب بعض رعيته أكنت مقتصه منه؟ فقال: أي، والذي نفسي بيده لأقصه منه، وقد رأيت رسول الله ﷺ أقص من نفسه.¹²

وكتب السنة والكتب التي صنفت في تاريخ الخلفاء وأمراء المسلمين فيها الكثير من صور تطبيق المنهج الإسلامي في العدل في المنازعات التي بين الإدارة والأفراد.¹³

القضاء الإداري بالملكة العربية السعودية:

ومع اتساع الدولة وتشعب المصالح وتعدد المرافق العامة التي خصصت لأداء الخدمات لأفراد المجتمع خطت المملكة خطوة جديدة لتطوير نظام ولاية المظالم فنص نظام شعب مجلس الوزراء الصادر سنة 1373هـ في المادة (17) منه على أن (يشكل بديوان مجلس الوزراء إدارة عامة باسم ديوان المظالم، ويشرف على هذه الإدارة رئيس يعين بمرسوم ملكي وهو مسئول أمام جلالة الملك، وجلالته المرجع الأعلى له).

ثم صدر نظام ديوان المظالم بالمرسوم رقم 8759/13/2 وتاريخ 74/9/17هـ وقضت المادة الأولى منه على أن (يشكل ديوان مستقل باسم ديوان المظالم ويقوم بإدارة هذا الديوان رئيس من درجة وزير يعين بمرسوم ملكي وهو المسئول أمام جلالة الملك وجلالته المرجع الأعلى له).

وهكذا كان المرسوم خطوة أخرى صاحبت تطور المملكة نحو الأخذ بأساليب الإدارة التي تتناسب مع اتساعها وتقدمها ثم أصدر رئيس الديوان القرار رقم 1/3570 في 1/11/1379هـ الخاص بالنظام الداخلي للديوان بایضاح وتفصيل أكثر لاختصاصات الديوان على الوجه المبين بهذا النظام، وبإستناد سلطة التحقيق والحكم في جرائم الرشوة والتزوير إلى الديوان أصبح للديوان اختصاص قضائي واضح.

والملاحظ أن اختصاص الديوان أخذ في الازدياد فقد اسند إليه الفصل في طلبات

تنفيذ الأحكام الصادرة من محاكم الدول العربية ونظر القضايا الناشئة عن مخالفة نظام مقاطعة إسرائيل ونظر القضايا المتعلقة بشرعية الأعداء التي يتقدم بها الموظفون لتأخر مطالبتهم ببذل الانتداب عن ستة أشهر وغيرها، هذا بالإضافة إلى اختصاصات أخرى يباشرها ديوان المظالم بالاشتراك مع هيئات أخرى.

وأخيرا صدر قرار مجلس الوزراء رقم 818 وتاريخ 17/5/1396هـ ونص على اختصاصات الديوان بالفصل بصفة نهائية في طلبات التعويض المقدمة من المقاتلين المتعاقدين مع جهات حكومية في الحالات التي يستند فيها المقاتلون على حدوث تقصير من الجهة الحكومية ينتج عنه إلحاق خسارة أو ضرر بالمقاتل.

ونظرا لتعدد الأنظمة والقرارات التي أضافت اختصاصات جديدة إلى الديوان منذ نشأته حتى الآن ولكي تكون اختصاصات ديوان المظالم محددة وواضحة وكذلك الإجراءات الواجب اتباعها للفصل في القضايا التي يختص بنظرها، ولتوقع إضافة اختصاصات جديدة إلى الديوان مصاحبة لتنفيذ الخطط الطموحة للمملكة أصبح من الضروري العمل على إصدار نظام متكامل لديوان المظالم يشمل تحديدا للاختصاصات وبيانا بالإجراءات الواجبة الاتباع للفصل في القضايا التي يختص الديوان بنظرها. ولم يخف هذا الأمر على ولاية الأمر حيث أشاروا بإعداد هذا المشروع لتطوير الديوان بحيث يساير التقدم الذي حققته المملكة في جميع الاتجاهات، وذلك لأن تقدم الدولة يصاحبه دائما زيادة في عدد المرافق العامة التي تدار بواسطة عدد من الموظفين العموميين، ويكون على رأس كل مرفق رئيس مسؤول عن تسييره ورعاية موظفيه؛ ليؤدي كل عمله وفق ما يقتضيه الصالح العام والنظم التي تضعها الدولة لتسيير تلك المرافق، ويلزم عادة لتسيير المرفق العام إصدار قرارات إدارية، والتعاقد لتنفيذ ما يلزم المرفق من منشآت أو توريد ما يلزمه من أدوات أو مواد حسب الخدمة التي يؤديها المرفق، وقد تصدر قرارات مخالفة للنظم والتعليمات من المسؤولين في الجهة الإدارية التي تدير المرفق العام أو ينشأ نزاع بسبب تنفيذ العقود الإدارية التي تكون هي طرفا فيها ولذلك كان لابد أن يعهد صراحة إلى ديوان المظالم بالفصل في المنازعات التي تثور بين الجهات الإدارية والأفراد.

وقد جاء نظام الديوان بأحكام تحقق الغرض من الدعوة إلى تطويره ليساير نظام

الحكم واتساع مجالات النشاط الإداري بالمملكة وما ترتب على ذلك من كثرة وقوع المنازعات المتعلقة بالقرارات والعقود الإدارية.

وقد قسم النظام إلى ثلاثة أبواب الباب الأول في تشكيل الديوان واختصاصاته وقد نصت المادة الأولى منه على أن (ديوان المظالم هيئة قضاء إداري مستقلة ترتبط مباشرة بجلالة الملك)، وبالنص على أن الديوان هيئة قضاء إداري توضيح لصفته حيث أنه يمارس اختصاصات قضائية، كما أن النص على أنه هيئة مستقلة ضمان لحياده في أداء المهام الموكولة إليه، وارتباطه مباشرة بجلالة الملك طبعي لأن جلالة الملك هو ولي الأمر.

كما حددت المادة نفسها مقر الديوان، ولمواجهة تطور واتساع مجالات النشاط الإداري في أنحاء المملكة مما ينتج عنه وقوع منازعات مثارها قرار عقد مع الإدارة فقد سمح النظام لرئيس الديوان بإنشاء ما تقتضيه الحاجة من فروع.

ونصت المادة الثانية على أن (يتألف ديوان المظالم من رئيس بمرتبة وزير، ونائب رئيس أو أكثر، وعدد من النواب المساعدين، والأعضاء ذوي التخصص في الشريعة والأنظمة).

وتأليف الديوان بهذا الشكل يوفر الضمان لحسن قيامه بوظيفته الموكولة إليه من ولي الأمر، ولذلك جاء النص في المادة الثالثة على أن (يعين رئيس الديوان، وتنتهي خدماته بأمر ملكي، وهو مسؤول مباشرة أمام جلالة الملك، ويعين نواب رئيس الديوان، وتنتهي خدماتهم بأمر ملكي بناء على اقتراح رئيس الديوان).

وأما رؤساء الفروع فقد ترك النظام أمر اختيارهم لرئيس الديوان الذي عليه أن يراعي درجات العاملين في الفرع.

أما المادة الرابعة فقد نصت على تشكيل لجنة خاصة تسمى لجنة الشؤون الإدارية لأعضاء الديوان، وتتألف من رئيس الديوان أو من ينوبه. ونصت المادة الخامسة على طريقة انعقادها، واتخاذ قراراتها.

أما اختصاصات هذه اللجنة فقد وردت في مواد النظام الأخرى مثل (14)، (15)، (17)، (19، 20)، (27)، (41)، (43).

وقد ترك النظام أمر تشكيل الدوائر التي يباشر الديوان اختصاصاته عن طريقها،

وتحديد عددها، واختصاصها النوعي، والمكاني لرئيس الديوان وفق ما يقدره هو من حاجة العمل (مادة 6).

كما جعل النظام للديوان هيئة عامة تتكون من رئيس الديوان وجميع الأعضاء العاملين فيه. وأما اختصاصها وإجراءاتها فإنها تتخذ بقرار من مجلس الوزراء (مادة 7) وهو ما يسمح بالمرونة الكافية لإجراء التعديلات على اختصاصات تلك الهيئة بما يكفل معالجة جميع الأمور والقضايا والمشكلات التي تتعلق بعمل الديوان ومباشرة اختصاصاتها.

كما تضمن هذا الباب اختصاصات الديوان، ويلاحظ أن الاختصاصات التي نص عليها النظام جاءت من الشمول بحيث أصبح لديوان المظالم الاختصاص العام للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها سواء كان ماثراً قراراً، أم عقداً، أم واقعة (الفقرات أ، ب، ج، د من المادة الثامنة).

وهناك بعض القرارات الإدارية التي تصدر في قضايا يتم نظرها من قبل لجان مشكلة بموجب نص نظامي أو قرار من مجلس الوزراء، أو أمر سام وينص قرار تنظيمها على أن قراراتها نهائية تبقى نهائية ولا يقبل الديوان الدعوى فيها لخروجها عن اختصاصه بموجب تلك الأنظمة، إلا إذا عدلت بما يجعل النظر في التظلم منها من اختصاص ديوان المظالم.

والمراد بالعقد هو العقد مطلقاً سواء أكان عقداً إدارياً بالمعنى القانوني أم عقداً خاصاً بما في ذلك عقود العمل. كما أن الديوان يختص بالفصل في الدعاوى التأديبية بموجب الفقرة (هـ) من تلك المادة.

أما الفقرة (و) فقد نصت على اختصاص الديوان بنظر الدعاوى الجزائية الموجهة ضد مرتكبي جرائم التزوير المنصوص عليها في الأنظمة والجرائم المنصوص عليها في نظام مكافحة الرشوة والجرائم المنصوص عليها في المرسوم الملكي رقم 43 وتاريخ 29/11/77 وهي الجرائم المتعلقة بالوظيفة العامة، وكذلك الجرائم المنصوص عليها في نظام مباشرة الأموال العامة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/77 في 23/10/1395هـ، وكذا أي دعوى جزائية موجهة ضد متهم بارتكاب أية جريمة أو مخالفة منصوص عليها في الأنظمة إذا صدر أمر من رئيس مجلس الوزراء إلى الديوان بنظرها، ولكن بما

أن الديوان جهة قضاء إداري فإن اختصاصاته الجزائية مؤقتة إلى حين عمل الترتيبات اللازمة لقيام المحاكم بالفصل في تلك القضايا وفق نظام القضاء.

أما الفقرة (ز) فلم تضيف جديدا لاختصاص الديوان، ثم جاءت الفقرة (ح) فنصت على اختصاص الديوان بالدعاوى التي يوكل إليه النظر فيها بموجب نصوص نظامية خاصة، ويقصد بالنصوص النظامية هنا تلك التي تصدر بمراسيم، أو أوامر ملكية، أو بقرارات من مجلس الوزراء، أو أوامر سامية.

ولا يحد من الشمول الذي تضمنه النص على اختصاص الديوان بنظر المنازعات الإدارية إلا ما عتته المادة التاسعة من النظام من عدم جواز نظر الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، أو بالتصدي لما تصدره المحاكم الشرعية من أحكام، أو قرارات داخلية في ولايتها.

ولأن ديوان المظالم بموجب هذا النظام أصبح اختصاصه قضائيا فقط فقد أصبح التحقيق هيئة أخرى مستقلة هي هيئة التحقيق، لذلك كان من الطبيعي النص على أن تتولى هيئة التحقيق الادعاء أمام ديوان المظالم في الجرائم والمخالفات التي تولت التحقيق فيها (مادة 10).

أما قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كإجراءات رفع الدعوى، وحالات عدم سماعها، وتحديد المواعيد، ونظام الجلسة، وقواعد إصدار الأحكام وتنفيذها، وطرق الاعتراض عليها، فإنها مراعاة للمرونة سوف تصدر بقرار من مجلس الوزراء (مادة 49).

وتضمن الباب الثاني نظام أعضاء الديوان حيث نص على شروط التعيين والترقية، وتحديد الأقدمية، وفي هذا الصدد وحد النظام شروط التعيين في الديوان، ونظرا لأن اختصاص الديوان أصبح قضائيا فلا بد أن يشترط في أعضائه ما يشترط في رجال القضاء ولذلك جاءت معظم النصوص مماثلة لما في نظام القضاء، كما أن من أهم ما تضمنه هذا الباب النص في المادة (16) على أنه (مع عدم الإخلال بما يقتضيه هذا النظام من أحكام يتمتع أعضاء الديوان بالحقوق والضمانات المقررة للقضاة، ويلتزمون بما يلتزم به القضاة من واجبات، وبهذا قضى النظام على التفرقة الحالية الموجودة بين أعضاء الديوان وكفل الحصانة اللازمة لعضو الديوان لكي يفصل فيما ينظره من منازعات

بوحى من ضميره وفقا للنظم الموضوعة التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية. كما تضمن هذا الباب قواعد منح الإجازات للأعضاء ونقلهم وندبهم (المادتان 19، 20).

ووضع النظام قواعد للتفتيش على أعمال أعضاء الديوان تتناسب مع طبيعة عملهم، وحدد تقديرات لكفائتهم، وكفل لهم ضمانات للتظلم من تقدير الكفاية بالنسبة لكل عضو (المواد من 22 إلى 27).

كما تضمن الباب نصوصا لقواعد تأديب أعضاء الديوان، وكفل لهم حصانة خاصة في هذا الشأن، ولذلك نصت المادة (36) على أن تنقضي الدعوى التأديبية باستقالة العضو، ولكن إذا كانت المخالفة التأديبية التي ارتكبها العضو تصل إلى درجة الجريمة الجنائية فلا يتمتع العضو بأية حصانة، وتقام ضده الدعوى الجزائية أو المدنية الناشئة عن الواقعة محل المخالفة.

وفي حالة تلبس العضو بالجريمة وضعت الأعضاء وتنفيذ العقوبات المقيدة للحرية بالنسبة لهم في أماكن مستقلة، كما نص في هذا الباب على حالات انتهاء خدمة الأعضاء.

واختتم النظام بما تضمنه الباب الثالث من أحكام عامة حيث نصت المادتان (44)، (45) على اختصاص رئيس الديوان، فالمادة (44) جعلت له صلاحيات الوزير بالنسبة لجميع أعضاء وموظفي الديوان ومستخدميه، والمادة (45) تركت له تحديد صلاحيات واختصاصات رؤساء الفروع وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام المنصوص عليها في هذا النظام.

ونصت المادة (46) على أن نائب الرئيس ينوب عن الرئيس في حالة غيابه، كما يساعده في الأعمال التي يكلف بها في حالة حضوره.

وباعتبار الديوان هيئة مستقلة تتبع جلالة الملك مباشرة فقد نصت المادة (47) على أن يرفع رئيس الديوان في نهاية كل عام إلى جلالة الملك تقريرا شاملا عن أعمال الديوان متضمنا ملاحظاته ومقترحاته.

ونظرا لما لنشر الأحكام من مزايا أهمها توضيح قواعد ومبادئ القضاء الإداري فقد نص في هذه المادة على أن يقوم الديوان في نهاية كل عام بتصنيف الأحكام التي

أصدرتها دوائر الديوان، ومن ثم طبعها ونشرها في مجموعات ويرفق نسخة منها مع التقرير الذي يرفع إلى جلالة الملك.

كما نص في المادة (48) على أن موظفي الديوان غير الأعضاء يخضعون لنظم ولوائح الخدمة المدنية التي يخضع لها موظفو الدولة وذلك مع مراعاة المادة (16) من النظام الخاصة بالأعضاء.

ونص في هذا الباب المخصص للأحكام العامة على إلغاء كل ما يتعارض مع هذا النظام من أحكام كما هو متبع في أي نظام يصدر يذيل بهذه العبارة.
قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم:

بناءً على نص المادة التاسعة والأربعين من نظام ديوان المظالم على أن تصدر قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بقرار من مجلس الوزراء صدر قرار مجلس الوزراء القاضي بالموافقة على هذه القواعد برقم (190) وتاريخ 16/11/1409هـ.

وقد تضمنت عدة أبواب خصص الباب الأول بالدعوى الإدارية ففي المادة الأولى كيفية رفع الدعوى الإدارية فتكون بطلب من المدعي⁽¹⁴⁾ يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينييه متضمنا بيانات عن المدعي والمدعى عليه، وموضوع الدعوى وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به إن كان مما تجب المطالبة به قبل رفع الدعوى. وفي المادة الثانية تضمنت ما يجب أن يسبق رفع الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم^(أ) الدعوى المتعلقة بالحق المقرر في نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم

فتجب مطالبة الجهة الإدارية المختصة خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي وما يتلوا ذلك في حال إجابة الجهة أو رفضها⁽¹⁵⁾.

وفي المادة الثالثة فيما لم يرد به نص خاص يجب في الدعوى المنصوص عليها في الفقرة (ب) من المادة الثامنة⁽¹⁶⁾ من نظام ديوان المظالم^(ب) الدعوى المقدمة من ذوي الشأن بالطعن في القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو

إساءة استعمال السلطة، ويعتبر في حكم القرار الإداري رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح⁽¹⁷⁾ فيشترط أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة ثم وزارة الخدمة المدنية إن كان لها تعلق بها وتحديد المدد التي يجب مراعاتها في ذلك لتكون الدعوى مقبولة ومستوفية للشروط الشكلية لقبولها⁽¹⁸⁾.

وفي المادة الرابعة: نصت على أنه فيما لم يرد به نص خاص لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، د) من المادة الثامنة⁽¹⁹⁾ من نظام ديوان المظالم بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي تقبله الدائرة⁽²⁰⁾.

وفي المادة الخامسة حددت الإجراءات التي ينبغي على الدائرة اتباعها فأوجبت على رئيس الدائرة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعداً لنظرها يبلغ به أطراف الدعوى وكلاً من وزارة المالية والاقتصاد الوطني وديوان المراقبة العامة. ويجب ألا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوماً⁽²¹⁾، كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية⁽²²⁾. أيضاً إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية ولكل من وزارة المالية والاقتصاد الوطني وديوان المراقبة العامة والديوان العام للخدمة المدنية بحسب الحال أن ترسل خلال هذه المدة وجهة نظرها إلى ديوان المظالم أو أن تطلب الاشتراك في المرافعة، وفي هذه الحالة يتعين التنسيق مع الجهة الحكومية الطرف في الدعوى.

وتحدثت المادة السادسة عن رفع دعاوى المطالبة بتنفيذ الأحكام الأجنبية وأنها تكون وفقاً لإجراءات رفع الدعاوى الإدارية المنصوص عليها في المادة الأولى من هذه القواعد⁽²³⁾.

وأوضحت المادة السابعة أنه لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه وأنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقي بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قدرت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل في أصل الدعوى⁽²⁴⁾.

وأما الباب الثاني فقد خص بالدعاوى الجزائية والتأديبية من المادة الثامنة إلى المادة الثانية عشرة من قواعد المرافعات وذلك لما تختص به الدعاوى الجزائية من خصائص تقتضي إفرادها بباب مستقل علما أن نظر الدعاوى الجزائية أسند لديوان المظالم بصفة مؤقتة وليس من ضمن اختصاصاته الأصلية وهي القضاء في المنازعات الإدارية. واستغرق الباب الثالث من المادة: 13 إلى المادة: 33 النظر في الدعوى والحكم فيها والإجراءات المتعلقة بذلك.

وخصت الباب الرابع بطرق الاعتراض على الأحكام التي تصدرها الدوائر الابتدائية وذلك في المواد من المادة: 34 إلى المادة: 42. وضمنت الباب الخامس الأحكام العامة وجعلتها في خمس مواد من المادة: 43 إلى المادة: 47 والتي تضمنت النص على نشر هذه القواعد في الجريدة الرسمية ويعمل بها بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشرها.

كما يجدر التنبيه إلى أنه فضلا عن الاختصاصات الواردة في نظام ديوان المظالم المشار إليه، وما ورد في قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان، فقد أضيفت إليه اختصاصات أخرى في مجالات متعددة بموجب أنظمة خاصة، ومراسيم ملكية وقرارات من مجلس الوزراء، وأوامر سامية.

ثم في عام 1428هـ صدر المرسوم الملكي رقم: م / 78 وتاريخ: 19 / 9 / 1428هـ بالموافقة على نظام القضاء ونظام ديوان المظالم الجديدين.

وقد تضمن نظام ديوان المظالم الجديد ما تضمنه النظام السابق المشار إليه، إلا أنه عدل في مراتب التقاضي الإداري حيث جعلها ثلاث مراتب في (الباب الثالث: محاكم الديوان) في (الفصل الأول: ترتيب المحاكم) ونص المادة الثامنة: " تتكون محاكم ديوان المظالم من الآتي:

1 - المحكمة الإدارية العليا.

2 - محاكم الاستئناف الإدارية.

3 - المحاكم الإدارية. "

ثم في الفصل الثالث من الباب الثالث حددت اختصاصات المحاكم بحسب درجاتها. ففي المادة الحادية عشرة بيان اختصاصات المحكمة الإدارية العليا:

" تختص المحكمة الإدارية العليا بالنظر في الاعتراضات على الأحكام التي تصدرها محاكم الاستئناف الإدارية، إذا كان محل الاعتراض على الحكم ما يأتي:
أ- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، أو الأنظمة التي لا تتعارض معها أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، بما في ذلك مخالفة مبدأ قضائي تقرر في حكم صادر من المحكمة الإدارية العليا.

ب- صدوره عن محكمة غير مختصة.

ج- صدوره عن محكمة غير مكونة وفقاً للنظام.

د- الخطأ في تكييف الواقعة، أو في وصفها.

هـ- فصله في نزاع خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين طرفي الدعوى.

و- تنازع الاختصاص بين محاكم الديوان "

وفي المادة الثانية عشرة حددت اختصاص محاكم الاستئناف الإدارية:

" تتولى محاكم الاستئناف الإدارية النظر في الأحكام القابلة للاستئناف الصادرة من المحاكم الإدارية، وتحكم بعد سماع أقوال الخصوم وفق الإجراءات المقررة نظاماً ".
وفي المادة الثالثة عشرة بينت اختصاص المحاكم الإدارية الابتدائية:
" تختص المحاكم الإدارية بالفصل في الآتي:

أ. الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة في نظم الخدمة المدنية والعسكرية والتقاعد لموظفي ومستخدمي الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم.

ب. دعاوى إلغاء القرارات الإدارية النهائية التي يقدمها ذوو الشأن، متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص، أو وجود عيب في الشكل، أو عيب في السبب، أو مخالفة النظم واللوائح، أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها، أو إساءة استعمال السلطة، بما في ذلك القرارات التأديبية، والقرارات التي تصدرها اللجان شبه القضائية والمجالس التأديبية. وكذلك القرارات التي تصدرها جمعيات النفع العام - وما في حكمها - المتصلة بنشاطاتها، ويعد في حكم القرار الإداري رفض جهة الإدارة أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقاً للأنظمة واللوائح.

ج. دعاوى التعويض التي قدمها ذوو الشأن عن قرارات أو أعمال جهة الإدارة.

د- الدعاوى المتعلقة بالعقود التي تكون جهة الإدارة طرفاً فيها.
هـ- الدعاوى التأديبية التي ترفعها الجهة المختصة.
و- المنازعات الإدارية الأخرى.

ز- طلبات تنفيذ الأحكام الأجنبية وأحكام المحكمين الأجنبية".

وفي المادة الرابعة عشرة أوضحت ما أخرج من اختصاص القضاء الإداري:
" لا يجوز لمحاكم ديوان المظالم النظر في الدعاوى المتعلقة بأعمال السيادة، أو النظر في الاعتراضات على ما تصدره المحاكم - غير الخاضعة لهذا النظام - من أحكام داخلية في ولايتها، أو ما يصدره المجلس الأعلى للقضاء ومجلس القضاء الإداري من قرارات".
وتفصيل شرح هذه المواد والتعليق عليها ليس هذا موضعه وإنما أوردته استكمالاً للفائدة.

وبالنسبة لنظام المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم فلا زال العمل مستمرا بقواعد المرافعات والإجراءات الصادرة عام 1409هـ بقرار مجلس الوزراء القاضي رقم (190) وتاريخ 16/11/1409هـ إلى حين صدور النظام الجديد.

المبحث الأول: مسؤولية القضاء في تحقيق العدالة.

تأخير الحق أو التسبب فيه من الظلم الممقوت المنهي عنه في الشريعة الإسلامية وفي غيرها. ويقول النبي ﷺ: «مطل الغني ظلم»²⁵ فتأخير الحق ممن هو عليه وهو قادر على الوفاء ظلم، وكذا تأخيره بسبب التأخر في فض المنازعة.
ولذا تؤكد جميع الأنظمة والدساتير على أهمية بذل أقصى الجهد في الفصل في المنازعات وإيصال الحقوق لأهلها.

وسواء كان ذلك في المنازعات الخاصة أو الإدارية، كما أن التشريعات نبهت إلى أنواع من الدعاوى أو الطلبات لها مزيد من ضرورة الاستعجال فيها وميزت بإجراءات تمكن ناظر القضية أو من رفع إليه الطلب المستعجل أن يستجيب لهذه الحالة حفظاً لحق المدعي أو رعاية لحق المدعى عليه حين الحكم عليه لئلا تعظم عليه التبعات والمسؤولية عن تصرفات كان يظن أنها مشروعة له.

وقد نص نظام المرافعات الشرعية التي تنظم إجراءات ونظر الدعوى أمام المحاكم العامة والجزئية في المملكة العربية السعودية وهي التي تعتبر المرجع في

القضاء الإدارى عند خلو إجراءاته من بعض الحالات ولذا فإن إشارتنا إليها هنا ضرورية لمعرفة رقى القضاء الشرعى غير الإدارى ثم القضاء الشرعى الإدارى.

ونصوص نظام المرافعات الشرعية المتعلقة بقضاء الاستعجال المدنى خصص لها الباب الثالث عشر وعنون له (القضاء المستعجل) وتضمن هذا الباب ثلاثة عشرة مادة (من المادة 233- إلى 245) وأورد هنا نصها مع لائحته التنفيذية دون تعليق لوضوحها وسهولة الرجوع لموقع وزارة العدل لمزيد من التوضيح.

المادة 233: تحكم المحكمة المختصة بنظر الموضوع بصفة مؤقتة فى المسائل المستعجلة التى يخشى عليها من فوات الوقت والمتعلقة بالمنازعة نفسها، ولا يؤثر هذا الحكم على موضوع الدعوى سواء رفع طلب الحكم بالإجراء المؤقت مباشرة أو تبعاً للدعوى الأصلية.

1/233 رفع الدعوى المستعجلة إذا كان قبل إقامة الدعوى الأصلية يكون بصحيفة، وفق المادة (39).

2/233 يجوز رفع الطلب المستعجل مع الدعوى الأصلية بصحيفة واحدة. كما يجوز إيدأه طلباً عارضاً من الخصوم أثناء نظر الدعوى، أو يقدم مشافهة فى الجلسة بحضور الخصم.

3/233 تضبط الدعاوى المستعجلة بعدد مستقل إذا رفعت قبل الدعوى الأصلية أما إذا رفعت معها أو أثناءها فتضبط معها.

4/233 الأحكام الصادرة فى المسائل المستعجلة خاضعة لتعليقات التمييز ويجوز الاعتراض عليها وفق (م 175).

5/233 على القاضي فى المسائل المستعجلة تضمين حكمه الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة أو بدونها حسب تقديره، ويلزم الجهات التنفيذية تنفيذ الحكم ولو بالقوة الجبرية وفق المادتين (198 - 199).

المادة 234: تشمل الدعاوى المستعجلة ما يلى:

أ. دعوى المعاينة لإثبات الحال.

ب. دعوى منع التعرض للحيازة ودعوى استردادها.

ج. دعوى المنع من السفر.

د. دعوى وقف الأعمال الجديدة.

ه. دعوى طلب الحراسة.

و. الدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية.

ز. الدعاوى الأخرى التي يعطيها النظام صفة الاستعجال.

1/234 دعوى المعاينة لإثبات الحالة هي: أن يتقدم صاحب مصلحة للمحكمة المختصة بدعوى مستعجلة لإثبات معالم واقعة يحتتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء مستقبلاً وتتم المعاينة وإثبات الحالة وفق المواد (116، 112).

2/234 يقصد بالدعوى المتعلقة بأجرة الأجير اليومية إذا كان المدعي يطالب بتسليمه أجرته اليومية، ولا يدخل في هذا المطالبة بالأجرة عن عقار أو عمل أجر شهري، وفق المادة (31).

3/234 لا تقبل دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها في المنقولات بعد مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ علم المدعي بالاعتداء، فإن مضت هذه المدة كان له أن يتقدم بدعوى غير مستعجلة في الموضوع.

4/234 دعوى منع التعرض للحيازة، ودعوى استردادها المتعلقة بالمنقول إذا رفعت بدعوى مستقلة قبل رفع الدعوى الأصلية في الموضوع تختص بنظرها المحكمة الجزئية وفق المادة (31).

أما إذا رفعت هذه الدعوى مع الدعوى الأصلية، أو بعد رفعها كطلب عارض فتتظرها المحكمة المختصة بنظر الموضوع وفق المادة (233).

المادة 235: يكون ميعاد الحضور في الدعاوى المستعجلة أربعاً وعشرين ساعة، ويجوز في حالة الضرورة القصوى نقص هذا الميعاد بأمر من المحكمة.

1/235 مدة الأربع والعشرين ساعة هي المدة الأقل لطلب الخصم وتجوز الزيادة عليها عند الاقتضاء.

2/235 يكون التبليغ بالطرق المعتادة، إلا في حال نقص الميعاد عن أربع وعشرين ساعة، ففي هذه الحال يكون التبليغ لشخص المدعى عليه أو وكيله الشرعي في الدعوى نفسها.

3/235 يرجع في تقدير الضرورة القصوى المجيزة لنقص الميعاد إلى ناظر الدعوى.

4/235 لا يتم إعادة الإعلان مرة أخرى إذا تم صحيحاً بل تنظر المحكمة في الدعوى وتحكم فيها.

5/235 لا يلزم المدعى عليه في الدعاوى المستعجلة إيداع مذكرة بدفاعة وفق المادة (41).

المادة 236: لكل مدع بحق على آخر أثناء نظر الدعوى أو قبل تقديمها مباشرة أن يقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع دعوى مستعجلة لمنع خصمه من السفر، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا قامت أسباب تدعو إلى الظن أن سفر المدعى عليه أمر متوقع وبأنه يعرض حق المدعي للخطر أو يؤخر أداءه ويشترط تقديم المدعي تأميناً يحدده القاضي لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه، ويحكم بالتعويض مع الحكم في الموضوع ويقدر بحسب ما لحق المدعى عليه من أضرار لتأخيره عن السفر.

1/236 إذا صدر أمر القاضي بمنع الخصم من السفر- وإن لم يكن بحضوره- فتبلغ بذلك الجهة المختصة بخطاب لتنفيذه، ولا يسمح له بالسفر إلا بإذن كتابي من القاضي، وهذا الأمر حكم، يخضع لتعليمات التمييز.

2/236 إذا صدر أمر من القاضي بمنع الخصم من السفر لزمه إحاطة الجهة المختصة بما انتهت إليه القضية.

3/236 إذا كان طلب المنع من السفر لأجل تنفيذ حكم مكتسب للقطعية فيكون من اختصاص الحاكم الإداري.

4/236 التعويض للممنوع من السفر يقدره القاضي بوساطة أهل الخبرة.

5/236 يقدم المدعي التعويض الذي حدده القاضي بشيك مصرفي محجوز القيمة باسم رئيس المحكمة ويودع في صندوق المحكمة.

6/236 إذا صدر أمر بالمنع من السفر والدعوى تتعلق بمبلغ معين فأودعه المدعى عليه لدى المحكمة، أو أحضر كفيلاً غارماً مليئاً وוכל شخصاً بمباشرة الدعوى فيسمح القاضي له بالسفر.

المادة 237: لكل صاحب حق ظاهر أن يتقدم إلى المحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لمنع التعرض لحيازته أو لاستردادها، وعلى القاضي أن يصدر أمراً

بمنع التعرض أو باسترداد الحياة إذا اقتنع بمبرراته، ولا يؤثر هذا الأمر على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه، ولمن ينازع في أصل الحق أن يتقدم للقضاء وفق أحكام هذا النظام.

1/237 يراجع في هذه المادة فقرات لوائح المادة (31).

المادة 238: يجوز لمن يضار من أعمال تقام بغير حق أن يتقدم للمحكمة المختصة بالموضوع بدعوى مستعجلة لوقف الأعمال الجديدة، وعلى القاضي أن يصدر أمراً بالمنع إذا اقتنع بمبرراته ولا يؤثر هذا الأمر بالمنع على أصل الحق ولا يكون دليلاً عليه ولمن ينازع فيه أن يتقدم للقضاء وفق أحكام هذا النظام.

1/238 المراد بالأعمال الجديدة: ما شرع المدعى عليه في القيام بها في ملكه ومن شأنها الإضرار بالمدعي.

2/238 يشترط لطلب وقف الأعمال الجديدة أمران:

أ- أن تكون هذه الأعمال قد بدأت ولكنها لم تتم.

ب- أن تكون هذه الأعمال التي بدأها المدعى عليه مضرّة بالمدعي.

3/238 إذا تمت الأعمال الجديدة قبل وقفها وفيها ضرر على المدعي فلا تكون من القضاء المستعجل بل تكون من باب دعاوى إزالة الضرر وهي غير مستعجلة.

4/238 تُوقف الأعمال الجديدة (الإحداث) في المتنازع فيه من قبل القاضي عند الاقتضاء بدعوى مستعجلة بناء على طلب الخصم.

المادة 239: ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع في المنقول أو العقار الذي يقوم في شأنه نزاع ويكون الحق فيه غير ثابت، وللقاضي أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في المنقول أو العقار قد قدم من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزة، ويتكفل الحارس بحفظ المال وإدارته، ويرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه.

1/239 الحراسة هي: وضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين يعينه القاضي إن لم يتفق على تعيينه ذوو الشأن.

2/239 للقاضي أن يأمر بالحراسة إذا حصل نزاع في ثابت أو منقول أو فيها سواء أكان هذا النزاع في الملكية أم على واضع اليد أم على الحياة أم متعلقاً بإدارة المال

واستغلاله، كالتزاع الذي يحصل بين الورثة أو بعضهم في التركة، أو بين الشركاء حول إدارة المال المشاع وكيفية استغلاله.

3/239 ترفع دعوى طلب الحراسة للمحكمة المختصة بنظر الموضوع بصحيفة تقيد وتحال لناظر القضية فإن لم تكن هناك قضية منظورة فتحال حسب الإحالات.

4/239 لأصحاب الشأن أن يطلبوا من المحكمة إقامة حارس وعلى المحكمة أن تستجيب لطلبهم وإن لم يكن هناك خطر عاجل.

5/239 للقاضي عند الاقتضاء. ولو لم يصدر حكم في الموضوع. أن يقيم حارساً بأمر يصدره، ولو لم يطلب ذلك أحد من الخصوم ويخضع لتعليقات التمييز.

6/239 للقاضي الذي أقام الولي أو الناظر، أو خلفه الأمر بالحراسة إذا أساء الولي أو الناظر التصرف في مال القاصر أو الوقف، حتى ينتهي موضوع النظر في الولاية والنظارة من قبله.

المادة 240: يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه، ويحدد الحكم الصادر بالحراسة ما على الحارس من التزام وماله من حقوق وسلطة. وإذا سكت الحكم عن ذلك فتطبق الأحكام الواردة في هذا النظام.

1/240 يقر القاضي تعيين الحارس الذي حصل الاتفاق عليه بين أصحاب الشأن.

2/240 إذا قضى الحكم بفرض الحراسة على المال المشاع لوجود خلاف على إدارته ولم يكن هناك خلاف على حصص الشركاء للقاضي أن يصرح للحارس بتوزيع صافي الغلة على الشركاء كل حسب حصته.

3/240 للخصم أن يتقدم بطلب حراسة قضائية بعد رد طلبه الأول إذا بين أسباباً أخرى.

4/240 للقاضي أن يعهد بالحراسة إلى أكثر من حارس إذا اقتضى الأمر ذلك.

5/240 للخصم أو بعضهم التقدم بطلب استبدال الحارس إذا ظهر لهم ما يوجب ذلك وعلى القاضي. الذي عينه. أو خلفه، أن ينظر في هذا الطلب.

6/240 إذا توفي الحارس أو استقال وقبلت استقالته فإن الحراسة لا تنتهي ويعين حارس آخر حسب الإجراءات السابقة.

7/240 من الأحكام المشار إليها في هذه المادة ما جاء في المواد (241، 245).
 8/240 إذا ترك الحارس الحراسة من تلقاء نفسه دون موافقة المحكمة، فتعين المحكمة حارساً بدلاً عنه حسب إجراءات تعيين الحارس، ويضمن الحارس التارك للحراسة ما يترتب على تركه للحراسة من أضرار على الأموال المحروسة.
 المادة 241: يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهود إليه حراستها، وإدارة ما يحتاج إلى إدارة من هذه الأموال، ويبدل في ذلك عناية الرجل المعتاد، ولا يجوز له بطريق مباشر أو غير مباشر أن يحل محله في أداء مهمته كلها أو بعضها أحد ذوي الشأن دون رضى الآخرين.

1/241 تبدأ التزامات الحارس باستلام المال محل الحراسة ويجب عليه أن يحضر محضراً يجرّد فيه الأموال الموضوعة تحت الحراسة وأوصافها وذلك بعد إخطار ذوي الشأن وحضورهم مع مندوب من المحكمة ويوقع الجميع على المحضر فإن امتنع أحد أثبت ذلك في المحضر.

2/241 لا يجوز للحارس أن يتنازل أو يوكل بالحراسة لشخص آخر بدون إذن من القاضي أو اتفاق أصحاب الشأن.

المادة 242: لا يجوز للحارس في غير أعمال الإدارة أن يتصرف إلا برضى ذوي الشأن جميعاً أو بترخيص من القاضي.

1/242 الأصل في أعمال الإدارة هو: الحفظ والصيانة، وقبض الأجرة والمخاصمة في ذلك.

المادة 243: للحارس أن يتقاضى الأجر المحدد له في الحكم ما لم يكن قد تنازل عنه.
 1/243 يكون تقدير أجرة الحارس باتفاق ذوي الشأن مع الحارس أو بتقدير القاضي عند الاختلاف.

2/243 يتقاضى الحارس أجره المحدد له من الغلة التي في يده، وإلا فمن ذوي الشأن، وعند الاختلاف يفصل في ذلك ناظر القضية، أو خلفه.

المادة 244: يلتزم الحارس باتخاذ دفاتر حساب منظمة، وعلى القاضي إلزامه باتخاذ دفاتر عليها ختم المحكمة عند الاقتضاء، ويلتزم بأن يقدم في الفترات التي يحددها

القاضي أو في كل سنة على الأكثر لذوي الشأن حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بما يثبت ذلك من مستندات، وإذا كان الحارس معيناً من قبل المحكمة وجب عليه فوق ذلك أن يودع صورة من هذا الحساب بمكتب إدارتها.

1/244 إذا أنفق الحارس على الأموال المعهود إليه حراستها من ماله الخاص فله الرجوع على ذوي الشأن بدعوى يقيمها لدى المحكمة المختصة إن لم يصدقه ويبدلوا له ما طلب.

المادة 245: تنتهي الحراسة باتفاق ذوي الشأن جميعاً أو بحكم القاضي، وعلى الحارس حيثئذ أن يبادر إلى رد الشيء المعهود إليه حراسته إلى من يختاره ذوو الشأن أو من يعينه القاضي.

1/245 يجب على الحارس أن يرد الشيء المعهود إليه حراسته في المكان الذي استلمه فيه ما لم يوجد اتفاق أو حكم يقضي بخلاف ذلك".

فمسؤولية القضاء في تحقيق العدالة من خلال الحكم بالقسط واتخاذ الوسائل والإجراءات التي تكفل حسن سير مرفق القضاء وعدم تأخير الفصل فيه فالمطل حتى من القضاء ظلم، وسرعة الفصل في الدعاوى تعجيل بالعدل وتخفيف لوطأة الظلم أو الضرر عن المضرور.

المبحث الثاني:

طبيعة دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

القرارات الإدارية في مجال النظام الإداري بصفة عامة تختص بإصدارها جهة الإدارة لتنظيم العمل الإداري في الدولة حفاظاً على النظام العام. فالقرار الإداري إفصاح من جهة الإدارة عن إرادتها التي يجب أن تكون ملزمة لمن صدر القرار في مواجهته وبما لها من سلطة عامة بمقتضى الأنظمة وحققها في السيادة، وغايته المصلحة العامة.

وبالتالي فإنه ينشأ عن القرار الإداري مراكز نظامية سواء للأفراد أو الدول، وقد ينحرف مصدر القرار بالسلطة المخولة له في إصداره لتكون الغاية منه خاصة أو غير مشروعة، وقد يكون اجتهاده وتصوّره للحالة خاطئاً أو مغالفاً للأنظمة فيحدث أضراراً للآخرين ومصالحهم المستقرة فأجاز النظام للمتضرر رفع دعوى وقف تنفيذ

هذا القرار، وهو نوع من الرقابة على قرارات الإدارة لضمان سلامتها ومشروعيتها. ولما كان الأصل أن القرار الإداري له صفة النفاذ المعجل من حين صدوره أو الحين الذي حدد لنفاذه فإن المضرور من هذا القرار جعل له النظام مخرجاً من هذا المازق بالقضاء المستعجل بأن يرفع دعوى طلب إيقاف نفاذ القرار إلى حين البت في دعوى الإلغاء، فهي فرعية للدعوى الأصلية.

ومما يبيّن تبعية دعوى وقف التنفيذ لدعوى الإلغاء: ما جاء في بعض أحكام ديوان المظالم في المملكة، - فالأصل على حد قول الديوان -: " أن سلطة وقف تنفيذ القرار مشتقة من سلطة إبطاله " (26) فسلطة القاضي تمتد إلى الفصل في المنازعات وفيما ينبثق عنها من أمور مستعجلة.

" فالارتباط بين الدعويين قائم، سواء من حيث المفهوم أو من حيث الشكل والإجراء.. فمن حيث المفهوم، فإن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري. مثلها مثل دعوى الإلغاء، خصومة ضد قرار إداري، ومن حيث الشكل والإجراء، فإن قبول طلب وقف تنفيذ القرار الإداري مرهون بقبول طلب الإلغاء والعكس ليس صحيحاً.. ففي النظام الإداري الفرنسي.. دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري: خصومة ضد قرار إداري لوقف تنفيذه إلى حين الفصل في النزاع وفي مجال الاختصاص في هذا الشأن، القاعدة: أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، أما بالنسبة إلى القبول، فالأصل فيه أن القرار الإداري الذي يصلح أن يكون محلاً لطلب الإلغاء، يصلح أن يكون محلاً لطلب وقف التنفيذ ولا يتنافى هذا الأصل مع وجود شيء من التباين في هذا الشأن.. وبالنسبة إلى تحضير طلب وقف التنفيذ يكفي التذكير بأن الأسباب الجدية ليست إلا وجه عدم المشروعية، والفارق بين الدعويين يكمن نظرياً في درجة عمق التحضير " (27).

وقد جرى القضاء الإداري في مصر على هذا الاقتراح بين دعوى الإلغاء ودعوى وقف التنفيذ وإسباغ صفة التبعية عليها، بمعنى: أنها بمثابة فرع يتبع الأصل وذلك تطبيقاً لنص المادة 49، من قانون مجلس الدولة في مصر، رقم: 47 السنة: 1972 م من أنه: " لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه: يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت

المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها.. " من ذلك جرت أحكام القضاء على تضمين عريضة دعوى الإلغاء ذاتها طلب وقف التنفيذ أمر مقصود لذاته، - كشرط جوهرى لقبول الطلب - وأن هذا الشرط يستوي في المرتبة مع الشرط الموضوعي وهو: أن يترتب على تنفيذ القرار نتائج يتعذر تداركها؛ وذلك من حيث وجوب توفرهما معاً، وهذا يوضح حكمة وجوب اقترانها معاً: طلب الوقف بطلب الإلغاء في عريضة واحدة، كما يحقق في الوقت ذاته اتحاد بدء ميعاد الطعن في القرار بالإلغاء ووقفه. وإذا كان ما سبق ينطبق على دعوى الإلغاء ودعوى الوقف المبتدأ، فإنه ينطبق كذلك على حالة تقديم الطلبين (الإلغاء والوقف) أثناء نظر الدعوى - كطلبات عارضة -؛ وذلك لاتحاد العلة وتحقيق الحكمة من وجوب اقتران طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء في الحالتين، وإذا لم يتحقق هذا الاقتران، فإن قدم طلب الإلغاء على استقلال ثم طلب وقف تنفيذه بعد ذلك تخلف الشرط الجوهرى المتطلب قبول طلب وقف التنفيذ وغدا الطعن بذلك غير مقبول شكلاً⁽²⁸⁾.

وإذا كان الاقتران الذي يأخذ به القضاء المصري يدلل بجلاء على أن دعوى وقف التنفيذ، هي: دعوى فرعية لدعوى الإلغاء، فإن معنى ذلك: أنه متى تعذر على القضاء النظر في دعوى الإلغاء، فإنه يتعذر عليه تبعاً لذلك، النظر في طلب وقف التنفيذ، وتبعاً لذلك لا يدخل في اختصاص القضاء الإداري النظر في طلب وقف التنفيذ لهذا القرار، وهذا يظهر مدى تبعية دعوى وقف التنفيذ لدعوى الإلغاء، فدعوى وقف التنفيذ تكون غير مقبولة شكلاً إلا في حال ارتباطها وتفرعها عن دعوى الإلغاء، فيقوم القاضي بوقف التنفيذ حين النظر في أصل الدعوى؛ حيث درج القضاء المقارن على عدم قبول طلب وقف التنفيذ متى ما أقيمت به الدعوى استقلالاً دون أن يرتبط ذلك بطلب موضوعي بالإلغاء، فالقرار إذا كان باطلاً وجاز إلغاؤه، فإن وقفه يكون جائزاً⁽²⁹⁾.

وتساءل د. سليمان الطماوي عما إذا كان من الضروري أن يرد طلب وقف التنفيذ في صحيفة دعوى الإلغاء نفسها؛ لأنه لا يتصور ولا يقبل أن يسبق طلب وقف التنفيذ رفع دعوى الإلغاء، فوقف التنفيذ أمر متفرع عن طلب الإلغاء وتمهيد له، والغالب أن يطلب وقف التنفيذ في ذات صحيفة الدعوى؛ لأن القرار الإداري: يكتسب الصفة التنفيذية منذ صدوره مستوفياً لأركانه ما لم يؤجل تنفيذه إلى تاريخ

لاحق، ومن ثم فإن خطر تنفيذه يتمثل منذ تاريخ صدوره⁽³⁰⁾.
ويضيف الدكتور الطهماوي: أن هذا الشرط لا ينطبق إلا إذا كان دواعي وقف التنفيذ معلومة للطاعن وقت رفع دعوى الإلغاء دون أن يكون المقصود به: حرمان الأفراد من طلب وقف التنفيذ في الحالات النادرة التي لا تقوم فيها دواعي وقف التنفيذ إلا بعد رفع دعوى الإلغاء⁽³¹⁾.

المبحث الثالث

ضوابط الاستعجال القضائي في دعوى إيقاف القرار الإداري.

إذا كانت دعوى وقف التنفيذ تتمتع بخاصية أنها دعوى فرعية وهو ما انتهينا منه في المطلب السابق، فإن شروط قبولها - كدعوى - هي نفس شروط قبول الدعوى الأصلية (دعوى الإلغاء) بجانب ما تتمتع به من خاصية الاستعجال.
وأهم الشروط التي يجب توفرها في الدعوى الأصلية والتي تنعكس بالضرورة على دعوى وقف التنفيذ - كدعوى فرعية -، هي كالتالي:

1- أن يكون العمل المطعون فيه قراراً إدارياً نهائياً وصادراً عن سلطة إدارية وطنية: تنص المادة 1/8 ت من نظام ديوان المظالم على ما يأتي:

"(ب) الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في القرارات الإدارية متى كان مرجع لطعن: عدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو في مخالفة النظم واللوائح"
ويعتبر في حكم القرار الإداري رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها إيجاده؛ طبقاً للأنظمة واللوائح.

وهذا النص يتفق مع التعريف السائد لدعوى الإلغاء من حيث أنها خصومة تتوجه ضد قرار إداري؛ الهدف منها: إلغاؤه؛ لمخالفته النظام، وهذا القرار لا بد أن يكون نهائياً، ويقصد بذلك: استنفاد القرار الإداري لجميع المراحل اللازمة تكوينه: من اقتراحات ومناقشة وإعداد واستشارات تم الاعتماد ممن يملك ذلك نظاماً⁽³²⁾.
كما يشترط في القرار الإداري النهائي: أن يكون صادراً عن سلطة إدارية بوصفها شخصاً معنوياً عاماً لا بوصفها شخصاً معنوياً خاصاً؛ لأن تصرفات هذا الشخص تماثل تصرفات الأشخاص العاديين ولا يمكن وصف قراراته بالإدارية⁽³³⁾.

وأخيراً: يشترط في القرار الإداري النهائي الصادر عن سلطة إدارية، أن تكون هذه

السلطة وطنية، ومعنى ذلك: أن يقتصر اختصاص القضاء الإداري في أثر أية دولة من الدول على فحص مشروعية قرارات الإدارة الوطنية في هذه الدولة؛ لأنه لا سلطان لهذا القضاء على الجهات الأجنبية أو الدولية (34).

وبجانب ما سبق، فإن هناك قرارات لا تكون محلاً لدعوى الإلغاء، أو دعوى الوقف، مثل: القرارات المتعلقة بأعمال السيادة، أو الأعمال المادية الصادرة عن الإدارة، أو الأعمال المتعلقة بالسلطة القضائية.

2- أهلية التقاضي:

من شروط قبول الدعوى، سواء كانت دعوى الإلغاء أو الدعوى الفرعية (دعوى وقف التنفيذ) أن يكون الطاعن متمتعاً بأهلية التقاضي، أي: صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء - أي كان نوعه - على نحو صحيح، ويكتفى بأهلية الأداء في هذا المجال؛ حيث لا تميز بين أهلية التقاضي في دعوى وقف التنفيذ أو أية دعوى مدنية، فيتم تطبيق القواعد العامة في هذا السبيل، وهي: صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التي يتوقف اعتبارها الشرعي على العقل (35).

3- أن تتوافر المصلحة من رفع الدعوى:

من الشروط الأساسية لقبول دعوى الإلغاء - وبالتالي دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري كدعوى تابعة - وجود مصلحة شخصية لرافع الدعوى، وهذه المصلحة شرط لقبول سائر الدعاوى، سواء في نطاق النظام العام أو الخاص؛ فحيث لا مصلحة فلا دعوى، فرافع الدعوى يجب أن يكون هو نفسه صاحب الصفة أو من يقوم مقامه، فكأن المصلحة الشخصية المباشرة هي نفسها الصفة، ولا يشترط الحق كأحد مكونات المصلحة أو كشرط مستقل في شروط قبول الدعوى (36).

4- مراعاة الشروط المتعلقة بدعوى وقف التنفيذ كدعوى تابعة، ومن أهم هذه الشروط:

(أ) شرط الاستعجال أو شرط الضرر.

(ب) شرط الجدية في طلبات المدعي (37).

فركن الاستعجال أو السرعة يكتسب مكانة خاصة في تنظيم دعوى وقف التنفيذ باعتباره السبب الرئيس، وأحكام ديوان المظالم ونص المادة السابعة، تشير إلى ذلك

بوضوح وجلاء ؛ حيث لا يجوز وقف التنفيذ إلا في حال ترتب آثار يتعذر تداركها و الغاية من الحكم بوقف التنفيذ هو: تفادي ضرر أو خطر حال لو لم يقض بوقف تنفيذ القرار(38).

ويعتبر في شرط الجدية: أن يكون بحسب الظاهر، قائماً على أسباب صحيحة وظاهر منه مصلحة الطاعن وما يقتضيه التوازن من المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وهذا الشرط يبرره خاصية التبعية لدعوى الوقف.

مما سبق يمكن القول: بأن شروط الدعوى الفرعية (دعوى وقف التنفيذ) هي: نفسها شروط دعوى الإلغاء بجانب الشروط الخاصة بدعوى الوقف وهما: شرطي الاستعجال والجدية، وهذه الشروط تتأسس لا شك على أنها دعوى تابعة - كما سبق تحقيق ذلك -.

محل الدعوى الفرعية:

ينبغي على خصيصة التبعية لدعوى الوقف: أن يكون محلها هو ذات محل دعوى الإلغاء، ودعوى الإلغاء، هي: الدعوى التي يرفعها أحد الأشخاص إلى القضاء الإداري بطلب إعدام قرار إداري يخالف للقانون(39).

فتقديم طلب وقف تنفيذ لقرار إداري صادر عن السلطة التنفيذية يجب أن يكون متعلقاً بدعوى إلغاء مرفوعة - أيضاً - من صاحب الشأن الذي يطلب وقف التنفيذ أمام الدائرة المختصة بنظر الطعن(40).

والنصوص النظامية التي تحكم موضوع إيقاف القرار الإداري منحت ذات الاختصاص بنظر إيقاف التنفيذ لنفس جهة القضاء التي تختص بإلغاء القرار الإداري، فالقاعدة في هذا الشأن: أن القرارات الإدارية التي يجوز وقف تنفيذها هي: جميع القرارات الإدارية التي يقبل الطعن فيها بالإلغاء(41).

ويشترط في القرار الذي يجوز الطعن فيه بدعوى وقف التنفيذ: - كمحل لهذه الدعوى - أن يكون القرار إدارياً صادراً بالإرادة المنفردة عن جهة الإدارة، وهذا القرار لا بد أن يكون عملاً قانونياً ؛ لأن الأعمال المادية - وهي تلك التصرفات والأعمال الصادرة من جانب الإدارة، سواء عن قصد أو بطريق الخطأ - لا تعتبر من قبيل الأعمال القانونية، وبالتالي لا تكون محلاً لدعوى وقف التنفيذ، ومن أمثلتها: الحجز الإداري من

أجل تحصيل الرسوم المستحقة للدولة. (42)

كما يخرج من نظام القرار الإداري، العقود الإدارية، والمعيار الذي يميز هذا العقد عن غيره من العقود، يتمثل في كون الإدارة أحد أطرافه ومتصلاً بنشاط مرفق عام، من ذلك: يختلف عن القرار الإداري من حيث كون القرار الإداري عمل غير تعاقدية يصدر من إرادة منفردة من جانب إحدى السلطات العامة الإدارية (43).

واشتراط وجود قرار إداري - كمحل لطلب وقف التنفيذ - هو: ما يسير عليه ديوان المظالم في أحكامه، فمن أحكامه في هذا الشأن ما نصه: "وحيث أنه يشترط لوقف تنفيذ القرار وجود قرار إداري؛ حتى يمكن بحث مدى توافر شروط وقف تنفيذه من عدمه؛ وحيث أنه لم يصدر قراراً من الجهة الإدارية بمصادرة الضمان فإنه لا يحل بالتالي للمطالبة بوقف تنفيذ قرار لم يصدر" (44).

ويثور بهذا الشأن، مسألة تتعلق بالقرارات التنظيمية (اللائحية) هل يجوز وقف تنفيذها؟. وبالتالي تصلح أن تكون محلاً لدعوى الوقف، والإجابة على ذلك: تكمن في إجابتنا حول مدى جواز الطعن في مثل هذه القرارات بدعوى الإلغاء، فإذا كانت القاعدة المستقرة هي قبول الطعن بالإلغاء في القرار الإداري من غير تفرقه بين القرار الفردي أو القرار اللائحي، فإن هناك غموض يشوب قبول الدعوى أمام الديوان إذا كان محل الطعن قراراً لائحياً فينبغي نص المادة 1/8 ب من نظام الديوان قابلية الطعن فيها بالإلغاء فإن المادة الثالثة من قواعد المرافعات توصي بعكس ذلك؛ حيث تنص على أن: "يسبق رفعها - دعوى الإلغاء - إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال 60 يوماً من تاريخ العلم بهذا القرار ويتحقق العلم به بإبلاغ ذوي الشأن به أو بنشره في الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ" (45).

ومن المعلوم أن الإبلاغ لا يمكن تصوره بالنسبة للقرارات التنظيمية؛ لانسامها بالعمومية وصعوبة حصر من تعنيهم، خلافاً للقرارات الفردية، ومع ذلك: فهناك صعوبة في التسليم بمثل هذا القيد، - أي: إخراج اللوائح من دائرة دعوى الإلغاء - نظراً لمخالفة نص المادة 1/8 ب المشار إليها والقاعدة أن النص النظامي لا يمكن تقييده إلا بنص نظامي آخر في مثل قوته، كما لا يوجد للديوان في هذا الشأن أحكام مطردة تزيل هذا اللبس غير حكم تم قبوله شكلاً للطعن على قرار تنظيمي بالإلغاء؛

لتعديله منهاج دراسية لمدارس تحفيظ القرآن⁽⁴⁶⁾.

كما يشترط في القرار محل دعوى وقف التنفيذ: أن يكون من شأنه الإضرار بصاحب الشأن وإلا فإنه لا يمكن الطعن فيه بالإلغاء وبالتالي لا يمكن وقف تنفيذه، مثل: القرارات المؤكدة لقرارات سابقة ومماثلة ومثل: الأمر بإجراء الكشف الطبي على أحد الموظفين أو الكاشفة عن نية الإدارة أو رغبتها بصدد مسألة من المسائل⁽⁴⁷⁾. كما يشترط في محل دعوى وقف التنفيذ - أيضاً - أن يكون القرار صادراً من سلطة إدارية وطنية ونهائية، بمعنى: أن القرار لا يكون محتاجاً إلى تصديق من سلطة إدارية عليا⁽⁴⁸⁾. وقد سبق الكلام عن مفهوم هذا القرار في المطلب السابق.

مما سبق، يتضح أن محل الدعوى الفرعية (دعوى وقف التنفيذ) لا بد أن يكون قراراً إدارياً فردياً أو لائحياً، وأن يكون جائزاً الطعن فيه بدعوى الإلغاء، فمتى تم قبول دعوى الإلغاء حول قرار إداري، فإن هذا يكون مسوغاً لقبول دعوى وقف التنفيذ حول هذا القرار وبالتالي يكون محلاً لهذه الدعوى التابعة.

المبحث الرابع:

إجراءات رفع الدعوى والحكم فيها.

يتضمن هذا المبحث المطالب التالية:

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى وقف التنفيذ.

المطلب الثاني الدائرة المختصة بإصدار الحكم في الدعوى.

المطلب الثالث: حجية حكم وقف التنفيذ.

المطلب الأول: إجراءات رفع دعوى وقف التنفيذ:

دعوى وقف التنفيذ تعتبر مثل غيرها من الدعاوى الإدارية أو حتى الدعاوى المدنية، لا تخرج من حيث تحضيرها وسيرها أمام الدائرة عن بقية الدعاوى ؛ غير أن الوقف بطبيعته المستعجلة يتطلب أن تكون إجراءاته أكثر مرونة وسرعة⁽⁴⁹⁾ ويعتبر تحضير الدعوى إجراءً جوهرياً، يترتب على إغفاله بطلان الحكم الذي يصدر في الدعوى إلا أن هذه القاعدة لا تخضع لها دعوى وقف التنفيذ - كدعوى مستعجلة - فالدعوى المستعجلة لا تخضع للأحكام الخاصة بالتحضير، وهو ما جرت عليه أحكام القضاء الإداري في مصر ؛ حيث يتم الفصل في طلب وقف التنفيذ دون استلزام

إجراءات التحضير ؛ إدراكاً لطبيعة هذا الطلب وتصحيح النظر في شأنه⁽⁵⁰⁾.

وأول إجراء في تحضير الدعوى يتمثل في الطلب القضائي، وهو في دعوى وقف التنفيذ من حيث الشكل يعكس متانة الترابط بين وقف التنفيذ وطلب الإلغاء ونعرض لموقف الأنظمة الثلاثة الفرنسي والمصري والسعودي فيما يشمل طلب الدعوى من حيث الشكل.

في النظام الفرنسي، لا يوجد نص نظامي خاص يوضح الشكل الذي يجب أن يكون عليه الطلب ؛ لذلك يمكن القول بأن طلب وقف التنفيذ يقدم في الشكل المقرر للطلب العادي ؛ لأنه دعوى وأقرب دعوى له، هي: دعوى الإلغاء.

وبناء على ذلك، يجب أن يشتمل الطلب على أسماء الخصوم وموطنهم وعرضاً موجزاً للوقائع والأسباب القانونية، وأن يكون صريحاً ومستنداً إلى أسباب تُسوِّغه⁽⁵¹⁾. وبالنسبة للترابط بين الطلبين، يستوي أن يرفق طلب وقف التنفيذ بطلب الإلغاء، أو أن يكون الأول تالياً للثاني، كما يستوي أن يقدم طلب وقف التنفيذ في عريضة منفصلة أو أن يقدم في نفس عريضة الإلغاء فتقديم طلب وقف التنفيذ في عريضة منفصلة شرط جوازي⁽⁵²⁾.

أما من حيث تسبب الطلب فيجب أن يتم بشكل كاف دون إخلال بالتسبب الذي يكون بالإحالة إلى العريضة المتضمنة طلب الإلغاء ما دام أنها تتعلق بذات القرار محل الطعن وأمام ذات المحكمة⁽⁵³⁾.

أما فيما يتعلق بالقضاء المصري، فإن البيانات المتعلقة بالطلب هي ذات بيانات طلب دعوى الإلغاء، مع التسبب الخاص المتعلق بطلب وقف التنفيذ الذي يجب أن يكون بشكل صريح، فيلزم تقديم طلب وقف التنفيذ في ذات العريضة التي يتضمنها طلب الإلغاء، ويترتب على ما تقدم وحسباً تنص عليه المادة التاسعة والأربعون من قانون مجلس الدولة، أنه لو قدم طلب التنفيذ في ذات الوقف الذي قدم فيه طلب الإلغاء ولكن في عريضة منفصلة، أو قدم طلب وقف التنفيذ بعد تقديم طلب الإلغاء، فإن القاضي يحكم بعدم القبول، تأسيساً على التلازم الزمني بين الطعنين التابع لقابلية هذا القرار - المطعون فيه - للتنفيذ بالطريق المباشر⁽⁵⁴⁾.

أما بالنسبة لشكل الطلب أمام القضاء الإداري السعودي - ديوان المظالم - فإنه يجب

أن يكون متضمناً أسماء الخصوم وموطنهم وعرضاً موجزاً لوقائع الدعوى وأن يكون الطلب صريحاً في طلب الإيقاف ومستنداً إلى أسباب مسوغة ؛ بيد أن القضاء السعودي يتفق مع القضاء الفرنسي في أنه من الممكن أن يقدم طلب الوقف مع طلب الإلغاء، أو أن يقدم بعد تقديم الطلب الأصلي - طلب الإلغاء - أو أن يقدم قبله، كما يستوي أن يقدم طلب وقف التنفيذ مباشرة إلى الدائرة المختصة في الديوان - كطلب عارض - أو أن يحال إليها من رئيس الديوان، فلا توجد نصوص خاصة في هذا الشأن⁽⁵⁵⁾.

والاستدعاء الذي يقدم إلى الديوان لا يختلف شكلاً عن الاستدعاء المطلوب تقديمه في دعوى الإلغاء، فيجب أن يكون مكتوباً باللغة العربية ومتضمناً لذات البيانات المقررة في المادة الأولى من قواعد التقاضي أمام الديوان⁽⁵⁶⁾.

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تحديد الزمن الذي يستغرقه تحضير طلب وقف التنفيذ، ويتضح ذلك من نص المادة السابعة من قواعد التقاضي أمام الديوان ؛ حيث تقضي بأنه: " يجوز للدائرة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار.. بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب".

وفي هذا الشأن تتباين أحكام الديوان ونسوق هنا بعض هذه الأحكام التي يتضح فيها هذا التباين في السلطة التقديرية للقاضي.

1- تقدم المدعي طالباً وقف تنفيذ قرار إداري في 3/6/1418 هـ ؛ بينما لم تنعقد الدائرة للنظر في طلبه إلا في 25/7/1418 هـ⁽⁵⁷⁾.

2- تقدم المدعي طالباً الوقف في تاريخ 1/6/1419 هـ، في حين اجتمعت الدائرة للنظر في طلبه بتاريخ 15/6/1419 هـ⁽⁵⁸⁾.

تقدم المدعي طالباً الوقف في تاريخ 25/1/1417 هـ فنظرت الدائرة في طلبه من الغد بتاريخ 26/1/1417 هـ⁽⁵⁹⁾.

ميعاد تقديم طلب الدعوى:

بالنسبة للقضاء المصري، فإن طلب وقف التنفيذ يكون مستغرقاً في طلب الإلغاء وبالتالي لا مجال للكلام عن ميعاد مستقل لقبول طلب وقف التنفيذ.

أما بالنسبة لديوان المظالم في المملكة، فقد سبق في أكثر من موضع أن المادة السابعة من قواعد المرافعات، لا تحدد موعداً معيناً لطلب وقف التنفيذ ؛ حيث يمكن تقديم

طلب وقف التنفيذ إلى الديوان عند قيام دواعي لذلك، أي: عند نزوع الإدارة إلى تنفيذ القرار ابتداء من تقديم التظلم الإداري الخاص بالدعوى الموضوعية وخلال نظر في الدعوى، ويستوي أن يُقوّم الطلب - باعتباره عارضاً - أمام دائرة التدقيق؛ فضلاً عن إمكان تقديمه في عريضة منفصلة حتى بعد انقضاء ميعاد رفع دعوى الإلغاء⁽⁶⁰⁾.

وميعاد رفع الدعوى الموضوعية أمام الديوان تتراوح بين ستين يوماً من تاريخ العلم بالإبلاغ عن القرار أو نشره عند تعذر الإبلاغ، وبين تسعين يوماً إذا كانت الدعوى متعلقة بشئون الخدمة المدنية، فإذا تقدم المدعي بطلب دعوى الإلغاء بعد هذه المدة، فإنها ترفض ولا تقبل وتبعاً لذلك فإن طلب دعوى وقف التنفيذ يرفض ولا يكون مقبولاً بعد فوات هذه المدة دون تقديم طلب الإلغاء؛ لارتباط الدعويين وإذا رفض الأصل رفض الفرع تبعاً له، فالفرع يتبع الأصل.

فإذا كان الإلغاء ممتنعاً فلا فائدة من الوقف؛ لأنه يكون دائماً من أجل أصل إلغاء القرار فيما بعد، وفي القضاء السعودي لا يرتبط طلب الوقف بموعد محدد؛ حيث يجوز لطالب الوقف أن يتقدم به طيلة الفترة التي تستغرقها الدعوى الأصلية، وعلى سبيل المثال في ذلك تقدم المدعي بطلب لإلغاء القرار الإداري في 1418/5/28 هـ وقام المدعي بعد ذلك بتقديم طلب وقف التنفيذ في عام 1420 هـ وفصل فيه في 1420/10/15 هـ⁽⁶¹⁾.

- سير الدعوى أمام ديوان المظالم:

تبدأ الدعوى في سيرها أمام الديوان بمجرد تقديم الطلب من ذوي الشأن ومن ثم يتم تحضير الدعوى، وتحديد موعد معين للنظر في الطلب، ولا تختلف دعوى وقف التنفيذ عن دعوى الإلغاء في هذا الأمر؛ حيث تكون جلسات الدائرة علنية إلا إذا رأت الدائرة جعلها سرية مراعاة للأدب أو محافظة على النظام العام⁽⁶²⁾.

ويتم في الجلسة تبادل المذكرات وإبداء الدفوع؛ إعمالاً لمبدأ التواجه بين الخصوم، كما هو الحال تماماً في دعوى الإلغاء؛ بيد أن دعوى وقف التنفيذ يمكن الفصل فيها مع غياب المدعى عليه وهذا ما تتميز به هذه الدعوى عن دعوى الإلغاء وبقية الدعاوى الأخرى، وإذا كانت المادة الثامنة عشرة من قواعد المرافعات تقضي بأنه إذا

لم يحضر المدعى عليه الدعوى فعلى الدائرة تأجيل نظر الدعوى إلى جلسة تالية، يتم إعلان المدعى عليه بها إلا أن دعوى وقف التنفيذ لا تنطبق عليها هذه المادة؛ حيث يتم الحكم في الديوان استجابة لظرف الاستعجال الذي يتطلب سرعة الفصل في أمر الوقف دون حضور المدعى عليه⁽⁶³⁾.

ولائحة التقاضي أمام الديوان لم تتضمن نصوصاً خاصة تنظم مواعيد تبادل المذكرات والملاحظات في نطاق تحضير طلب وقف التنفيذ، فإن ذلك يعني: أن للقاضي أن يعمل تقديره ووزنه للأموال والملابسات؛ وفقاً لظروف الدعوى ووقائعها؛ لهذا من الممكن أن يتباين الزمن الذي يستغرقه تحضير طلب وقف التنفيذ، فإن ذلك يرجع - كما قلنا - إلى سلطة القاضي التقديرية⁽⁶⁴⁾.

المطلب الثاني الدائرة المختصة بإصدار الحكم في الدعوى

القاعدة في هذا المجال أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، وقد سبق أن أشرنا إلى أن دعوى وقف تنفيذ القرار إنما هي تابعة للدعوى الأصلية وهي دعوى إلغاء القرار، وأن سلطة قاضي وقف التنفيذ مشتقة من سلطة قاضي الإلغاء، ويترتب على ذلك: أن الدائرة التي تنظر دعوى الإلغاء هي ذاتها التي تنظر دعوى وقف التنفيذ⁽⁶⁵⁾.

وبالنسبة للنظم المقارنة في هذا المجال، نجد أن القضاء الإداري الفرنسي يأخذ بنفس القاعدة، بمعنى: أن ولاية المحكمة بالنظر في طلب وقف التنفيذ مشتقة من ولايتها الأصلية في دعوى الإلغاء، فمن الواضح أن طلب وقف التنفيذ هو طلب ملحق أو مرفق بصفة دائمة لدعوى أصلية مقدمة ضد قرار إداري، سواء أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة⁽⁶⁶⁾.

وهذا الأمر ناتج عن المادة الثامنة والأربعين من مرسوم 1945/7/31 م الخاص بمجلس الدولة للمحاكم الإدارية؛ حيث تم النص على قاعدة عدم وقف تنفيذ القرار الإداري بالطعن بالإلغاء، ويترتب على ذلك: أنه لا محل للنظر في طلب وقف التنفيذ من جانب القضاء الإداري الفرنسي طالما لا توجد دعوى مرفوعة في الموضوع بطلب إلغاء هذا القرار⁽⁶⁷⁾.

كما أنه لا بد من التدخل دائماً بطلب وقف التنفيذ؛ أن يكون للمتدخل مصلحة حتى تقبل المحكمة تدخله، كى هو الشأن بالنسبة للقواعد التي تحكم الدعوى الأصلية،

فالسطة التي تختص بإلغاء القرار الإداري هي ذاتها التي تختص بوقف التنفيذ، وذلك بعد تطبيقاً للمبادئ العامة، فقاضي وقف التنفيذ يخضع للقواعد المتعلقة بالاختصاص والتي يتعين على قاضي الموضوع احترامها، ويستوي في هذا الشأن توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء أو توزيعه داخل جهة قضاء واحدة⁽⁶⁸⁾.

أما بالنسبة للقضاء المصري، فإن القواعد العامة للاختصاص الوظيفي والنوعي والمحلي التي تتعلق بالدعوى الموضوعية، هي ذاتها بالنسبة لطلبات وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وعلى هذا المهيح فإن ذات المبدأ المعمول به في فرنسا هو ذاته المعمول به أمام القضاء المصري في هذا المجال، وقانون مجلس الدولة قد جعل لرفع الدعوى بطلب إلغاء القرارات الإدارية، صورتين: صورة عاجلة يطلب فيها وقف تنفيذ القرار الإداري وصورة عادية يطلب فيها إلغاء القرار الإداري، وخول المحكمة الاختصاص في الصورتين⁽⁶⁹⁾، أي: أن قاضي الإلغاء هو نفسه قاضي الوقف.

وفما يخص ديوان المظالم بالملكة، تشكل الدائرة المختصة وتتعقد وفق قواعد مقررته تنطبق على كلتا الدعويين مع مراعاة ما تتطلبه طبيعة الوقف المستعجلة وما يتفرع عنه من اختلاف بين الدعويين، ويتأسس ذلك على ما تقضي به المادة السابعة من قواعد التقاضي أمام الديوان وما استقر عليه العمل واجتهادات الديوان من حيث أن سلطة وقف التنفيذ مشتقة من سلطة الإلغاء، فالدائرة التي يتعقد لها الاختصاص بالنظر في طلب الإلغاء هي ذات الدائرة التي يتعقد لها النظر في طلب وقف تنفيذ القرار الإداري محل الطعن⁽⁷⁰⁾.

وعلى الدائرة التحقق من استيفاء الدعوى لشروط قبولها ومنها توفر شرط المصلحة في المدعي فالشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يكون له مصلحة في طلب إلغاء القرار تكون له -أيضاً- مصلحة في أن يطلب وقف القرار وكذلك صفته⁽⁷¹⁾. والذي عليه العمل في ديوان المظالم في هذا المجال، أن المصلحة والصفة من أهم الشروط في قبول دعوى الإلغاء وهما نفسهما المسوغ في طلب وقف التنفيذ فالمصلحة الشخصية التي تنهض بالمطالبة بإلغاء قرار الإقناع عن تجديد الترخيص الخاص بالمخابز، هي ذات المصلحة التي تسوغ طلب وقف تنفيذ ذات القرار⁽⁷²⁾.

كما أن من المسائل الهامة التي تدخل في اختصاص القاضي الذي ينظر دعوى وقف

التنفيذ ما يتعلق بتمثيل الخصوم، وهي مسألة سهلة لا تثير غموضاً أو إشكالاً بخاصة فيما يتعلق بدعوى وقف التنفيذ ؛ لأن القواعد التي يتم تنفيذها على الخصومة الموضوعية هي ذاتها التي يتم تنفيذها على الخصومة الفرعية، ومن المستقر عليه في هذا المجال في الأنظمة الإدارية الثلاثة محل المقارنة - الفرنسي والمصري والسعودي - أن دعوى الإلغاء تتمتع بالرعاية ؛ ولذلك فهي معفاة من توقيع محام على عريضة الإلغاء وينسحب هذا الإعفاء على دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري، أما ما يتعلق بالنسبة لتمثيل الأشخاص العامة، فإن الطبيعة المستعجلة لدعوى وقف التنفيذ ليس لها أي انعكاس على الإدارة ومن يختصم عنها ؛ ولذلك فإن القواعد العامة هي التي يتم تطبيقها في هذا المجال ؛ وهذا هو المستقر عليه في فرنسا (73).

أما بالنسبة للقضاء المصري، فمن المعروف أنه يشترط تقديم عريضة دعوى وقف التنفيذ ضمن عريضة دعوى الإلغاء ؛ لعدم جواز تقديمها في عريضة مستقلة كما سبق القول، ومن هنا فإن توقيع محام على عريضة الدعوى يعتبر شكلاً جوهرياً يقع تحت طائلة البطلان، وأما تمثيل الأشخاص العامة، فالأصل تطبيق القواعد الخاصة بالمنازعة الموضوعية في هذا المجال (74).

أما بالنسبة لديوان المظالم في تمثيل الخصوم - كما هو سائد - أن لا محل لاقتضاء توقيع محام حتى بالنسبة لكافة الدعاوى أمامه، ويدخل في ذلك دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ويسري ذلك - أيضاً - بالنسبة لتمثيل الأشخاص العامة (75).

كما أن على الدائرة وهي تبحث في اختصاصها بمدى نظر الدعوى الأصلية وتبعاً لها الدعوى الفرعية أن تنظر في شروط قبول الدعوى، والدائرة وهي تنظر في طلب الإلغاء، تنظر في حدود سلطة الرقابة المخولة للقضاء تجاه أعمال الإدارة وهي رقابة المشروعية، فالأمر كذلك عند طلب وقف التنفيذ، وقد قضت المادة 1/8 ب من نظام ديوان المظالم الأوجه التي يطعن فيها بالإلغاء، وهي: الطعن بعدم الاختصاص أو وجود عيب في الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة وأضاف القضاء الطعن بعيب السبب (76).

كما يدخل في اختصاص الدائرة التأكد من سلامة الشروط بفحص القرار الإداري المعيب، فإذا تبين عيباً ظاهراً يشوب هذا القرار ويغلب على ظنه إلغاء القرار بموجبه،

فله حالة إذ أن يتخذ قراراً بوقف تنفيذ القرار إذا كان سترتب على تنفيذه أضرار يتعذر جبرها أو تداركها بعد الحكم بإلغاء القرار، ولا يلزم القاضي حينئذ أن يتأكد من جميع أوجه المشروعية التي تتطلبها القرار؛ لأنه يكفي لتوفر ركن الجدية أن تستظهر الدائرة وجهاً أو أكثر من وجه عدم مشروعية القرار⁽⁷⁷⁾.

لما كان الهدف من وراء الطلب المستعجل هو وقف تنفيذ القرار الإداري والاستجابة بصفة مؤقتة إلى طلب المدعي دفع الضرر الذي ألم به أو حفظ الحق أو بصفة عامة منع النتائج الضارة التي لا يمكن تداركها من جراء تنفيذ القرار الإداري محل الطعن، فإن القاضي يلتزم في هذا الصدد بأن يقتصر عند فصله في الطلب المستعجل النظر في ظاهر الأوراق دون المساس بأصل موضوع الدعوى - كما مر ذلك معنا -.

والنظر في ظاهر الأوراق لا يعني - على سبيل المثال - عدم نظر القاضي في عيب الغاية باعتباره عيباً قصدياً داخلياً متصلاً بنية مصدر القرار أو عدم النظر في عيب الغاية إلا بعد التأكد من عدم وجود عيب آخر؛ لأن إدراك ذلك من الصعوبة بمكان؛ بل إن القضاء يعتبر ذلك في طلب الوقف؛ لكن لما يتطلبه طلب الوقف من النظر في ظاهر الأوراق دون الخوض والتغلغل في مكنونها يأتي ذلك استجابة لما يتطلبه الفصل في دعوى الوقف من استعجال، ولصعوبة إثبات عيب الغاية فقد لا يظهر ذلك للدائرة وبالتالي لا تبني حكمها في وقف التنفيذ عليه، غاية الأمر أنه لو ظهر للدائرة ذلك قضت به⁽⁷⁸⁾.

ومن قبيل ذلك ما جاء في حكم لديوان المظالم في قوله: "... وبذلك يحق للقضاء أن يوقف القرار الإداري إذا تبين له بحسب الظاهر من الأوراق.. أو حيث يكون منطقياً على تحسن واضح من قبل الإدارة"⁽⁷⁹⁾

هذا ويحق للقاضي إجراءات معانة أو القيام بإجراء تحقيق شكلي إذا رأى ذلك ويتأسس ذلك على تبعية طلب الوقف لطلب الإلغاء⁽⁸⁰⁾.

ويدخل في اختصاص القاضي عند النظر في طلب الوقف أنه يجوز له عند توفر شروط الوقف أن يأمر بإيقاف تنفيذ القرار، وهذا خاضع لسلطته التقديرية حسبما تقضي به المادة السابعة من قواعد التقاضي أمام الديوان بنصها على أنه: "يجوز للدائرة

المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار " كما يجوز للدائرة؛ وفقاً لمقتضيات الحال: " أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظي أو وقتي " فالنص يقضي بأن سلطة القاضي التقديرية لا تقف عند مجرد وقف التنفيذ؛ بل تتعدى ذلك إلى الأمر بإجراء تحفظي على وقائع الحال التي أنتجها القرار، أو الأمر بإجراء وقتي، ومن أمثلة الإجراء الوقتي: الأمر باستمرار صرف المرتب مؤقتاً للموظف الذي صدر بحقه قرار فصله من العمل، وأغلب الإجراءات التحفظية أو الوقفية تتعلق بأمور الوظيفة العامة؛ لما تعكسه من دور أسري واجتماعي في حياة الموظف، فمثلاً: قرار الفصل الخاص بموظف عمومي، إذا قام الطعن ضد هذا القرار على أسباب جدية، فإنه يترتب على هذا القرار آثاراً يتعذر تداركها أهمها: حرمان الموظف من مصدر رزقه طيلة الفترة التي يستغرقها حكم الإلغاء، فإذا حكم القاضي بوقف تنفيذ القرار، فإن ذلك معناه إعادة الموظف إلى العمل ذاته، فإذا كان الموظف الذي فصل سعى السلوك - مثلاً - فإن وقف تنفيذ القرار بناء على الطعن فيه سيكون من شأنه التشجيع على الاستهتار بواجبات الوظيفة العامة والعمل الذي أولته الدولة جل اهتمامها⁽⁸¹⁾.

وفي نفس الحالة إذا ما قضي برفض دعوى الإلغاء فيما بعد وهو ما يعني صحة قرار الفصل " فيثور الجدل حول سلامة التصرفات والأعمال التي قام بها الموظف خلال فترة وقف التنفيذ؛ لما قرر من أن الأثر الرجعي للحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء يؤكد سلامة قرار الفصل منذ صدوره"⁽⁸²⁾.

لذلك؛ وتفادياً لذلك والعمل على حماية طالب الوقف، الأمر من قبل الدائرة بصرف المرتب بصفة مؤقتة إلى حين الفصل في دعوى إلغاء قرار الفصل؛ لما للمرتب من صفة معيشية للعامل هو وأسرته.

كما أنه يجوز للقاضي أن يصدر حكماً " بوقف تنفيذ قرار الفصل مع إصدار قرار بوقف الموظف عن العمل"⁽⁸³⁾؛ لكن هذا لا يسلم - حتماً - من الاعتراض عليه بأن ذلك يتضمن أمراً من القاضي للإدارة فيما يتعلق بأعمال الإدارة ويعد ذلك تدخلاً من قبل القاضي وهذا عكس مبدأ الفصل بين السلطات.

المطلب الثالث: وجوبية حكم وقف التنفيذ.

يصدر حكم وقف التنفيذ في الشكل المعهود للأحكام القضائية وتذيل الصور

التنفيذية منها بالصيغة التنفيذية، وهو من قبيل الأحكام المستعجلة، الغاية منه: حفظ الحقوق والمراكز القانونية من الضياع نتيجة طول أمد النزاع الذي قد يجعل الحكم غير ذي جدوى، وهو بهذه الكيفية إنما هو بمثابة إجراء مرحلي يضعه القضاء كحل وقي للنزاعات التي يخشى من تأخر الفصل فيها أن يترتب نتائج ضارة يتعذر تداركها. وحكم وقف التنفيذ - كحكم مستعجل - لا يفصل في النزاع وينهيه إنما يضع حداً لآثار القرار الصادر بوقفها عنده ريثما يتم الفصل في النزاع، فهو إذاً حكم وقي لمرحلة لا بد أن تنتهي، ونهايتها تكون عند الفصل في النزاع الأصلي بإلغاء القرار أو اعتبار صحته ومشروعيته.

ولما كان حكم وقف التنفيذ له طبيعة مؤقتة، فإنه ينبني على هذا التأقيت عدم حيابة الحكم لحجية الأمر المقضي به وهذا يظهر من غالبية الاجتهادات القضائية والفقهية لدى الشراح ؛ حيث تميل إلى عدم حيابة الحكم لحجية الأمر المقضي به. ورغم هذا فلا يخلو الأمر من رأي يذهب إلى أن حكم وقف التنفيذ يكتسب حجية محدودة، وقول آخر يذهب إلى أن له حجية مطلقة هذا ما يتعلق بالقضاء الفرنسي⁽⁸⁴⁾. أما في القضاء الإداري المصري، فذات الطبيعة المؤقتة لحكم وقف التنفيذ جعلت الشراح يختلفون في حجيته ومع ذلك فإن غالبية الاجتهادات لدى الشراح والقضاء تميل إلى القول بأن حكم وقف التنفيذ يحوز حجية الأمر المستعجل ما دامت علة إصداره لم تتغير، إذاً هذه الحجية نسبية⁽⁸⁵⁾ ؛ بينما يذهب رأي آخر إلى القول بأن هناك حجية مطلقة⁽⁸⁶⁾.

المهم في ذلك أن الأمر المستقر عليه في القضاء الفرنسي والمصري هو أن الحكم المستعجل يجوز على حجية محدودة⁽⁸⁷⁾.

أما الوضع أمام ديوان المظالم، فإنه بالرجوع إلى نص المادة السابعة من قواعد التقاضي واستقصاء اجتهادات الديوان، نجد أنها تؤكد الطبيعة المؤقتة لحكم وقف التنفيذ، وبالرغم من صعوبة العثور على حكم يتضح منه حجية الأحكام المستعجلة بشكل عام وحكم وقف التنفيذ بشكل خاص دون إخلال بالأحكام العامة للحجية وعلى اعتبار أن المسائل المستعجلة لا تندرج في المسائل المتعلقة بإجراءات الدعوى أو إبقائها ؛ لأن الأحكام الوقفية تختلف عن الأحكام التحضيرية والتمهيدية، كما أن

تدقيق الأحكام المستعجلة أمر مستقر عليه في أعمال الديوان في المملكة (88). ولما كان هناك العديد من أحكام ديوان المظالم، فإن أغلبها وصفت بعض أحكام وقف تنفيذ القرار بأنها أحكام وقتية ؛ حتى يتم الفصل في موضوع الدعوى أو إلى حين الفصل في أصل الدعوى، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن هذا الحكم الوقتي، هو حكم قطعي له مقومات الأحكام وخصائصها فيحوز قوة الشيء المحكوم به في الخصوص الذي صدر فيه، فالحكم الوقتي يمنح حماية قضائية حقيقية التوقيت، وتوقيتها إلى حين الحصول على حماية نهائية لا يمنع من كونها حماية قضائية، وإذا كان الحكم الوقتي لا يقيد الدائرة بالنسبة لثبوت الحق الموضوعي أو نفيه فمرد هذا ليس عدم حيازة الحكم الوقتي للحجية إنما مرده إلى أن الدعوى الموضوعية تختلف عن الدعوى الوقتية التي صدر فيها الحكم الوقتي، سواء من حيث محلها أو من حيث سببها (89).

ولعل مما يفيد حجية حكم وقف تنفيذ القرار إلى حد ما أن المادة السابعة المشار إليها - آنفاً - ذكرت أن للدائرة المختصة وقف تنفيذ القرار، ثم هي في المادة الواحدة والثلاثين تبين نهائية الحكم والطعن عليه دون استثناء لطلب الوقف مما يدل على اندراجه تحت حكم هذه المادة، ثم إن حكم الوقف وإن لم يكن إلغاء للقرار المطعون فيه إلا أن اشتقاقه من دعوى الإلغاء - القرار المختصم فيه - لا بد أن يجعل له نفس الحجية العينية المطلقة التي يتمتع بها الحكم القضائي بالإلغاء وبالمثل فإنه إذا كان الحكم الصادر برفض الإلغاء ذو حجية ونسبية، أي: قاصرة على أطرافه دون غيرهم ممن تقوم لهم مصلحة في طلب الإلغاء، فإن حكم رفض طلب وقف التنفيذ لن تتجاوز حجتيه نطاق هذه النسبية (90).

ونعتقد إلى حد كبير صحة هذا الاتجاه ؛ لأن الأحكام القضائية تصدر من هيئة قضائية، وتفصل في خصومة حقيقية على أساس تطبيق قاعدة نظامية أو على حد قول الديوان: "تصدره هيئة قضائية وهي تؤدي وظيفتها القضائية ويمس على أساس قاعدة نظامية خصومة قائمة" (91).

وكل هذه الشروط تنطبق على حكم وقف تنفيذ القرار الإداري، فالنزاع حقيقي وقائم بين أطرافه ويتم الفصل فيه من قبل هيئة قضائية وبناء على نصوص نظامية محدودة، والمهم بعد ذلك أن الحكم المستعجل لا يمس أصل النزاع، كما أنه لا ينبئ عن اتجاه دائرة

الموضوع الأصلي ما دام أنه يقيد القاضي والخصوم بأنه وقف مستعجل .
ويذهب بعض الشراح إلى القول بأن هذه الأحكام لها حجية محدودة أو أنها تتمتع بشيء من حجية الأمر المقضي به ولا يقلل من إمكانية تقديم طلب جديد بعد رفض الطلب القديم، أو أن التحضير يكتفى بظواهر أوراق الدعوى، فشرط الحجية المحدودة أن ظروف القضية من حيث الوقائع والقانون لم تتغير تغير يسمح بإلغاء الحجية أو حتى تعديلها⁽⁹²⁾.

الحكم في دعوى وقف التنفيذ، هو حكم وقتي - كما سبق القول - وذلك على خلاف الأصل عند الفصل في أي نزاع قضائي ؛ حيث يكون الفصل فيه نهائياً وهذه الصفة لا تحول - من جهة أخرى - دون اعتبار الحكم الصادر بوقف التنفيذ حكماً قطعياً فيما فصل فيه .

بذلك فإن الحكم يقوم على عدم المساس بالطلب الأصلي المتعلق بدعوى إلغاء القرار الإداري، والقاضي يحكم على مقتضى هذا النظر حكماً مؤقتاً في طلب وقف التنفيذ وهو الوجه المستعجل للنزاع⁽⁹³⁾.

بيد أن هذا ليس في كل أحوال دعوى الوقف، فهناك بعض الأحكام لوقف التنفيذ يمس فيها أصل موضوع النزاع ؛ بل ويؤثر فيه، فهذا الحكم وإن كان وقتياً إلا أنه قد يضع الخصوم في موضع نهائي من حيث الواقع في بعض الأحيان⁽⁹⁴⁾.

ومن أمثلة ذلك، ما إذا كان الهدف الأساسي الذي يريده الطاعن في القرار هو ما ستلبيه له الدائرة بوقف تنفيذ القرار ذاته، كوقف القرار الصادر بمنع مواطن من السفر ؛ حيث يصدر الحكم بوقف السفر، بذلك لا يكون الحكم في أصل النزاع بصحة قرار منعه من السفر أي فائدة بعد ذلك، ومن ذلك أيضاً، ما إذا كان وقف تنفيذ قرار معين بمثابة إلغاء نهائي له، كقرار الامتناع عن قبول الاستقالة الحكومية إذ يعني: وقف تنفيذه قبول هذه الاستقالة⁽⁹⁵⁾.

والقاعدة العامة في هذا المجال: أن الحكم المؤقت لا يقيد قاضي الموضوع عندما يفصل في دعوى الإلغاء ذاتها، فإن الحكم في طلب وقف التنفيذ، سواء صدر بالموافقة على الوقف أو رفضه، قد يتفق مع مضمون الحكم في الدعوى وقد يختلف معه، وهذا معنى عدم المساس بالدعوى الموضوعية.

وعلة ما سبق: أن الدائرة وهي تفصل في طلب وقف التنفيذ، تبحث عن مدى توافر الشروط الشكلية والموضوعية للحكم بوقف تنفيذ القرار، وإلى أي حد يتوافر الاستعجال وجدية الأسباب التي ترجح احتمال عدم مشروعية القرار حتى تقضي بوقف تنفيذه، وأما عند تصديها لموضوع الدعوى، وهو طلب إلغاء القرار الإداري، فإنها تتعمق في البحث وتفحص الدعوى من جميع جوانبها وتتحرى عن مدى مشروعية القرار ؛ حتى تصدر حكمها الموضوعي الذي يختلف بطبيعة الحال عن الحكم المؤقت⁽⁹⁶⁾.

أما فيما يتعلق بالحكم الصادر في طلب وقف التنفيذ في حال تقديم طلب جديد، فإنه لا يكون واجب النفاذ إلا بعد إعلانه للمحكوم عليه، ومضي ثلاثين يوماً دون التقدم بطلب تدقيق الحكم أمام الديوان، وهذا ما نصت عليه المادة الحادية والثلاثون من قواعد المرافعات أمام الديوان.

ومن أحكام الديوان في هذا الشأن؛ حيث ورد في أحد الأحكام ما نصه: "حكمت الدائرة بإلزام أمانة.. وبوقف القرار " فهذا الحكم صدر بوقف تنفيذ القرار، وأن الدائرة قد حكمت على هذه الأمانة دون حضورها إمعاناً في الأخذ بالاستعجال الذي تتطلبه القضية، مما يعني وجوب نفاذ حكمها بوقف القرار وإن لم تمض مدة الطعن ضده⁽⁹⁷⁾.

ويأخذ القضاء في مصر بهذا الاتجاه ؛ حيث يذهب إلى وجوب نفاذ حكم وقف التنفيذ دون انتظار مدة الطعن ؛ بل وإمعاناً في ذلك، لا يشترط إعلان الحكم؛ إذ يجوز تنفيذ الحكم بمسودته وبغير إعلان ودون التقيد بالساعات المقررة للتنفيذ أو بأيام العمل الرسمية - أيضاً - وهذا يعد تجاوباً مع ظروف الاستعجال التي تحيط بحكم وقف تنفيذ القرار الإداري ولا يعني الإسراع في تنفيذ الحكم، عدم قابليته للطعن ضده ؛ بل هو حكم له مقومات الأحكام وخصائصها فباب الطعن ضده مفتوح خلال المدة المقررة للطعن في الأحكام⁽⁹⁸⁾.

أثر الطعن على تنفيذ حكم الوقف:

إذا كان حكم وقف تنفيذ القرار الإداري يكون واجب النفاذ بمجرد إعلانه لأصحاب الشأن، فماذا لو تم الطعن في هذا الحكم، وقد ذكرنا سابقاً أن تنفيذ الحكم

الصادر بوقف تنفيذ القرار الإداري لا يمنع من الطعن فيه استقلالاً لدى الجهة القضائية المختصة، وهل لهذا الطعن أثر في تنفيذ حكم الوقف ؟ نحاول إيضاح ما سبق على الوجه الآتي:

في فرنسا: يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون المقدمة ضد أحكام وقف تنفيذ القرارات الإدارية، وقد أعطى النظام لأصحاب الشأن الحق في استئناف الأحكام التي قضت بوقف التنفيذ أو تلك التي رفضت بدون تفرقة، وحدد النظام مدة خمسة عشر يوماً للطعن في أحكام المحاكم الإدارية المتعلقة بوقف التنفيذ وهي مدة قصيرة بالمقارنة مع المدة العادية المقررة للطعن بالاستئناف المحددة بشهرين، كما أن من سلطة المحاكم الاستئنافية إلغاء الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية بوقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالة التحقيق من أن الوقف سيتتج عنه ضرراً جسيماً بحقوق المستأنف أو بمصلحة عامة.

أما عن الطعن أمام القضاء الإداري في مصر، فإن بابه مفتوح أمام أصحاب الشأن ورئيس هيئة مفوضي الدولة في خلال ستين يوماً من تاريخ صدور الحكم سواء أمام محكمة القضاء الإداري أو الإدارية العليا، وهذا ويتم الطعن في أحكام وقف التنفيذ بعد صدورها باعتبارها أحكاماً وقتية صادرة أثناء سير الدعوى، وكذلك على أساس أن حكم وقف التنفيذ حكم قطعي يجوز الطعن فيه استقلالاً فور صدوره (99).

أما فيما يتعلق بتدقيق الأحكام أمام ديوان المظالم في المملكة، فإنه منذ نشأته دأب على إخضاع الأحكام المستعجلة عموماً، ومنها أحكام وقف التنفيذ بطبيعة الحال للتدقيق وهذا المبدأ من المبادئ المستقرة في عمل الديوان وحتى قبل صدور نظام المرافعات والإجراءات أمامه (100).

ومن أحكام وقف التنفيذ التي طلب تدقيقها، جاء: " ولا يوجد بحسب الظاهر ما يبرر سحب العمل من المدعي، فإن ركن الجدية يكون متوافراً في طلب وقف تنفيذ قرار السحب.. ومن حيث أنه فيما يتعلق بركن الاستعجال، فإنه مما لا شك فيه أن سحب العمل بالنسبة إلى عقد الصيانة المبرم مع المدعي سيؤدي إلى آثار يتعذر تداركها. فلذلك الأسباب حكمت الدائرة بوقف تنفيذ القرار الصادر من المدعى عليها بسبب العمل من المدعي " (101).

والحكم السابق طلب تدقيقه من قبل المدعى عليها، وقد صدر حكم هيئة تدقيق القضايا بما يلي: " .. أن تنفيذ هذا القرار يترتب عليه آثار مالية يمكن تداركها مالياً بالتعويض إن كان له محل فيها لو قضي بإلغاء هذا القرار ومن ثم فقد يتخلف ركن الاستعجال في طلب وقف تنفيذ هذا القرار، مما يجعله جديراً بالرفض دون حاجة للبحث في ركن الجدية .. وهذه الأسباب وبعد المداولة حكمت هيئة التدقيق بنقض الحكم رقم 17/1/د/4 لعام 1412 هـ .. وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار .. " (102).

بيد أن الديوان عدل عن هذا المبدأ من خلال بعض أحكامه التي ذهب من خلالها إلى عدم تدقيق الأمر الوقي وهو من الطلبات العاجلة وبذلك يدخل حكم وقف تنفيذ القرار الإداري ضمن هذا العدول. ونسوق حكماً يدل على ذلك، جاء ما نصه: " وحيث أن مقتضى ما تقدم أن الأمر الوقي مجرد إجراء عاجل تأمر به الدائرة المختصة في خلال مدة قصيرة وهي أربعة وعشرون ساعة من تاريخ تقديم الطلب أو إحالته إليها ؛ لمواجهة آثار يتعذر تداركها إلى حين الفصل في أصل النزاع، فمن ثم لا يكون هذا الأمر الوقي من الأحكام القضائية الخاضعة للتدقيق ؛ ذلك أن النص يوجب الدائرة المختصة إصدار أمرها العاجل خلال أربع وعشرين ساعة إذا قررت وجود آثار يتعذر تداركها، فمن ثم يتميز الأمر العاجل بطابع السرعة التي تتنافى مع دراسة الأوراق وتمحيصها وصولاً للفصل في النزاع وذلك لا يتمشى مع إجراءات التدقيق التي توجب بمقتضى نص المادة إحدى وثلاثون من قواعد المرافعات والإجراءات عدم تنفيذ الحكم واحتفاظ الدائرة بملف القضية لمدة ثلاثين يوماً بعد تاريخ تسليم نسخة إعلام الحكم إلى أصحاب الشأن .. وذلك كله يتنافى مع طابع العجلة والسرعة والتي تتميز بها الأوامر الوقتية ومن ثم لا تسري أحكام المادة إحدى وثلاثين المشار إليها على الأوامر الوقتية العاجلة التي تصدر؛ وفقاً للمادة السابعة، ومن جهة أخرى، فإن الأمر الوقي ليس حكماً في الدعوى من الناحية الشكلية وليس فصلاً في النزاع ولا يترتب عليه إعطاء أي مركز أو ميزة لأي من الخصوم في الدعوى .. " (103).

والذي يتضح لنا من الحكم السابق أن إخضاع الأحكام المستعجلة ومنها حكم وقف التنفيذ للتدقيق لا يتمشى ولا يساير ما قضت به المادة السابعة ؛ حيث يخالفها نصاً وروحاً ؛ لأن التدقيق في ذاته ينفي صفة الاستعجال.

كما أن ذلك يستوجب وقف نظر القضية الموضوعية (دعوى الإلغاء)؛ لأن التدقيق يقتضي رفع كامل أوراق الدعوى لهيئة التدقيق حتى يمكنها الإطلاع على كافة مستندات وملابسات الدعوى بنفسها، فالحكم لوقف تنفيذ القرار الإداري يختلف طبيعته عن الحكم بإلغاء القرار ؛ لأن الحكم بوقف التنفيذ - كما هو معروف سلفاً - لا يمس أصل الحق ولا يترتب عليه آثار جوهرية كما في الفصل في الدعوى الموضوعية وهي الأصل.

نخلص إلى أن الحكم بوقف تنفيذ القرار إداري يتم تنفيذه بوقف آثار القرار الإداري فور إعلام أصحاب الشأن بذلك وأن الطعن في هذا الحكم بالتدقيق يخرجها من دائرة الاستعجال التي وصم بها حكم الوقف، ومن هنا كان اتجاه ديوان المظالم في هذا السبيل ؛ لتنافي طبيعة الاستعجال مع طبيعة التدقيق.

فإذا صدر الحكم بإلغاء القرار الإداري، فإن الحكم يلغي القرار ويعدمه من تاريخ صدوره، وهذا يعني: استمرار نفاذ حكم وقف تنفيذ القرار في واقع الأمر ؛ لأن وقف التنفيذ ما هو إلا إلغاء مؤقت للقرار إلى حين الفصل في دعوى الإلغاء، فالحكم الذي يقضي بإلغاء القرار الإداري، يعني: التأكيد لما سبق أن صدر به حكم الوقف من أن القرار يظهر أن فيه ما يشوبه أو يؤدي إلى بطلانه، وهذا يعني أن حكم وقف التنفيذ كان صائباً في استناده إلى الأسباب الجدية التي رجحت الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه (104).

وهذا لا يعني فقط استمرار نفاذ الحكم القاضي بالإيقاف من حيث الواقع ؛ بل يتعدى ذلك ليلزم الإدارة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل صدور قرارها الإداري ؛ إذ أن وقف التنفيذ قد يكون مقتضراً حين صدوره على وقف استمرار تنفيذ القرار دون المطالبة بإعادة الحال إلى ما كانت عليه ومن ثم فصدور الحكم بالإلغاء يعتبر إنهاء لحكم الوقف وإزالة لوجوده القانوني وبدء العمل بمقتضى حكم الإلغاء (105).

أما إذا صدر الحكم في دعوى الإلغاء بالرفض، فإن الحكم الصادر بوقف التنفيذ ينتهي أثره ويصبح بلا موضوع، وتعود القوة التنفيذية للقرار الموقوف حتى عند عدم النص على ذلك في الحكم الموضوعي.

ونظراً للارتباط الدائم بين طلب وقف تنفيذ القرار الإداري وطلب إلغائه، فإنه يترتب على هذا الارتباط انسحاب أثر التنازل عن دعوى الإلغاء في الواقع إلى الحكم بوقف التنفيذ ومن ثم يتعين القضاء بإلغاء الحكم الصادر بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه وبرفض الدعوى - كذلك - (106).

فحكم وقف التنفيذ ليس له حجية بالنسبة لحكم دعوى الإلغاء - وبالتالي حكم وقف التنفيذ - لا يقيّد قاضي الإلغاء ؛ لأنه حكم في طلب مستعجل سابق على الحكم بالإلغاء (107).

مما سبق يتبين لنا أن دعوى الوقف وإن كانت دعوى مستعجلة، استثنائية إلا أنها متفرعة من دعوى أخرى، فإذا كانت الدعوى الأصلية - دعوى الإلغاء - الحكم فيها ملزم وحجة مطلقاً فكذلك الحال بالنسبة لدعوى الوقف ولا فرق ؛ لأنها فرع من أصل والفرع يتبع الأصل والتابع تابع ؛ لكن الحجية فيها نسبية بسبب تأقيتها فهذه النسبية نابعة من طبيعة هذه الدعوى وإلا الحكم فيها نافذ وملزم جهة الإدارة بحكم قاضي المظالم، ومن جهة أخرى فالدعوى - كما تقدم ذكره - حكم القاضي فيها نافذ ملزم وهذه الدعوى غيرها من الدعاوي فلتن يكون الحكم فيها ملزم وحجة من باب أولى وأحرى.

المبحث الخامس:

التطبيقات القضائية بالملكة العربية السعودية.

في هذا الفصل نتناول - بالدراسة التحليلية - بعض القضايا الصادرة في ديوان المظالم بالملكة العربية السعودية كجهة قضاء إداري، والمتعلقة بالأحكام الصادرة في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري محل البحث النظري ؛ حيث سنقوم باختيار أهم خمس قضايا صدرت في هذا المجال وأحدثها من حيث الفصل فيها، فنقوم ببيان أهم وقائع هذه القضايا ومتعلقها النظامي، ثم نقوم ببيان الحكم الصادر فيها، وفي النهاية يأتي دور الباحث في تنفيذ وقائع هذه القضايا كل على حدة بالتحليل والدراسة والاستنتاج المتعلق بالدراسة النظرية، وكذلك وجهة النظر فيما يتعلق بالحكم الصادر في كل قضية.

وبذلك تأني الدراسة في الجانب التطبيقي على الوجه التالي:

أولاً: نطاق التطبيق:

1- النطاق المكاني. 2- النطاق الزمني.

ثانياً: وقائع الدعوى.

ثالثاً: الحكم في الدعوى.

رابعاً: الاستنتاج الموضوعي.

التطبيق الأول: طلب وقف الحجز على أموال وممتلكات المدعى

أولاً: نطاق التطبيق:

1- النطاق المكاني: الدائرة الإدارية الثالثة - ديوان المظالم بالرياض.

2- النطاق الزمني: أ- القضية في عام 1420 هـ. ب- الحكم في الدعوى في

1421/3/22 هـ.

ثانياً: وقائع الدعوى:

1- ذكر المدعي أنه صرف من وزارة المالية مبلغ 26.282.000 ريال مقابل عقار

كان ملكاً له وذلك بوجه الخطأ ؛ لأن العقار ملك لشخص آخر كان ابتاعه المدعى.

2- اتضح للمدعى عليه خطأ الصرف للمدعي، فقامت بمطالبته بإعادة المبلغ إلى

وزارة المالية.

3- اعترض المدعي عليه إعادة المبلغ المذكور بحجة أنه في ذمة المدعى عليه

(وزارة المالية) مبلغ 31.196.640 ريالاً قيمة التعويض عن عقار آخر يملكه ومن ثم

نزعت ملكيته في عام 1403 هـ، والمدعى عليه لا ينكر هذا الحق للمدعي.

4- طلب المدعي إجراء المقاصة بين المبلغين - كطلب أصلي في الدعوى-، كما

طلب على وجه الاستعجال وقف الحجز على أمواله وممتلكاته وعقاراته لتضرره من

هذا الحجز في عملياته التجارية والذي طلب إيقاعه المدعى عليه.

5- دفع المدعى عليه بأن المدعى قام ببيع العقار صورياً إلى أحد الأشخاص من

أجل الحصول على تعويض أعلى مما قدر لقيمة العقار، وفي ذات الوقت تابع عملية

صرف التعويض ؛ مستغلاً المستندات التي ما تزال باسمه، ولا يخفى ما في ذلك من

التحايل، وقد تم صرف التعويض باسمه فعلاً وهو المبلغ المذكور.

وفيما يتعلق بدعواه عن العقار الذي نزعت ملكيته قبل ذلك، فالقيمة المذكورة

ليست صحيحة ولكن القيمة هي 27.937.290 وهذا حق ثابت للمدعى في ذمة المدعي عليه أما المبلغ الذي صرفه فهو قيمة عقار آخر. وما طلبه من عمل المقاصة فليس في محله؛ لأنه حصل عليه بالاحتياال. كما أن هناك أمر سامي في 1417/2/7 هـ يتضمن إلزام المدعي بإعادة المبلغ المصروف له.

6- ودفع المدعى عليه - فيما يتعلق بالشق المستعجل - أنه في غير محله؛ لأن أرصده في البنوك حسب إفادة مؤسسة النقد تمثل 723 ألف ريال. كما أن قرار الحجز صدر لحماية المال العام الذي استولى عليه بالحيل والخداع وعملاً على تنفيذ الأمر السامي بشأن إعادة ما استولى عليه، وقرار الحجز لا يمس أي حق من حقوق المدعي؛ لذلك فالوزارة (المدعى عليه) تطلب رفض دعوى المدعي بشقيها الأصلي والمستعجل.

ثالثاً: الحكم في الدعوى:

استناداً إلى نص المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان فقد قررت الدائرة إيقاف تنفيذ قرار وزارة المالية والاقتصاد الوطني (المدعى عليه) القاضي بالحجز على أموال وممتلكات وعقارات... (المدعى) إلى حين انتهاء الدعوى الأصلية.

رابعاً: الاستنتاج الموضوعي:

1- المدعي قام برفع دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري بالحجز على أمواله وممتلكاته الصادر من المدعى عليه، وطالب بإيقاف التنفيذ لحين الفصل في الدعوى الأصلية طبقاً لما تقضى به المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان.

2- بالنظر وجد أن دعوى الوقف تتصل مباشرة بالدعوى الأصلية التي تنظرها الدائرة المتعلقة بطلب استرداد المال الذي صرف بوجه الخطأ إلى المدعي.

3- بالتحليل نجد أن دعوى وقف التنفيذ قد توفر فيها صفة الاستعجال، المتمثل في الحجز على أموال وممتلكات المدعي، كما توفر فيها شرط الاتصال بالدعوى الأصلية المتمثل في طلب استرداد المال والحجز على الممتلكات من أجل هذا الاسترداد، كما توفرت الأسباب الجدية والجوهرية المتمثلة في توقف عمليات المدعي

المصرفية والعقارية والبيع والشراء وهي الشروط التي تناولتها أثناء الدراسة الموضوعية لدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري.

ينبغي على ما سبق أن المدعي محق في رفع الدعوى المستعجلة بخاصة وأن جهة الإدارة متمثلة في وزارة المالية تقر بمديونيتها للمدعي وبذلك يمكنها دون اللجوء إلى إجراء الحجز على أمواله بأن تستوفي المال الذي صرفته له بوجه الخطأ من الأموال التي لديها للمدعي، وبذلك لا حاجة لإجراء الحجز. ويمكن لجهة الإدارة حجز قيمة المال الذي صرف خطأ مما يوجد في ذمتها للمدعي.

4- أنه بتوافر شروط دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري السابق الإشارة إليها واستناداً إلى نص المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم -كجهة قضاء إداري-، فإن الحكم الصادر من الدائرة بإيقاف تنفيذ قرار وزارة المالية والاقتصاد الوطني القاضي بالحجز على أموال المدعي قد جاء متفقاً مع ما يقضي به النظام وذلك حين الانتهاء من الفصل في الدعوى الأصلية.

التطبيق الثاني: طلب وقف تغيير الاسم التجاري أولاً: نطاق التطبيق:

- 1- النطاق المكاني: الدائرة الثالثة بديوان المظالم بالرياض.
- 2- النطاق الزمني: أ- في تاريخ 1421/2/18 هـ طلب وزارة التجارة.
- ب- في تاريخ 1421/1/19 هـ مذكرة نائب رئيس الديوان. ج- في تاريخ 1421/4/10 هـ انعقاد الجلسة.

ثانياً: وقائع الدعوى:

- 1- تقدم المدعي بثلاثة ادعاء ذكر فيها أن لديه مكتبة باسم مكتبة المؤيد وهذا الاسم مستمد من اسم عائلته (المؤيد) وترخيص المكتبة يرجع إلى ما يزيد عن ثمانية وثلاثين سنة مضت واكتسبت شهرتها من هذا الاسم.
- 2- منحت وزارة التجارة مؤخراً أحد الأشخاص سجلاً تجارياً باسم مؤسسة المؤيد للتجارة ومن ثم وجهت إلى المدعي خطاباً في 1421/2/18 هـ تطالبه بإزالة جميع اللوحات والمطبوعات والأختام التي تحمل اسم المكتبة وقامت بإبلاغ الجهات المختصة باتخاذ اللازم بمنع المدعى من الإبقاء على الاسم التجاري للمكتبة ومطالبته

بتغييره وإلا سيتم إغلاقها.

3- أن المدعى تقدم بطلب أصلي يطلب فيه الحكم بأحقية بهذا الاسم التجاري (مكتبه المؤيد) وتسجيله في وزارة التجارة لمزاولة نشاطه الخاص بالمكتبه.

4- تقدم المدعي بطلب آخر مستعجل يطلب فيه منع الوزارة من إلزامه بتغيير اسم المكتبه مؤقتاً يتم الانتهاء من الفصل في الدعوى الأصلية.
ثالثاً: الحكم في الدعوى:

أصدرت الدائرة حكمها في دعوى الوقف بإيقاف تنفيذ قرار وزارة التجارة الصادر في 1421/2/18 هـ المتضمن منع المدعى من الإبقاء على الاسم التجاري لمكتبه (مكتبه المؤيد) إلى حين الانتهاء من الدعوى الأصلية المتمثلة في إلزام الوزارة بتسجيل الاسم التجاري لهذه المكتبه والاعتراف بأحقية في هذا الاسم.
وقرار الدائرة بوقف تنفيذ القرار الإداري جاء مستنداً إلى نص المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان.

رابعاً: الاستنتاج الموضوعي:

1- يتبين من الوقائع أن المدعى رفع دعوى أصلية يتمحور الطلب فيها حول الحكم بأحقية في اسم المكتبه التي ذاع صيتها بهذا الاسم وتسجيل ذلك في وزارة التجارة.

2- كما تقدم المدعي بدعوى أخرى مستعجلة يطلب فيها منع وزارة التجارة من إلزامه بتغيير اسم المكتبه مؤقتاً إلى أن يتم الفصل في الدعوى الأصلية.

3- بتحليل الوقائع نجد أن دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري الصادر من قبل وزارة التجارة بإلزام المدعي تغيير اسم المكتبه، بأنه إجراء وقتي يستند إلى نص المادة السابعة من قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم.

كما أن دعوى الوقف تتصل اتصالاً مباشراً بدعوى أصلية تنظرها الدائرة المختصة، كما أن شرط الاستعجال متوفر في دعوى الوقف ؛ لأن الأمر والحال هذه لا تحتمل التأخير حتى يتم الفصل في موضوع الدعوى، كما أن شرط الأسباب الجدية والجوهرية وهو أحد شروط دعوى الوقف متوفر في وقائع الدعوى ؛ حيث تتمثل في سلب المدعي حقاً مضي عليه ما يزيد عن ثمانٍ وثلاثين عاماً، وهذا بلا شك تؤثر تأثيراً

أكيداً على نشاط المدعي التجاري، كما أن في ذلك تكاليف مالية باهظة.

4- أن الأسباب التي استند إليها المدعي في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري من الأجدر النظر إليها وأخذها بعين الاعتبار بخاصة وأن تنفيذ قرار المنع الصادر من المدعي عليه يلحق بالمدعى أضراراً جسيمة خاصة وأن المدعي قد كسب سمعة وشهرة عبر عقود من السنين ومن الصعب تعويض هذه السمعة والشهرة والعملاء عندما يتم تغيير اسم المكتبة إلى اسم تجاري آخر.

5- أن الحكم الصادر من الدائرة قد راعى توفر شروط دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري السابق الإشارة إليها والتي سبق دراستها أثناء الدراسة الموضوعية وهي شرط الاتصال وشرط الجدية وشرط الاستعجال، بذلك يكون الحكم الصادر في الدعوى قد لاقى وجه الحقيقة وإعمالاً لنص المادة السابعة من قواعد المرافعات المعمول بها أمام ديوان المظالم.

التطبيق الثالث: طلب وقف قرار سحب عمليات تشغيل وصيانة أولاً: نطاق الدعوى:

- 1- النطاق المكاني: الدائرة الثانية الإدارية بديوان المظالم بالرياض.
- 2- النطاق الزمني: أ- في تاريخ 1421/3/8 هـ صدور قرار جهة الإدارة بسحب العملية. ب- في تاريخ 1421/3/30 هـ التقدم بلائحة الادعاء. ج- في تاريخ 1421/4/16 هـ انعقاد جلسة الحكم.

ثانياً: وقائع الدعوى:

- 1- تعاقد المدعى مع المدعى عليه لتنفيذ عملية صيانة ونظافة وتشغيل عدد 53 مسجداً ومبنى الإدارة بإحدى المناطق وأن المدعى باشر العمل وأحضر عدد ثلاثة وخمسين عاملاً لعدد ثلاثة وخمسين مسجداً.
- 2- فوجئ المدعي بالقرار الإداري الصادر من المدعى عليه بتاريخ 1421/3/8 هـ بسحب العملية ونظراً لأنه ارتبط بعقود مماثلة مع المدعى عليه فإنه سيطرتب على تنفيذ قرار السحب هذا أضرار لا يمكن التكهّن بتتائجها.
- 3- طالب المدعي بإلغاء القرار الإداري بصفة أصلية كما طالب بصفة عاجلة بوقف تنفيذه تأسيساً على نص المادة السابعة من نظام المرافعات أمام الديوان.

4- تقدم المدعي بلائحة ادعاء أمام الديوان ؛ مطالباً بإلغاء القرار الإداري ووقفه على وجه الاستعجال ؛ لما سترتب على تنفيذه من أضرار جسيمة يتعذر تداركها.

5- رد المدعى عليه بأن قرار السحب يتأسس على أن المدعي لم يباشر العمل كما أنه لم يقوم بتوفير العمالة المطلوبة، ومن ثم قامت جهة الإدارة (المدعى عليه) بإذاره حسب النظام ورغم ذلك لم يقوم بتصحيح الأوضاع، وهذا ما تسبب في سحب العملية منه بعد توصية لجنة فحص العروض بسحبها.

ثالثاً: الحكم الصادر في الدعوى:

صدر الحكم من الدائرة الإدارية في دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري برفض طلب المدعى العاجل بوقف تنفيذ قرار وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد فيما تضمنه من سحب عملية التشغيل والصيانة لعدد 53 مسجداً بناحية...

رابعاً: التحليل والاستنتاج:

1- بالنظر في وقائع الدعوى نجد أن المدعي رفع دعوى وقف التنفيذ لقرار جهة الإدارة القاضي بسحب العملية منه وذلك لحين الفصل في موضوع الدعوى الأصلية وهو إلغاء قرار السحب.

2- ولما كانت دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري يشترط لإعمالها أن تنبني على أسباب جدية وأن يتوفر فيها وصف الاستعجال وأن تكون هناك أضرار يتعذر تداركها إن لم يتم الإيقاف، فإنه والحال هذه قرار سحب العملية لا يترتب عليه آثار يتعذر تداركها فيما لو ثبت أن القرار لا ينبني على سبب صحيح، بجانب ما سبق فإن دعوى وقف التنفيذ تفتقد الجدية بسبب أن المدعي أدخل بالتزاماته وقد ثبت أن المدعى عليه قام بإذاره ورغم ذلك لم يقوم بتصحيح أوضاعه.

3- أن وصف الاستعجال المتطلب لأعمال دعوى وقف التنفيذ غير متوفر للحكم بذلك ؛ لأنه حتى وإن ثبت أن الإدارة غير محقة في سحب القرار فإنه يمكن تعويض المدعي عن الأضرار المترتبة على القرار، ولكنه لم يثبت ذلك لمسئولية المدعي القائمة والمتسببة في إصدار القرار بسبب عملية التشغيل والصيانة.

4- يستنتج مما سبق أن الحكم الصادر في الدعوى الفرعية وهي دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري قد لاقى وجه الحقيقة عندما رفض طلب المدعي.

التطبيق الرابع: طلب وقف تسليم أرض إلى حين الفصل في أصل الدعوى
أولاً: نطاق التطبيق:

- 1- النطاق المكاني: الدائرة الإدارية الثانية بديوان المظالم بالرياض.
- 2- النطاق الزمني: أ - في تاريخ 1421/6/4 هـ حرر عقد استئجار واستثمار أرض. ب- في تاريخ 1421/11/11 هـ إشعار بتسليم الأرض. ج- في تاريخ 1422/4/24 هـ قدمت لائحة الإدعاء إلى ديوان المظالم.

ثانياً: وقائع الدعوى:

- 1- من الثابت أن هناك عقد إيجار واستثمار أرض فضاء لإقامة مسلخ عليها بقيمة سنوية قدرها 115 ألف ريال.
- 2- نص العقد على أنه يمكن تجديد تأجير الأرض لمدة خمس سنوات جديدة بعد نهاية العقد ؛ استناداً إلى التعميم رقم 29289 في 1408/10/8 هـ الخاص باستثمار عقارات بلدية الرياض.
- 3- الثابت أنه أثناء سريان العقد وبعد بناء المسلخ عليها رغبت أمانة مدينة الرياض (المدعى عليها) تطوير إحدى الصالات بالمسلخ. ووافق المدعي على أن يقوم بالتطوير على نفقته الخاصة ؛ تحقيقاً للمصلحة العامة وكان ذلك مقابل وعد من الأمانة بتجديد العقد بعد انتهائه لمدة عشر سنوات أخرى.
- 4- تم تجديد الصالات بتكلفة أربعة ملايين ريال تقريباً كما ذكر المدعي الذي قام بالوفاء بكافة التزاماته.
- 5- تم إشعار المدعي بخطاب مدير عام الأراضي والممتلكات في تاريخ 1421/11/11 هـ بتسليم الموقع.
- 6- والثابت من لائحة الادعاء التي تقدم بها المدعى أن مدة العقد المتمثلة في العشر سنوات تبدأ من تاريخ مرور سنة على توقيع العقد واستلام الموقع أيهما أسبق، كما نص التعميم المشار إليه سابقاً أن مدة السنة الأولى معفاة من الأجرة.
- 7- بناء على ما تقدم تكون مدة العشر سنوات تبدأ من تاريخ 1413/6/3 هـ وتنتهي في 1423/6/2 هـ بدون تمديد للعقد كما وعدت أمانة مدينة الرياض، وفي حالة تمديد لعشر سنوات أخرى ابتداءً من تاريخ 1413/6/3 هـ أو على الأقل تقدير لمدة خمس سنوات على

حسب ما ورد في العقد بذلك تكون أمانة مدينة الرياض (المدعى عليها) قد أخلت بالتزاماتها ومن هنا يلزم المدعى عليه القيام بتعويض المدعى مقابل ما قام به من تطورات ومقابل هذا الاسترداد المطالب به من مدير عام الأراضي والممتلكات.

8- يطالب المدعى القضاء بصفة عاجلة بسريان العقد حتى نهاية 1423/6/3 هـ واعتبار الأجرة السنوية المستحقة من هذه السنة دفعت مقاصة بين القيمة التجارية عن هذه السنة والسنة المعفاة من القيمة التجارية التي دفعت بدون وجه حق للفترة من 1412/6/4 هـ حتى 1413/6/3 هـ.

9- كما يطالب المدعى بتمديد العقد لفترة ماثلة أو خمس سنوات حسب نص العقد أو في حال رغبة المدعى عليه فسخ العلاقة التعاقدية قبل نهاية المدة يراعى عدم الإخلال بحق المدعى في الاستمرار حتى نهاية 1423/6/3 هـ ثم الطرح بعد ذلك في مناقصة عامة.

10- طلب المدعى عليه رفض دعوى المدعى ؛ لأن ما قامت به الأمانة إنها هو تطبيق للنظام والتعليقات.

11- طلب المدعى إصدار قرار وقتي على وجه الاستعجال بإرجاء تسليم المسلخ إلى أمانة مدينة الرياض إلى حين الفصل في أصل الدعوى وباعتبار يوم 1423/6/3 هـ تاريخ إنهاء مدة العقد وبعدم استحقاق أمانة مدينة الرياض أية قيمة إيجارية عن السنة الأولى البادئة من تاريخ توقيع العقد في 1412/6/3 هـ، والأحقية في تمديد العقد.

ثالثاً: الحكم في الدعوى: حكمت الدائرة برفض طلب المدعى العاجل بوقف تنفيذ قرار الأمانة رقم 21/6374 وتاريخ 1421/11/11 هـ بتسليم المسلخ ؛ لأنه لا وجه لتطبيق نص المادة السابعة من قواعد المرافعات والإجراءات أمام الديوان.

رابعاً: التحليل والاستنتاج:

1- حيث إن المدعى يطلب الحكم بصفة عاجلة بوقف قرار الأمانة الصادر برقم 21/6374 وتاريخ 1421/11/11 هـ بتسليم المسلخ وإرجاء ذلك حتى يتم الفصل في أصل النزاع.

2- وحيث إن المادة السابعة المشار إليها تنص على أنه: " لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف

تنفيذ القرار أو أن يتعذر تداركها وذلك حتى يفصل في أصل الدعوى...

يتضح أنه لا بد من توفر شرطين هما:

الأول: أن تترتب آثار - على صدور القرار - ضارة بالمدعي ويتعذر جبرها أو تداركها كمنطوق النص.

الثاني: الجدية في الطلب والتي يمكن أن تستبان من ظاهر الأوراق وبأحقيقته في طلبه.

3- نستنتج مما سبق وبالنظر إلى ما احتوته أوراق الدعوى أن شرطي دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري لا يتوفران ؛ لأن قرار الأمانة باستلام المسلخ لا يترتب عليه آثار يتعذر تداركها بخاصة وأن مدة العقد المبرم بين الطرفين ينتهي تاريخها في 1422/6/3 هـ وإذا كان هناك حق للمدعي فإنه يمكن تعويضه عن جميع الأضرار التي تترتب على القرار الإداري بتسليم المسلخ.

4- بذلك يكون الحكم الصادر في الدعوى قد قام بتطبيق نص المادة السابقة من قواعد المرافعات أمام الديوان ؛ لأنه لم تتوفر شروط الحكم بوقف التنفيذ للقرار الصادر من أمانة مدينة الرياض بوصفها جهة إدارية، وبعدم توفر الشروط تكون الدائرة في حكمها قد حققت العدالة حيثما رفضت الدعوى المقامة من المدعى.

التطبيق الخامس: طلب وقف تنفيذ قرار نقل موظف

أولاً: نطاق التطبيق:

1- النطاق المكاني: الدائرة الفرعية الخامسة والعشرين بفرع ديوان المظالم بالدمام.

2- النطاق الزماني: أ- في تاريخ 1422/12/4 هـ صدر قرار النقل.

ب- في تاريخ 1423/2/18 هـ إحالة الدعوى إلى الدائرة.

ج- في تاريخ 1423/2/25 هـ الحكم في الدعوى.

ثانياً: وقائع الدعوى:

1- صدر بحق المدعي القرار رقم 60694 في 1422/12/4 هـ من وزارة الشؤون

البلدية والقروية بنقله من وظيفة مدير عام التشغيل والصيانة بأمانة مدينة الدمام إلى وظيفة كبير مهندسين مدنيين بنفس الجهة.

2- تقدم المدعي بطلب إيقاف هذا القرار حتى يتم النظر في تظلمه ؛ لأن هذا

القرار سيترتب عليه ضرر يلحق به.

ثالثاً: الحكم في الدعوى: قررت الدائرة رفض الطلب العاجل المقدم من المدعي بوقف القرار الصادر من وزارة الشؤون البلدية والقروية بنقل المدعي من عمله الوظيفي إلى وظيفة أخرى في نفس المكان.
رابعاً: التحليل والاستنتاج:

1- بالنظر إلى نص المادة السابعة من قواعد المرافعات نجد أنها وضعت بعض الشروط اللازمة لتطبيقها على الدعاوى العاجلة والأمر بوقف القرار الإداري الصادر في ظلها وينضغ لأحكامها.

2- بمحاولة تطبيق هذه الشروط على الواقعة محل النزاع نجد أن قرار نقل المدعي من وظيفة إلى أخرى لا يترتب عليه ضرر به أو آثار يتعذر تداركها، لأنه بالإمكان تصحيح وضع المدعي حالة صدور حكم في الدعوى الموضوعية لصالحه، كما أن نقل المدعي لا يترتب عليه إضرار بالمستحقات المالية التي يمكن أن تنعكس على ظروفه الاجتماعية والأسرية.

3- بذلك فإن أية أضرار قد تلحق به نتيجة تغيير المسمى الوظيفي فإنه يمكن المطالبة بتصحيح ذلك حالة الحكم بإلغاء القرار في الدعوى الموضوعية.

4- يستنتج مما سبق أن الحكم الصادر برفض الدعوى قد جاء مؤكداً لما نصت عليه المادة السابعة لعدم قيام الشروط اللازمة للحكم بإيقاف تنفيذ القرار الصادر من جهة الإدارة بنقل المدعي من وظيفة إلى أخرى بنفس مكان العمل ؛ لأنه لن يترتب على هذا النقل أية أضرار أو مساس بالمركز الوظيفي للمدعي أو المالي، كما أنه لا توجد آثار يتعذر تداركها، وبذلك فإن على المدعي التبرص إلى حين الإسفار عن دعوى إلغاء القرار الإداري وهي الدعوى الموضوعية المتعلقة بالقرار.
الهوامش:

1- المقدمة، ص: 198، ط: دار الشعب بالقاهرة.

2- الأحكام السلطانية، ص: 148، ط: دار الكتاب العربي ببيروت. وص: 97 ط دار الكتب العلمية ببيروت، عام 1405هـ.

3- تحرير السلوك في تدبير الملوك لأبي الفضل محمد بن الأعرج ص: 37 ط مؤسسة شباب الجامعة

بالإسكندرية.

4- يوبّ البخاري رحمه الله تعالى [باب الإخاء والحلف] من كتاب الأدب وأورد حيث [6083] بسنده عن عاصم قال: قلت لأنس بن مالك: أبلغك أن النبي ﷺ قال: (لا حلف في الإسلام) ؟ فقال: (قد حالف النبي ﷺ بين قريش والأنصار في داري) وقريش أي المهاجرين.

قال ابن حجر في فتح الباري 10/ 518: [وأما الحديث المستول عنه فهو حديث صحيح أخرجه مسلم عن جبير بن مطعم عن النبي ﷺ قال: (لا حلف في الإسلام، وأبها حلف كان في الجاهلية لم يزد الإسلام إلا شدة) وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ولفظه: (أوفوا بحلف الجاهلية فإنه لا يزيده يعني الإسلام إلا شدة ولا تحذثوا حلفاً في الإسلام). وأخرج البخاري في الأدب المفرد عن عبد الله بن أبي أوفى نحوه باختصار وأخرج أيضاً أحمد وأبو يعلى وصححه بن حبان والحاكم من حديث عبد الرحمن بن عوف مرفوعاً: (شهدت مع عمومي حلف المطيين، فما أحب أن أنكثه) وحلف المطيين كان قبل المبعث بمدة ذكره بن إسحاق وغيره وكان جمع من قريش اجتمعوا فتعاقدا على أن ينصروا المظلوم وينصفوا بين الناس ونحو ذلك من خلال الخير، واستمر ذلك بعد المبعث، ويستفاد من حديث عبد الرحمن بن عوف أنهم استمروا على ذلك في الإسلام، وإلى ذلك الإشارة في حديث جبير بن مطعم. وتضمن جواب أنس إنكار صدر الحديث لأن فيه نفي الحلف وفيما قاله هو إثباته، ويمكن الجمع بأن المنفي ما كانوا يعتبرونه في الجاهلية من نصر الحليف ولو كان ظالماً ومن أخذ الثأر من القبيلة بسبب قتل واحد منها ومن التوارث ونحو ذلك، والمثبت ما عدا ذلك من نصر المظلوم والقيام في أمر الدين ونحو ذلك من المستحبات الشرعية كالصداقة والمواودة وحفظ العهد، وقد تقدم حديث بن عباس في نسخ التوارث بين المتعاقدين، وذكر الداودي أنهم كانوا يورثون الحليف السدس دائماً فنسخ ذلك. وقال بن عيينة حمل العلماء قول أنس (حالف) على المؤاخاة. قلت لكن سياق عاصم عنه يقتضي أنه أراد المحالفة حقيقة، وإلا لما كان الجواب مطابقاً، وترجمة البخاري ظاهرة في المغايرة بينها وتقدم في الهجرة إلى المدينة باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه وذكر الحديثين المذكورين هنا أولاً ولم يذكر حديث الحلف، وتقدم ما يتعلق بالمؤاخاة المذكورة هناك. قال النووي: المنفي حلف التوارث وما يمنع منه الشرع، وأما التحالف على طاعة الله ونصر المظلوم والمؤاخاة في الله تعالى فهو أمر مرغّب فيه". وقد ساق ابن سعد في الطبقات الكبرى 1/ 126 تفاصيل حرب الفجار وحلف الفضول قال: [ذكر حضور رسول الله ﷺ حرب الفجار].

5. انظر: وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية والشبهات التي تثار حولها، مجموعة بحوث لعدد من العلماء ط جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض عام 1404هـ. تحكيم الشريعة ودعوى العلمانية، د. صلاح الصاوي، ط دار طيبة بالرياض عام 1412هـ. نظرية الدعوى (دراسة مقارنة) د. محمد نعيم ياسين، ط دار النفائس بالأردن عام 1419هـ. لمحات حول القضاء في المملكة العربية السعودية، الشيخ عبد العزيز بن عبد الله بن حسن آل الشيخ، ط دار الفوائد بالرياض. القضاء ونظامه في الكتاب والسنة، د. عبد الرحمن الحميضي، ط جامعة أم القرى بمكة عام 1409هـ. السياسة القضائية في عهد عمر بن

- الخطاب، د. محمد الرضا عبد الرحمن الأغيش، ط جامعة الإمام محمد بن سعود 1417هـ. نظام القضاء في الإسلام، مجموعة بحوث لعدد من العلماء ط جامعة الإمام محمد بن سعود، الرياض. أدب القاضي لابن أبي القاص، تحقيق د. حسين خلف الجبوري، ط مكتبة الصديق بالطائف عام 1409هـ. معين الحكام على القضايا والأحكام، إبراهيم بن حسن بن عبد الرافع، تحقيق د. محمد بن قاسم، ط دار الغرب ببيروت عام 1989م. الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، إبراهيم بن عبد الله المعروف بابن أبي الدم، دار الكتب العلمية ببيروت عام 1407هـ.
- 6- انظر: قضاء المظالم في الإسلام د. شوكت عليان ط دار الرشيد بالرياض عام 1400هـ. والقضاء الإداري بين الشريعة والقانون د. عبد الحميد الرفاعي ط دار الفكر بدمشق عام 1409هـ. قضاء المظالم للقاضي أحمد سعيد المومني (رسالة ماجستير) ط جمعية عمال المطابع التعاونية بعمّان عام 1411هـ. القضاء الإداري (دراسة مقارنة) د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. أحمد عبد الرحمن شرف الدين ط المكتب العربي بالإسكندرية 1988م.
- 7- قضاء الإلغاء د. محمد العبادي ص 18 ط مكتبة دار الثقافة بالأردن عام 1995م. والقضاء الإداري د. سليمان الطماوي ج 1 ص 38 ط دار الفكر العربي بمصر 1976م. والقضاء الإداري بين الشريعة والقانون د. عبد الحميد الرفاعي ص 184 ط دار الفكر بدمشق عام 1409هـ.
- 8- انظر: قضاء المظالم في الإسلام د. شوكت عليان، والقضاء الإداري بين الشريعة والقانون د. عبد الحميد الرفاعي، وقضاء المظالم للقاضي أحمد سعيد المومني. والقضاء الإداري (دراسة مقارنة) د. محمد رفعت عبد الوهاب ود. أحمد عبد الرحمن شرف الدين.
- 9- وردت قصة طلب القصاص في ثلاث حوادث الأولى فيها طلب القصاص عكاشة بن محصن أخرجها الطبراني في المعجم الكبير 3/ 58 (2676).
- والثانية طلب القصاص فيها سواد بن غزية أورد الرواية ابن الأثير في أسد الغابة 2/ 484 ورقم الترجمة (2332) ط دار الشعب، وقال: أخرجه الثلاثة.
- وروى القصة الطبري في تاريخه 2/ 32 [أن رسول الله ﷺ عدل صفوف أصحابه يوم بدر وفي يده قدح يعدل به القوم فمر بسواد بن غزية حليف بني عدي بن النجار وهو من الصف فطعن رسول الله ﷺ في بطنه بالقدح وقال استويا يخلو بن غزية قال يا رسول الله أوجعتني وقد بعثك الله بالحق فأقذني، قال فكشف رسول الله ﷺ عن بطنه ثم قال استقدا، قال فاعتقه وقبل بطنه فقال ما حملك على هذا يا يخلو فقال يا رسول الله حضر ما ترى فلم آمن القتل فأردت أن يكون آخر العهد بك أن يمسه جلدي جللك فدعا له رسول الله ﷺ بخير وقال له خيرا ثم عدل رسول الله ﷺ الصفوف ورجع إلى العرش ودخله ومعه فيه أبو بكر ليس معه فيه غيره ورسول الله ﷺ يناشد ربه ما وعده من النصر ويقول فيما يقول اللهم إنك إن تهلك هذه العصاة اليوم يعني المسلمين لا تعبد بعد اليوم وأبو بكر يقول يا نبي الله بعض مناشدتك ربك فإن الله منجز لك ما وعدك وقد خفقت رسول الله ﷺ خفقة وهو في العرش ثم انتبه فقال ابشر يا أبا بكر أنك نصر الله هذا جبريل أخذ].

والثالثة مع أسيد بن حضير رضي الله عنه في رواية أخرجه الحاكم في المستدرك على الصحيحين 3/ 327 (5262) بسنده عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن أبيه قال: [كان أسيد بن حضير رجلا صالحا ضاحكا مليحا (فبينما هو عند رسول الله ﷺ يحدث القوم ويضحكهم طلعن رسول الله ﷺ في خاصرته فقال أوجعتني، قال اقتص، قال: يا رسول الله إن عليك قميصا ولم يكن علي قميص قال: فرفع رسول الله ﷺ قميصه فاحتضنه ثم جعل يقبل كشحه فقال بأبي أنت وأمي يا رسول الله أردت هذا) هذا لفظ حديث جرير عن حصين فإن حديث ورقاء مختصر صحيح الإسناد ولم يخرجاه] والبيهقي في السنن الكبرى 49/8.

10. المستدرك على الصحيحين 37/2 (2237) هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه
11. الحاكم في المستدرك 3/ 700 (6547) قال: [ذكر إسلام زيد بن سعة مولى رسول الله ﷺ، عن عبد الله بن سلام رضي الله عنه قال: إن الله تبارك وتعالى لما أراد هدي زيد بن سعة، قال زيد بن سعة ما من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته في وجه محمد ﷺ حين نظرت إليه إلا شيئين لم أخبرهما منه: هل يسبق حلمه جهله؟ ولا يزيده شدة الجهل عليه إلا حلما؟ فكننت ألطف به لأن أخا طاه فاعرف حمله من جهله قال زيد بن سعة فخرج رسول الله ﷺ يوما من الحجرات ومعه علي بن أبي طالب رضي الله عنه فاتاه رجل على راحلته كالبدي فقال يا رسول الله إن قرية بني فلان قد أسلموا ودخلوا في الإسلام وكنت حدثهم إن أسلموا آتاهم الرزق رغدا وقد أصابهم سنة وشدة وقحوط من الغيث فأنأ أخشى يا رسول الله أن يخرجوا من الإسلام طمعا كما دخلوا فيه طمعا فإن رأيت أن ترسل إليهم بشيء تعينهم به فعلت فنظر إلي رجل وإلى علي رضي الله عنه فقال يا رسول الله ما بقي منه شيء، قال زيد بن سعة فلدنوت إليه فقلت يا محمد هل لك أن تبعيني تمرا معلوما من تمر بني فلان إلى أجل كذا وكذا فقال لا يا زيد ولكن أبيعك تمرا معلوما إلى أجل كذا وكذا ولا بني فلان فقلت نعم فباعني فأطلقت همياني فأعطيته ثمانين مثقالا من ذهب في تمر معلوم إلى أجل كذا وكذا فأعطاهما الرجل فقال اعدل عليهما وأعنهم بها فقال زيد بن سعة فلما كان قبل محل الأجل بيومين أو ثلاثة أتيته فأخذت بمجامع قميصه وردائه ونظرت إليه بوجه غليظ فقلت له ألا تقضيني يا محمد حقي فو الله ما علمتم يا بني عبد المطلب شيء القضاء مطل، ولقد كان لي بمخالطكم علم، ونظرت إلى عمر فإذا عيناه تدوران في وجهه كالفلك المستدير ثم رماني ببصره فقال يا عدو الله أقول لرسول الله ﷺ ما أسمع وتصنع به ما أرى فو الذي بعته بالحق لولا ما أحاذر قوته لضربت بسيفي رأسك ورسول الله ﷺ ينظر إلى عمر في سكون وتودة وتبسم ثم قال يا عمر أنا وهو كنا أحوج من هذا، أن تأمرني بحسن الأداء وتأمره بحسن اتباعه، اذهب يا عمر فاعطه حقه وزده عشرين صاعا من تمر، فقلت ما هذه الزيادة يا عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن أزيدك مكان ما نقيمتك، قلت أتعرفني يا عمر؟ قال: لا من أنت؟ قلت زيد بن سعة قال الخبر قلت الخبر قال فما دعاك أن فعلت برسول الله ﷺ ما فعلت وقلت له ما قلت؟ قلت له: يا عمر لم يكن له من علامات النبوة شيء إلا وقد عرفته في وجه رسول الله ﷺ حين نظرت إليه إلا اثنين لم أخبرهما منه هل يسبق حلمه جهله ولا تزيده شدة الجهل عليه إلا حلما فقد اختبرتهما فأشهدك يا عمر أي قد رضيت بالله ربنا

وبالإسلام ديناً وبمحمد ﷺ نبياً وأشهدك أن شطر مالي. فإني أكثرهم مالا. صدقة على أمة محمد ﷺ فقال عمر رضي الله عنه أو على بعضهم فإنك لا تسعهم قلت أو على بعضهم فرجع زيد إلى رسول الله ﷺ فقال زيد أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله وآمن به وصدقه وبايعه وشهد معه مشاهد كثيرة ثم توفي زيد في غزوة تبوك غير مدبر ورحم الله زيدا ". قال الحاكم: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وهو من غرر الحديث.

12. أخرجها البيهقي في السنن الكبرى 48 / 8.

13. انظر: قضاء المظالم للقاضي أحمد سعيد المومني ص 66.

14. الدعاوى تقام من الغير ضد الجهات الحكومية ولا تقام من الجهات الحكومية ضد الغير.

[حكم هيئة التدقيق الأولى رقم 137 لعام 1415هـ في القضية رقم 1/294/ق لعام 1410هـ المقامة من الدار الوطنية للسلامة ضد جامعة الملك سعود وجاء فيه: "... ومن حيث إنه لما كان الثابت أن طلب المدعى عليها قد جاء لاحقاً لإقامة الدعوى ومن ثم فإنه لا محل لنظره وذلك وفقاً لما جرت عليه أحكام الديوان من أن الأصل استيفاء الجهات الإدارية لحقوقها قبل الغير بما لها من سلطة نظامية دون أن تلجأ ابتداءً إلى المطالبة القضائية...."].

15. تختص هذه الفقرة بالحقوق المقررة سلفاً كالمرتب والتقاعد.... والتي لا تحتاج لصرفها إلى صدور قرار. ويجب أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق فالم يكن ثمة عذر شرعي، كما يجب بعد ذلك التظلم أمام وزارة الخدمة المدنية ثم إلى الديوان. ونشوء الحق هنا من حين إخطار الإدارة لصاحب الحق بحقه أو علمه به.

16. تختص هذه الفقرة بالحقوق التي لا بد لتحقيقها من صدور قرار. ويجب أن يسبق رفعها إلى الديوان التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوماً.

17. إذا كان أصل الحق مقرراً في قاعدة تنظيمية عامة كقانون أو لائحة.... يكون ما أصدرته الإدارة من أوامر أو تصرفات مجرد أعمال تنفيذية تهدف إلى مجرد تطبيق القانون، ولا يكون هذا التصرف أو الإجراء قراراً إدارياً بالمعنى المفهوم، بل يكون مجرد إجراء تنفيذي أو عمل مادي لا يسمو إلى مرتبة القرار [قضاء الإلغاء للطحاوي ص 438].

كل تصرف من الإدارة لا يستحدث بذاته أثراً لا يعد قراراً إدارياً. [قضاء الإلغاء للطحاوي ص 441]

18. القرارات الإدارية التي تصدر في قضايا يتم نظرها من قبل لجان مشكلة بموجب نص نظامي أو قرار من مجلس الوزراء أو أمر سام وينص قرار تنظيمها على أن قراراتها نهائية تبقى نهائية، إلا إذا عدلت بما يجعل النظر في التظلم منها من اختصاص ديوان المظالم.

19. ونصها [ج) دعاوى التعويض (19) الموجهة من ذوي الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوي الشخصية العامة المستقلة بسبب أفعالها. (د) الدعاوى المقدمة من ذوي الشأن في المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفاً فيها].

20. الدعاوى المنصوص عليها في الفقرتين (ج، د) لا تسمع بعد مضي خمس سنوات من تاريخ نشوء

الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعي حال دون المطالبة به تقبله الدائرة ناظرة القضية، ونشوء الحق هو الحالة التي يكون فيها الحق قد بلغ مرحلة الظهور والاستقرار بالنسبة للمدعي، وفي العقود بعد إجراء المحاسبة النهائية وتصفية العقد، بحيث يظهر للمدعي الحق الذي يدعي استحقاقه ومنعته المدعى عليها إياه.

21- يؤخذ في الحسبان الفترة التي تستغرقها وسائل وقنوات التبليغ كمدة البريد أو الإعلان بالصحف وغيره فالعبر مدة شهر من حين تبلغ الأطراف والمقصود منها مهلة يتمكن من خلالها إعداد الإجابة عن الدعوى أو ما ذكره الطرف الآخر في مذكراته بالإضافة إلى ترتيب أعماله وسفروه إن كان مسافرا أو يقتضي حضوره السفر من مكان إقامته إلى مكان الدائرة أو يوكل إذا شاء ذلك ولكي لا يتسبب تحديد موعد قريب بالإضرار به.

22- تغير مساهما إلى وزارة الخدمة المدنية.

23- ويتبع في نظرها الاتفاقيات المبرمة بين المملكة العربية السعودية والدولة التي صدر الحكم من محاكمها مثل اتفاقية الرياض المشهورة بين عدد من الدول العربية، وكذا قاعدة المعاملة بالمثل، وجميع ذلك وفقا لضوابط الشريعة الإسلامية والضوابط الأخرى كما هو منصوص عليه في الاتفاقية المشار إليها.

24- وذلك إذا ظهر للدائرة احتمال أحقية المدعي في دعواه فتصدر القرار العاجل لمنع الجهة من الإضرار به إلى حين التحقق من بطلان دعواه ولكي لا يترتب على الإدارة في حال الحكم لصالحه تعويضات تضر بالخزينة العامة.

أما في حال حدوث ضرر أكبر وعام إذا أوقف القرار فإن الدائرة تترتب في إيقاف قرار الإدارة ويكون الحكم له بالتعويض في حال نفذت الإدارة القرار وصدر الحكم لصالح المدعي، بناءً على قاعدة "ترتكب المفسدة الخاصة لدفع المفسدة العامة" و "تدفع المفسدة العظمى ولو بارتكاب الصغرى" ولأن إيقاف القرارات الإدارية لمجرد الدعوى يربك الإدارة ويجري ذوي النفوس الضعيفة والمقاصد السيئة لتعطيل المصالح العامة.

25 - في البخاري صحيح برقم 2287 عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، فَإِذَا أَتَيْتَ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلٍّ فَلْيَتَّبِعْ» وأخرجه مسلم في المساقاة باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة رقم 1564 (مطل) المطل التسوية وعدم القضاء. (الغني) المتمكن من قضاء ما عليه. (ظلم) محرم ومذموم. (أتبع) أحيل. (ملء) واجد لما يقضي به الدين.]

(26) حكم الدائرة الإدارية رقم: 12/د/4/ف/4 لعام 1410 هـ في القضية رقم: 1/695/ق لعام 1410 هـ (غير منشور) والحكم رقم: 17/م/86 لعام 1401 هـ في القضية رقم: 1/505/ق لعام 1400 هـ، منشور في مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية خلال عام 1400 هـ ص 229.

(27) فهد الدغيش: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 16.

(28) حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 3005، 3094، السنة 29 قضائية جلسة: 14/4/1984.

- (29) محمد فؤاد عبدالباسط: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 204.
- (30) سليمان الطماوي، القرارات الإدارية، ص 1001 وما بعدها.
- (31) الطماوي، المرجع السابق، ص 1005.
- (32) فهد الدغيثر: رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ص 60.
- (33) محمد أنس جعفر: الوسيط في القانون العام. القضاء الإداري، ص 315.
- (34) سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، ص 454، السيد خليل هيكل: رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة، ص 303.
- (35) وجدي راغب: مبادئ القضاء المدني، ص 457، مصطفى الزرقاء: الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد 742/2.
- (36) سعاد الشرقاوي: دروس في دعوى الإلغاء، ص 41.
- (37) سنعود لدراسة هذه الشروط بالتفصيل في الفصل الثاني.
- (38) فهد الدغيثر، وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 34.
- (39) الطماوي: القضاء الإداري. قضاء الإلغاء، ص 368.
- (40) عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 24.
- (41) الطماوي: النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 49.
- (42) سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية، ص 60.
- (43) الطماوي: القضاء الإداري - قضاء الإلغاء، ص 499.
- (44) حكم رقم: 12/د/2 لعام 1418 هـ (غير منشور).
- (45) راجع المادة الثالثة من قواعد المرافعات أمام ديوان المظالم، الصادرة بقرار مجلس الوزراء، رقم 19 وتاريخ 1409/11/16 هـ.
- (46) فهد الدغيثر: رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ص 45. 46، والحكم رقم 48/ر/3 لعام 1411 هـ.
- (47) فهد الدغيثر: المرجع السابق، ص 49.
- (48) مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية للأعوام، 1397 - 1399 هـ، ص 561، الحكم رقم 22/3 لعام 1399 هـ.
- (49) محمد فؤاد عبدالباسط: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 683 وما بعدها.
- (50) محمد فؤاد عبدالباسط: المرجع السابق، ص 691 - 692.
- (51) فهد الدغيثر: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 51.
- (52) فهد الدغيثر: المرجع السابق، ص 51، 52.
- (53) فهد الدغيثر: المرجع السابق، ص 52.
- (54) سليمان الطماوي: قضاء الإلغاء، ص 1001، محمد كمال الدين منير: قضاء الأمور الإدارية المستعجلة، ص 486.

- (55) حكم الديوان رقم 17/د/1/4 لعام 1412 هـ، وحكم آخر رقم 10/د/1/3 لعام 1404 هـ.
- (56) فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 53.
- (57) حكم الديوان رقم 12/د/1/2 لعام 1418 هـ.
- (58) حكم الديوان رقم 10/د/1/2 لعام 1419 هـ.
- (59) حكم الديوان رقم 1/د/ف/7 لعام 1417 هـ.
- (60) فهد الدغيث: المطالبة القضائية أمام ديوان المظالم، ص 171 - 172.
- (61) حكم الديوان رقم 19/د/1/2 لعام 1420 هـ (غير منشور).
- (62) المادة الخامسة من قواعد المرافعات أمام الديوان.
- (63) حكم الديوان رقم 1/د/ف/7 لعام 1417 هـ (غير منشور).
- (64) علي العبودي: المرجع السابق، ص 78.
- (65) فهد الدغيث: وقف القرارات الإدارية، ص 60.
- (66) عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 130.
- (67) قضاء محكمة "ريون" في 1/7/1955 م نقلاً عن عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص 130.
- (68) عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص 131، فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 61.
- (69) محمد كمال منير: قضاء الأمور المستعجلة، ص 493، محمد فؤاد عبد الباسط: المرجع السابق، ص 226.
- (70) حكم الديوان رقم 17/86 لعام 1400 هـ في القضية رقم 346/1ق مجموعة المبادئ الشرعية والنظامية، ص 208.
- (71) فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 62، محمد كمال الدين منير: المرجع السابق، ص 492.
- (72) حكم هيئة تدقيق القضايا رقم 13/ت/1 لعام 1410 هـ (غير منشور).
- (73) فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 63.
- (74) المادة 25 من قانون مجلس الدولة المصري رقم 47/1972 م، وظ: محمد كمال منير: المرجع السابق، ص 49.
- (75) فهد الدغيث: المطالبة القضائية أمام ديوان المظالم، ص 107 - 109.
- (76) فهد الدغيث: رقابة القضاء على قرارات الإدارة، ص 264، حكم الديوان رقم 325/ت/3 لعام 1409 هـ (غير منشور).
- (77) محمد فؤاد عبد الباسط: وقف تنفيذ القرار، ص 492.
- (78) محمد فؤاد عبد الباسط: وقف تنفيذ القرار، ص 486 وما بعدها.
- (79) حكم الديوان رقم 5/د/ف/7 لعام 1416 هـ (غير منشور).
- (80) المادة الثالثة من قواعد المرافعات أمام الديوان.
- (81) سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية، ص 392.
- (82) فهد المدرع: القضاء الإداري المستعجل، ص 72.

- (83) سامي جمال الدين: الدعاوي الإدارية، ص 392.
- (84) فهد الدغيث: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 89.
- (85) سليمان الطباوي: قضاء الإلغاء ص 997، حسني سعد عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية ص 198.
- (86) مصطفى أبو زيد فهمي: القضاء الإداري ومجلس الدولة، ص 677.
- (87) فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 90.
- (88) حكم هيئة تدقيق القضايا رقم 93/ت/ لعام 1410 هـ، وحكم آخر لهيئة التدقيق رقم 89/ت/ عام 1406 هـ.
- (89) سامي جمال الدين: الدعاوى الإدارية، ص 391، حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية ص 20.
- (90) محمد فؤاد عبد الباسط: وقف تنفيذ القرار، ص 714.
- (91) القرار رقم 86/31 لعام 1400 هـ، القضية رقم 477/أ/ق لعام 1400 هـ مجموعة المبادئ الشرعية، ص 64.
- (92) فهد الدغيث: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 91.
- (93) حمدي عكاشة: القرار الإداري، ص 916، عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 221.
- (94) حسني عبد الواحد: تنفيذ الأحكام الإدارية، ص 203.
- (95) حمدي عكاشة: المرجع السابق، ص 392.
- (96) محمد كامل ليله: الرقابة على أعمال الإدارة، ص 1276، محمد رفعت عبد الوهاب القضاء الإداري، ص 289، عبد الغني بسيوني: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 225-228، فهد الدغيث: وقف تنفيذ القرارات الإدارية، ص 90، 91.
- (97) حكم الديوان رقم 1/د/ف/7 لسنة 1417 هـ (غير منشور).
- (98) محمد فؤاد عبد الباسط: وقف تنفيذ القرار الإداري، ص 707.
- (99) عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص 246، 247.
- (100) حكم الديوان رقم 10/د/31 بتاريخ 5/25/1404 هـ وقد صدر قرار هيئة التدقيق برقم 2/31/ت لعام 1404. أي: قبل صدور قواعد المرافعات؛ حيث صدرت بتاريخ 16/11/1409 هـ (غير منشور).
- (101) حكم التدقيق رقم 108/ت/1 لعام 1412 هـ (غير منشور).
- (102) حكم التدقيق رقم 108/ت/1 لعام 1412 هـ (غير منشور).
- (103) حكم الديوان رقم 23/ت/1 لعام 1417 هـ في القضية رقم 1/1428/ق لعام 1416 هـ (غير منشور).
- (104) عبد الغني بسيوني: المرجع السابق، ص 250.
- (105) حسني سعد عبد الواحد: المرجع السابق، ص 204.
- (106) حكم الإدارية العليا في مصر 1981/1/24 م الطعن رقم 544 لسنة 25 ق، وحكم آخر في 11/11/1961 م في الطعن رقم 215.
- (107) فهد الدغيث: المرجع السابق، ص 93.

التدابير التحفظية المتخذة من قبل قاضي الأمور المستعجلة في المواد الإدارية

د / طيبي سعاد

معهد العلوم القانونية والإدارية

المركز الجامعي بخميس مليانة



مقدمة

يعتبر القضاء الإداري الاستعجالي إجراء يطلب بموجبه أحد الأطراف اتخاذ إجراء مؤقت سريع من أجل حماية مصالحه قبل أن تتعرض إلى نتائج يصعب تداركها، وبالتالي قد تطرأ أثناء سير الدعوى الإدارية مشاكل تتطلب حلول استعجالية تأخذ في شكل تدابير مؤقتة يتعين اتخاذها قبل الفصل في موضوع النزاع نهائياً، وأحيانا قد تحدث أمور يخشى لو اتخذت بشأنها إجراءات دعوى الموضوع الطويلة أن تمحي أثارها مما يؤدي إلى صعوبة تدارك الأضرار الناتجة عنها الأمر الذي يستوجب اتخاذ إجراءات سريعة في انتظار الفصل في الموضوع.

وقد خصص المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية 23/90، مادة وحيدة تنص على القضاء الإداري الاستعجالي وهي المادة 171 مكرر ، بخلاف المسائل المدنية والتي نظمها بعدد من المواد ، لكن سرعان ما تدارك هذا النقص من خلال تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد 08/09 المؤرخ في 29/02/2008، حيث خصص بابا مستقلا قائما بذاته يتمثل في الباب الثالث المعنون بـ: "الاستعجال".

مما سبق تطرح الإشكاليات التالية:

ما المقصود بالتدابير التحفظية الاستعجالية؟ وما هي التدابير التحفظية

الاستعجالية المتخذة من قبل قاضي الأمور الاستعجالية في المادة الإدارية في ظل قانون الإجراءات المدنية 23/90؟ وما الجديد الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بخصوص التدابير التحفظية الاستعجالية؟
المحور الأول: مفهوم التدابير التحفظية الاستعجالية.

لابد من الإشارة إلى أن تدابير الاستعجال في المواد الإدارية من خلال نص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية 23/90، لم ترد على سبيل الحصر بل ذكرت أهمها، وتركت للقاضي الإداري الاستعجالي المختص سلطة تقدير الأمر بها متى ثبت لزوميتها وذلك في حدود وضوابط اختصاصه النوعي، ويعتبر رئيس المجلس القضائي هو المختص نوعيا ومحليا، وهذا ما نصت عليه المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية 23/90. أما في ظل القانون الجديد فإن الاختصاص يؤول إلى قاضي الاستعجال للمحكمة الإدارية، وهذا ما نص عليه في الباب الثالث المعنون بالاستعجال"، في الفصل الأول "قاضي الاستعجال"، حيث إنه وقبل صدور القانون الجديد وفي ظل القانون القديم كانت تتخذ التدابير التحفظية الاستعجالية من طرف قاض فرد، غير أنه وبصدور القانون الجديد نجد أن المادة 917 منه قد حسمت الأمر والتي نصت على أنه: " يفصل في مادة الاستعجال بالشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع"، كما نصت المادة 918 من نفس القانون المذكور أعلاه، على أن قاضي الاستعجال يأمر بالتدابير المؤقتة، ولا ينظر في أصل الحق، كما يفصل في أقرب الآجال، كما يمكن لقاضي الأمور الاستعجالية أن يتخذ التدابير التحفظية الضرورية للحفاظ على الحريات الأساسية المتهكة من طرف الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقتضياتها لاختصاص القضاء الإداري متى كانت هاته الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات¹، كما يأمر القاضي الإداري الاستعجالي في حالة الاستعجال القصوى، وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية 23/90 فإن هذه الحالة القصوى لم تحدد، كما يأمر أيضا باتخاذ كل التدابير الضرورية الأخرى. وإن

عرقلة تنفيذ أي قرار إداري بموجب أمر على عريضة ولو في غياب القرار الإداري المسبق² ، كما يجوز أيضا للقاضي الاستعجالي أن يعدل في أي وقت وبناء على مقتضيات جديدة عن التدابير التي سبق أن أمر بها أو يضع حدا لها ، وذلك بطلب من كل من له مصلحة في ذلك³.

إذن فالمقصود بالقضاء الاستعجالي :الفصل في المنازعات التي يخشى عليها فوات الوقت فصلا مؤقتا لا يمس بأصل الحق، وإنما يقتصر على الحكم باتخاذ إجراء وقتي ملزم للطرفين بقصد المحافظة على الأوضاع القائمة أو احترام الحقوق الظاهرة أو صيانة مصالح الطرفين المتنازعين⁴.

فما سبق ذكره نستنتج أن التدابير التحفظية ما هي إلا إجراءات مؤقتة يتخذها قاضي الأمور الاستعجالية إلى غاية الفصل في الموضوع ، فاتخاذ إذن التدابير التحفظية الضرورية المؤقتة تعني أن الدعوى الاستعجالية هي :

1- إجراء تحفظي : فالقضاء المستعجل لا يفصل في الحقوق المتنازع عليها، إذ الهدف منه حماية الحق من خطر محقق به لا يمس الدعوى بأصل الحق⁵.

2- هي إجراء ضروري: اقتضته إحدى حالات الاستعجال المنصوص عليها في المادة 171 مكرر من قانون 23/90 والمواد: 917 إلى 948 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

3- هي إجراء مؤقت لا يمس بأصل الحق: بمعنى أنه يتم الفصل فيه بموجب أمر مؤقت، فهي إذن تدابير مؤقتة وفقا ما نصت عليه المادة 918/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، فحجيتها مؤقتة ولا تكتسي طابع حجية الشيء المقتضي فيه، إذ ينتهي أثر التدابير المؤقتة بالفصل في الموضوع وهذا ما نصت عليه المادة 919/3 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

4- كما يجب أن لا تتعلق التدابير الاستعجالية بالنظام العام و لا في أي عنصر من عناصره المتمثلة في الأمن العام .

5- أن لا تؤدي التدابير الاستعجالية المطلوب اتخاذها إلى وقف تنفيذ قرارات

إدارية: باستثناء المتعلقة منها بحالة الاعتداء المادي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري وهذا ما سوف نعمل على توضيحه بصفة تفصيلية في المحور التالي.

والتدابير الاستعجالية تتميز بعدم قابليتها للطعن لأنها تعتبر مجرد تدابير تحفظية مؤقتة لا تمس بأصل الحق وسرعان ما ينتهي أثرها وذلك عند الفصل في الموضوع. أما الأوامر القابلة للطعن فهي تلك الأوامر الصادرة والمنصوص عليها في المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، والتي يمكن الطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة وذلك في أجل 15 يوما الموالية للتبليغ الرسمي أو العادي ويتعين على مجلس الدولة الفصل فيها خلال 48 ساعة.

أما الأوامر القضائية برفع دعوى بصدد أن الطلبات غير مؤسسة أو لعدم الاختصاص النوعي، ويكون الطعن فيها بالاستئناف أمام مجلس الدولة، والذي يستوجب الفصل فيها خلال شهر واحد.

أما الأوامر القضائية بمنح تسبيق مالي للدائن فهي قابلة للاستئناف وذلك أمام مجلس الدولة خلال أجل يقدر ب 15 يوما تسري من تاريخ التبليغ.

المحور الثاني: التدابير التحفظية الاستعجالية المتخذة من قبل قاضي الأمور الاستعجالية في المادة الإدارية على ضوء قانون الإجراءات المدنية 23/90.

إن من أهم التدابير التي يتخذها القاضي لجبر الضرر الحاصل أو الذي سيحصل في قانون الإجراءات المدنية 23/90، ولاسيما أن هذه التدابير هدفها تدارك جبر الضرر الحاصل أو الذي سيقع، وقد نصت عليها المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية 23/90 وتتمثل في:

1- الأمر بتوجيه إنذار: حيث كان سابقا يتم عن طريق كاتب الضبط الذي كان يقوم بتحرير محضر ليفرغ فيه مضمون الإنذار، لكن مع استحداث المحضرين القضائيين سنة 1993، أصبح يتم إفراغ مضمون محضر الإنذار من طرف المحضر القضائي.

2- الأمر بإثبات حالة كتدبير تحفظي: موضوعه معاناة أو وصف وقائع أو حالات مادية وقعت أو على وشك الوقوع، يخشى ضياع معالمها بفوات الزمن،

مثل: الأمر بإثبات وجود أشغال أو تعيين خبير لتقييم قيمة العتاد الموجود بالمشروع، أو إثبات حالة بضائع على وشك الفساد بسبب قرار إداري بغلق المحل، وبالنسبة للأشخاص المؤهلين للقيام بالمعاينة هم الخبير أو المحضر القضائي، وتتم غالبا بأمر على ذيل عريضة يوجه إلى رئيس المجلس القضائي المختص أو يتم عن طريق دعوى استعجالية مستوفية لجميع شروط قبولها، يطلب المدعي من خلالها تعيين خبير مختص من أجل الانتقال إلى مكان وجود الأشغال ومعاينة الأضرار، وإن الشرط الوحيد للأمر بتعيين خبير هنا هو ألا يتجاوز موضوع الطلب إثبات وقائع مادية لا غير، ففي هذه الحالة يأمر القاضي الاستعجالي على ذيل عريضة بسيطة بتعيين خبير دون التشدد والتأكد من وجود حالة استعجالية حقيقية، وكان المشرع اعتبر ذلك حالة استعجالية بقوة القانون، طالما أن الأمر لا يتجاوز مجرد إثبات وقائع مادية، ويكون الأمر هنا دون مناقشة وجاهية بين الأطراف، إذ نصت المادة (939 ق.إ.م.إ) على أنه "يتم إشعار المدعى عليه المحتمل اختصاصه من قبل الخبير المعين على الفور" ومن ثم فإن هذا الأمر غير قضائي وهو مجرد عمل ولائي غير خاضع للاستئناف⁶.

3- الأمر بصفة تحفظية بوقف تنفيذ قرار إداري: وذلك إذا كان تنفيذ ذلك القرار يشكل حالة اعتداء مادي أو استيلاء أو حالة الغلق الإداري، وهذه الحالة أضافها المشرع من خلال قانون 01/ المؤرخ في 05 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية 23/90، شريطة أن لا يتعلق بالنظام العام وأن لا يمس بأصل الحق وأن لا يعرقل تنفيذ قرار إداري.

ويقصد بتطبيقات القضاء الإداري الاستعجالي في مجال التعدي والاستيلاء والغلق الإداري ما يلي:

أ/ في مجال التعدي: يعود الاختصاص فيه إلى القاضي الاستعجالي لما يتوفر فيه من عنصر الاستعجال، لكن هذا لا يعني عدم اختصاص قضاء الموضوع به إذ اختار المدعي لعرض النزاع، ويقصد بالتعدي أنه تصرف مادي يصدر

عن الإدارة ويكون مشوباً بلا مشروعية صارخة وينصب على ملكية خاصة أو على حرية أساسية، والجدير بالذكر هنا أن المشرع الجزائري لم يحدد مفهومه إلا أنه وبالرجوع إلى القضاء الفرنسي نجد أن مجلس الدولة الفرنسي عرفه على أنه: "تصرف صادر عن الإدارة يظهر أنه لا يتعلق بالصلاحيات المخولة لها قانوناً"، كما يعرف التعدي على أنه تصرف مادي يصدر عن الإدارة ويكون مشوباً بلا مشروعية صارخة وينصب على ملكية خاصة أو على حرية أساسية.

ب/ الاستيلاء:

يقصد به قرارات وضع اليد و أخذ الحيازة التي تقوم بها الإدارة على الملكية العقارية الخاصة، وهو يشمل العقارات والمنقولات على السواء. وبالرجوع إلى النص الفرنسي للمادة 171 مكرر من ق أ م فالمشرع استعمل مصطلح *d'emprise* والتي تعني القرارات الإدارية المتعلقة بالغصب والذي يعني قانوناً وضع يد الإدارة على عقارات الأفراد دون سند من القانون وذلك بصفة دائمة أو مؤقتة⁷.

ج/ الغلق الإداري: يقصد بالغلق الإداري ذلك الإجراء الإداري الذي تتخذه السلطة الإدارية المختصة تنفيذاً لصلاحياتها القانونية تعتمد فيه على غلق محل ذي استعمال تجاري أو مهني أو وقف تسييره بصفة نهائية أو مؤقتة، بحيث يتخذ قرار الغلق الإداري شكل الجزاء الإداري، أي يكون بمثابة عقوبة إدارية لصاحب المحل عما ارتكبه من مخالفات.

كما يتخذ قرار الغلق صورة العقوبة التهديدية من أجل حمل صاحب المحل على احترام مقتضيات القانونية أو الشروط الضرورية لممارسة نشاطه بذات المحل. وأخيراً قد يتخذ الغلق الإداري بهدف حماية ووقاية عنصر أو عدة عناصر من النظام العام السالف ذكرها.

فقرار الغلق الإداري كإجراء عقابي أو تهديدي أو وقائي، إن صدر وفقاً للقانون، عد عملاً إدارياً مشروعاً كسائر القرارات الإدارية التي يجوز للإدارة

اتخاذها طبقا للقانون، ومن ثم لا يعد غير شرعي كما هو عليه الحال بالنسبة للقرارات المشككة لحالة الاعتداء المادي أو الغصب.

أما إذا اتخذ خلافا لما تقتضيه النصوص القانونية التي أجازته، فيكون مشوبا بالعيوب التي تعترى عادة أي قرار إداري غير مشروع وتؤدي إلى إلغائه قضائيا، أي يشكل حالة أو عيبا بحد ذاته أو له طبيعة متميزة كما هو الحال بالنسبة لحالة الاعتداء المادي أو الغصب.

ومن ثم فإن المشرع عندما قرنه بالاعتداء المادي أو الغصب وهما من الأعمال الإدارية غير المشروعة، يكون قد افترض خلافا للنظام القانوني للقرارات الإدارية أو قرار الغلق الإداري عملا غير مشروع شأنه شأن الاعتداء المادي أو الغصب. لأنه ببساطة يعد قرار الغلق الإداري غير المشروع أو عملية تنفيذه غير المشروعة يدخلان ضمن الأعمال الإدارية المشككة لحالة الاعتداء المادي (التعدي).

وتجدر الإشارة إلى أنه في فرنسا، ودائما في إطار حماية حريات وحقوق الأفراد وتأسيس المفاهيم القانونية وتبسيط قواعد الاختصاص النوعي لقاضي الاستعجال الإداري تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون 59/83 المؤرخ في: 27/01/1983 ليلغي ضابط النظام العام كشرط من شروط انعقاد اختصاص قاضي الاستعجال الإداري وتؤكد ذلك بقانون رقم: 597/2000 المؤرخ في: 30/06/2000 والمتعلق بالقضاء المستعجل أمام هيئات القضاء الإداري⁸.

د/ وقف تنفيذ القرارات: إن وقف التنفيذ هو إجراء استثنائي لا يجوز اللجوء إليه إلا بشروط ضيقة وذلك على أساس التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية وهذا انطلاقا من قرينة السلامة وأيضا الأثر غير موقوف في الطعن في المواد الإدارية.

وما تجدر الإشارة إليه أنه في فرنسا لا تندرج إجراءات وقف التنفيذ ضمن القضاء الاستعجالي فهي واردة ضمن قانون المحاكم الإدارية، وذلك في الفصل الأول المتعلق بتسجيل العريضة، بحيث خصص لها المشرع القسم الثالث

والأخير المعنون بـ: "وقف التنفيذ"، بينما وردت إجراءات الاستعجال في الفصل الثاني الذي يضم قسمين، حيث الأول معنون بـ: "القضاء الاستعجالي" والفصل الثاني بعنوان "معاينة الاستعجال"، على عكس المشرع الجزائري الذي كرس القضاء تطبيقات وقف التنفيذ ضمن القضاء الاستعجالي.

أ/ وقف تنفيذ القرارات الإدارية: الأصل أنه لا يجوز وقف تنفيذ قرار إداري، إلا أنه واستثناء على ذلك يجوز، إذا وجد نص خاص يقضي بذلك أو قرر القضاء ذلك بناء على طلب من المدعي، حيث نصت المادة 170 من قانون الإجراءات المدنية 23/90، على وقف تنفيذ القرارات بصفة استثنائية حيث وردت ضمن إجراءات التحقيق في دعاوى الموضوع وليس ضمن الإجراءات الاستعجالية، فبعضها يدل على أن الأمر يتعلق بدعوى الموضوع، عندما تتحدث عن اختصاص المجلس أي الغرفة بتشكيلة جماعية، وليس للرئيس وأيضاً باستعمال مصطلح قرار وليس أمر، لأن قاضي الأمور الاستعجالية يتخذ أوامر وليس قرارات، وبعضها يدل على دعوى استعجالية عندما تتحدث عن 15 يوم كميعاد لاستئنافها، ومن أهم الشروط المتعلقة بوقف تنفيذ قرارات إدارية:

- أن يشكل القرار تعدياً أو إستيلاء.
- أن لا يمس وقف تنفيذ القرار بحقوق الأطراف.
- أن يكون القرار المطلوب تنفيذه مولداً لآثار يصعب تداركها وإصلاحها.
- أن يقدم المدعي دفوعاً جدية ومؤسسة في الموضوع.
- أن تكون دعوى الإلغاء منشورة أمام قضاء الموضوع.
- أن لا يكون القرار المطلوب وقف تنفيذه متعلق بالنظام العام.
- ه/ وقف تنفيذ القرارات القضائية: لقد نصت المادة 171 مكرر في فقرتها الأخيرة على مسألة وقف تنفيذ الأوامر القضائية الصادرة في المواد الاستعجالية، حيث سمحت لرئيس الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا الوقف فوراً وبصفة مؤقتة تنفيذ القرار الاستعجالي المتضمن تدابير

استعجالية، كما أن قرارات المحكمة العليا مستبعدة من إجراء وقف التنفيذ لأن قراراتها نهائية، أيضا القرارات القضائية المعروضة على المحكمة العليا على سبيل الاستئناف لا يجوز وقف تنفيذها طالما كانت الدعوى الأصلية مطروحة على المحكمة العليا في نفس الوقت .

وما يمكن استخلاصه في نهاية هذا المحور أن المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية 23/90 تناول حالات الاستعجال، كان تناوله لها مشوبا بنقص ويعموميات دون الاعتماد على التفصيل والتخصيص، هذا ما دفع بالمشرع إلى تدارك هذه النقائص من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

المحور الثالث: الجديد الذي جاء به قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد فيما يخص مسألة التدابير التحفظية الاستعجالية.

قبل التطرق إلى مسألة الأمور الجديدة التي جاء بها المشرع الجزائري فيما يخص التدابير التحفظية الاستعجالية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد مقارنة بقانون الإجراءات المدنية 23/90 لا بد من الإشارة إلى أن الفصل في الدعوى الاستعجالية الإدارية في ظل القانون الجديد أصبحت بواسطة تشكيلة جماعية وليست فردية، وبهذا الصدد يقول الأستاذ خلوفي رشيد أن فكرة التشكيلة الجماعية تناقض عنصر الاستعجال ، ويفرغ فكرة القضاء الاستعجالي من محتواه وعلى عكس ما ذهب إليه الأستاذ خلوفي يمكن القول أن النظر في الاستعجال من طرف نفس التشكيلة الجماعية التي تبت في الموضوع يعطي لتدابير الاستعجال أكثر تناسب خاصة وأنه سيسمح بتوفر رؤية شاملة وكافية حول النزاع.

ومن بين التدابير الاستعجالية التي نص عليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد:

1. إثبات حالة الوقائع: نصت عليها المادة 939 على أنه: "يجوز لقاضي الاستعجال ما لم يطلب منه أكثر من إثبات حالة الوقائع بموجب أمر على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يعين خبيرا يقوم بدون تأخير بإثبات حالة الوقائع التي من شأنها أن تؤدي إلى نزاع أمام الجهة القضائية.

يتم إشعار المدعى عليه المحتمل من قبل الخبير المعين على الفور."

2. تدابير التحقيق: حيث يجوز لقاضي الاستعجال بناء على عريضة ولو في غياب قرار إداري مسبق أن يأمر بكل تدبير يراه ضروريا من أجل القيام بالتحفة أو التحقيق⁹.

3. الاستعجال في مادة التسييق المالي: والتي نصت عليها المواد من 942 إلى 945 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

وتتعلق بطلب الدائن من القاضي أن يمنحه تسييقا ماليا بشرط أن يكون الدائن قد رفع دعوى موضوع في هذا الشأن وأن يكون الدين غير متنازع عليه في هذه الحالة يمكن للقاضي أن يأمر له بتسييق مالي وله أن يخضعه لتقديم ضمان، وعند استئناف هذا الأمر أمام مجلس الدولة يمكن لهذا الخبير إيقاف تنفيذ هذا الأمر إذا كان سيؤدي إلى نتائج لا يمكن تداركها، كما يمكن له أن يقضي بهذا التسييق المالي بنفس الشروط السابقة .

4. الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات :

نصت المادة 946 (ق.إ.م.إ) على هذه الحالة واضحة المبدأ في فقرتها الأولى بقولها: "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات".

تتعلق هذه الحالة بمخالفة الإجراءات المسبقة لإبرام الصفقات العمومية والعقود الإدارية بصفة عامة، ولا سيما قواعد الإشهار التي تضمن الشفافية ومساواة المتنافسين، فلكل من له مصلحة أن يرفع دعوى استعجالية يلتبس فيها أمر المتسبب في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامثال للالتزامات في أجل معين، وللمحكمة الإدارية أن تحكم بذلك كما لها أن تحكم بغرامة تهديدية تسري ابتداء من انتهاء الأجل، كما يمكن لها أن تأمر فور تسجيل الدعوى بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات (م 946. الفقرات 2، 3، 4، 5 ق.إ.م.إ) ويفصل القاضي الاستعجالي في الدعوى في أجل أقصاه عشرون (20)

يوما من تاريخ رفع الدعوى (م 947.ق.إ.م.إ.)

مرة أخرى يترك المشرع الغموض حول مدى قابلية الأوامر الصادرة تطبيقا لهذه المادة للطعن بالاستئناف، ومصدر هذا الغموض نابع من أنه في حالات أخرى نص صراحة على القابلية للطعن (مثلا في حالة التسبيق المالي) وفي الحالات الأخرى ومنها هذه الحالة فإنه لم ينص عليه، وأكثر من ذلك فإنه نص في المادتين (936) و (937) على الأوامر القابلة للاستئناف، وعلى تلك غير القابلة للاستئناف، ولا توجد مادة الصفقات العمومية المنصوص عليها بالهادة (946 ق.إ.م.إ.) ضمن أي من الفئتين. إننا نعتقد بأن الأوامر الصادرة في مادة الصفقات العمومية بموجب المادة (946 ق.إ.م.إ.) تكون قابلة للطعن بالاستئناف طالما نصت المادة الموالية على أجل للفصل في الدعوى، وبطبيعة الحال فإن ميعاد الاستئناف وإجراءاته يخضع للقواعد العامة المقررة للطعن في الأوامر الاستعجالية، طالما لم ينص المشرع على أحكام خاصة.

إننا نعيب على المشرع هذه المنهجية غير الموحدة، إذ كان عليه أن يتبع منهجية واحدة سواء بالنص فقط على الأوامر غير القابلة للطعن، وما عداها فهو قابل للطعن، أو العكس فينص على أن الأوامر الاستعجالية قابلة للطعن إلا في حالات أو مواد معينة (ويذكرها) وكل ذلك مع مراعاة النصوص الخاصة¹⁰.

5. الاستعجال في المادة الجبائية: حيث يخضع الاستعجال في المادة الجبائية للقواعد المنصوص عليها في المادة الجبائية ولأحكام الباب المتعلق بالاستعجال، وهذا ما نصت عليه المادة 948 قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

6. حالة وقف تنفيذ القرارات الإدارية: حيث لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، لكن يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري، ويتم تقديم الطلبات المتضمنة وقف تنفيذ القرار الإداري، بدعوى مستقلة ولا يقبل وقف طلب التنفيذ إلا برفع دعوى في الموضوع.

ويتم التحقيق في طلب وقف التنفيذ بصفة عاجلة، ويتم تقليص الآجال الممنوحة للإدارات المعنية لتقديم الملاحظات حول هذا الطلب وإلا استغنيا عن هذه الملاحظات دون إنذار وعندما يتبين للمحكمة الإدارية من عريضة افتتاح الدعوى ومن طلبات وقف التنفيذ أن رفض هذه الطلبات مؤكد يجوز الفصل في الطلب دون إجراء تحقيق، والفصل في وقف تنفيذ القرار الإداري يكون بموجب تشكيلة جماعية¹¹.

وبالرجوع إلى وقف تنفيذ القرارات الإدارية فقد نصت عليها المادتان 911 و912 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أما فيما يخص وقف تنفيذ القرارات القضائية فقد نصت عليها المادتان 913، 914 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وما يمكن استنتاجه من خلال وقف تنفيذ القرارات كما ورد في المادة 170 مكرر /12 من قانون الإجراءات المدنية 23/90، حيث استثنت ذلك بعدم جواز وقف التنفيذ إذا تعلق الأمر بقرار يمس بحفظ النظام العام والأمن والهدوء العام، وذلك الاستثناء لم نجده في ظل قانون الإجراءات المدنية الجديد.

وفي الأخير ما يمكن استنتاجه من خلال هذا المحور أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، قام بتعزيز صلاحيات القاضي الاستعجالي الإداري فيما يخص التدابير التحفظية مقارنة مع قانون الإجراءات المدنية 23/90، وذلك من خلال تقرير صلاحية إيقاف تنفيذ قرار إداري متى ظهر لقاضي الاستعجال من خلال التحقيق في وجود وجه مثار يحدث شكاً جدياً حول مشروعية القرار بشرط أن يكون هذا القرار الإداري موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، وعلى القاضي الاستعجالي الفصل في طلب الإلغاء في أقرب الآجال، ويعتبر لاجيا أثر الأمر الاستعجالي الذي يقضي بوقف التنفيذ، عند الفصل في الموضوع.

ولقاضي الاستعجال عندما يقوم بأمر وقف تنفيذ قرار إداري يتخذ أي تدبير ضروري للحفاظ على الحريات الأساسية المنتهكة ، وعلى قاضي الاستعجال الفصل في هذه الحالة في أجل 48 ساعة من تسجيل الطلب¹².

وعندما يتعلق الأمر بحالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري يجوز له اتخاذ تدبير تحفظي يتعلق بوقف تنفيذ القرار المطعون فيه. وفي الأخير لقاضي الاستعجال إمكانية تعديل التدابير التحفظية التي اتخذها في أي وقت وبناء على طلب كل من له مصلحة في ذلك، وذلك في حالة ظهور وقائع جديدة، كما له صلاحية الحد من هذه التدابير التي اتخذها.

خاتمة:

إن التعديل الذي خص به المشرع قانون الإجراءات المدنية 23/90 بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، أعطى للقضاء الإداري الاستعجالي أهمية بالغة ولاسيما بالنسبة للتدابير التحفظية التي قام بتوسيع نطاقها مقارنة بقانون 23/90 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، كما أولى اهتماما بالغا بالحريات الأساسية التي قد تتعرض إلى انتهاكات من طرف الهيئات الإدارية العامة وقرر بشأنها تدابير للمحافظة عليها وذلك كله من أجل تجسيد فكرة مبدأ المشروعية وبالتالي الدولة القانونية التي تعني خضوع كل من الحكام فيها والمحكومين إلى القانون.

- قائمة المراجع :

1. القانون رقم 23- 90 المؤرخ في 18/08/1990 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية.
2. قانون رقم 08-09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجريدة الرسمية، عدد 21 مؤرخ في 17 ربيع الثاني عام 1429 هـ الموافق 23 أبريل سنة 2008م.
3. معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ. الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999.
4. بوحيدة عطاء الله، دروس في المنازعات الإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010.
5. مسعود شيهوب، نظرية الاختصاص القضاء الإداري، محاضرات لفائدة طلبة المدرسة العليا للقضاء.
6. مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري ، رسالة دكتوراه دار

النهضة العربية 1964 .

7. عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،
2005/2004.

- الهوامش:

1. المادة 920/1 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/09، المؤرخ في 25/04/2008.
2. المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/09، المؤرخ في 25/04/2008.
3. المادة 922 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية 08/09، المؤرخ في 25/04/2008.
4. معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة وقضاء التنفيذ. الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1999، ص17.
5. بوحيدة عطاء الله، دروس في المنازعات الإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2010، ص106.
6. مسعود شيهوب، نظرية الاختصاص القضاء الإداري، محاضرات لفائدة طلبة المدرسة العليا للقضاء، ص5.
7. مصطفى كيرة، نظرية الاعتداء المادي في القانون الإداري، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، 1964، ص 104 .
8. عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005/2004، ص108، 109.
9. المادة 940 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
10. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص23.
11. المواد: 833، 834، 835، 836 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.
12. المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد.

دور قاضي الاستعجال في منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية

د / فريدة مزياني

كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة باتنة

أ / عبد القادر حوبه

معهد العلوم القانونية والإدارية - المركز الجامعي بالوادي



مقدمة

للصفقات العمومية صلة بالمال العام فهي محل نفقات الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات البلديات، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية... الخ، وترتب في ذمة طرفيها حقوق والتزامات.

ولضمان الاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات، لذا تعد عقودا مكتوبة ويجب أن تبرم وفق الشروط المحددة قانونا قصد انجاز الأشغال أو اقتناء اللوازم أو انجاز الدراسات أو تقديم الخدمات . قد تنشور منازعات بخصوص إجراءات الإشهار والمنافسة لأن المصلحة المتعاقدة ملزمة باللجوء إلى الإشهار بهدف الحصول على عدة عروض من عدة متنافسين ثم تخصص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض نظرا لأهمية إجراء الإشهار والمنافسة في إرساء مبدأي الشفافية والمنافسة.

ففي حالة المنازعات التي تنشور بخصوص إجراءات الإشهار والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية يمكن إخطار المحكمة المختصة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة.

وتتمثل الإشكالية في: ما مدى السلطات المخولة لقاضي الاستعجال في مجال منازعات إبرام العقود والصفقات العمومية ؟ كيف عالج المشرع منازعات الصفقات العمومية في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة؟

المبحث الأول

مفهوم الصفقات العمومية

لقد أرسى القضاء الإداري الفرنسي مبادئ وأحكام نظرية العقد الإداري⁽¹⁾ ويعرف العقد الإداري بأنه: "العقد أو الاتفاق الذي يبرمه شخص معنوي عام، قصد تسيير مرفق عام، وفقا لأساليب القانون العام بتضمينه شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"⁽²⁾.

بإعطاء تعريف للصفقات العمومية يمكننا معرفة العقود الإدارية المشمولة بقانون الصفقات العمومية⁽³⁾. للصفقات العمومية أهمية كبيرة بالنسبة للاقتصاد الوطني لذا أولها المشرع أهمية خاصة، وتخضع لأحكام مميزة تتعلق بإجراءات وطرق إبرامها. ونتناول تعريف وكيفية إبرام الصفقات العمومية ولإجراء الإشهار والمنافسة في المطالب التالية.

المطلب الأول : تعريف الصفقات العمومية

تعرف الصفقات العمومية بأنها: عقود مكتوبة تبرم وفق الشروط المنصوص عليها قانونا قصد إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم والخدمات والدراسات لحساب المصلحة المتعاقدة⁽⁴⁾.

وتشمل الصفقات العمومية عمليات إنجاز الأشغال واقتناء اللوازم وإنجاز الدراسات وتقديم الخدمات⁽⁵⁾.

للصفقات العمومية صلة بالمال العام وترتب في ذمة طرفيها حقوقا والتزامات يمكن أن تثير منازعات في مرحلة إبرام الصفقات أو أثناء التنفيذ. وتتمثل مجالات تطبيق الصفقات العمومية محل نفقات الإدارات العمومية، الهيئات الوطنية المستقلة، الولايات، البلديات، المؤسسات العمومية ذات

الطابع الإداري، مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجارية المؤسسات العمومية الاقتصادية لما تكلف بانجاز من الدولة⁽⁶⁾.

المطلب الثاني : كيفية إبرام الصفقات العمومية

تبرم الصفقات العمومية وفق إجراء المناقصة أو بالتراضي بموجبه تخصص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوة إلى المنافسة وتكون في شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، ويعد التراضي قاعدة استثنائية لإبرام العقود.

الهدف من إجراء المناقصة الحصول على عروض عدة متعهدين متنافسين و تمنح الصفقة للعارض الذي قدم أفضل عرض، بينما التراضي يعد إجراء تخصص بموجبه الصفقة لمعامل متعاقد واحد دون وجود منافسة، وتكون المناقصة مفتوحة، أو محدودة أو في شكل استشارة انتقائية أو مزيدة، أو مسابقة.

المطلب الثالث : إجراء الإشهار والمنافسة

تقتضي المنافسة إعطاء الفرصة لكل من تتوافر فيه شروط المناقصة ليتقدم بعرضه للإدارة المتعاقدة، التي لها سلطة تقديم مدى صلاحية العارضين وكفاءتهم على أساس مقتضيات المصلحة العامة، ويمكنها استبعاد غير الأكفاء من التعاقد، ويمكنها استخدام هذه السلطة في كل مراحل العملية التعاقدية، لكن يجب أن يكون الاستبعاد وفقا للقانون.

وبتطبيق مبدأ المنافسة تتحقق المساواة بين المرشحين⁽⁷⁾، لذا يعد أساس المنافسة ووسيلة لخدمتها.

الفرع الأول : إلزامية الإشهار

إن إجراء الإشهار والمنافسة يعدان إجراءين هامين نص عليهما المشرع عند إبرام الصفقات العمومية، حيث تنص المادة 45 من تنظيم الصفقات العمومية

على أن: " يكون اللجوء إلى الإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية:
المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الدعوة إلى الانتقاء الأولي، المسابقة،
المزايدة ".⁽⁷⁾

تخضع الصفقات العمومية لمبدأ الإشهار والذي يعد وسيلة لضمان المنافسة
ويضمن الشفافية ويعمل على احترام القانون. قيد المشرع الإدارة بضرورة
مراعاة المبادئ الأساسية في التعاقد منها مبدأ العلانية، مبدأ حرية المنافسة ومبدأ
المساواة بين المتنافسين⁽⁸⁾.

تبدأ المناقصة بالدعوة العمومية للمنافسة عن طريق الإشهار، ويجب أن
يجر الإعلان للمنافسة باللغة الوطنية وبلغة أجنبية واحدة على الأقل ويجب
أن ينشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي (ن . ر . ص . م . ع)
وعلى الأقل في جريدتين يوميتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني،
وتكون مناقصات الولايات و البلديات و المؤسسات العمومية ذات الطابع
الإداري الموضوعة تحت وصايتها محل إشهار محلي، إذ ينشر إعلان المناقصة في
يوميتين محليتين أو جهويتين ويلصق الإعلان بمقرات المعنية للولاية، لكافة
بلديات الولاية، لغرفة التجارة والصناعة والحرف والفلاحة، للمديرية التقنية
المعنية في الولاية⁽⁹⁾.

يجب أن تتجنب الإدارة الإشكالات التي يمكن أن تطرأ بخصوص المدة
التي يستغرقها صدور الإعلان و بموجبه يتحقق النشر لكي لا تكون سببا في
استبعاد العارضين من المشاركة أو إنقاص المدة المحددة بسبب عملية النشر،
لذا يجب أن تعمل على السماح لأكبر عدد ممكن من العارضين بالمشاركة ومن
ثم يتوسع مجال المنافسة.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتقديم العروض إذا
قدرت أن الظروف غير كافية لإقامة المنافسة وتخطر المرشحين بكل الوسائل،

ويجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض مجالا واسعا لأكبر عدد ممكن من المتنافسين.

وتجسيدا لمبدأ المنافسة إذا كان آخر يوم لإيداع العروض يوم عطلة رسمية يمدد الأجل إلى يوم العمل الموالي⁽¹⁰⁾. لكون جهة الإدارة ملزمة باللجوء إلى الإشهار وذلك بنشر إعلان المناقصة هذا الإجراء يفتح مجال المنافسة لجميع العارضين ويجسد مبدأ العلانية ومبدأ المنافسة بين المتنافسين .

الفرع الثاني: ضرورة احتواء إعلان المناقصة على البيانات الإلزامية
يعد الإعلان إجراء شكليا جوهريا تلزم جهة الإدارة بإتباعه في المناقصة المفتوحة أو المحدودة الوطنية أو الدولية وفي التعاقد بأسلوب الاستشارة الانتقائية أو بالمنافسة أو المزايدة، لذا يفتح مجال المشاركة للعارضين الذين تتوافر فيهم الشروط المعلن عنها .

يجب أن يحتوي الإعلان عن المناقصة البيانات التالية⁽¹¹⁾:

- 1- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي،
- 2- كيفية المناقصة (وطنية أو دولية، مفتوحة أو محدودة، الاستشارة الانتقائية، المزايدة، المسابقة) .
- 3- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولي،
- 4- موضوع العملية،
- 5- قائمة موجزة، بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط،
- 6- مدة تحضير العروض ومكان إيداعها،
- 7- مدة صلاحية العروض،
- 8- إلزامية كفالة التعهد إذا اقتضى الأمر ذلك،
- 9- التقديم يكون في ظرف مزدوج مختوم مكتوب عليه عبارة لا يفتح ومراجع المناقصة،

10 - من الوثائق عند الاقتضاء .

وتضع المصلحة المتعاقدة الوثائق التي لها علاقة بالمناقصة في متناول أي مؤسسة يمكن أن تقدم تعهدا، ويمكن أن ترسل الوثائق إلى المرشح الذي يطلبها⁽¹²⁾.

بالإزامية احتواء إعلان المناقصة على البيانات اللازمة يكفل المشرع للمتنافسين فرصة المشاركة في المناقصة بمعرفتهم للجهة المعنية وعنوانها وكيفية المناقصة والوصف الدقيق لموضوع الخدمة المطلوبة، والمستندات المطلوبة وآجال تحضير العروض ومكان تقديمها، ومن ثم يجسد مبدأ العلانية ومبدأ المساواة بين المنافسين.

نجد أن هناك منازعات تثور بشأن إجراءات الإشهار والمنافسة ومنازعات تتعلق باختيار المتعامل المتعاقد، لذا نتناول المنازعات المتعلقة بإجراءات الإشهار والمنافسة وفق ما يلي:

المبحث الثاني

المنازعات المتعلقة بإجراءات الإشهار والمنافسة

هناك طريقتان لإبرام الصفقات العمومية وهي طريقة المناقصة وطريقة التراضي، وحدد المشرع حالات اللجوء إليهما بوضع نظام قانوني متكامل للحد من ظاهرة الفساد الإداري، بين إجراءات اختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة ويمكن كل صاحب مصلحة من الطعن في اختيار المتعاقد.

لإجراء الإشهار والمنافسة أهمية في إرساء مبادئ الشفافية والمنافسة وتخضع الصفقات التي تبرمها المصالح المتعاقدة للرقابة منها الرقابة الداخلية تمارس داخل المصلحة المتعاقدة وتهدف إلى تحقيق مطابقة الصفقات العمومية للفواتير والتنظيمات المعمول بها.

تشأ لجنة دائمة لفتح الأطراف لدى كل مصلحة متعاقدة، ويحدد مسؤول المصلحة المتعاقدة بمقرر تشكيلة اللجنة وفقا للإجراءات القانونية والتنظيمية،

وتتحدد صلاحياتها في ما يلي:

يجب على المصلحة المتعاقدة أن تضع الأطراف المالية في مكان مؤمن وتحت مسؤوليتها، ويتم فتح الأطراف التقنية والمالية في جلسة علنية بحضور المتعهدين الذين يتم إعلامهم بتاريخ وساعة فتح الأطراف. وتكون اجتماعات لجنة فتح الأطراف صحيحة مهما يكن عدد أعضائها الحاضرين⁽¹³⁾.

وتحدث لدى كل مصلحة منها مدة لجنة دائمة لتقييم العروض يعين أعضائها بقرار من قبل مسؤول المصلحة المتعاقدة تشكل من أعضاء مؤهلين يختارون على أساس الكفاءة لأجل تحليل العروض وبدائل العروض عند الاقتضاء لإبراز الاقتراحات التي ينبغي أن تقدم إلى الهيئات المعنية.

تقضي اللجنة العروض غير المطابقة لموضوع الصفقة ولحتوى دفتر الشروط، وتقوم بالترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تحصل على العلامات الدنيا الواردة في دفتر الشروط.

ثم تقوم بدراسة العروض المالية للمتعهدين الذين تم انتقائهم، ويمكن للجنة أن تقترح على المصلحة المتعاقدة رفض العرض المقبول إذا أثبتت أنه تترتب على منح المشروع هيمنة التعامل المقبول على السوق أو أنه يتسبب في اختلاف المنافسة.

وإذا تبين أن العرض المادي للمتعاقل الاقتصادي المختار مؤقنا منخفضا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن ترفضه بقرار معلل بعد التوضيحات التي يتبين أنها ملائمة والتحقق من التبريرات المقدمة⁽¹⁴⁾.

بين المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية حل المنازعات التي تنشأ بخصوص إجراءات الإشهار والمنافسة في مرحلة إبرام الصفقات العمومية وفق ما يلي :

المطلب الأول: الجهة المختصة بالفصل في النزاع

تخطر المحكمة الإدارية التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو

تنفيذه بعريضة في حالة الإخلال بالالتزامات المتعلقة بالإشهار أو المنافسة في مجال إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية⁽¹⁵⁾.

المطلب الثاني: الصفة والمصلحة

تنص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له الصفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون. يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه.

كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون". حيث تتوافر الصفة كلما وجدت مصلحة شخصية لرافع الدعوى⁽¹⁶⁾. يشترط في رافع الدعوى شرط الصفة ويكتفي بأن يثبت وجودها وفقا للوثائق المقدمة، وتجسيدا لمبدأ لا دعوى بدون مصلحة يجب أن يكون لرافع الدعوى منفعة يتحصل عليها من خلال رفع الدعوى.

يمكن لكل من له مصلحة في إبرام العقد الإداري أو الصفقة والذي قد يكون تضرر من هذا الإخلال.

ويمكن لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من قبل جماعة عمومية إقليمية كالولاية أو البلدية أو مؤسسة عمومية محلية، أن يخطر المحكمة الإدارية بعريضة دعوى استعجاليه قبل إبرام العقد أو الصفقة.

المطلب الثالث: سلطات قاضي الاستعجال⁽¹⁷⁾

تخطر المحكمة المختصة قبل إبرام العقد، وحدد المشرع الأجل الذي تفصل فيه المحكمة الإدارية في النزاع المتعلق بالإخلال بالالتزامات الإشهار والمنافسة في أجل عشرين يوما يسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة.

الفرع الأول: سلطة الأمر بتأجيل إبرام العقد

يمكن للمحكمة الإدارية المختصة بعد الإعلان عن الصفقة العمومية وتبين أن هناك إخلال بالالتزامات أن تأمر بتأجيل إبرام العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين يوما.

الفرع الثاني: سلطة توجيه أمر للامتثال

لقاضي الاستعجال على مستوى المحكمة الإدارية المختصة أن يأمر الجهة المتسببة في الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بالامتثال لالتزاماته، ويحدد له المدة القانونية التي يجب أن يمثل فيها.

الفرع الثالث: سلطة الحكم بغرامة تهديدية

تعتبر الغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة لتنفيذ الأحكام الإدارية الحائزة لقوة الشيء المقضي به⁽¹⁸⁾، ووسيلة لحمل الإدارة على تنفيذ الأحكام، لما يحكم القاضي الإداري بتوقيع الغرامة التهديدية ضد الإدارة لا يعد تدخلا في أعمالها ولا يمس بمبدأ الفصل بين السلطات، لكن يذكر الإدارة بالتزاماتها عن طريق التهديد بجزاء مالي .

في حالة توجيه أمر للمتسبب في الإخلال بالتزامات وعدم امتثاله بعد انقضاء الأجل المحدد، ففي هذه الحالة يمكن للمحكمة المختصة أن تحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد⁽¹⁹⁾.

الخاتمة

نظرا لصلة الصفقات العمومية بالمال العام أخضعها المشرع للرقابة قبل إبرام الصفقة أو في مرحلة التنفيذ أو بعد التنفيذ للتأكد من تطبيق الأهداف المتباعدة من التعاقد، وحدد حالات اللجوء إلى المناقصة ووضع نظاما قانونيا للحد من ظاهرة الفساد الإداري ومكن كل صاحب مصلحة من الطعن أمام الجهة القضائية المختصة في حالة الإخلال بإجراءات الإشهار والمنافسة .

الهدف من إجراء المناقصة الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين لكن تمنح الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض بتكريس مبدأ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة بين العارضين أو المتنافسين.

= الهوامش

1- د/ سليمان محمد الطهاوي، العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة

- 2- د/ محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2005، ص 10.
- 3- د / عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص 34.
- 4- المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر عدد 58.
- 5- المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- د / عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، سنة 2007، ص 76 - 84.
- 6- المادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 7- قدوح حامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004، ص 122 .
- 8- د/ عبد الغاني بسيوني عبد الله، القانون الإداري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1993، ص 172.
- 9- المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 10- المادة 50 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 11- المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 12- المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 13- المواد 121-124 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 14 - المادة 125 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236.
- 15 - المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 16 - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، شروط قبول الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، سنة 2004، ص 246 وما بعدها.
- د/ محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، سنة 2007، ص 116، 117 .
- 17 - المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 18 - مرداسي عز الدين، الغرامة التهديدية في القانون الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 20، 21.
- 19- الأستاذ عمور سلامي، الوجيز في قانون المنازعات الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 2008/2009، ص 48.

الدعوى الاستعجالية الجبائية

د/ صالح الواسعة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باتنة - الجزائر



مقدمة

تشكل الضريبة موردا أساسيا لتمويل خزينة الدولة، وتساهم بشكل كبير في التنمية الاقتصادية والاجتماعية. ولذلك أسندت سلطة فرض الضريبة إلى الإدارة باعتبارها سلطة عامة، تنفرد بتقديم الخدمة العامة. وتظهر هذه السلطة فيما تملكه إدارة الضرائب من امتيازات منحها إياها القانون لغرض تمكينها من أداء وظيفتها، والتي يجب أن تؤدي على أساس من العدل، ذلك أن النظام الضريبي العادل يقتضي أن يتحمل كل مواطن الضريبة على حسب قدرته التكليفية. ولتحقيق المساواة في المراكز القانونية بين المواطنين أمام النظام الجبائي، يجب أن يكون تقدير وعاء الضريبة وحسابها وتحصيلها بطريقة سليمة مثلما هو منصوص عليه في قانون الجباية المعمول به.

غير أن تقدير الضريبة وحسابها وتحصيلها قد يثير الكثير من الخلافات بين الملتزمين بها وإدارة الضرائب.

وبذلك تتولد ما يسمى بالنازعة الجبائية أو الدعوى الجبائية، فما هي هذه الدعوى وما هي سلطات القاضي الإداري الاستعجالي فيها . هذا ما سنتولى الإجابة عنه من خلال هذه المداخلة وذلك وفق الخطة التالية:

- أولا: مفهوم الدعوى الاستعجالية الجبائية وخصائصها
- ثانيا: الاختصاص بالنظر في الدعوى الاستعجالية الجبائية.

ثالثا: شروط قبول الدعوى الاستعجالية الجبائية.

رابعا: سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في إرجاء تحصيل الضريبة

أولا: مفهوم الدعوى الجبائية الاستعجالية وخصائصها

أولا.1- مفهوم الدعوى الجبائية الاستعجالية

الدعوى الجبائية بصفة عامة هي الدعوى التي تهدف إلى الفصل في النزاع القائم بين الملتزمين بالضريبة وإدارة الضرائب حول تحصيل الضريبة أو الرسوم.

ويقصد بالدعوى الجبائية الاستعجالية مجموعة من الإجراءات التي ترمي إلى الفصل بصفة مستعجلة وسريعة في حالات الاستعجال ولمدة مؤقتة لغاية الفصل في دعوى الموضوع وذلك بهدف درء الخطر الذي قد يترتب قرار إدارة الضرائب تجاه المخاطب به، دون المساس بأصل الحق.

أولا.2- خصائص الدعوى الجبائية الاستعجالية:

من خصائص الدعوى الجبائية أنها تتم على مراحل:

أ- مرحلة الطعن الإداري قبل اللجوء إلى القضاء¹: إذ يحق للملتزم بالضريبة في حالة عدم رضائه بقرارات إدارة الضرائب المتعلقة بالضرائب أو الرسوم أو الغرامات التي توضع من قبل مصلحة الضرائب، أن يرفع شكوى إما إلى المدير الولائي للضرائب أو إلى رئيس مركز الضرائب أو إلى رئيس المركز الجوارى للضرائب التابع له مكان فرض الضريبة².

وفي حالة عدم رضائه بالقرار المتخذ بشأن شكواه يحق له اللجوء إلى ما يسمى ببلجان الطعن المختصة التي تلزم بإصدار قرارها حول الطعن المرفوع أمامها سواء بالقبول أو بالرفض في أجل أربعة (04) أشهر ابتداء من تاريخ تقديم الطعن إلى رئيس اللجنة³.

ب- مرحلة الطعن القضائي: التي أوجدها المشرع لغرض مراقبة مدى مشروعية القرار الإداري المتخذ ضد الملتزم بالضريبة، وهي المرحلة التي سيتم

تناولها من خلال هذه المداخلة على أن يكون التركيز على الدعوى الاستعجالية الجبائية.

ثانيا: الاختصاص بالنظر في الدعوى الجبائية

تجدر الإشارة إلى أن المنازعات الضريبية تنقسم من حيث الموضوع إلى منازعات حول أساس القاعدة الضريبية ونزاعات التحصيل وهذه المنازعات تختص بالنظر فيها الجهات الإدارية.

أما المنازعات الضريبية التي لها الصفة الجزائية التي تنشأ عن حالة التملص الضريبي⁴ من قبل المكلف بالضريبة أو في حالة قيامه بالغش يؤول الاختصاص بشأنها للقضاء الجزائي.

ثانيا.1- الاختصاص النوعي:

أشرنا بأن الدعوى الجبائية تمر بمرحلتين: المرحلة الإدارية التي تتم إجراءاتها أمام الإدارة الجبائية لغرض تسوية المنازعة تسوية ودية. ومرحلة قضائية، التي يلجأ إليها عند فشل التسوية الودية التي تتم أمام الإدارة الجبائية، إذ يتم اللجوء إلى القضاء الإداري من أجل الفصل في النزاع بصفة نهائية.

هذا ووفقا لنص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁵، تختص المحاكم بالنظر في المنازعات الإدارية التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية طرف فيها، وذلك بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة. وبذلك يؤول الاختصاص حول المنازعة الجبائية سواء تعلق بأساس القاعدة الضريبية أو حول نزاعات التحصيل، وسواء قدم الطعن من المكلفين بالضريبة ضد القرارات الصادرة من إدارة الضرائب، أو قدم الطعن من قبل هذه الأخيرة ضد قرارات لجان الطعن أو بصفة تلقائية. إذ يؤول الاختصاص بشأنها إلى المحاكم الإدارية أو إلى الغرف الإدارية على مستوى المجالس التي لم يتم تنصيب المحاكم الإدارية فيها بعد، لفصل في هذه المنازعة الجبائية بحكم قابل للاستئناف أمام مجلس الدولة، ويعتبر الاختصاص النوعي

للمحاكم الإدارية من النظام العام يجب على القاضي أن يثبته من تلقاء نفسه⁶.

ثانيا.2- الاختصاص الإقليمي:

الأصل أن يؤول الاختصاص في المنازعة الإدارية إلى موطن المدعى عليه، وذلك وفقا لنص المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:

" يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف يؤول الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك.

وعند تعدد المدعى عليهم، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم"

إلا أن المشرع أورد استثناءات على هذه القاعدة، وجعل الاختصاص الإقليمي يؤول وجوبيا أمام المحاكم الإدارية في المواد المبينة في نص المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منها المنازعة في مادة الضرائب والرسوم. إذ يؤول الاختصاص الإقليمي بشأنها إلى المحاكم التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسوم.

ويعد الاختصاص الإقليمي بشأن المنازعة الجبائية من النظام العام يجب على القاضي إثباته من تلقاء نفسه، كما يمكن لأطراف الخصومة إثارة الدفع بعدم الاختصاص الإقليمي في أي مرحلة كانت عليها الدعوى⁷.

ثانيا.3- رفع الدعوى الجبائية أمام القضاء الإداري الاستعجالي

نظرا للأضرار التي قد تلحق بالأفراد المخاطبين بالقرار الإداري الصادر عن إدارة الضرائب من جراء التنفيذ المباشر الذي يتسم به هذا القرار الذي قد يرتب أضرارا يصعب تداركها مستقبلا، أعطى المشرع للمخاطبين بهذا القرار

حق اللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي لوقف تنفيذه، لتوخي الأضرار التي يرتبها هذا القرار. إذ يجوز للمكلف بالضريبة الذي ينازع في حصة المبالغ المطالب بها، أن يقدم اعتراضا خلال أربعة (04) أشهر من استلام تبليغ سند التحصيل، ويكون الاعتراض معللا مع التكاليف بالحضور أمام المحكمة الإدارية.⁸

ثالثا: شروط الدعوى الجبائية الاستعجالية

يشترط لقبول الدعوى الجبائية الاستعجالية توافر الشروط التالية:

ثالثا 1- شرط الاستعجال:

لكي ينعقد الاختصاص للقاضي الاستعجالي، لا بد من توافر عنصر الاستعجال، المتمثل في وجود عنصر الخطر الحال الذي يهدد الحق المطالب به، ومن شأن تنفيذ القرار الإداري أن يرتب على هذا الحق أضرارا يصعب تداركها مستقبلا. وشرط الاستعجال يستنبطه القاضي من ملف الدعوى. وعندما لا يتوافر الاستعجال في الطلب أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب. وإذا كان طلب وقف تنفيذ القرار الإداري لا يدخل في اختصاص القاضي الإداري الإستعجالي يحكم القاضي بعدم الاختصاص النوعي.

وفي هذا الشأن قضى مجلس الدولة في القرار رقم 052344 الصادر بتاريخ 2009/01/27 بإلغاء الأمر المستأنف الصادر عن القسم الاستعجالي للغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة بتاريخ 2008/06/11 وفصل من جديد بالتصريح بعدم الاختصاص النوعي للقضاء الإداري.

حيث كان المستأنف يهدف من خلال دعواه إلى منحه أجلا لدفع الغرامة المحكوم بها عليه بموجب حكم محكمة الجنح عن جرم إصدار شيك بدون رصيد لأنه عجز عن تسديدها دفعة واحدة.

لكن حيث أن المبلغ المطلوب تسديده لا يمثل مبلغا ضريبيا بل هو مبلغ

الغرامة المحكوم بها عليه من طرف محكمة جزائية وهو يؤكد ذلك، وبالتالي لا يمكن للمحكمة الإدارية أن تنظر فيما حكمت به محكمة جزائية. حيث ولذلك فإن قاضي أول درجة أخطأ لما تمسك باختصاصه. وبالنتيجة يتعين إلغاء الأمر المستأنف والفصل من جديد بالتصريح بعدم اختصاص القضاء الإداري.¹⁰⁹

ثالثا-2- عدم المساس بأصل الحق:

إن الهدف من الدعوى الجبائية الاستعجالية هو اتخاذ تدابير مؤقتة من أجل الحفاظ على المراكز القانونية وتفادي ما قد ينجم عن تنفيذ القرارات الصادرة عن إدارة الضرائب من أضرار يصعب تداركها. لذلك يجب على القاضي الاستعجالي أثناء النظر في طلب إرجاء دفع الضريبة عدم المساس بأصل الحق، بمعنى عدم التعرض لدعوى الموضوع وهذا ما هو واضح من نص المادة 918 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على أنه:

"يأمر قاضي الاستعجال بالتدابير المؤقتة لا ينظر في أصل الحق، ويفصل في أقرب الآجال"

هذا ولما كانت الدعوى الإدارية الاستعجالية تنظر من قبل نفس التشكيلة الجماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع. فعلى هذه التشكيلة عندما تفصل في عدم مشروعية قرار إدارة الضرائب أن تفصل في دعوى الاعتراض على القرار الصادر عن إدارة الضرائب وذلك في أقرب الآجال. وينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في دعوى الموضوع¹¹.

ثالثا-3- رفع دعوى في الموضوع:

يشترط القانون لرفع دعوى استعجالية أن تكون هناك دعوى في الموضوع. ويجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره تحت طائلة عدم القبول، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع.¹² والحكمة من ذلك هي التحقق من مدى جدية الطاعن أمام القضاء الإداري

الاستعجالي بإثباته بأن هناك دعوى في الموضوع من أجل الفصل في النزاع القائم بينه وبين إدارة الضرائب أو الإدارة بصفة عامة، وأن الهدف من الدعوى الاستعجالية هو إبقاء الأوضاع على حالها لفترة زمنية مؤقتة تزول بالفصل في دعوى الموضوع. وذلك تفاديا للأضرار التي قد تلحق به من جراء القرار الإداري المتسم بالنفاذ المباشر.

رابعا: سلطة القاضي الإداري الاستعجالي في وقف تحصيل الضريبة:
بالرجوع إلى نص المادة 948 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجدها تخضع الاستعجال في المادة الجبائية للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجبائية، وكذا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية .
وبالرجوع إلى قانون الإجراءات الجبائية الذي أحالت عليه المادة 948 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وبالمذاق إلى نص المادة 158 من هذا القانون، نجد أن طلب تأجيل الدفع أي دفع الضريبة يدرج في الاعتراض أي في دعوى الموضوع، وبالتالي تكون دعوى الاعتراض على تنفيذ قرار إدارة الضرائب من اختصاص قاضي الموضوع، وذلك بإدراج هذا الطلب في العريضة الافتتاحية التي تتضمن اعتراض المكلف بالضريبة على قرارات الدفع لغرض إرجاء دفع الضريبة على خلاف نص المادة 834 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تتطلب دعوى مستقلة. وللاستفادة من التأجيل القضائي لدفع الضريبة يجب توافر الشروط التالية:

رابعا1- تقديم اعتراض مسبب ومعلل من قبل المكلف بالضريبة الذي ينازع في حصة المبالغ المطالب بها

ويدرج هذا الاعتراض ضمن العريضة الافتتاحية بمعنى يجب أن ترفع دعوى في الموضوع تتضمن أيضا طلب إرجاء تنفيذ دفع الضريبة، وهذا ما قامت به إدارة الضرائب لولاية باتنة عندما قامت بتجميد حساب الشركة ذات المسؤولية المحدودة (خدمات كمبيوتر دولية) وذلك استنادا إلى قانون

الإجراءات الجبائية الذي يستوجب في حالة الاعتراض على التحصيل القصري تقديم ضمانات كافية تقدرها الإدارة الجبائية لتغطية الدين المعترض على تحصيله، وكان المعترض قد رفع دعوى استعجالية لدى الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة يطلب فيها إلزام المدعى عليها (إدارة الضرائب) برفع اليد عن تجميد الحساب البنكي الخاص بالشركة المفتوح لدى بنك القرض الشعبي الجزائري، فكان له ذلك بموجب أمر استعجال صادر عن الغرفة الإدارية بمجلس قضاء باتنة.

وقد تم استئناف الأمر الاستعجالي الصادر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء باتنة والذي قضى برفع اليد عن تجميد الحساب البنكي الخاص بالمدعية من قبل مديرية الضرائب بحجة أنها لجأت إلى فرض حجز على حساب المستأنف عليها هو إجراء تحفظي طبقا لما يخوله لها قانون الإجراءات الجبائية، حفاظا على مصالح الخزينة العامة.

حيث أنه بالإضافة إلى ذلك فإن الإجراء المراد منه ضمان التحصيل القصري لدين ضريبي من طرف القاضي الإداري، فإنه يتعين القول بأن القاضي المختص من أجل الفصل في هذا الطلب ما هو سوى ذلك القاضي الذي يرفع إليه إثبات صحة المنازعة المتعلقة بنزاعات التحصيل في الموضوع.

حيث أن نفس هذا القاضي بالذات هو المختص من أجل الفصل بالتوازي في طعن مرفوع في الموضوع، وفي نفس الوقت في طعن يتعلق بطلب الاعتراض عن التحصيل المنازع فيه الذي يتعين أن يثبت لديه وجود وجوه جدية وموضوعية دعما لمنازعاته وكذا النتائج التي يصعب إصلاحها والتي قد تترتب على التحصيل الجبري وذلك طبقا للأحكام المادة 146 من قانون الإجراءات الجبائية التي تمنح الاختصاص لقاضي الموضوع للفصل في مثل هذا الطلب كما هو الحال في الاستعجال، وبالتالي فقاضي أول درجة أخطأ في تطبيق القانون مما يترتب بالتالي إلغاء الأمر المستأنف والتصريح من جديد بعدم الاختصاص¹³.

رابعا-2- أن يقدم طلب الاعتراض خلال أربعة (04) أشهر من استلام سند تبليغ التحصيل، وذلك أمام المحكمة الإدارية الموجود في مقر اختصاصها مكان فرض الضريبة أو الرسم.¹⁴

رابعا-3- يجب على المكلف بالضريبة تقديم ضمانات تقدرها إدارة الضرائب لتغطية الدين المعترض عليه من أجل إرجاء تنفيذ السند التنفيذي، ومن شأن هذه الضمانات ضمان تحصيل المبالغ المتنازع فيها، ويحق لإدارة الضرائب في أي وقت إذا رأت ذلك لازما أن تطلب تكملة للضمان.

كما يحق لها عند عدم وجود ضمانات متابعة المكلف بالضريبة، الذي طلب الاستفادة من إرجاء الدفع حتى ولو أدى ذلك إلى الحجز الضمني للجزء المتنازع فيه بالدرجة الأولى من دون انتظار قرار الجهة القضائية المختصة.

خاتمة:

أهم ما يمكن استخلاصه من خلال هذه المداخلة التي اعتمدت في إنجازها بشكل كبير على قانون الإجراءات الجبائية، وما يمكن ملاحظته أن أحكام هذا القانون في تغير مستمر نظرا لكون أحكامه تستمد من قانون المالية الذي يعدل كل سنة، إن لم نقل مرتين في العام باعتبار أن هناك قانون المالية التكميلي، الأمر الذي جعل الأحكام المنظم للمنازعة الجبائية مشتتة من قانون لآخر، مما يصعب استيعابها ليس فقط من قبل المكلف بالضريبة بل من إدارة الضرائب نفسها ومن القاضي أيضا، والدليل على ذلك الاختلاف الموجود في الأحكام القضائية بين كل من مجلس الدولة والغرفة الإدارية لذلك أقترح أن تنظر المنازعة الجبائية وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية حتى يكون هناك استقرار في الأحكام المنظمة للمنازعة الجبائية.

- الهوامش:

1- انظر المواد 70-71 من القانون رقم 01/21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2011 المتضمن قانون المالية

لسنة 2002 والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم.

2 - انظر المواد 82-83 من نفس القانون.

- 3 - انظر المادة 81 وما بعدها من نفس القانون.
- 4- انظر المادة 303 من قانون الضرائب المباشر المعدل بالقانون رقم 13/10 المؤرخ في سبتمبر 2010 المتضمن قانون المالية لسنة 2011
- 5- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 6- انظر المادة 807 من نفس القانون.
- 7- انظر المادة 807 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.
- 8- انظر المادة 158 من قانون الإجراءات الجبائية، مرجع سابق.
- 9- القرار غير منشور.
- 11- انظر المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. مرجع سابق.
- 12- انظر المادة 926 من نفس القانون.
- 13- القرار رقم 043954 الصادر بتاريخ 09/09/2008 عن مجلس الدولة (غير منشور)
- 14- انظر المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية

د / علي قصير

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة باتنة - الجزائر



مقدمة

تحتل المنازعات الإدارية مكانا هاما بين موضوعات القانون الإداري، حيث إن المنازعات الإدارية تستمد أهميتها من القانون الإداري الذي يعتبر فرعاً من فروع القانون العام الداخلي والذي هو عبارة عن مجموع القواعد القانونية التي تنظم السلطة التنفيذية ممثلة في هيئاتها الإدارية، وتحكم النشاط الإداري الذي تزاوله هذه الهيئات بصفتها سلطة عامة، وتبين حل المنازعات التي تنشأ نتيجة مزاوله الهيئات الإدارية نشاطها المرتبط بحقوق الأفراد وحررياتهم. وعليه فإن مجالات تطبيق القانون الإداري تتمثل في: التنظيم الإداري، النشاط الإداري ووسائل الإدارة وكذا المنازعات.

وبالتالي المشرع منح للإدارة عدة وسائل وأساليب تستعملها لمباشرة أعمالها على أحسن وجه ولتنفيذ سياستها المتعلقة بالإشراف على النظام العام ومن أهم هذه الأساليب القرارات الإدارية وهي عبارة عن تصرف قانوني تفصح الإدارة بواسطتها عن إرادتها المنفردة قصد إحداث أو تعديل أو إلقاء مركز قانوني قائم بها لها من سلطات وصلاحيات خولها القانون.

وتبرز أهمية القرار الإداري أكثر من حيث إنه عمل قانوني انفرادي من جهة ومن جهة أخرى يتمتع بالطابع التنفيذي. فما إن صدر عن الإدارة المختصة مركزيا أو محليا أو مرفقيا وفقا للإجراءات القانونية إلا أصبح ملزما ولا بد من

الامثال المضمونه والاستجابة له.

ولتحقيق المشروعية يجب أن تكون الأعمال والقرارات الصادرة عن الهيئات الإدارية متفقة مع أحكام القانون وفي إطاره.

تباشر جهة القضاء الإداري الرقابة على أعمال الإدارة بناء على دعوى قضائية من قبل صاحب الصفة والمصلحة، حيث تنص المادة 143 من الدستور على أن " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية ".

القاعدة العامة أن القرارات الإدارية واجبة النفاذ والاستثناء يمكن وقف تنفيذها، إذا تبين للقاضي الإداري أن تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه يربط نتائج لا يمكن تداركها، لذا حرص المشرع على أنه يمكن للطرف المتضرر من قرار إداري أن يلجأ للقضاء بطلب وقف تنفيذه مؤقتا حتى صدور قرار بإلغائه أو برفض دعوى الإلغاء.

القرارات المطعون فيها القابلة للأمر بوقف تنفيذها هي القرارات المطعون فيها بالإبطال أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة، ويكون وقف التنفيذ بدعوى مستقلة متزامنا مع دعوى في الموضوع.

لذا اتجهت معظم التشريعات المعاصرة إلى تقرير دعوى وقف التنفيذ والهدف منه وقف تنفيذ القرار المطعون فيه إلى حيث البت في جوهر النزاع. وهي دعوى استثنائية في مقابل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات في تنفيذ قراراتها.

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى ضرورة الأخذ بنظام وقف التنفيذ وهذا عند توافر شروط معينة وبهذا فإن الحكم بوقف التنفيذ سيؤدي لا محالة إلى تدارك المساوئ والأضرار التي قد تترتب عن تنفيذ القرار الإداري والتي يستحيل إصلاحها فيما بعد.

ودعوى وقف التنفيذ أشار إليها المشرع الجزائري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 بإسهاب مقارنة مع قانون الإجراءات المدنية

الملغى وقد قسمها المشرع إلى قسمين :

1- دعوى وقف التنفيذ بناء على أمر من قاضي الموضوع.

2- دعوى وقف التنفيذ بناء على أمر من قاضي استعجالي.

غير أننا سنتطرق في موضوعنا هذا على دراسة: دعوى وقف التنفيذ بناء على أمر استعجالي نظرا لأهميتها والمستجدات التي طرأت عليها في ظل هذا القانون نطرح الإشكالية التالية: ما دور قاضي الاستعجال في دعوى وقف تنفيذ القرارات الإدارية؟

وستتناول المداخلة في المباحث الآتية:

المبحث الأول

شروط قبول الدعوى الاستعجالية

لكي يتم قبول الدعوى لابد أن تتوفر على مجموعة من الشروط والمتمثلة كالآتي:

المطلب الأول: الشروط الشكلية

لقد وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية قاعدة عامة تسري على مختلف الطعون والدعاوى المدنية والإدارية. ومنها الطعن بالإلغاء أمام الغرفة الإدارية ومجلس الدولة فيما نص المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون" ومن ثم فإنه يشترط في أشخاص الخصومة في الطعن بالإلغاء توفر الصفة الأهلية والمصلحة.⁽¹⁾

الفرع الأول: المصلحة

يجب أن تكون لرافع الدعوى المستعجلة مصلحة في رفعها، تكريسا لمبدأ لا دعوى بغير مصلحة، ويعني ذلك أنه يتعين أن يكون لرافع الدعوى منفعة قانونية يتحصل عليها من وراء رفع هذه الدعوى سواء كانت هذه المنفعة مادية أو أدبية ذات قيمة كثيرة أم قليلة.⁽²⁾

والأصل أن مصلحة رافع الدعوى قائمة و حالة حتى تقبل دعواه أي يكون

حق رافع الدعوى المستعجلة قد اعتدي عليه حقا أو حصلت منازعة بشأنه فيتحقق المبرر للالتجاء إلى القضاء، لكن يجوز استثناء قبول الدعوى رغم أن المصلحة محتملة. وذلك بغرض دفع ضرر محقق، فيجوز قبول إثبات الحالة المستعجلة رغم أن المنازعة الموضوعية لم تنشب بالفعل و ذلك خشية أن يؤدي فوات الوقت والانتظار إلى حين رفع دعوى الموضوع إلى ضياع المعالم المراد إثبات حالتها.⁽³⁾

الفرع الثاني: الصفة

يستطيع رفع دعوى مستعجلة كل شخص طبيعي أو معنوي له أهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك وفقا لأحكام المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية و يجب أن تكون شخصية أو جماعية يمكن أن تكون مادية أو معنوية ويشترط في المصلحة أن تكون مشروعة ويطلق عليها الصفة فإن تم إثبات انعدام الصفة للمدعي أو المدعى عليه. فإنه يقضي بعد يوم قبول الدعوى برفعها من غير ذي صفة أو لرفعها على غير ذي صفة.⁽⁴⁾

الفرع الثالث: الأهلية

إن الأهلية نوعان: أهلية اختصاص و أهلية تقاضي، فالقاعدة العامة هي أن كل شخص قانوني أهل للاختصاص سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، فالقانون يعترف بحق التقاضي لكل شخص بلامتياز، أما أهلية التقاضي فهي صلاحية الخصم لمباشرة الإجراءات أمام القضاء.

بالنسبة للقضاء المستعجل فالقاعدة أنه لا يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تتوفر لدى الخصوم الأهلية التامة للتقاضي لأن توافر الخطر و ما يقتضيه من سرعة اللجوء إلى قاضي الأمور المستعجلة من ناحية ووقتيية الأمر الذي يصدره و عدم المساس بالموضوع من ناحية أخرى يبرزان رفع الدعوى المستعجلة ممن لا أهلية له في رفعها طبقا للقواعد العامة، متى كانت له مصلحة في اتخاذ إجراء وقتي.⁽⁵⁾

المطلب الثاني الشروط الموضوعية

إلى جانب الشروط الشكلية المذكورة سابقا يتطلب لقبول طلب وقف تنفيذ القرارات الإدارية وفقا لما استقر عليه الاجتهاد القضائي الإداري، توافر شروط وهي:

الفرع الأول : شرط الاستعجال

ويعتبره القضاء الإداري شرطا جوهريا يترتب على عدم توافره رفض طلب وقف التنفيذ، ويتحقق القاضي الإداري من هذا الشرط حسب الحالات المعروضة عليه ويستظهره من ظاهر الأوراق دون الغوص في أصل الحق المتنازع عليه أي دون المساس بأصل طلب الإلغاء.

وهذا ما نصت عليه المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية : "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ هذا القرار أو وقف أثار معينة منه متى كانت ظروف الاستعجال تبرر ذلك، ومتى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار.

عندما يقضي بوقف التنفيذ يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال وينتهي أثر وقف التنفيذ عند الفصل في موضوع الطلب".⁽⁶⁾

الفرع الثاني: أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت

1- الأصل العام: اشتراط رفع دعوى إلغاء مسبقا

وهذا الشرط مكرس في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص: "عندما يتعلق الأمر بقرار إداري ولو بالرفض، ويكون موضوع طلب إلغاء كلي أو جزئي، يجوز لقاضي الاستعجال..."

وبهذا فإن طلب وقف التنفيذ المرفوع أمام القاضي الاستعجالي الإداري يجب أن تسبقه دعوى إلغاء كلي أو جزئي للقرار الإداري مرفوعة أمام قاضي الموضوع⁽⁷⁾، ويجب أن تكون هذه الدعوى مستوفية لجميع شروطها الشكلية،

كما يجب أن تكون دعوى الإلغاء قد رفعت أمام نفس الجهة القضائية.

أ- أن تكون دعوى الإلغاء مقبولة شكلا:

إن دعوى وقف التنفيذ لا تقبل أمام القاضي الاستعجالي ما لم يسبقها رفع دعوى إلغاء، ويجب أن تكون هذه الدعوى مستوفية لجميع شروطها الشكلية وخاصة الشروط التالية:

1- شرط التظلم الإداري المسبق،

2- شرط الميعاد،

3- شرط القرار الإداري،

4- الشروط العامة لقبول الدعوى الإدارية.

ب- أن تكون الدعوى مرفوعة أمام نفس الجهة القضائية الفاصلة في دعوى وقف التنفيذ:

وهنا يكفي لتحقيق هذا الشرط أن تكون الدعوى قد رفعت وهنا نقصد أمام نفس المحكمة الإدارية النازرة في الدعوى الاستعجالية، وهذا يستشف من الفقرة الثانية من المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد: "عندما يقضي بوقف التنفيذ، يفصل في طلب إلغاء القرار في أقرب الآجال". ولكن لا يعني هذا أن تكون دعوى الإلغاء مرفوعة أمام نفس التشكيلة الجماعية النازرة في دعوى وقف التنفيذ، وإنما يكفي أن تكون الدعويان أمام نفس المحكمة الإدارية، ذلك لأنه لو كانت الدعويان ترفعان أمام نفس التشكيلة الجماعية، لما اشترط المشرع في المادة 926 إرفاق عريضة وقف التنفيذ بنسخة من عريضة دعوى الموضوع.

2- الاستثناء: جواز وقف تنفيذ القرارات الإدارية دون رفع دعوى إلغاء

مسبقا:

و يجب الإشارة إلى أن المشرع قد خفف من هذا الشرط - شرط رفع دعوى إلغاء مسبقا - متى توافرت حالة الاستعجال القصوى المنصوص عليها في

المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، كما قيد المشرع جواز وقف التنفيذ هنا باشتراط أن نكون بصدد تعد أو استيلاء أو غلق إداري، وهذا كما تؤكد المادة 921/02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقولها: "و في حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، يمكن أيضا لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه ."

وهذا يعتبر خروجاً عما اشترطه المشرع لانعقاد اختصاص القاضي الاستعجالي في مجال وقف التنفيذ، إذ رأينا كيف أن المشرع في المادة 919 قد رتب البطلان عن انتفاء شرط رفع دعوى الإلغاء مسبقاً في دعوى وقف التنفيذ بناء على أمر استعجالي، إذ يعود ويتراجع ويخفف من حدة هذا الشرط في مجال التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري، إذ يمكن للقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف التنفيذ حتى في حالة غياب القرار السابق، بل وحتى في غياب دعوى الإلغاء.

الفرع الثالث : وجود وسائل جديدة تشكك في مشروعية القرار

أشار المشرع الجزائي إلى هذا الشرط في المادة 919 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بقوله : "... متى ظهر له من التحقيق وجود وجه خاص من شأنه إحداث شك جدي حول مشروعية القرار..." .

ويقصد بجدية الوسائل أو الأسباب رجحان حكم بإلغاء القرار الإداري⁽⁸⁾ حيث يجب تقديم المدعي أسباب جدية بعريضة الطعن بالإلغاء تبعث على اعتقاد قوي بأن احتمال إلغاء القرار الوارد، ولأجل هذا يقوم القاضي الاستعجالي بتحقيق بالقدر اللازم في جميع وثائق ومستندات الدعوى لكي يتأكد من توافر الأسباب الجدية من عدمها وهذا دون المساس بأصل الحق، فإذا انعدمت الوسائل الجدية حكم القاضي برفع الدعوى لعدم التأسيس.

والملاحظ أن المشرع في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد خفف من القيد المتعلق بفحص مدى مشروعية القرار أسوة بالمشرع الفرنسي، فقاضي

وقف التنفيذ في ظل قانون الإجراءات المدنية كان لزاما عليه قبل النطق بتوقيف تنفيذ القرار فحص مدى مشروعيته مثلما يفعل قضاة الموضوع، أما في ظل قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد فيكفي أن يوجد وجه خاص من شأنه أن يشير أو يحدث شكاً جدياً حول مشروعية القرار ليحكم القاضي الاستعجالي بوقف التنفيذ.

المبحث الثاني

إجراءات رفع دعوى وقف التنفيذ أمام القضاء الإداري الاستعجالي
وتنص عليها المواد من 923 إلى 935 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إن التدابير الاستعجالية هي تدابير ذات طابع مؤقت تتطلب بساطة وسرعة في الفصل لذلك فإن رفع الدعوى الاستعجالية والفصل فيها يتم بإجراءات تختلف عن تلك المتبعة أمام قاضي الموضوع وتكون هذه الإجراءات وجاهية، كتابية، وشفوية وفقاً لنص المادة 923 ق إ م إ.

بحيث لا يتوافر الاستعجال في الطلب، أو يكون غير مؤسس، يرفض قاضي الاستعجال هذا الطلب بأمر مسبب وعندما يظهر أن الطلب لا يدخل في اختصاص الجهة القضائية الإدارية، يحكم بعدم الاختصاص النوعي. وفقاً لنص المادة 924 ق إ م إ.

المطلب الأول: رفع عريضة وقف التنفيذ أمام قاضي الاستعجال
يجب أن ترفع العريضة الرامية إلى استصدار تدابير استعجالية عرضاً موجزاً للوقائع والأوجه المبررة للطابع الاستعجالي للقضية وفقاً لنص المادة 925 ق إ م إ. ويجب أن ترفع العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره، تحت طائلة عدم القبول، بنسخة من عريضة دعوى الموضوع. وفقاً لنص المادة 926 ق إ م إ.

تبلغ رسمياً العريضة إلى المدعى عليهم، وتمنح للخصوم آجال قصيرة من طرف المحكمة، لتقديم مذكرات الرد أو ملاحظاتهم ويجب احترام هذه الآجال بصرامة وإلا استغني عنها دون إعدار وفقاً لنص المادة 928 ق إ م إ.

وعندما يخطر قاضي الاستعجال بطلبات مؤسسة وفقا لأحكام المادة 919 أو المادة 920 أعلاه "يستدعى الخصوم إلى الجلسة في أقرب الآجال وبمختلف الطرق. وفقا لنص المادة 929 ق إ م إ.

تعتبر القضية مهية للفصل فيها بمجرد استكمال الإجراء المنصوص عليه في المادة 926 أعلاه والتأكد من استدعاء الخصوم بصفة قانونية إلى الجلسة وفقا لنص المادة 930 ق إ م إ.

يختتم التحقيق بانتهاء الجلسة، ما لم يقرر قاضي الاستعجال تأجيل اختتامه إلى تاريخ لاحق ويخطر به الخصوم بكل الوسائل. وفي الحالة الأخيرة يجوز أن توجه المذكرات والوثائق الإضافية المقدمة بعد الجلسة وقبل اختتام التحقيق ومباشرة إلى الخصوم الآخرين عن طريق محضر قضائي، بشرط أن يقدم الخصم المعني الدليل عما قام به أمام القاضي. يفتح التحقيق من جديد في حالة التأجيل إلى جلسة أخرى. وفقا لنص المادة 931 ق إ م إ.

يتم التبليغ الرسمي للأمر الاستعجالي، وعند الاقتضاء، يبلغ بكل الوسائل وفي أقرب الآجال وفقا لنص المادة 934 ق إ م إ.

ويرتب الأمر الاستعجالي آثاره من تاريخ التبليغ الرسمي أو التبليغ للخصم المحكوم عليه. غير أنه، يجوز لقاضي الاستعجال أن يقرر تنفيذه فور صدوره يبلغ أمين ضبط الجلسة " بأمر من القاضي، منطوق الأمر ممهورا بالصيغة التنفيذية في الحال إلى الخصوم مقابل وصل الاستلام، إذا اقتضت ظروف الاستعجال ذلك. وفقا لنص المادة 935 ق إ م إ.

المطلب الثاني: الأمر الصادر في طلب وقف التنفيذ

يفصل في عريضة وقف التنفيذ بتشكيلة جماعية المنوط بها البت في دعوى الموضوع، وبالتالي التشكيلة التي تفصل في دعوى وقف التنفيذ ليس قاض فرد وإنما تشكيلة جماعية وهذا حسب ما نصت عليه المادة 917 ق. إ م إ.

وقد أضفى المشرع ميزة الإسراع في الفصل في الأوامر الاستعجالية وكذلك

كرس مبدأ الإجراءات الشفوية والوجاهية.⁽⁹⁾

المبحث الثالث

آثار الحكم الصادر بوقف التنفيذ

تلتزم الإدارة بناء على الحكم الصادر ضدها بوقف تنفيذ القرار الإداري بالكف عن القيام بإجراءات التنفيذ فورا إذا تعلق الأمر بوقف تنفيذ قرار إيجابي، أما القرارات السلبية الصادرة عنها بالامتناع عن عمل معين والمغيرة في مركز قانوني فإنها ملزمة بالقيام بهذا العمل.

المطلب الأول: وقف تنفيذ القرار الإداري

طلب وقف تنفيذ القرار الإداري: هو طلب مستعجل يتقدم به الطاعن بالقرار الإداري بالإلغاء مبتغيا به توقي آثار تنفيذ هذا القرار التي قد يتعذر تداركها في حال قبول دعوى الإلغاء. على أن القضاء بوقف تنفيذ القرار الإداري تبقي السلطة التقديرية للمحكمة المختصة بالنظر في الدعوى، حيث تقتضي بقبول الطلب أو رفضه في ضوء ما يتحقق لديها من خلال الفحص الظاهري للأوراق من توافر أو عدم توافر الشروط.

وقف تنفيذ القرار الإداري السلبي: القرار الإداري السلبي هو القرار الذي يتولد حينما تمتنع الإدارة عن الرد على ما يقدمه إليها الأفراد من طلبات في حين يلزمها القانون بالرد... فإذا كان الأصل أن للإدارة سلطة في اتخاذ قرار أو عدم اتخاذه، إلا أن هذه السلطة تنعدم إذا ما ألزمها القانون باتخاذ قرار معين وإلا عد صمتها حينئذ قرار سلبيا يجوز الطعن به بإلغاء لإجبار الإدارة على إصدار قرار في الطلب المقدم إليها. وفي مجلس الدولة نرى أنه لا يعطي قرارا بوقف تنفيذ القرار الإداري السلبي هذا إلا إذا كان الرفض يؤدي إلى تعديل في المراكز القانونية أو الواقعة التي كانت توجد قبله. ففي هذه الحالة يمكن لمجلس الدولة أن يأمر بوقف تنفيذ القرار فيلزم الإدارة بإصدار قرار هو الأساس القانوني في اعتبار امتناعها عن إصدار القرار قرارا سلبيا، وتأسيسا على ذلك

فإن طلبات وقف تنفيذ القرار السلبي لا تقبل إلا إذا توافرت الشروط الموضوعية المقررة لقبول طلب وقف التنفيذ.

المطلب الثاني: الأحكام القطعية

1- صدور الحكم بالإلغاء: ففي الحالة المذكورة إذا صدر الحكم بقبول دعوى الإلغاء بعد رفض المحكمة لطلب وقف التنفيذ فلا ضرورة إذن للطعن في الحكم الصادر برفض الطلب حيث يكون إلغاء القرار الإداري قد حقق لطالب وقف التنفيذ نتيجة ذات فائدة و أكبر مما كان يسعى إليها بطلب وقف التنفيذ.

2- صدور الحكم برفض إلغاء القرار الإداري: إذا صدر الحكم في دعوى الإلغاء برفض الدعوى رغم سبق الحكم بوقف تنفيذ القرار فلا يجوز للإدارة الطعن في الحكم الأخير والذي سقط بصدر الحكم الأمر الذي يجعل الطعن فيه غير ذي موضوع.

الخاتمة

لقد أعطى المشرع صلاحيات وسلطات لقاضي الاستعجال بمنحه سلطة وقف تنفيذ القرار الإداري وكذلك فحص مدى مشروعية القرار وذلك بإثارة وجه قد يوجد من شأنه أن يثير شك أو لبس حول مشروعية القرار ليحكم القاضي بوقف التنفيذ.

ويحق لقاضي الموضوع وقف تنفيذ القرار الإداري ما إن اختل شرط من الشروط السابقة حتى ولو تعلق الأمر بالنظام العام.

الهوامش:

1- المادة 13 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

2- معوض عبد التواب، الوسيط في قضاء الأمور الاستعجالية وقضاء وقف التنفيذ، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط 2، سنة 1989، ص 114.

3- لجبوري محمود، القضاء الإداري، مكتبة دار الثقافة، عمان، سنة 1998، ص 75.

4- د/ بعلي الصغير، دعوى الإلغاء، دار العلوم، سنة 2007، ص 116.

- 5- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 116.
- 6- المادة 919 من القانون رقم 08-09.
- 7- محمد فؤاد عبد الباسط، وقف تنفيذ القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر، ص 201 وما بعدها.
- 8- لحسين بن شيخ أث مالويا، المتقى في قضاء الاستعجال الإداري، دار هومة، الجزائر العاصمة، سنة 2007، ص 197.
- 9- المادة 923 من القانون 08-09.

خصوصية طبيعة الاعتداء في دعوى الحماية المستعجلة للحريات الأساسية

أ / ليلى آيت أوبلي

معهد العلوم القانونية والإدارية

المركز الجامعي بسوق أهراس



مقدمة

جعلت تعديلات قانون 08-09 مجلس الدولة يعتلي لأول مرة منصة سلطة الحكم والأمر معا، إذ أوجد المشرع نمط دعاوى متميزة مسائرا في ذلك أحدث التعديلات والاجتهادات القضائية في فرنسا، إن حماية الحرية الأساسية كان هوس الفقهاء منذ القدم وإن كان القضاء قد كفله قبلا بدعوى وقف تنفيذ القرار الإداري إذا كان يعتدي على الحرية أو في حالة التعدي إذا كان عيب عدم المشروعية جسيما إلا أن ذلك لم يكن كافيا لفرض حماية الحرية الأساسية، وهو من بين ما دفع المشرع الفرنسي منذ سنة 2000 على الاعتراف بسبيل جديد هو دعوى حماية الحرية الأساسية المستقلة في مفهومها وإجراءاتها وأجالاتها ولقد حاول المشرع الجزائري الوقوف على ذات التعديل من خلال أحكام المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بإقراره لهذا الإجراء وكفالة شروط موضوعية وشكلية وأجال قصيرة له، وتبدو مظاهر الجدة في هذا النص في أمور ثلاث : الاعتراف والاختصاص والسلطات، فمن ناحية الاعتراف أنها المرة الأولى التي يعترف فيها المشرع بنوع خاص من الحماية للحريات الأساسية، ومن ناحية الاختصاص أنها المرة الأولى أيضا التي يعترف بها المشرع للقاضي الإداري بهذا الاختصاص. أما من ناحية السلطات فلأول مرة تتسع سلطات القاضي الإداري لدرجة توجيه أوامر بأن تأتي ما امتنعت عنه أو تمتنع كما فعلت، وإن كان لطلب الحماية الاستعجالية من الشروط ما يميزها عن غيرها من الدعاوى حتى وإن اتفقت في ذات

موضوع حماية الحرية الأساسية، فإنه وفق منطق هذه الشروط المتعلقة خاصة بطبيعة الاعتداء، ليس كل اعتداء على حرية أساسية يوجب اقتضاء الحماية المستعجلة، لذا وقر في يقين المشرع أن يحدد شروطا وأوصافا للاعتداء الموجب لها.

استجابة من ناحية لما قصده من هذا النظام واجتبابا من ناحية أخرى للإسراف الإجرائي في الالتجاء إليه بشكل يصرف القاضي عن إفراغ جهده في خصومات أولى باهتمامه وحتى لا تمثل أيضا حائلا دون السير المنتظم للنشاط الإداري.

ونتساءل هنا إذا عن الشروط المتعلقة بطبيعة الاعتداء مناط الحماية ومدى تكريسه لخصوصية دعوى الحماية المستعجلة للحرية الأساسية؟

وسنلقي الضوء على هذه الشروط بالتركيز على شقها الذاتي أو الشخصي ثم نظيرها المادي أو الموضوعي من خلال مبحثين.

المبحث الأول : خصوصية الجانب الشخصي في طبيعة الاعتداء

ترتكز الطبيعة الذاتية للاعتداء في طلب الحماية المستعجلة للحرية الأساسية على ركنين يتعلق أحدهما بالشخص الذي أحدثه بينما ينصرف الثاني إلى التصرف أو العمل الذي صدر عنه، وقد جاء في مادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه "يتبين لقاضي الاستعجال أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها " اختصاص الجهات القضائية الإدارية أثناء ممارسة سلطاتها... " وبذلك حدد المشرع مصدر الاعتداء وجعله مرتبطا بأحد الأشخاص الاعتبارية العامة، أو كل من يخضع في منازعاته للقضاء الإداري، كما اشترطت المادة أيضا أن يكون التصرف المعتدي بهما يدخل في نطاق الاختصاصات والسلطات الممنوحة لذلك الشخص وهذا يكشف شرطا الطرف والوسيلة عن الطبيعة الإدارية الخاصة للاعتداء على نحو يفرض التعرض لهما بشيء من التفصيل.

المطلب الأول: وقوع الاعتداء من الأشخاص المعنوية العامة أو أي شخص تخضع منازعاته للقضاء الإداري.

لعل المشرع أراد من وراء اشتراط أن يكون مصدر الاعتداء شخصا عاما، اتباع نوع من الحماية العاجلة التي لا يمكن نيلها بالإجراءات المعتادة للحريات الأساسية

من مخالب امتيازات السلطة العامة وباعتبار هذه الأخيرة لا تتمتع بها إلا الإدارة فقد أصبح لازما أن تكون هي مصدر الاعتداء ونظرا لتعدد الأشخاص العامة وتنوع مجالاتها ينبغي البحث عن كيفية تحديدها.

ولدى الفقه عموما جرى تحديد مفهوم الأشخاص الاعتبارية العامة وفق أمرين، تعدد حصري، وآخر وصفي.⁽¹⁾

الفرع الأول : التعداد الحصري للأشخاص المعنوية العامة:

وهو تقسيم تقليدي جعل هذه الأشخاص في طوائف ثلاث:⁽²⁾

- الأشخاص العامة الإقليمية ومثلها الدولة والبلدية والولاية، حيث تنص المادة 15 من الدستور على ما يلي " الجماعات الإقليمية للدولة هي البلدية والولاية.
- البلدية هي الجماعة القاعدية " وتنص المادة 49 من القانون المدني على أنه " الأشخاص الاعتبارية هي:
- الدولة، الولاية، البلدية.

- المؤسسات والدواوين العامة ضمن الشروط التي يقرها القانون .

- المؤسسات الاشتراكية والتعاونيات والجمعيات وكل مجموعة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية"

- الأشخاص العامة المرفقية كالجامعات....أو المهنية كالنقابات التي تقوم على ممارسة مهنة ما من المهن كقنابة الأطباء أو المحامين....وتكون العضوية فيها إجبارية، وهي كذلك تخضع للقانون العام⁽³⁾ عند النقابات التي تتكفل بالدفاع عن حقوق العمال ولا يجب الانضمام إليها إجباريا لمزاولة العمل (les syndicats) ولا تعتبر من أشخاص القانون العام.

الفرع الثاني: التعداد الوصفي لأشخاص القانون العام⁽⁴⁾

ومؤداه التعرف ما إذا كان الشخص الاعتباري عاما أو خاصا وذلك بمدى انطباق أوصاف ومظاهر الشخصية الاعتبارية عليه من عدمها، وقد وقر في يقين مجلس الدولة الفرنسي جعل هذه الأوصاف تتلخص في امتيازات السلطة العامة لاسيما يعترف له به من إمكانيته إصدار قرارات ملزمة وما له من قوة على فرضها على

المخاطبين بها جبرا، أو ما له من سلطة التنفيذ المباشر دون حاجة للجوء إلى القضاء، ولما كانت هذه الامتيازات تتمتع بها الأشخاص الاعتبارية دون استثناء ونظرا لأن طائفة من الأشخاص الاعتبارية الخاص أيضا تشاركها التمتع بها بسبب قيامها على تسيير وإدارة أحد المرافق العامة، فإن حاصل ذلك أن هذه الأشخاص كلها سيتعرفها هذا الشرط، وتأكيذا على ذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب أحد الأشخاص بإصدار أمر بالطرد من أرض مملوكة له ضد المدعى عليه دون سند قانوني وأكد مجلس الدولة أن ذلك يدخل في اختصاص قاضي الاستعجال في القضاء العادي لأن هذا وإن كان يمثل اعتداء على حق الملكية - إلا أنه لم يقع لا من أشخاص القانون العام ولا من أشخاص القانون الخاص المكلف بإدارة مرفق عام، بل إن الشخص الاعتباري العام قد يتزعزع ثوب السلطة بالعامة بكل الامتيازات الممنوحة لها، وينزل منزلة الأفراد ويخضع لقانون الخاص، وأي مساس بحق أو حرية يصدر عنه بهذا الوجه لا يختص به القضاء الإداري الاستعجالي.

وبالرجوع إلى نص المادة 920 ق إ م وإ حدد المشرع بالإضافة إلى الأشخاص المعنوية العامة، الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لأشخاص الجهات القضائية الإدارية، والملاحظ أن المشرع لم يحدد طبيعة هذه الهيئات وإن كانت تنتمي إلى قانون العام أو الخاص مع ملاحظة أنه تبني معيار الاختصاص القضائي فكلما كانت منازعات هذه الهيئات منظورة أمام القضاء الإداري كلما أمكن تحريك طلب الحماية المستعجلة للحرية الأساسية ضدها أمام قاضي الاستعجال .

وبالرجوع إلى المادة 800 من ق إ م وإ، نقول أن المشرع قد تبني في الاختصاص النوعي لمحاكم الإدارية معيارا عضويا، يرتبط بأحد أطراف الدعوى وكونه إما الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية⁽⁵⁾ المطلب الثاني: وسيلة الاعتداء من اختصاص الشخص العام

لا يكفي لقبول دعوى الاستعجالية للحرية الأساسية أن يكون مصدر الاعتداء على حرية هو شخص اعتباري عام على النحو السابق بيانه، وإنما ينبغي أن يكون الفعل الذي أتى به مما يدخل في نطاق اختصاصه وإن كانت أهمية الشرط الأول تكمن

في كونها الحد الفاصل بين اللجوء إلى الاستعجال الإداري ونظيره العادي، فإن هذا الشرط هو حقيقة جوهر التفرقة بين الحماية المستعجلة للحرية، وبين حمايتها عن طريق نظرية غصب السلطة أو التعدي⁽⁶⁾ كما لا يشترط فيها أيضا أن تكون في شكل سلوك إيجابي أو سلبي، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي هذا النهج عندما قضى بتوجيه أمر إلى إدارة أحد الأقاليم بالتخلي عن امتناعها عن إتمام عملية تجديد ورصف احد الطرق مما يحول دون الوصول إلى إحدى صالات الرقص.

إلا أن الاعتداء على الحرية بطريق الامتناع - حتى يكون معتبرا وبالتالي محركا لأسلوب الحماية المستعجلة - ينبغي أن يمثل اعتداء على حرية بذاتها وله أثر ملموس في تقييدها وعرقلتها فلا يكفي مجرد الامتناع ما لم يحقق آثارا خطيرة على حرية أو حق ما⁽⁷⁾، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن السلطة الإدارية بتجاهلها لالتزامها بالمحافظة على النظام العام، لا يجعلها ضمن دائرة المساس بالحرية الأساسية بذاتها. **المبحث الثاني: خصوصية الجانب الموضوعي في طبيعة الاعتداء**

إذا قيد المشرع الاعتداء أو ربطه في مصدره بالشخص الاعتباري العام أو أي شخص يخضع في قضائه للقضاء الإداري، وإن كان قيده أيضا في أسلوبه بالوسيلة التي تدخل في اختصاص الشخص العام، فإنه أفرد أيضا شروطا موضوعية تنم عن درجة خطورته ودرجة عدم صحته فيجب أن يكون الاعتداء من ناحية أولى حسبها (atteinte grave) وغير مشروع بشكل بين (manifestement illégale) من الناحية الثانية، ومن هنا يشترط في الاعتداء المعتبر في طلب الحماية المستعجلة للحرية الأساسية أن يكون متصفا بالجسامة وعدم المشروعية الظاهرة.

المطلب الأول: من حيث جسامة الاعتداء:

ليس كل اعتداء على حرية أساسية هو بالضرورة اعتداء جسيم يستوجب استدعاء نظام الحماية المستعجلة⁽⁸⁾ فالحرية الأساسية قد تكون عرضة لاعتداء لكنه بسيط وهي هنا لا تستأهل السلطات غير المألوفة في القانون العام التي يتمتع بها لأول مرة قاضي الأمور المستعجلة الإدارية ويمكن للمتضرر اللجوء إلى القضاء الإداري بشكل عادي في صورة دعوى إلغاء أو تعويض.

كما قد يقع على الحرية اعتداء بالغ الجسامة والذي يخرج معه العمل من طبيعته الإدارية نحو مجرد عقبة مادية وتستوجب هذه الحالة صدها بدعوى التعدي (أو الغصب) (la voie de fait) فالاعتداء المشروط إذا في دعوى الحماية المستعجلة للحرية الأساسية يتوسط نوعي الاعتداء السابقين البسيط والبالغ الجسامة.

الفرع الأول: معنى الاعتداء الجسيم

إذا كان المشرع لم يحدد ما يقصده بالاعتداء الجسيم، فإن القاضي يتصدى لتحديد هذا المفهوم، ليس تحديدا عاما لكل القضايا وإنما على ظروف كل دعوى وذلك بالاعتماد على عدة أمور واعتبارات يضعها القاضي عادة نصب عينيه⁽⁹⁾ نذكر منها مثلا:

* أولا : أدلة المدعي الواقعية والقانونية، حيث يقع على عاتق هذا الأخير التدليل على قدر ما ينطوي عليه التصرف الإداري من ضرر شخصي معتبر، فيحدد نوعه وقدره بشكل كاف لإقناع القاضي بمدى اهتزاز حرية أو حق ما، وتطبيقا لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي ما تقدم به جزائري من أسباب لإبطال قرار ترحيله إلى الجزائر ذلك أنه تمسك بالضرر اللاحق به نتيجة عدم استقرار الأوضاع في بلاده وإمكانية تعريض حياته للخطر، لم يكن كافيا حيث لم يحدد بدقة طبيعة الاضطرابات، الموجودة في الجزائر والتي تشكل خطرا جسيما على حريته.

فيقع على عاتق المدعي التزام بأن يثبت بأن التصرف المطعون فيه ينطوي على اعتداء جسيم على أحد حقوقه أو حرياته بأن يدلل بشكل واضح على حجم الضرر اللاحق به وليس مجرد أقوال غير مدعمة بأدلة واقعية.

* ثانيا وهو اعتبار يتحدد بأثر التصرف المطعون فيه حيث تبين أثار الاعتداء مقدار جسامته، وإذا ترتبط الجسامة بالأثار الخطيرة للتصرف وقدر ما يناله الطاعن من ضرر، فاعتبر مجلس الدولة الفرنسي مثلا⁽¹⁾ الضرر متوافر وبالتالي وجود الاعتداء الجسيم بالنسبة لقرار رفض تجديد جواز السفر لما ينطوي عليه من تقييد غير مقبول لحرية التنقل خارج فرنسا وما يترتب من آثار ضارة بليغة للطاعن.

* ثالثا: وهو اعتبار يتصل بأسباب التصرف المطعون فيه فكلما كانت أسباب

الإدارة تصرفها غير مقبولة كلما كان ذلك دليل على توافر عنصر الجسامة في التعدي، فإذا كان للإدارة الحق في القيام بتصرف ما فينبغي أن يكون ذلك في إطار الأسباب الطبيعية له، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي في أنه إذا كان للإدارة الحق في فصل المدعي لعدم مهنية، فإنه لا يجوز لها فعل ذلك إن كانت أسباب الطرد تعود لاختلاف في وجهات النظر بينه وبين رؤوسيه، لأن ذلك يعد اعتداء جسيما على حريته في التعبير عن الرأي.

*رابعاً: طبيعة التصرف المطعون فيه أيضاً قد تكون أحيانا سبيلا لتعيين مقدار الضرر الناتج عنه ليس بالنظر إلى ما تضمنه التصرف في حد ذاته وإنما لأن له طبيعة خاصة تزيد من حدة جسامته واعتدائه على الحق كأن يكون من أمثلة القرارات التي تنفذ مباشرة فور صدورهما، ولا توقفها دعوى الالتماس إذا رفعت، فلا سبيل هنا إلا الاستنجد بقاضي الاستعجال الإداري، ومثال ذلك قرار طرد الأجنبي من الإقليم وما يترتب عنه من تهديد للحق في الحياة العائلية.

الفرع الثاني: خصائص الاعتداء الجسيم⁽¹⁾

ترتبط جسامته الاعتداء بضرورة توافر خاصيتين أو أمرين:

- أولهما: أن يكون الاعتداء قد وقع فعلا، أي يترتب على الاعتداء ضررا حالا وليس مؤجلا (Immediat)، فالعبرة ليست بالتصرف وإنما بما ينتج عنه بمن آثار خطيرة تؤثر على حرية، فإذا كان المجال الزمني واسعا يبين صدور الفعل وترتيب آثاره، فإنه لا يكون ثمة تهديد ولا ضرورة لتحريك الحماية المستعجلة، وتطبيقا لذلك إذا استنفذ التصرف غرضه بتنفيذه أو انقضاء مدته فإنه يكون قد فقد القدرة القانونية والواقعية على إلحاق الضرر بأنه حرية أو حق، ومع ذلك فإن هذا الأصل ليس مطلقا إذ يوجد من التصرفات ما تبقى منتجة لآثارها حتى بعد انقضائها بالتنفيذ، ومثالها قرار الطرد من الإقليم الذي يسري في الزمن ببقائه، لأنه يحرم الأجنبي من دخول الإقليم مرة ثانية، لذلك يبقى تنفيذه متعديا على الحق في التنقل اعتداء جسيما كما يقضي شرط وقوع الضرر فعلا أن يكون حقيقة واقعية وليس مجرد توهم من الطاعن.

- أما الأمر الثاني: فيتعلق بطبيعة الضرر وذهب في ذلك مجلس الدولة الفرنسي إلى

عدم التفريق بين الضرر المالي وغيره، فحتى لو كان الضرر يمكن تفاديه بمقابل مادي هذا لم يعد حائلا دون أن يكون سببا لوقف تنفيذ العمل الإداري بل وسببا لطلب الحماية المستعجلة كما أكد على ذلك مجلس الدولة في قراراته.

المطلب الثاني: عدم مشروعية الاعتداء الظاهرة:

لا يكفي شرط الجسامة في الاعتداء ليحقق اللجوء إلى الحماية الاستعجالية للحرية الأساسية، وإنما ينبغي أن يتجلى وجه عدم المشروعية (manifestement illégale). ومن الراجع أن المشرع لم يقصد عدم المشروعية ذاتها، لأن عدم مشروعية تصرف ما يكون كافيا للطعن فيه أمام القضاء الإداري دون الحاجة إلى نص يقرره بذاته، فيفهم من الشرط على أن الهدف منه أن يكون عيب عدم المشروعية ظاهرا، لأن قاضي الاستعجال هو قاضي الظاهر (le juge de l'apparence) فلا تمتد يده إلى بحث موضوع النزاع وإنما يكتفي بظاهر الأشياء فقط.

ولعل ما يؤيد هذا القول هو ما منحه المشرع⁽¹²⁾ من مجال زمني محدود للنظر في الطلب، والذي قيده بمدة 48 ساعة وهي مدة قصيرة جدا لاستماع القاضي الاستعجالي بالتمعن في أوراق الطلب، بل يكتفي باستنتاج عدم المشروعية من ظاهر الأوراق، ويحقق المشرع بشرط جلاء عدم المشروعية أمرين لفائدة القاضي أولهما مراعاة مقتضيات مهمته كقاضي أمور مستعجلة، فلا يتجاوز الظاهر إلى الباطن (الموضوع)، أما ثانيهما فسرعة الفصل في طلب الحماية التزاما بالمعيار الذي حدده المشرع.

وقد طرح الفقه في فرنسا مسألة التطابق بين عدم المشروعية الظاهرة وعدم المشروعية الجسيمة التي تبلغ الإدارة في مخالفة القانون فيها مبلغا معتبرا يحيل تصرفها إلى مجرد عقبة مادية، بل إلى مجرد عمل معدوم كما هو معروف في حالة التعدي، وعلى هذا النحو فإن هذا القول مردود عليه، ذلك لأن المشرع لم يقصد بعدم المشروعية الظاهرة عدم المشروعية الجسيمة ليس بسبب الاعتبارات التي تم ذكرها سابقا وإنما أيضا ما ذهب إليه مجلس الدولة في فرنسا في عدم اشتراط عدم المشروعية الجسيمة، بل إن مقتضيات نص المادة 521 مرافعات فرنسية وما يقابلها لدينا في نص المادة 920

ق إ م وإ، اشترطت أن تكون وسيلة الاعتداء من اختصاص الشخص المعنوي العام. وعندما ينتاب النص المحدد لسلطات الإدارة غموض أو إبهام يصعب معه تحديد نطاق هذه السلطات فجرى العمل في مجلس الدولة الفرنسي أن يقضي وفق القواعد العامة في حماية الحرية فيجعلها الأصل والقيد هو استثناء مفسرا الشك لصالح الطاعن ومكرسا الحماية على حرته معتبرا الاعتداء عليها معيبا بعدم المشروعية الظاهرة.

الخاتمة:

جاءت المادة 920 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتكرس لأول مرة حماية مستقلة للحرية الأساسية، وأحاطها المشرع بجملة من الشروط التي تعكس خصوصيتها وتفردا عن باقي الدعاوى، وحتى تحقق الهدف من وراء تسريعها كوسيلة استثنائية استعجالية لحماية الحقوق والحريات من كيد الإدارة .

وناقشنا فيما تقدم الشروط المتعلقة بطبيعة الاعتداء وأردنا من خلال ذلك تأكيد منحى المشرع في اختلاف الشرط عن أمثاله في دعاوى أخرى، وتجسيد وجه الخصوصية في هذا الشرط بما يفرضه له من تفرد من ناحيتين اثنتين.

من حيث الطبيعة الذاتية أو الشخصية التي ترتبط وجودا وعدما بضرورة توافر الشخص المعنوي العام أو الهيئات الخاضعة في حل منازعاتها للقضاء الإداري كأحد أطراف الدعوى، وفي استعمال كذلك وسائل الإدارة عند الاعتداء، أي أن يكون الاعتداء بمناسبة ممارسة اختصاصات والسلطات.

أما من حيث الطبيعة الموضوعية للاعتداء في دعوى الحماية المستعجلة للحرية الأساسية، فتوافر باقتراح شرط جسامة الاعتداء مع صفة عدم المشروعية الظاهرة، وهي أكثر الشروط قوة والتي من خلالها تم الاعتراف بآلية الحماية المستعجلة الأساسية.

الهوامش:

- (1) - انظر حول نظرية المرفق العام لكل من: د: بعلي محمد الصغير، القانون الإداري، دار العلوم، الجزائر، 2004، ص 204 وما بعدها. و د: عيسى رياض، نظرية المرفق العام في القانون المقارن، د.م.ج، الجزائر، 1985، ص 11 وما بعدها. و د: عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الثاني، النشاط الإداري، المؤسسة الوطنية للكتاب ود.م.ج، الجزائر، 1990، ص 59 وبعدها.

- (2) - انظر : د: محمد فاروق عبد الحميد، نظرية المرفق العام في القانون الجزائري بين المفهومين التقليدي والاشتراكي، دراسة مقارنة، د.م.ج، الجزائر، 1987، ص 62 وما بعدها.
- د: سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، دراسة مقارنة، 1989، ص 359 وبعدها.
- د: محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 211 .
- (3) Riveron Jens , droit administratif , Dalloz , paris, 1994, p 441-442.
- (4) د: محمد باهي أبو يونس، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 81 .
- (5) انظر : د:محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005 .
- د: سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية و الإجراءات أمام القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، منشأة المعارف، مصر، 1991 .
- (6)Abraham (r) , l' avenir de la voie de fait et le réfère administratif ,Dalloz , paris, . 1996 , p 1 ets
- (7) انظر حول أنشطة الإدارة: د : محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص 203 وما بعدها.
- طاهري حسين، القانون الإداري، والمؤسسات الإدارية، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص 95.
- (8) د: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 84 .
- (9)Touvet (l) ; conclusions sur c.e ,19 janvier 2001 , r . e . d . a 2001 p 376.
- (10) و يتعرض في ذلك لرقابة مجلس الدولة في تقدير الجسامة.
- (11) حكم ورد ذكره في مرجع د: محمد باهي أبو يونس، المرجع السابق، ص 87 .
- (12) المرجع نفسه، ص 92 و ما بعدها.
- (13) انظر: عبد الله مسعودي، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 203.

الدعوى شبه الاستعجالية في مادة إبرام العقود والصفقات

أ / نادية تيباب

كلية الحقوق - جامعة بجاية



مقدمة

أمام اتساع النشاط التعاقدي والحرص على تحقيق أهداف المصلحة العامة وتجسيد مبادئ المنافسة الشريفة والمساواة، لم تتوقف جهود المشرع ومساعيه عند تقرير الحق في إلغاء كل قرار يمس بشفافية الصفقات ونزاهتها وتعتبر آخر فمجال تدخل القضاء الإداري لم يقتصر على قضاء الإلغاء فقد تطلب الأمر تقرير الحق في رفع دعوى استعجالية تحمي القواعد والمبادئ التي عمل على تكريسها كل من تنظيم الصفقات العمومية وقانون الوقاية من الفساد ومكافحته¹.

يعتبر الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات واحد من مستجدات قانون رقم 08-09² يندرج في إطار الفصل الخامس من الباب الثالث المعنون "بالاستعجال" في مادة إبرام العقود والصفقات وذلك للمكانة التي تحتلها عملية إبرام العقود والصفقات ضمن نشاطات الإدارات ودورها في عملية البناء والتطوير وتلبية الاحتياجات العامة، مما يعني أن تنظيم الاستعجال فيها أمر حتمي³ رغبة من المشرع في تجسيد آلية سريعة لمواجهة المخالفات في مجال العقود والصفقات حتى ولو أنها وقتية⁴.

أمام خلو النصوص القانونية المنظمة للاستعجال من الإشارة إلى مفهومه، فإن الآراء الفقيهة والأحكام القضائية في هذا المجال قد تعددت حيث عرفه بعض الفقهاء بأنه "توافر أمر يتضمن خطراً داهماً أو يتضمن ضرراً لا يمكن تلافيه إذا لجأ الخصوم إلى القضاء العادي".

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة

التي لا تتحقق من اتباع الإجراءات العادية للتقاضي نتيجة توافر ظروف تمثل خطراً على حقوق الخصم أو تتضمن ضرراً قد يتعذر تداركه وإصلاحه⁵.

وقيل أيضاً بأن الاستعجال هو "إجراء مختصر واستثنائي يسمح للقاضي باتخاذ قرار وقتي في المسألة المتنازع عليها التي لا تحتل التأخير"⁶.

كما حاول القضاء المساهمة في تعريف الاستعجال بالمحاولات الآتية:

1. فقد عرفته محكمة النقض المصرية بما يلي "يقوم اختصاص القضاء المستعجل بالدعوى المستعجلة على توافر الخطر والاستعجال الذي يبرر تدخله لإصدار قرار وقتي يراد به ردّ عدوان لا يمكن تداركه إذا فات الوقت".

2. كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا الاستعجال "...يتعين على القضاء الإداري ألاّ يوقف تنفيذ قرار إداري، إلّا عند قيام ركن الاستعجال بمعنى أن يترتب على تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه بالإلغاء نتائج يتعذر تداركها"⁷.

من التعاريف السابقة وغيرها نستخلص أنه من الصعب وضع تعريف جامع لمفهوم الاستعجال لكونه مفهوماً مرناً يرجع تقديره للقاضي حسب نوع الطلب المستعجل وموضوعه وأطرافه والمصالح المهددة وغيرها من العناصر، فهو يقرر حماية قضائية عاجلة لأحد الخصوم بسبب بطء القضاء الموضوعي وطول إجراءاته.

فالقضاء الاستعجالي قضاء وقتي بطبيعته لا يحسم نزاعاً بصفة نهائية ولا يحوز على قوة الشيء المقضي به، فهو عمل قضائي الغرض منه الفصل بأقصى سرعة ممكنة وبطريقة مؤقتة شرط ألاّ يتعرض القاضي في حكمه لأصل الحق⁸.

فما هي خصوصية الدعوى الاستعجالية الخاصة بمنازعات الصفقات العمومية ؟

المبحث الأول

الشروط الشكلية لقبول دعوى الاستعجال

دعوى الاستعجال باعتبارها دعوى قضائية تخضع في تحريكها للشروط والإجراءات القضائية المقررة قانوناً، فلا يمكن أن يقبل القاضي المختص بدعوى الاستعجال والفصل فيها ما لم تتوافر على الشروط المقررة لقبولها والتي تعرف اصطلاحاً بـ "شروط القبول"⁹.

إن الشروط المقررة قضاءً وفقهاً وتشريعاً وتنظيماً هو أن تنصب دعوى الاستعجال

على قرار إداري له مواصفات وخصائص القرار الإداري (فرع أول) و شرط الصفة والمصلحة والأهلية (فرع ثاني) و شرط الاختصاص (فرع ثالث).

الفرع الأول: أن تنصب دعوى الاستعجال على قرار إداري من أهم شروط الدعوى الإدارية أن تنصب على قرار إداري وهو ما أكدته صراحة المادة 801 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

- دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:
- الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية،
- البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
- المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،
- دعاوى القضاء الكامل،
- القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

يبدو جلياً أن المشرع قد اشترط لرفع الدعوى الإدارية أن يكون محلها قراراً إدارياً بالمفهوم القانوني للقرار الإداري وهو ذلك العمل القانوني الصادر عن السلطات الإدارية المختصة في الدولة بإرادتها المنفردة، قصد إحداث آثار قانونية بإنشاء مركز أو مراكز قانونية أو تعديله أو إلغائه.

ورغم أننا في إطار منازعة متعلقة بصفقة عمومية التي تكيف على أنها عقد إداري الذي يختلف في موضوعه وجوهره عن القرار الإداري فقد قبل القضاء بأن يكون محلاً لدعوى الاستعجال وحتى الإلغاء، وذلك باعتبار القرارات الصادرة بخصوص الصفقة العمومية قرارات إدارية منفصلة.

يمكن تعريف القرارات الإدارية المنفصلة على أنها "قرارات تكون جزءاً من بنية عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري ولكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية ويقبل الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلاً عن ذات العقد".

كما يمكن تعريفها بأنها "تلك الأعمال الصادرة عن الإرادة المنفردة للإدارة تساهم

في تكوين عقد من العقود الإدارية ومن ثم يمكن فصلها عن ذات العقد المرتبطة به وبالتالي يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء استقلاً عن العملية العقدية¹⁰.

الفرع الثاني: شرط الصفة والمصلحة والأهلية

دعوى الاستعجال باعتبارها دعوى قضائية في طبيعتها وخصائصها فلا يمكن قبولها من طرف الجهة القضائية المختصة إلا إذا توافر في رافعها شرط الصفة والمصلحة وهو المبدأ الذي وضعته المادة 13 من قانون رقم 08-09 وجاء فيها "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقررها القانون".

واضح من النص أن الأهلية لم تعد شرطاً لقبول الدعوى سواء أمام الجهات القضائية العادية أو الإدارية¹¹ لورود نص المادة 13 تحت عنوان الكتاب الأول "الأحكام المشتركة لجميع الجهات القضائية".

لقد اختلف الفقهاء في مدلول شرطي الصفة والمصلحة فمنهم من يعتبرهما شرطين منفصلين ومنهم من يعتبر الصفة شرطاً في المصلحة.

ولعل التساؤل الذي يطرح في هذا الصدد هو مدى تمتع المتعامل المتعاقد بالصفة؟ ليس أمامه قاضي العقد وهو قاضي القضاء الكامل وما له من ولاية إلغاء القرار غير المشروع وتصحيح الوضع والتعويض عنه؟ أو بتعبير آخر هل للمتعامل المتعاقد الصفة لرفع دعوى الاستعجال؟

يذهب أغلب الفقهاء إلى القول بأن المتعامل المتعاقد ليس أمامه سوى اللجوء إلى قاضي العقد لحسم جميع المنازعات المتعلقة بالعقد، لأن المتعاقد إن ذهب إلى قضاء الإلغاء سيواجه حتماً بفكرة الدعوى الموازية لكن الأستاذ رشيد خلوفي يرى أن هذه الدعاوى ضد هذا النوع من القرارات لا تشكل دعوى موازية.

الواقع أن فكرة الطعن في القرارات المنفصلة من طرف المتعامل المتعاقد هي فكرة تجافي المنطق فكيف يُترك قاضي العقد بصلاحياته الواسعة ليتم الذهاب إلى قاضي الإلغاء وعلى فرض أنه حصل على حكم من قاضي الإلغاء فيجب عليه الرجوع إلى قاضي العقد لكي يرتب الآثار القانونية لهذا الحكم ومن ثمة فهو تضييع للوقت والجهد والمال بين جنبات القضاء.

لكن القضاء المقارن بصفته قضاءً مبتكراً أوجد بعض الاستثناءات حيث أجاز

للمتعاملين مع الإدارة الطعن عن طريق الاستعجال وعن طريق الإلغاء ضد القرارات التي تصدر عنها باعتبارها صاحبة سلطة عامة وليس بصفتها مصلحة متعاقدة ضد القرارات الإدارية المنفصلة -السالفة الذكر- المتعلقة بمرحلة الإبرام فإذا حدث وأن أصدرت الإدارة قرارات بشأن تنفيذ الصفقة أو على الصفقة ذاتها فتعتبر قرارات غير قابلة للطعن فيها لا بالإلغاء ولا بالاستعجال لأنها صادرة عن الإدارة باعتبارها مصلحة متعاقدة.

بالإضافة إلى الصفة يشترط في رافع الدعوى المصلحة التي يجب أن تكون مباشرة وأن تكون شخصية ومشروعة.

وفي مجال الصفقات العمومية يأخذ شرط المصلحة طابعاً خاصاً وذلك انطلاقاً من فكرة أن القرار المنفصل لا يؤدي بذاته إلى إلغاء الصفقة العمومية، وإنما يبقى العقد أو الصفقة قائماً حتى يطلب أحد أطرافه إلغاءه أمام قاضي العقد تأسيساً على الحجية المطلقة للحكم الصادر بإلغاء القرار المنفصل وهو ما جعل القضاء والفقه الإداريين يقران في العديد من الحالات عدم وجود المصلحة في رفع دعوى الاستعجال ودعوى إلغاء القرار الإداري المنفصل لأنه لا يؤدي في النهاية إلى المساس بالصفقة العمومية.

الفرع الثالث: شرط الاختصاص

يعرف الاختصاص على أنه ولاية جهة قضائية ما للنظر في النزاعات. وهو صلاحية جهة قضائية للنظر في نزاع في الحدود المرسومة لها قانوناً.

ويعرف كذلك بأنه نصيب الجهة القضائية من النزاعات التي تعرض على القضاء أي المنازعات التي تكون للجهة القضائية سلطة للفصل فيها نوعاً ومكاناً¹².

يختلف شرط الاختصاص القضائي عن قاعدة الاختصاص الإداري إذ يقصد بالاختصاص الإداري مجموعة القواعد والشروط الواجب إتباعها لإعداد وتطبيق وإبطال القرار الإداري، بينما يتعلق الاختصاص القضائي بأهلية القاضي للفصل في النزاعات المحددة قانوناً.

يعتبر شرط الاختصاص القضائي من أهم شروط قبول الدعوى الإدارية حيث لا ينظر القاضي الإداري في الشروط الأخرى إلا بعد تأكده من الاختصاص الذي يعتبر من النظام العام.

إن الولاية والاختصاص القضائي بالدعاوى الإدارية هي معقودة أصلاً وأساساً لجهات القضاء الإداري بالنسبة للدول التي تطبق نظام الازدواجية القضائية¹³.

وفي إطار إصلاح القضاء نص التعديل الدستوري لسنة 1996 على انتقال النظام القضائي الجزائري من الوحدة إلى الازدواجية، فتم إنشاء مجلس الدولة بناءً على نص المادة 152 من الدستور وعلى إثر ذلك صدر قانون رقم 98-01 المنظم لمجلس الدولة وقانون رقم 98-02 المتعلق بالمحاكم الإدارية وقانون رقم 98-03 المتعلق بمحكمة التنازع لكن على المستوى القانوني بقي قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 هو المطبق بإحالة من المادة 40 من قانون رقم 98-01 والمادة 2 من قانون رقم 98-02.

وفي إطار إتمام مسيرة الإصلاح صدر قانون رقم 08-09 المتضمن لقانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث خصص المشرع أحكاماً قانونية جديدة تنظم عمل المحاكم الإدارية ومجلس الدولة في الكتاب الرابع تحت عنوان "في الإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية".

إن الحديث عن مسألة الاختصاص القضائي في باب المنازعة الإدارية يعني البحث عن الجهة المختصة بالنظر في النزاع المطروح والحديث عن الاختصاص القضائي يعني الحديث عن الاختصاص النوعي والمحلي للمحاكم الإدارية (أولاً) وكذا مجلس الدولة (ثانياً).

أولاً: الاختصاص النوعي

يقصد به تحديد أنواع معينة ومحدودة من القضايا والنزاعات التي يعود فيها الاختصاص لجهة القضاء الإداري دون غيرها من الجهات القضائية الأخرى¹⁴.

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية مسألة الاختصاص النوعي لجهات القضاء الإداري ضمن القسم الأول من الكتاب الرابع تحت عنوان "في الاختصاص النوعي" من المادة 800 إلى غاية المادة 802.

أ. الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية تحديد أنواع معينة ومحددة من القضايا والنزاعات التي يعود فيها الاختصاص للمحاكم الإدارية دون غيرها من

الجهات القضائية الأخرى.

بالرجوع إلى نص المادة 801 من قانون رقم 08-09 نجدها تنص على "تختص المحاكم الإدارية كذلك بالفصل في:

1. دعاوى إلغاء القرارات الإدارية والدعاوى التفسيرية ودعاوى فحص المشروعية للقرارات الصادرة عن:

- الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية،
 - البلدية والمصالح الإدارية الأخرى للبلدية،
 - المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية،
2. دعاوى القضاء الكامل،

3. القضايا المخولة لها بموجب نصوص خاصة".

من قراءة نص المادة يلاحظ أن المشرع قد جمع بين اختصاصات الغرف الإدارية الجهوية والغرف الإدارية المحلية وأحالتها إلى المحاكم الإدارية دون أن يصنف هذه الأخيرة إلى جهوية ومحلية فهي تختص طبقاً للفقرة الأولى من المادة 801 بدعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية للقرارات الصادرة عن الولاية والمصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية والبلدية¹⁵ والمؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية وهنا قد أحسن المشرع بعدم تمييز القرارات الصادرة عن الولاية بجهة قضائية خاصة بها وهذا يحقق مبدأ هام هو تقريب العدالة من المواطن¹⁶.

لكن المشرع سرعان ما أعاد المساس بمبدأ الولاية العامة ففي نفس المادة والفقرة نص على أن المحاكم الإدارية تنظر في الدعاوى المرفوعة ضد القرارات الصادرة عن المؤسسات العمومية المحلية ذات الصبغة الإدارية فقط دون المؤسسات العمومية الأخرى إلا أن المشرع أعلن بمناسبة التعديل الذي أعلنت عنه المادة 2 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 أشخاصاً قانونية تختلف من حيث طبيعتها ومن حيث مهامها ومن حيث القانون الذي تخضع له فإلى جانب المؤسسات العمومية الإدارية، ذكر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني

والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتقني، والمؤسسات العمومية ذات الطابع التجاري والصناعي فلا يمكن اعتبار قراراتها بمثابة قرارات إدارية ولا يمكن اعتبار منازعاتها من قبيل المنازعات الإدارية¹⁷ تطبيقاً للمفهوم العضوي للمنازعة الإدارية المكرس بمنطوق المادة 800 من ق إ م وإ.

ولا تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية بمنظور المادة 801 ولا نجد النصوص المنظمة لهذه المؤسسات ما يدل على الجهة المختصة بمنازعاتها.

إن هذه الشمولية لمجال تطبيق تنظيم الصفقات العمومية سيحدث إشكالات عملية على المستوى القضائي في غاية التعقيد إذا كانت هذه المؤسسات طرفاً في العقد فإن هذا العقد سيخضع لتنظيم الصفقات العمومية سواء من حيث طرق إبرام أو الإجراءات أو الرقابة أو التنفيذ أو من حيث ممارسة سلطات المصلحة المتعاقدة.

فإذا حدث نزاع طرحت إشكالية الاختصاص القضائي فهل تعود المنازعة لاختصاص القاضي العادي أم لاختصاص القاضي الإداري؟!.

ليس من السهل الإجابة على هذا السؤال وذلك بالنظر لآثاره من الناحية القانونية، فلو سلمنا أن الاختصاص سينعقد للقاضي العادي اعتباراً من أن المنازعة لا تجد أحد أطرافها شخص من الأشخاص المحددين حصراً في المادة 800 من قانون رقم 08-09 فإن هذا الحل وإن كان يكرس المعيار العضوي المعمول به في ظل قانون رقم 08-09 فإنه يطرح إشكالية أن الصفقات العمومية تنطوي على أحكام نجدها مقننة وثابتة في تنظيم الصفقات العمومية وهي في مجموعها قواعد تنطوي على الطابع الإداري المحض، بما يجعلها تختلف اختلافاً كبيراً عن العقود المدنية والتجارية هذا ما يضعف من درجة اعترافنا باختصاص القاضي العادي لما لهذا الاعتراف من أثر سلبي في محاولة نقل قواعد القانون الخاص وتوظيفها على منازعة هي أقرب ما تكون إدارية.

كما أن الإشكال يثور أيضاً إذا ما أسندنا الاختصاص للقاضي الإداري اعتباراً من أن المنازعة تدور حول صفقة عمومية، وهذه الأخيرة عقد إداري فيجب أن ينظر فيها القاضي الإداري غير أن مثل هذا الحل من شأنه أن يهز المعيار العضوي المعتمد عليه في توزيع الاختصاص بين جهات القضاء العادي وجهات القضاء الإداري فنكون

أمام اختصاص للقاضي الإداري رغم أن أحد أطراف المنازعة إحدى المؤسسات - السالف ذكرها- لذلك ذهب الأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي إلى الحكم على هذا التعدد المفرط للمؤسسات المشمولة بالمادة 2 بعدم الجدوى¹⁸.

وإذا كان التناقض يثار بين المعيار العضوي المكرس في كل من تنظيم الصفقات العمومية و ق إ م وإ فليس هو التناقض الوحيد، فبالرجوع لأحكام المادة 27 من قانون رقم 06-01 التي حددت الهيئات الإدارية بمفهوم قانون مكافحة الفساد فلم يعتبر مراكز البحث والتنمية والمؤسسات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني هيئات يجوز لها إبرام الصفقات العمومية، مما يؤدي إلى إحداث أثار قانونية خطيرة وإلى عدم تجانس النصوص القانونية الخاصة بمجال الصفقات العمومية.

ويبقى اختصاص القضاء الإداري هو الاحتمال الوارد مع أنه هدمًا صارخًا للمعيار العضوي على أساس معيار "الوكالة" مؤيدين بذلك رأي الأستاذ خلوفي رشيد لأنه ورد في المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية العبارة التالية "...عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليًا أو جزئيًا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة" فوجود عبارة "تكلف" تعني وجود موكل هو الدولة كلف وكيل وهي هذه المؤسسات التي جاءت في صلب المادة 2 للقيام بعمل ما لحساب الدولة ولمصلحتها.

فامتداد نطاق تطبيق تنظيم الصفقات العمومية على الوجه المحدد في المرسوم الرئاسي رقم 10-236 إنها يدل على رغبة المشرع في توسيع نطاق الرقابة على النفقات العمومية المخصصة أساسًا للاستثمارات التنموية، خاصة في ظل صرامة الإجراءات التي تمر بها عملية إبرام الصفقات ناهيك عن الرقابة المفروضة في كل مرحلة من مراحل عمر الصفقة سواء قبل الإبرام أو أثناءه أو حين التنفيذ، الأمر الذي يقلل من احتمال وقوع أفعال وممارسات تمس بنزاهة وشفافية الصفقة أو حتى تفاديًا لسوء التقدير والتخطيط خاصة وأن الأموال المتعاقد بها ممولة كليًا أو جزئيًا بمساهمة مؤقتة أو نهائية من ميزانية الدولة.

كما أن مجلس الدولة لا يزال يحتكر القرارات الصادرة عن السلطات المركزية طبقًا لنص المادة 901 من قانون رقم 08-09 وهذا فيه مساس بمبدأ التقاضي على درجتين كما

يمس بالمبدأ الذي يجعل المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة.
نلاحظ أيضاً أن المشرع قد أضاف إلى اختصاص المحاكم الإدارية الدعاوى المتعلقة بقرارات المصالح غير المركزية للدولة على مستوى الولاية والمتمثلة في المديرية التابعة للوزارة¹⁹.

تثار هنا مجموعة من الأسئلة بما أن هذه المديرية لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي بأهلية التقاضي - باستثناء البعض منها- فمن يمثلها أمام القضاء الوالي أو الوزير؟ أم نفهم من هذا التعديل أنه أصبح لديها أهلية التقاضي؟ أم أن التعديل يتعلق فقط بتلك المديرية التي لها أهلية التقاضي بموجب القانون الخاص الذي ينظمها مثل مديرية الضرائب؟

ومع ذلك تعتبر هذه الإضافة خطوة حسنة قام بها المشرع حيث وسع من الولاية العامة للمحاكم الإدارية.

وهكذا يتحدد الاختصاص القضائي للمحاكم الإدارية على أساس معيار عضوي يستند إلى وجود أحد أشخاص القانون العام طرفاً في النزاع كما هو مشار إليه في المادة 800 فقرة 2 من قانون رقم 08-09.

وللمعيار العضوي أهمية عملية تتمثل في سهولته حيث يستطيع المتقاضي العادي تحديد مجال اختصاص القاضي الإداري بصفة مسبقة إذ يكفي أن يكون خصمه أحد الأشخاص العمومية المذكورة في المادة 800 فقرة 2 من قانون رقم 08-09 لتوجيه دعواه أمام القضاء الإداري²⁰.

ومع ذلك نجد أن المشرع قد وسع من اختصاص القضاء الإداري ليمتد إلى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الاقتصادية التي كانت المادة 7 والمادة 800 فقرة 2 قد أخرجتها من اختصاصها ذلك أن المادتين لم تذكر إلا المؤسسة العمومية ذات الصبغة الإدارية.

وفي إطار إعادة هيكلة المؤسسة الاقتصادية تم إصدار قانون رقم 88-01²¹ ويظهر من محتوى مادتيه 55 و 56 أن المشرع قد أدخل قواعد غير عادية تحيل بعض نزاعات هذه المؤسسات إلى القضاء الإداري، فجاء في المادة 55 "عندما تكون المؤسسة

العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لتسيير مباني عامة أو جزء من الأملاك العامة الاصطناعية وذلك في إطار المهمة المتوسطة بها، يضمن تسيير الأملاك العامة طبقاً للتشريع الذي يحكم الأملاك العامة.

وفي هذا الإطار، يتم التسيير طبقاً لعقد إداري للامتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعة المتعلقة بملحقات الأملاك العامة من طبيعة إدارية" كما نصت المادة 56 على "عندما تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتسلم بموجب ذلك وباسم الدولة ولحسابها ترخيصات وإجازات وعقود إدارية أخرى فإن كفاءات وشروط ممارسة هذه الصلاحيات وكذلك تلك المتعلقة بالمراقبة الخاصة بها تكون مسبقاً موضوع نظام مصلحة يعد طبقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما".

طبقاً لهاتين المادتين يؤول الاختصاص للقاضي الإداري، وما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام هو الإلغاء الجزئي لقانون رقم 88-01 المذكور أعلاه بأمر رقم 95-25 باستثناء البابين الثالث والرابع علمًا أن المادتين 55 و56 تقعان في الباب الرابع، وعليه سيستمر العمل بهما حتى في إطار قانون رقم 08-09 وهكذا تؤول المؤسسة العمومية الاقتصادية إلى اختصاص المحاكم الإدارية²².

ب. الاختصاص الإقليمي (المحلي) للمحاكم الإدارية

يقصد بالاختصاص الإقليمي أية محكمة من المحاكم الإدارية هي المختصة بالفصل في النزاع.

رجوعاً إلى نص المادة 803 من ق إ م و لا يتحدد الاختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية طبقاً للمادتين 37 و38 من ذات القانون طبقاً للقواعد العامة، فلا تتمتع المحاكم الإدارية باختصاص إقليمي خاص بها فيؤول الاختصاص الإقليمي إذن إلى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه.

إلا أن المادة 804 من نفس القانون قد جاءت لتحديد الاختصاص الإقليمي في بعض أنواع الدعاوى وما يهمن في هذا الإطار تلك المتعلقة بالنزاعات الخاصة بالصفقات العمومية فقد نصت المادة 804 على "خلافًا للأحكام المادة 803 أعلاه ترفع

الدعاوى وجوباً أمام المحاكم الإدارية في المواد المسببة أدناه:

1.....

2.....

3. في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه".

وهكذا كان تنظيم المشرع للاختصاص المحاكم الإدارية النوعي والمحلي، وقد قضى بأن كلا من الاختصاصين من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويمكن إثارته من قبل الخصوم أو من تلقاء القاضي المختص بالفصل في المنازعة وفي أي مرحلة من مراحل سير الدعوى الإدارية.

ثانياً: مجلس الدولة

يحتل مجلس الدولة قمة الهرم في التنظيم القضائي الإداري الجزائري وهو خاضع في تنظيمه لما تقضي به أحكام الدستور طبقاً للمواد 119، 143، 152، 153 وكذا أحكام القانون العضوي رقم 98-01 لاسيما المواد 9، 10، 11 كما نصت المواد من 901 إلى 903 من قانون رقم 08-09 على الاختصاصات القضائية لمجلس الدولة²³.

يتضح من هذه المواد أن مجلس الدولة يتمتع باختصاصات تجعل منه قاضي أول وآخر درجة في بعض القضايا(1) وقاضي استئناف ونقض في قضايا أخرى(2).

1. اختصاصات مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة

يتحدد الإطار القانوني لاختصاص مجلس الدولة كقاضي أول وآخر درجة في المادة 9 من قانون رقم 98-01 والمادة 901 من قانون رقم 08-09 فجاء في مضمون المادة 9 أن مجلس الدولة يفصل ابتدئاً ونهائياً في الطعون بالإلغاء والطعون الخاصة بالتفسير ومدى شرعية القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطة الإدارية المركزية وهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية.

هذا النص يشبه تماماً ما ورد في نص المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية، لكن الجديد هو ذكره لعبارة "الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية" وبالتالي التوسع في مجال اختصاص مجلس الدولة على حساب الولاية العامة للمحاكم الإدارية في

دعاوى الإلغاء والتفسير وفحص المشروعية الصادرة عن هذه الأشخاص الجديدة. وإذا رجعنا إلى نص المادة 901 نجدها تنص على "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة". أول ما يلاحظ على نص المادة هو تغيير عبارة "إبتدائياً ونهائياً" بعبارة "كدرجة أولى وأخيرة".

إن سبب هذا التغيير هو النقد الذي وجهه الفقه للعبارة الأولى بحيث أنها تفتح المجال لاحتمال رفع الطعن بالنقض ضد قرارات مجلس الدولة الصادرة نهائياً لأن عمومية عبارة "الجهات القضائية الإدارية" تشمل كذلك مجلس الدولة. كما أن كلمة "نهائية" تدعم هذا الافتراض لأن القرارات الصادرة في إطار المادة 901 تكتسي هذا الطابع لكن المنطق يرفض ذلك فلا يمكن لنفس الجهة القضائية وعلى مستوى واحد أن تنظر في نفس القضية من حيث الموضوع ومن حيث القانون. كما نلاحظ أن المشرع قد استغنى على عبارة "تنظيمية" أو "فردية" فهي إضافة لا فائدة منها بحيث استعمل عبارة "قرارات إدارية" وهي كافية تشمل كل القرارات الإدارية ماعدا ما استثنى بنص أو باجتهاد من القاضي الإداري.

كما أضاف المشرع في المادة 901 فقرة ثانية تنص على اختصاص المجلس بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة وعلى الأرجح أن الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية تندرج ضمنها وهذه الإضافة لنص المادة 901 تثير تساؤلاً هل فعلاً قضاء مجلس الدولة هو قضاء محدد أي قاضي اختصاص؟.

2. اختصاص مجلس الدولة بالاستئناف والنقض

أما فيما يخص هذين الاختصاصين فقد نصت عليهما المادتين 10 و 11 من قانون رقم 98-01 وتقبلهما المادتين 902 و 903 من قانون رقم 08-09.

• الاستئناف:

تنص المادة 902 من قانون رقم 08-09 على "يختص مجلس الدولة بالفصل في

استئناف الأحكام والأوامر الصادرة عن المحاكم الإدارية.

كما يختص أيضاً كجهة استئناف بالقضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة" لقد أضاف المشرع في نص المادة عبارة "أوامر" وهذا لم يكن مذكوراً في المادة 10 كما أنه أضاف فقرة تفتح له المجال للنظر في الأحكام التي تصدر عن جهات أخرى غير المحاكم الإدارية.

• النقض:

تنص المادة 903 من قانون رقم 08-09 على "يختص مجلس الدولة بالنظر في الطعون بالنقض في القرارات الصادرة في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية. يختص مجلس الدولة كذلك في الطعون بالنقض المخولة له بموجب نصوص خاصة". قد استعمل المشرع عبارة "في آخر درجة عن الجهات القضائية الإدارية" وهذا قد يرجعنا إلى الإشكال الذي -عالجناه سابقاً- فهذه العبارة توحى بإمكانية الطعن بالنقض في قرارات مجلس الدولة وكنا قد رأينا بأن هذا غير منطقي، خاصة وأنه في المادة 901 من قانون رقم 08-09 نص بأن مجلس الدولة "يفصل كدرجة أولى وأخيرة" ونجد المادة 903 من نفس القانون لم تستثني مجلس الدولة بنصها "الجهات القضائية الإدارية" كما أن المادة أضافت فقرة تميز الطعن بالنقض بإحالة من نصوص خاصة²⁴.

المبحث الثاني

الشروط الموضوعية لرفع دعوى الاستعجال في مجال الصفقات العمومية

المطلب الأول: صور المخالفات التي يجوز الطعن فيها أمام قضاء الاستعجال بالرجوع إلى أحكام المادة 946 من ق ل م و التي جاء فيها "يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة 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 أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد".

الأصل العام وطبقاً لما هو متعارف عليه في القواعد العامة أن رفع دعوى

استعجالية يقتضي توافر عنصر الاستعجال، فالاستعجال شرطاً أساسياً لرفع الدعوى الاستعجالية.

لكن ما يلاحظ أن المشرع قد خرج عن إطار المعروف، فلم يوضح حالات الاستعجال فاقصر مجاله على الإخلال بالتزامات الإشهار والمنافسة.

واضح أن طبيعة هذه الحالات ليست استعجالية لكن في اعتقادنا أن سبب جعلها من مبررات رفع الدعوى الاستعجالية يعود لأهمية الإشهار والمنافسة فحتى يضمن المشرع حماية فعلية وسريعة جعل الإخلال بأحكام المنافسة والإشهار الأسباب الوحيدة لرفع الدعوى الاستعجالية.

بما يعني بمفهوم المخالفة أن رفع دعوى استعجالية في غير الحالات السابقة سيؤدي لا محالة إلى عدم قبول الدعوى.

المطلب الثاني: أنواع الدعاوى الاستعجالية في مجال الصفقات العمومية

يفهم من نص المادة 946 أن الاستعجال في العقود والصفقات العمومية ينقسم إلى نوعين وذلك على حدّ تعبير المشرع - بجواز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد أو بعده -

1. الاستعجال ما قبل التعاقد²⁵

أدخل الاستعجال ما قبل التعاقد لأول مرة في القانون الفرنسي سنة 1992، وتم إدخال النص على القضاء الاستعجالي في فرنسا تحت تأثير قانون المجموعة الأوروبية للصفقات العمومية من أجل تحقيق التجانس بين القوانين الوطنية والشفافية في منح الصفقات العمومية²⁶ وفي هذا النوع من الاستعجال يتمتع القاضي بسلطة رقابية يُمارسها قبل إبرام العقد من أجل تصحيح أي إخلال يمس القواعد المتعلقة بالإشهار والمنافسة.

2. الاستعجال بعد إبرام العقد

ويُفهم من استعمال المشرع لعبارة "إذا أبرم العقد" وهو غير معروف في القانون المقارن، إذ يرفض القضاء الفرنسي دعوى الاستعجال في العقود والصفقات التي ترفع بعد إبرام العقد²⁷ وفي اعتقادنا هو مصاب في ذلك فما فائدة الاستعجال بعد إبرام العقد أي بعد اكتساب الحقوق واستقرار المراكز القانونية؟

وبذلك يتقرر حق اللجوء إلى القضاء الاستعجالي سواء قبل أو بعد إبرام الصفقة

العمومية رغبةً من المشرع في رصد أي إخلال يمس الصفقة العمومية سواء قبل أو بعد الإبرام وذلك بإخطار المحكمة الإدارية من طرف:

1. كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال وهم المرشحين الذين يتقدمون للحصول على الصفقة.

2. ممثل الدولة على مستوى الولاية وحسب رأيها هو الوالي إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية²⁸.

على أن يعقد الاختصاص للمحكمة الإدارية مكان إبرام العقد وذلك تطبيقاً للمادة 804 ق إ م وإ والتي نصت على "ترفع وجوباً الدعوى أمام المحاكم الإدارية في المواد المسببة أدناه:

1.

2. في مادة الأشغال العمومية أمام المحكمة التي يقع في دائرتها مكان تنفيذ الأشغال.

3. في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها، أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه"²⁹

ولا يختص قاضي المحكمة الإدارية الذي يخطر طبقاً لأحكام المادة 946 ق إ م وإ على شرط صدور قرار إداري مخالف كما هو معروف في الاستعجال طبقاً للقواعد العامة. كما لا يختص بكل المخالفات المتعلقة بإبرام العقود والصفقات، وإنما المتعلقة بالمخالفات الخاصة بالإشهار والمنافسة باعتبارها من المبادئ الهامة التي يقوم عليها إبرام الصفقات وبذلك يكون المشرع قد حدد مجالات أعمال الاستعجال الذي يخص إبرام الصفقات عن طريق المناقصات بأشكالها المختلفة دون أسلوب التراضي باعتبار قواعد الإشهار والمنافسة تخص المنافسة أكثر من أسلوب التراضي.

فكل إخلال بالمواد من 45 إلى 49 من أحكام المرسوم الرئاسي رقم 10-236 ينحول إمكانية رفع دعوى استعجالية، إذ يفرض القانون على كل مصلحة متعاقدة ترغب في التعاقد الالتزام بأحكام النشر والإشهار، إذ يحرم إعلان المناقصة باللغة العربية وبلغه أجنبية واحدة على الأقل وينشر إجبارياً في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل

العمومي وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني وذلك حسبما نصت عليه المادة 49.

كما تضمنت المادة 46 بيانات إلزامية يجب أن يحتويها إعلان المناقصة الذي ينشر في الصحافة³⁰ وغيرها من القواعد والإجراءات الشككية.

لضمان حرية المنافسة والمساواة بين المتعهدين وشفافية الإجراءات وتأمين فعالية الطلبات العمومية³¹.

وعليه فالمخالفات التي يمكن أن تقع وتكون سبباً في رفع دعوى الاستعجال تتمثل في:

- غياب الإشهار
 - غياب إحدى البيانات الجوهرية في إعلان المناقصة
 - عدم النشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي
 - عدم احترام الأجل بين النشر الأول وآخر أجل لإيداع العروض
 - عدم التحديد الدقيق لمحل الصفقة لعدم كفاية معلوماتها
 - اللجوء إلى الاستعجال غير المبرر³².
- إلى غير ذلك من المخالفات التي يمكن أن تحصل عند إبرام الصفقات العمومية. ويتوافر إحدى موجبات الدعوى الاستعجالية يتقرر الحق في رفعها وحتى يحقق الاستعجال الغاية من تقريره، يجب على القاضي أن يفصل في الدعوى في أجل 20 يوماً وهو ما نصت عليه أحكام المادة 947 من قانون رقم 08-09 التي جاء فيها "تفصل المحكمة الإدارية في أجل عشرين يوماً تسري من تاريخ إخطارها بالطلبات المقدمة لها طبقاً للمادة 946 أعلاه".

كما تضيف المادة 2 من قانون المنافسة المعدل والمتمم³³ "أن الصفقة العمومية تخضع لقانون المنافسة من الإعلان إلى غاية المنح النهائي لها".

وبالتالي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بنصوص قانون المنافسة عند إبرام الصفقة العمومية ولما كان الأمر كذلك فالسؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن لمجلس المنافسة متابعة المصلحة المتعاقدة ؟ أو بتعبير آخر هل يمكن الطعن أمام

مجلس المنافسة ضد المصلحة المتعاقدة في حالة إخلالها بمبدأ المنافسة الحرة!³⁴

تُجيب على هذه الإشكالية نص المادة 946 من قانون رقم 08-09 التي جعلت الاختصاص يؤول للمحكمة الإدارية عند الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة، وبالتالي يتحدد مجال تدخل مجلس المنافسة في مراقبة المرشحين للصفقة العمومية دون المصلحة المتعاقدة، خاصة وأن الفقرة الأخيرة من المادة 2 من قانون المنافسة قيدت تدخل مجلس المنافسة بضرورة عدم إعاقة أداء مهام المرفق العام أو ممارسة صلاحيات السلطة العامة، كما لا نجد في قانون المنافسة العقوبات التي تنهش والطبيعة الإدارية لبعض المصالح المتعاقدة المحددة في صلب المادة 2 من تنظيم الصفقات العمومية³⁵.

وفي انتظار تنصيب مجلس المنافسة والتأكد من موقفه حول هذه المسألة، ينبغي التذكير أنه في القانون الفرنسي تم توزيع الاختصاص في قمع الممارسات المقيدة للمنافسة الحرة بين مجلس المنافسة والقضاء الإداري، فإذا كانت الممارسة بفعل إحدى المصالح المتعاقدة فيؤول الاختصاص للقضاء الإداري، أما إذا صدرت الممارسة من طرف عون اقتصادي طبيعي أو معنوي عام أو خاص يمارس نشاط الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات أو الاستيراد فإن الاختصاص يؤول لمجلس المنافسة³⁵.

خاتمة

ويبقى إقحام المشرع للاستعجال في العقود الإدارية والصفقات إجراء يستحق الثناء عليه، مكرساً في ذلك خصوصية لانجدها في القواعد العامة وقد ظهر ذلك بصفة جلية في الأوجه التي يستند إليها للجوء إلى قضاء الاستعجال إلا أنه كان يجب أن يكون مجاله أكثر اتساعاً لرصد أي إخلال يمكن أن يرتكب من المصالح المتعاقدة.

الهوامش:

- 1- قانون رقم 06-01، مؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج 2 عدد 14، الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006، معدل ومتمم بأمر رقم 10-05، مؤرخ في 26 غشت سنة 2010، يتمم القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006 والمتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج 2 عدد 50، الصادرة في 1 سبتمبر 2010، المعدل والمتمم بقانون رقم 11-15، مؤرخ في 2 غشت سنة 2011، يعدل ويتمم القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فبراير سنة 2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته ج 2 عدد 44، الصادرة بتاريخ 10 غشت 2011.
- 2- قانون رقم 08-09، مؤرخ في 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج 2 عدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

- 3- أكرور مريم، "الاستعجال في مادة إبرام العقود والصفقات"، أعمال الملتقى الوطني الثاني حول قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يومي 5 و 6 ماي، جامعة المسيلة، 2009، ص 3.
- 4- فريجة حسين، "الاستعجال الإداري في أحكام القضاء الإداري الجزائري"، مجلة إدارة، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 8.
- 5- بشير بالعبد، القضاء المستعجل في الأمور الإدارية، دون دار النشر، 1993، الجزائر، ص 32، 33.
- 6- سامي بن فرحات، الوجيز في قضاء الأمور المستعجلة، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2005، ص 12.
- 7- بوجادي عمار، "اختصاص مجلس الدولة في المادة الإدارية الاستعجالية"، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1، 2007، الجزائر، ص 91.
- 8- فريجة حسن، مرجع سابق، ص 10.
- 9- عوابدي عمار، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص 356.
- 10- وسيم نظير سويدات، نظرية الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن العقود الإدارية-دراسة مقارنة- مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة آك البيت، الأردن، 2005.
- 11- على عكس نص المادة 459 من قانون الإجراءات المدنية القديم التي جاء فيها "لا يجوز لأحد أن يرفع دعوى أمام القضاء ما لم يكن حائزاً للصفة وأهلية التقاضي وله مصلحة في ذلك" واضح من نص المادة أن الأهلية شرط لقبول الدعوى أمام القضاء.
- 12- بريق عمار، "الاختصاص النوعي للمحاكم الإدارية وإشكالاته"، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، يومي 05 و 06 ماي 2009، ص 01.
- 13- د/عوابدي عمار، مرجع سابق، ص 240.
- 14- بريق عمار، مرجع سابق، ص 2.
- 15- نلاحظ أن المشرع باستعماله عبارة "البلدية" قد تدارك الخطأ المذكور في المادة 7 عندما ذكر دعوى الإلغاء الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية فقط بحيث لم يأخذ بعين الاعتبار القرارات الأخرى التي قد تصدر عن البلدية والمتعلقة بالمداورات التي تصدر عن المجلس الشعبي البلدي.
- 16- شرون حسنية، بودوح شهيناز، "قواعد اختصاص القضاء الإداري في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية"، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون رقم 08-09، يومي 05-06 ماي 2009، جامعة المسيلة، ص 04.
- 17- شيهوب مسعود، المبادئ العامة في المنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص 398.
- 18- أ.د. بوضيف عمار، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر، الجزائر، 2007، ص 53.
- 19- صالح عنصر، "رأي حول تمثيل الدولة من طرف هيئاتها غير المركزية"، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، 2002، ص 52.
- 20- شرون حسنية، بودوح شهيناز، مرجع سابق، ص 6.
- 21- قانون رقم 88-01، مؤرخ في 12 يناير 1988، يتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية

- الاقتصادية، ج ر عدد 2 الصادر في 13 يناير 1988.
- 22- فازدواجية النظام القانوني لعقود هذه المؤسسات ناتج عن التمايز في الخصائص التي تطبع القطاع العام والمتمثلة في المتاجرة والعمومية بما يسمح لها بالعمل طبقاً لآليات ومقتضيات التجارة من جهة واستعمال وسائل القانون العام وما تتطلبه من امتيازات السلطة العامة من جهة أخرى. وقد ربط الدكتور محمد الصغير بعلي بين تحويل القانون للمؤسسات العامة الاقتصادية إصدار القرارات الإدارية وحققها في إبرام الصفقات العمومية قائلاً: "فإذا كان القانون قد خول المؤسسة العمومية الاقتصادية سلطة إصدار قرارات إدارية فإن لها أيضاً أن تبرم عقود إدارية" لمزيد من التفصيل أنظر: د/ بعلي محمد الصغير، القرارات الإدارية، دار العلوم، الجزائر، 2005، ص 17.
- 23- دنش رياض، "قواعد تنازع الاختصاص القضائي في المادة الإدارية وفقاً لأحكام القانون رقم 08-09"، أعمال الملتقى الوطني حول الإجراءات المدنية والإدارية في ظل قانون 08-09، يومي 05-06 ماي 2009، جامعة مسيلة، ص 12.
- 24- شرون حسنية، بودوح شهنناز، مرجع سابق، ص 12.
- 25- استعملت هذه الترجمة من قبل محافظ بمجلس الدولة في مقالة: "إجراءات الاستعجال في المادة الإدارية"، مجلة مجلس الدولة، العدد 4، 2003، ص 33.
- 26 - VANDERMEERN Roland, Le référé administrative précontractuel, Actualité juridique de droit administrative, numéro spécial, 1994, P 91.
- 27 - SHWARTZ Rémy, Le juge français des référés administratifs, Revue du conseil d'état, numéro 4, 2008, P 72.
- 28- د/ بربار عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغراوي، الجزائر، 2009، ص 479.
- 29- إذا كان تطبيق نص المادة لا يثير إشكالاً بالنسبة للهيئات الإدارية التي جاء تحديدها في صلب نص المادة، فإنه يثير الإشكالات نفسها بالنسبة للهيئات التي لا يصطبغ عليها الطابع الإداري.
- 30- أحمدياتو محمد، "الإجراءات القانونية للشفافية في التسيير العمومي وفي النشاطات التجارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد 1، 2009، ص 54.
- 31- أنطوان كلاي، "مراقبة القاضي الإداري لضرورة الإعلان الملائم في مادة الصفقات العمومية"، مجلة القانون العام والسياسة، ترجمة عرب صاصيلا، العدد 4، 2006، ص 1073.
- 32- AOUDIA Khaled, LALLEM Mohamed, LAOUER Rachid, SABRI Mouloud, management des marchés publics, séminaire I.S.G.P. du 26 au 19 septembre, 2006, P 85-102.
- 33- قد عدّل قانون المنافسة بقانون رقم 08-12، مؤرخ في 25 جوان 2008، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-03، مؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 36، الصادرة في 2 جويلية 2008.
- 34- براهمي فضيلة، المركز القانوني لمجلس المنافسة بين الأمر رقم 03-03 والقانون رقم 08-12، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون العام للأعمال، جامعة عبد الرحمن ميرة، كلية الحقوق، جامعة بجاية، 2010، ص 85.
- 35 - HUBRECHT Hubert -Gérald, Droit public économique Dalloz, Paris, 1997, P 295-296.

الاستعجال في مادة إبرام الصفقات العمومية أو الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد

أ/ فريدة أركان

رئيس مجلس الدولة السابق - الجزائر



ما دام الاستعجال ما قبل التعاقد يتيح لمؤسسة مرشحة للفوز بالتعاقد، طلب وقف أو إلغاء صفقة عمومية أو اتفاقية تسيير خدمة عمومية، فإنه يعتبر أيضا ضمانة للحيلولة دون إخلال أي جماعة محلية أو مؤسسة عمومية بالالتزام بالإشهار والوضع رهن المنافسة.

دخل الاستعجال ما قبل التعاقد في التشريع الجزائري بمقتضى المادة 946 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يعتبر هذا النص تكملة لقانون الصفقات العمومية الذي تضمنت مادته 03 ما يلي :
" ضمانا لتلبية الحاجة العامة والاستغلال الأمثل للأموال العمومية يجب على القائمين على الصفقات العمومية احترام مبادئ حرية الحصول على التعاقد في إطار الخدمات العامة، والمساواة في معاملة المترشحين، وشفافية الإجراءات . وكل ذلك في إطار الالتزام بأحكام هذا المرسوم والقانون 08-12 الذي نص في مادته 02 على ما يلي :
" تطبق أحكام هذا القانون على الصفقات العمومية ابتداء من نشر الإعلان عنها وإلى غاية منحها النهائي " .

I. الأعمال المعنية بهذه الإجراءات :

فبحسب نص المادة 946 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يطبق الاستعجال في مرحلة ما قبل التعاقد بادئ ذي بدء على النصوص الخاصة بالصفقات العمومية مهما كان مبلغها وعلى كل العقود الإدارية وهذا ما يحملنا على الاعتقاد بأن هذا الإجراء يشمل أيضا تفويض الخدمات العامة.

فيم يتمثل الإخلال بالتزام الإشهار والوضع رهن المنافسة ؟
تنص المادة 03 من المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المؤرخ في 07/10/2010 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية على أن إبرام الصفقات العمومية يجب أن يكون قائما على احترام مبادئ حرية التعاقد في مجال الخدمات العامة والمساواة في معاملة المترشحين والشفافية في الإجراءات.

كما تضمنت المادة 06 من القانون رقم 12/08 الصادر في 25/06/2008 المعدل والمتمم للأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 المتعلق بالمنافسة تعريفا مفاده: " تعتبر عرقلة حرية المنافسة أو الحد منها أو الإخلال بها ويحظر كل عمل أو عقد مهما كانت طبيعته وموضوعه يسمح لمؤسسة بالاستئثار بممارسة نشاط يدخل في مجال تطبيق هذا الأمر ".

ما هي عليه الحال في التطبيق ؟

إن الإجراءات الجديدة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم تعط بعد، وفي حدود علمنا، اجتهادا مستفيضا حدد مضمون هذه المفاهيم وتبعاً لذلك فنحن مضطرون إلى الرجوع إلى اجتهاد القضاء الأجنبي الفرنسي منه على الخصوص.
إن دراسة شاملة لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي تسمح بالاستنتاج بأن الدعاوى المرفوعة أمامه غالبا ما تؤسس على نقص إجراءات الإشهار والمساواة بين المترشحين والشفافية في الإجراءات والإخلال بالوضع رهن المنافسة.

II - اللجوء إلى القاضي الاستعجالي :

تجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أن الاستعجال ما قبل التعاقد وخلافا للاستعجال المؤقت لا يفصل فيه قاض فرد بل هيئة جماعية.
من الذي يلجأ إلى الاستعجال ما قبل ؟

تنص المادة 946/02 من ق م إ على أن كل من له مصلحة في التعاقد ويخشى أن يلحقه ضرر اللجوء إلى هذا الإجراء أي أن كل الشركات والمؤسسات التي تخشى أن يحال بينها وبين التعاقد بطريق مباشر أو غير مباشر إخلالا بالالتزام بالإشهار أو الوضع رهن المنافسة ومقابل ذلك فالشركات والمؤسسات التي لم تكن مرشحة للفوز بصفقة عمومية ليس لها الحق في اللجوء إلى هذا الإجراء.

فممثل الدولة في الولاية عندما تبرم الصفقة من طرف هيئة محلية أو مؤسسة عمومية محلية.

ومن البديهي أن دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد لا تبأشر بعد إبرام الصفقة . لكن الفقرة 03 من المادة 946 من ق إ م إ توحى بأن هذا ممكن .

وبالفعل فإبرام العقد يضع حدا لإمكانية تحريك الدعوى ونفس الشيء يتحقق عندما يبرم العقد أثناء سير الدعوى لأن هذه الأخيرة تصبح بدون موضوع وذلك لأن تحريك الدعوى ليس له أثر موثق اللهم إلا إذا قام القاضي واستنادا إلى ما تخوله إياه الفقرة 06 من المادة 946 من ق إ م إ بإصدار أمر بإرجاء التعاقد حتى الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه في أجل لا يتعدى 20 يوما. وهذا ما هو جار به العمل في فرنسا.

إن المادة 947 من ق إ م إ تحدد أجل 20 يوما للفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد .

III - سلطة قاضي الاستعجال :

تدابير نهائية:

حتى ولو أنه ليس لقاضي الاستعجال أن يأمر بتدابير نهائية في الإطار الفصل في دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد للمحكمة الإدارية سلطة إلزام الإدارة باحترام التزاماتها في مادة الإشهار والإجراءات الكفيلة بضمان المساواة بين أمام الطلب العمومي.

ومن جهة أخرى تستطيع المحكمة تحديد الأجل التي يمكن خلالها للمخل بالتزاماته القيام بها تحت غرامة تهديدية تسري ابتداء من تاريخ الأجل المحدد . لكن وخلافا للتشريع الفرنسي فإن القانون الجزائري لا ينص على ما إذا كان للمحكمة سلطة حذف البنود الواردة في العقد والتي يمكن أن تتخذ مطية لعدم تكافؤ الفرص بين المترشحين.

IV - إجراءات مؤقتة:

إن للمحكمة سلطة توجيه إنذارات للإدارة قصد تعليق إبرام العقد حتى الفصل في القضية ولكن ذلك لا يتعدى أجل 20 يوما .

خاتمة

إن القاضي الإداري، وفي إطار مكافحة الرشوة، التي أصبحت معبرا لإبرام الصفقات العمومية، مدعو للقيام بدور مهم على الأقل في إطار تطبيق النصوص واتخاذ الإجراءات الموضوعية تحت تصرفه من طرف المشرع .

فعلى قاضي الاستعجال ما قبل التعاقد على وجه الخصوص السهر على احترام القوانين والأنظمة الخاصة بضرورة الإشهار والوضع رهن المنافسة لإبرام العقود الداخلة في اختصاصه .

وللوصول إلى هذه الغاية يجب عليه التأكد وبواسطة تحقيق مناسب من استفادة كل المترشحين بكل المعلومات الخاصة بمعايير منح الصفقات العمومية ضمانا لاستيفائها قبل إبرام العقد .

- والمبادئ التي يجب تطبيقها بصرامة في هذا الإطار هي:
- حرية الترشح للتعاقد في إطار تلبية الطلب العمومي .
- المساواة في معاملة المترشحين .
- الشفافية في تطبيق إجراءات إبرام الصفقات .
- وفيما يخص صاحب الطلب العمومي يجب عليه وقبل إبرام الصفقة:
- تحديد الحاجة الواجب إشباعها .
- إعداد واضح للوثائق المكونة للعقد .
- ضبط معايير اختيار المترشحين .
- إخطار المترشحين الذين رفضت ملفاتهم .
- تبليغ الصفقة إلى الفائز بها ونشر أو إرسال إعلان بالمنح إلى الجرائد والنشريات التي أعلن فيها عن وضع الصفقة رهن المنافسة.

باقي بحوث هذا الجزء باللغة الفرنسية
وتبتدئ من الجهة الثانية للكتاب
مع مراعاة تواصل الترقيم

REPUBLIQUE ALGERIENNE DEMOCRATIQUE ET POPULAIRE

**MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR
ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE**

CENTRE UNIVERSITAIRE D' EL-OUED

INSTITUT DES SCIENCES JURIDIQUES ET ADMINISTRATIVES

ORGANISE

**IV^{eme} Conférence Internationale
Sur**

Les référés administratifs

Le 30 novembre et le 01 décembre 2011

Les objectifs du séminaire

- Créer et lancer une dynamique dans la doctrine du référé administratif.
- Définir à travers les nouvelles règles et la jurisprudence les pouvoirs de contrôle du juge lui permettant de sauvegarder un équilibre entre les pouvoirs et les privilèges de l'administration publique d'une part, et les droits, les libertés et les situations des individus d'autre part.
- Mise à jour des connaissances de l'enseignant chercheur et de l'étudiant universitaire dans le domaine du référé administratif.

L'importance du séminaire

L'étude du référé administratif et la nécessité d'approfondir la recherche sont des questions imposées par l'évolution législative relative à la procédure du référé, les mesures d'urgence et les pouvoirs du juge des référés qui n'ont jamais été véritablement définis avant l'application de la loi n° 08/09 du 25/02/2008 portant nouveau code de procédure civile et administrative.

Par ailleurs l'évolution qui a eu lieu en France – source du contentieux administratif – à la suite de la promulgation de la loi n° 597/2000 du 30/06/2000 modifiant le code de la justice administrative, même si elle n'a pas constitué une consécration totale de la jurisprudence, ce texte a érigé de nouvelles règles et des nouveaux concepts donnant lieu à une nouvelle théorie du référé administratif

. En Algérie la pratique des nouvelles dispositions relatives au référé ne permet pas encore une vision précise du rôle du juge

Aussi un débat s'avère nécessaire entre spécialistes du droit : universitaires et praticiens ,et où l'expérience de juristes d'autres nations apporteront un autre éclairage susceptible de mieux appréhender la portée des nouvelles dispositions légales et leur interprétation.

Ce séminaire s'inscrit donc dans la nécessité de mieux cerner la nouvelle théorie du référé administratif à travers les nouveaux textes et anticiper éventuellement les obstacles à leur application.

Les axes du séminaire

1 - introduction

- 1 - L'évolution du référé administratif.
- 2 -La nécessité du référé administratif.
- 3 - La nature du référé administratif.

2 - Le cadre général de la procédure du référé administratif

- 1 - Le concept de procédure du référé administratif et les mesures d'urgence
- 2 - Les conditions générales de la procédure du référé administratif.
 - a. L'urgence
 - b. Sans préjudice du principal

3 - Les types des procédures du référé administratif

- 1 - Le référé-suspension
- 2 - Le référé-liberté
- 3 - Le référé-voie de fait
- 4 - Le référé-emprise
- 5 - Le référé-fermeture administrative
- 6 - Le référé-provision
- 7 - Le référé-fiscal
- 8 - Procédure quasi-référé en matières de passation des contrats et marchés (le référé précontractuel)

Pour tout renseignement :

Institut.droit.el.oued@gmail.com
www.facdroit39.com
téléphone : 00.213.32.21.71.03
fax : 00.213.32.21.72.15

Le référé-liberté

Par Pascal Jan

Professeur des Universités

Université de Bordeaux. Institut d'Etudes Politiques

Vice-président du Cercle des constitutionnalistes



Par une ordonnance du 10 février 2012, le Conseil d'État a consacré le droit à l'hébergement d'urgence comme une liberté fondamentale à l'occasion d'un référé-liberté : « Une carence caractérisée dans l'accomplissement de cette tâche (l'hébergement d'urgence) peut [...] faire apparaître [...] une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle entraîne des conséquences graves pour la personne intéressée ». Obligation et non de résultat, l'Etat et les collectivités territoriales doivent mettre en œuvre tous les moyens nécessaires et utiles pour assurer l'hébergement des personnes sans abri.

La loi du 30 juin 2000 relative aux référés devant les juridictions administratives prévoit en son article 5 que « saisi d'une demande justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de 48 heures ».

Ainsi est mise en place à l'article L 521-2 du Code de justice administrative une procédure originale de protection des droits fondamentaux qui a pris effet le 1er janvier 2001. Elle complète utilement un arsenal de procédures d'urgence existantes devant le

juge administratif dont l'objet, parfois semblable, ne s'en distingue pas moins. Il en est aussi ainsi des modalités d'introduction des recours. Parmi ces mécanismes, mentionnons le référé-suspension de l'article 521-1 du Code précité qui nécessite un recours au principal et dont la condition principale est un « doute sérieux quant à la légalité » de la décision administrative. S'y ajoutent, le référé conservatoire qui, sous condition de simple urgence, permet de demander au juge de l'administration de prendre toutes mesures utiles pour neutraliser les effets d'une décision administrative ; le référé-révision, le référé-expertise, le référé-instruction....

La question qui vient immédiatement à l'esprit au regard de toutes ces procédures et de toutes celles qui existent par ailleurs devant d'autres juges est celle de la justification de cette nouvelle voie de droit (I). Depuis son instauration, le référé-liberté est une procédure qui a séduit les justiciables et leurs conseils. Ce succès tient assurément au caractère attractif de la procédure (II) renforcé par la doctrine du juge administratif qui entend conférer un effet utile à cette nouvelle voie de droit ouverte devant lui (III).

1. Une voie de recours de défense des libertés fondamentales utile

Outre les mécanismes d'urgence de protection des administrés, le droit français connaît plusieurs instruments de protection des libertés fondamentales. À commencer tout d'abord par le contrôle de constitutionnalité des lois a priori et, depuis 2010, a posteriori à travers la question prioritaire de constitutionnalité dont l'objet est de permettre aux justiciables de contester devant les juridictions ordinaires puis éventuellement devant le Conseil constitutionnel une disposition législative qui porte atteinte à un droit ou une liberté garantis par le Constitution. Le recours en inconstitutionnalité ouvert aux justiciables depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 intervient toutefois postérieurement à la réforme législative de 2000. Il n'est toutefois pas exclusif d'un recours postérieur en inconstitutionnalité qui permet au juge administratif depuis l'arrêt de principe de 1989 *Nicolo* de confronter une disposition législative ou une disposition réglementaire postérieure à un instrument international de protection des droits fondamentaux comme la Convention européenne des droits de l'homme. La protection des libertés est également assurée contre l'administration, et ce à travers différents instruments et institutions. Citons, les autorités

administratives indépendantes et notamment le défenseur des droits qui s'est notamment substitué en 2010 au Médiateur de la République créée en 1973. S'agissant des juges, le juge judiciaire est gardien de la liberté individuelle aux termes de l'article 66 de la Constitution. Devant les juridictions administratives, hormis les procédures d'urgence, le recours pour excès de pouvoir demeure toujours un instrument de protection efficace des droits des administrés. Qui plus est le juge administratif dispose depuis une loi du 8 février 1995 d'un pouvoir d'injonction à l'égard de l'administration en cas de non exécution de ses jugements, assorti le cas échéant, d'astreinte. La seule exception qui demeure à son égard est la constitution de la voie de fait qui relève toujours du juge judiciaire.

Par ailleurs, aucune norme constitutionnelle n'impose non plus une telle voie de droit nouvelle. Le Conseil constitutionnel a érigé le droit à un recours effectif juridictionnel au rang de principe à valeur constitutionnelle, en se fondant notamment sur l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Pour autant, l'institution d'un instrument contentieux spécifique de protection urgente des libertés fondamentales n'est nullement commandée par le juge constitutionnel. L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme n'exige pas non plus une forme particulière de recours en matière de protection des libertés, à la différence de l'article 25 de la Convention américaine des droits de l'homme.

Non seulement il n'existe donc pas de réelles contraintes juridiques spécifiques mais encore les voies de droit sont nombreuses pour les individus qui estiment qu'une décision administrative porte atteinte à ses droits fondamentaux.

Cela étant, le besoin d'une voie rapide et efficace était ressentie par les justiciables qui étaient trop souvent victime de lenteurs juridictionnelles. Cette aspiration bien légitime a été relayée par le Conseil d'Etat lui-même qui a pris l'initiative d'un projet qui allait consacrer le référé-liberté fondamentale. Sa force de conviction a convaincu Gouvernement et Parlement d'ouvrir une nouvelle voie aux personnes au travers le référé-liberté. Il est vrai que le contentieux administratif présentait assurément des insuffisances. L'intervention du juge administratif du fond était certes possible mais se révélait trop souvent tardive, donc inefficace, y compris par des voies de recours comme le référé suspension ou encore le référé conservatoire. Le juge administratif

constatait son impuissance à réagir avec célérité face à un comportement de la puissance publique entachée d'une irrégularité flagrante et portant gravement atteinte à une liberté ou à un droit fondamental.

Les insuffisances du contentieux administratif avaient par ailleurs conduit les justiciables à saisir le juge judiciaire, plus précisément le juge civil, affaiblissant de la sorte le prestige de la juridiction administrative. Ce dernier a fait une lecture extensive de la voie de fait (atteinte grossière et irrégulière à la propriété ou à une liberté publique comme par exemple le retrait d'un passeport au motif d'assurer le recouvrement d'impôts. Cette atteinte est constitutive d'une voie de fait car entrave la liberté d'aller et de venir alors même qu'aucun pouvoir n'a été conférés par la loi à l'administration en ce sens) en dépit des rappels de la Cour de Cassation et surtout du tribunal des conflits. Les tribunaux judiciaires se déclaraient donc compétents pour donner satisfaction aux demandeurs, empiétant de la sorte sur la compétence des juridictions administratives.

2. Un instrument attractif de protection des libertés fondamentales.

Le référé-liberté est attractif tout d'abord par ses conditions d'introduction devant le juge administratif. Il l'est également par les effets des ordonnances du juge administratif qui garantissent l'effectivité de ses décisions.

Conformément aux principes du contentieux administratif, le requérant doit bien entendu prouver un intérêt pour agir. S'il en est dépourvu, et même s'il y a une atteinte libertés fondamentale, le juge administratif rejettera la requête. Ainsi les libertés valables pour les seuls citoyens de nationalité française ne sauraient profiter aux ressortissants étrangers (droit de suffrage), ces derniers n'ayant pas la qualité d'électeurs saufs s'ils sont ressortissants d'un État membre de l'union européenne pour les élections européennes et municipales. De même, le droit d'asile ne concerne que les ressortissants de nationalité étrangère.

A. Une attractivité par sa nature : une atteinte grave et manifestement illégale.

Si le juge administratif se montre libéral quant à la notion de liberté fondamentale, encore convient-il que les requérants fassent la preuve de l'atteinte qu'ils allèguent devant lui. Cette atteinte doit présenter deux caractères : être grave et manifestement

illégal. Tout est question d'appréciation. Ainsi, la loi reconnaissant au patient placé d'office la liberté de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires, cette liberté est affectée par l'interdiction verbale adressée à l'intéressé de communiquer avec ses autorités.

Qu'est-ce qu'une atteinte grave ?

Toute atteinte à une liberté fondamentale est en elle-même grave. Toute atteinte n'est pas anodine. Mais en présence du référé liberté le requérant doit justifier d'une extrême urgence.

La gravité s'apprécie au cas par cas. Il n'y a pas de systématisation de la gravité. Mais alors, quels sont les éléments caractéristiques d'une gravité ? Un certain degré de violation de la liberté fondamentale comme l'impossibilité d'exercer une liberté. Par exemple, si une personne est sanctionnée pour ses opinions politiques, celle-ci n'est pas privée de l'exercice de sa liberté d'opinion en elle-même. Ce sont les conséquences de cet exercice qui portent atteinte à sa liberté. De même, la liberté d'aller et de venir d'un étranger en situation régulière est atteinte si cette personne est mise dans l'impossibilité de justifier sa situation régulière, notamment en ne pouvant quitter le territoire ou y revenir.

La gravité dépend aussi du comportement du demandeur. S'il s'est placé en contrariété avec des normes qui s'imposent à lui, il y a un manquement qu'il expose à la sanction. Placé en situation illégale, il en subit les conséquences. Par exemple, la mesure pour motif disciplinaire d'exclusion d'un élève d'une école ne porte pas atteinte au droit à l'éducation si lui-même s'est mis en faute par rapport à l'établissement.

Les atteintes s'attachent donc au contenu des mesures administratives mais aussi au regard de leurs motifs. Le juge administratif s'attache en effet pour statuer à l'objectif de l'administration et non seulement aux fondements juridiques de sa décision.

Comment s'apprécie l'illégalité manifeste ?

Le juge est mis à même d'opérer un contrôle de proportionnalité. Il sanctionnera le caractère excessif d'une atteinte à une liberté fondamentale. Ainsi, une loi du 2 novembre 1945 interdit la reconduite à la frontière d'un parent étranger d'un enfant français car né sur le territoire français, l'enfant mineur

résident étant au surplus en France.

L'illégalité doit être manifeste, c'est-à-dire évidente. C'est essentiel pour un juge qui ne dispose que de 48 heures pour statuer. Il ne peut se livrer à des investigations approfondies. Juge de la vraisemblance plus que l'évidence peut-être, le juge des référés liberté est juge en fait de l'apparence. Le juge n'a pas à se prononcer sur des points de droit complexes qui relèvent du juge du fond. Manifeste, l'illégalité doit appeler une réponse urgente du juge. La situation doit être extrêmement préjudiciable, l'absence de référée liberté pouvant conduire à une situation par la suite irréversible. De ce point de vue le référé liberté est un instrument efficace.

B. Une attractivité par ses effets

Pour juger, le magistrat unique se place à la date où il statue. C'est le seul moyen pour apprécier le bien-fondé de la requête et l'atteinte portée à la liberté fondamentale invoquée. Les mesures de sauvegarde prononcées par le juge tiennent compte de l'évolution du dossier, y compris des développements apparus le cas échéant au cours de l'audience.

L'ordonnance prend effet à partir du jour de la notification à la partie exécutante. Mais surtout, le juge des référés ne se limite pas à prononcer l'ordonnance et les mesures de sauvegarde. Il fait en sorte que la décision soit effectivement et correctement appliquée.

Il n'est pas rare que le juge indique précisément les obligations de faire ou de ne pas faire à l'administration condamnée. Pour le dire autrement, le juge fait acte de pédagogie. Directif, le juge peut s'assurer de la bonne application de son jugement. Afin de s'assurer de cet effet, il n'est pas rare que le juge assortisse les mesures d'une astreinte en vue de garantir la bonne exécution de la décision. L'astreinte est, on le sait, un élément destiné à vaincre toute résistance administrative. Bien entendu, elle ne devient définitive qu'en cas d'inexécution, même partielle. Enfin, notons qu'il y a la possibilité d'appel devant le conseil d'État à la demande de l'administration ou du demandeur si celui-ci estime n'avoir pas obtenu totalement satisfaction dans l'ordonnance du juge des référés.

3. Un instrument valorisé par le juge administratif.

Cette valorisation tient tout d'abord à la qualité même du juge

administratif qui par ses caractéristiques assurent aux justiciables une procédure efficace. Mais elle tient surtout au pouvoir d'interprétation du juge administratif qui a entrepris de ne pas enserrer le référé-liberté dans des limites qui auraient nui à son succès. Aussi le juge administratif a-t-il élaboré une jurisprudence accueillante quant à la réception de la notion de liberté fondamentale, entendue largement.

A. La valeur de l'intervention du juge administratif

Le référé liberté est déposé devant une autorité qui jouit de toutes les garanties reconnues à un organe juridictionnel, à savoir l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif donc à l'administration et à son impartialité. Le juge administratif est par ailleurs le juge naturel de l'administration, le juge qui connaît le mieux le fonctionnement administratif. Il est par conséquent le mieux placé pour apprécier le comportement administratif et l'éventuelle atteinte aux libertés fondamentales des personnes.

L'ordre juridictionnel administratif permet, de par son organisation, au justiciable d'y avoir accès facilement. Le juge des référés officie dans les tribunaux administratifs ou au Conseil d'État, selon la répartition du contentieux. Ainsi, lorsqu'il s'est agi de contester le décret présidentiel de mis en place de l'état d'urgence à la suite de l'embrasement des banlieues en 2005, le juge des référés du conseil d'État a été sollicité.

La requête d'introduction d'un référé-liberté obéit à des formalités simples. Dispensée du droit de timbre, elle doit être simplement motivée. Elle bénéficie de la dispense du ministère d'avocat. Surtout, son dépôt n'est pas lié contrairement à d'autre procédure d'urgence à une requête au fond et à la survenance d'une décision administrative préalable. Un comportement peut suffire. Le seul intérêt ici pour le justiciable est de ne plus subir les conséquences d'un acte ou d'un comportement qui emporte les conséquences dommageables et irréversibles dans l'exercice de l'une de ces libertés. Le demandeur peut donc agir alors qu'aucune action au principal n'est engagée devant un juge du fond.

Le juge administratif, est un juge réactif. D'abord, le juge des référés libertés est un juge unique. C'est la formule la plus à même d'assurer la célérité de l'instance. L'affaire sera traitée rapidement. Certes, le juge unique présente moins de garanties que la collégialité. Cela étant, des garanties sont apportées au justiciable. Si le magistrat statue seul et sans conclusion d'un

rapporteur public, il n'en demeure pas un magistrat expérimenté puisque nécessairement d'un grade supérieur gage d'une expérience minimale. L'ancienneté doit être en effet de deux ans au moins dans le grade de premier conseiller des tribunaux administratifs. Pour le Conseil d'État, le juge des référés est le président de section ou de sous-section qui a nécessairement le grade de conseiller d'État. Réactif ensuite, car le magistrat administratif statue dans un délai, dit la loi, de 48 heures. Cette brièveté justifiée par l'extrême urgence doit mettre fin à une situation attentatoire à une liberté fondamentale. Bien entendu, saisi d'un grand nombre de requêtes, le juge des référés peut excéder et dépasser ce délai. Cela étant il n'est guère supérieur à quelques jours. Le délai moyen est en réalité de trois jours.

Il faut bien comprendre que dans ce délai d'urgence, les actes d'instruction sont réduits à l'essentiel. Il n'empêche que la contradiction se déroule devant le juge, celui-ci pouvant mettre en demeure l'administration de s'expliquer oralement le lendemain du dépôt du référé liberté. Ce délai n'empêche pas non plus l'échange de mémoires entre les parties, même si la réplique ou la duplique a souvent lieu lors de l'audience au terme de laquelle le juge statuera.

B. Une attractivité par son objet : l'atteinte à une liberté fondamentale

Il n'existe pas de définition universelle de cette notion ni en droit français, ni en droit comparé. Matériellement, il s'agit de toute liberté considérée par la société comme essentielle et reconnue comme tel par les juges.

En droit français, la notion n'est pas consacrée dans le texte constitutionnel. L'article 61-1 de la constitution met en place le contrôle de constitutionnalité a posteriori de la loi. Cette disposition mentionne « les droits et libertés garantis par la constitution ». Il n'en reste pas moins que l'ancrage constitutionnel des libertés fondamentales ne fait pas de doute. En droit comparé, la situation n'est pas plus claire. Elle présente même une certaine hétérogénéité. Par exemple, en Allemagne, la notion de droits et libertés est limitée aux seuls droits et libertés de valeur constitutionnelle tels qu'ils sont visés par le chapitre 1 de la loi fondamentale modifiée de 1949. Aux États-Unis, il existe des droits et libertés fondamentaux écrits et n'en écrit. Ces derniers, on le sait, sont dégagés par la cour suprême à partir de la clause du due process of law (droit de se marier, avoir une vie

conjugale privée, avoir des enfants, droit d'avorter, droit de refuser un traitement médical de maintien en vie...).

Lorsqu'on s'intéresse aux instruments internationaux, la situation est encore plus compliquée en raison de l'absence de corrélation automatique entre libertés fondamentales et libertés constitutionnelles. La convention américaine des droits de l'homme permet ainsi à tout un chacun de se protéger contre les actes de violence portant atteinte à leur liberté fondamentale reconnue par la constitution, *la loi* ou la *convention elle-même*. Il en est de même de l'article huit de la déclaration universelle des droits de l'homme qui dispose que toute personne a un droit au recours effectif devant les juridictions nationales « contre les actes violents les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la constitution ou *par la loi* ».

Face à l'absence de définition en droit positif de la notion de liberté fondamentale, il est donc revenu au juge administratif d'en dégager les principaux éléments. Cette liberté, le juge l'a exercé pour consacrer une interprétation extensive de la notion de liberté fondamentale.

Le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs consacrent une approche large de ce qu'est une liberté fondamentale. Ils profitent ainsi du silence et de la Constitution et de la loi. De la sorte, ils confèrent pleine valeur utile aux référés libertés et permet d'assurer une réelle protection des personnes qui s'estiment lésées par un acte ou un comportement de la puissance publique ou une personne privée en charge d'un service public.

Cela étant, la notion de liberté fondamentale en jurisprudence n'est pas extensible à l'infini. Elle est même circonscrite à certaines libertés. La plupart des libertés reconnues comme fondamentales trouvent une assise constitutionnelle solide : libre administration des collectivités territoriales, droit syndical, droit à la sûreté, droit de propriété, droit de manifester, liberté d'information, liberté de culte, droit au respect de la vie privée. En revanche, certaines libertés ou droits n'accèdent pas à la qualification de liberté fondamentale sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Il en est ainsi du droit au logement, du droit de préemption ou encore, plus surprenant, du principe de continuité du service public.

En fait, le juge administratif détermine ce qui relève d'une liberté fondamentale au fil de ses décisions. La méthode a de quoi

déconcerter, d'autant qu'aucune modifiée motivation ne vient étayer la qualification ou non d'une liberté fondamentale. Ce qui est certain, c'est qu'une liberté doit avoir un effet direct. Cette qualité prend appui tout d'abord sur une disposition constitutionnelle ou législative « liberté de réunion, loi du 30 juin 1881 ; droit d'asile, alinéa sept du préambule de la constitution du 27 octobre 1946 ». Ensuite, sans avoir un effet direct en elle-même, la liberté peut endosser cette qualité lorsqu'elle est mise en œuvre par une loi.

CONCLUSION

La procédure du référé liberté est une procédure originale à plus d'un titre, voir même déroatoires à certains principes de l'organisation du procès administratif (collégialité).

Le bilan est incontestablement positif. Si l'on ajoute qu'avec la question prioritaire de constitutionnalité les justiciables peuvent défendre leurs droits et libertés constitutionnelles face à une législation liberticide, aujourd'hui l'État de droit en France est une réalité indiscutable.

Les droits et libertés sont bien protégés. Est-ce à dire toutefois qu'à travers le référé liberté, le droit français a créé une sorte d'amparo comparable à ce que l'on observe en Amérique latine ou encore en Espagne ? Ce serait excessif de dire. Il est certain qu'à certains égards le référé liberté s'apparente à un recours en inconstitutionnalité sans que ce dernier débouche sur les conséquences attachées à un recours lié à un contrôle de constitutionnalité. Il s'en rapproche dans la finalité mais s'en différencie fondamentalement dont les modalités ont la maîtrise relève du juge et de lui seul.

La procédure de référé-liberté (art. L. 521-2 CJA)

Olivier Le Bot

*Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université de Nice-Sophia Antipolis*



INTRODUCTION

I - Les raisons de son adoption

A - Une raison structurelle : un besoin de protection
juridictionnelle non satisfait

B - Les raisons conjoncturelles : des conditions réunies pour sa
création

II - La philosophie du référé-liberté fondamentale

PREMIERE PARTIE : UNE PROCEDURE CONÇUE POUR DES SITUATIONS EXCEPTIONNELLES

Section 1 - La mise en cause d'une « liberté fondamentale »

I - La liberté : un droit public subjectif

A - Une obligation juridique à la charge de l'administration

B - Un intérêt individuel préorienté

C - Un bénéficiaire identifié

II - Le critère de la fundamentalité

A - La fundamentalité n'est pas liée à une source

B - La fundamentalité est une propriété

Section II - Des conditions d'octroi draconiennes

I - L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

A - Une atteinte

B - Une atteinte grave

C - Une atteinte manifestement illégale

II - Une urgence extrême

A - La nécessité d'une intervention à 48 heures

B - Les éléments de nature à établir ou à exclure l'urgence

SECONDE PARTIE : UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE RAPIDE ET EFFICACE

Section I - Une possibilité d'intervention immédiate

I - Un juge accessible

A - Un juge proche du requérant

B - Une introduction de la demande facilitée

1 - Une simplification du formalisme dans la présentation de la requête

2 - Le champ étendu des actes et comportements attaquables

II - Un juge rapide

A - Le juge unique, instrument indispensable de la célérité

B - Le rejet sans instruction des demandes vouées à l'échec

C - Le jugement en 48 heures des demandes présentant un intérêt sérieux

Section II - Un pouvoir de réaction efficace

I - Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate

A - Une définition très large des pouvoirs du juge des référés

B - Deux modalités d'intervention

1 - L'intervention persuasive ou dissuasive du juge des référés

2 - Le prononcé d'une mesure contraignante

II - Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises

A - La possibilité d'une remise en cause par le juge d'appel

B - La remise en cause improbable par un autre juge

CONCLUSION

« Dans le domaine de la protection des droits fondamentaux par le juge administratif, l'Histoire distinguera peut-être deux époques : l'ancienne et la nouvelle, c'est-à-dire avant et après la réforme du référé administratif (...) »¹. L'idée d'une césure historique ainsi évoquée par le président Vandermeeren, trouve son origine dans l'article 6 la loi du 30 juin 2000², qui a introduit dans le code de justice administrative une disposition rédigée comme suit :

« Article L 521-2. Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures ».

Par cette disposition, le législateur a instauré une procédure originale et entièrement nouvelle de protection des libertés fondamentales contre les actes et agissements de la puissance publique. Cette voie de droit, que l'on désigne sous le qualificatif de *référé-liberté* ou *référé-liberté fondamentale*³ est en application

¹ R. VANDERMEEREN, « La réforme du référé administratif », in *Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine en 1999 et 2000* (G. LEBRETON dir.), L'Harmattan, 2002, p. 143.

² Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives, JO 1^{er} juillet 2000, p. 9948. Cette loi a été complétée par le décret d'application n° 2000-1115 du 22 novembre 2000, JO 23 novembre 2000, p. 18611. Les disposition citées dans le présent article, ainsi que les décisions du Conseil d'Etat (CE) et du Conseil constitutionnel (CC) peuvent être consultées en libre accès sur le site www.legifrance.gouv.fr. Les décisions les plus importantes du Conseil d'Etat sont publiées dans un recueil officiel en texte intégral (*Lebon*) ou en résumé (*Lebon T.*, pour Tables du recueil *Lebon*). Les autres décisions sont signalées par leur numéro de requête.

³ L'expression « référé-liberté » a été employée, pour la première fois, par le juge des référés du Conseil d'Etat dans une ordonnance du 18 octobre 2006, *Djabrailova* (n° 298101, publiée au recueil *Lebon*).

effective depuis le 1^{er} janvier 2001, date à laquelle sont simultanément entrées en vigueur les dispositions du code de justice administrative et celles de la loi du 30 juin 2000.

I - Les raisons de son adoption

Pourquoi s'être doté, à la fin du XX^e siècle, d'une procédure rapide de protection des libertés ? Pourquoi avoir créé cette procédure et précisément à cette période ?

Précisons, tout d'abord, que la création du référé-liberté ne correspondait pas pour le législateur à une *obligation*. En effet, aucune norme de rang supralégislatif n'impose aux autorités françaises l'instauration d'une procédure d'urgence spécifiquement consacrée à la sauvegarde des libertés. Comme le relève M. Andriantsimbazovina, « Aucun texte ni aucun principe de droit national n'exige l'établissement d'un moyen spécifique pour protéger les droits fondamentaux garantis par le droit international et le droit européen. De même, en droit international et européen, ni les textes ni la jurisprudence des organes de protection ne formulent une telle exigence »¹. Aussi les raisons qui ont conduit à la mise en place de cette procédure ne sont-elles pas strictement ni même principalement juridiques. Si le Conseil d'Etat et le législateur ont voulu cette réforme, c'est avant tout dans l'objectif de répondre à un *besoin* de protection juridictionnelle exprimé par les justiciables dans les hypothèses où la puissance publique porte gravement atteinte aux libertés. Le besoin se faisait ressentir depuis très longtemps mais aucune solution n'y avait été apportée jusqu'alors. Des évolutions intervenues au cours des années 1980 et 1990 vont rendre à la fois possible et plus pressante la création d'une procédure de sauvegarde en urgence des libertés.

A - Une raison structurelle : un besoin de protection juridictionnelle non satisfait

Le contentieux des libertés présente la particularité d'être particulièrement sensible à l'écoulement du temps. Bien souvent, l'acte ou l'agissement de la puissance publique va, dans un laps de temps très bref, épuiser ses effets ou affecter de manière durable et irréversible la situation du demandeur. Ce contentieux

¹ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de "fondamentalité" », *RFDA* 2002, p. 133.

nécessite par conséquent une réaction juridictionnelle immédiate à laquelle ne peut à l'évidence satisfaire, quels que soient ses efforts et sa volonté, le juge du fond. Non seulement le recours devant la juridiction administrative est dépourvu d'effet suspensif mais, en outre, les règles procédurales régissant l'instruction et le jugement des demandes rendent impossible l'intervention d'un tribunal statuant au fond dans des délais inférieurs à une année.

Sur ce point, la situation de la procédure administrative contentieuse était particulièrement insatisfaisante, le juge administratif ne disposant ni de la procédure adaptée à une intervention rapide ni des pouvoirs permettant de réagir énergiquement à une atteinte. En l'absence de mécanisme spécifique de protection en urgence des libertés par la juridiction administrative¹, celle-ci devait s'effectuer au moyen des mécanismes classiques du sursis à exécution et du référé. Or, ces deux procédures n'étaient pas de nature à procurer un résultat satisfaisant à l'administré victime d'une atteinte à ses libertés.

Le sursis, tout d'abord, conférait au juge le pouvoir de suspendre l'exécution d'une décision contre laquelle un recours au fond était engagé en attendant qu'il soit statué sur ce dernier par le juge du principal. Telle qu'elle était conçue par le législateur et appliquée par le juge, cette procédure se trouvait affectée d'une triple limite. En premier lieu, la demande de sursis ne pouvait être formée qu'à l'encontre d'une décision administrative exécutoire, ce qui excluait de son champ d'application les demandes présentées contre les décisions de refus et les agissements matériels de l'administration. En deuxième lieu, le juge a retenu une lecture restrictive des deux conditions d'octroi du sursis, réduisant à l'extrême les possibilités d'utilisation de cette procédure. Selon la formule du président Gazier, le sursis n'était autre chose qu'une « grâce ». La notion de « moyen sérieux et de nature à justifier l'annulation de l'acte attaqué » était

¹ Il existait certes depuis 1982 une procédure dite du « déféré-liberté », dans laquelle le président du tribunal administratif statuant dans un délai de 48 heures pouvait suspendre les actes des collectivités territoriales « de nature à compromettre l'exercice d'une liberté publique ou individuelle ». Toutefois, cette procédure ne pouvait être exercée que par le préfet (à l'exclusion des simples particuliers) et uniquement à l'encontre des actes des collectivités territoriales (et non à l'encontre des décisions prises par les organes de l'Etat). De fait, le déféré-liberté était une procédure fort peu utilisée puisque l'on comptait en moyenne une dizaine de demandes par an pour l'ensemble des tribunaux administratifs.

assimilée à celle de moyen fondé, ce qui conduisait à réserver le prononcé du sursis au cas où l'annulation paraissait certaine et après un examen approfondi de la requête. La notion de préjudice difficilement réparable était assimilée à celle de conséquences difficilement réversibles dans les faits et insusceptibles de compensation monétaire. En troisième lieu, les règles procédurales manquaient de spécificité par rapport à la procédure de droit commun. En effet, le sursis ne pouvait être accordé que par une formation collégiale après une instruction écrite et une audience tenue dans des conditions ordinaires, ce qui portait à un délai de six mois la durée moyenne des instances. Au regard de cette triple insuffisance, le sursis n'était pas à même de permettre une protection efficace des libertés face à l'administration.

Quant au référé, il permettait à un juge unique de prononcer des mesures conservatoires et provisoires au terme d'une procédure simplifiée. L'article R. 130 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel habilitait le président du tribunal ou son délégué à prendre en cas d'urgence « toutes mesures utiles » ; mais il ne pouvait ni « faire préjudice au principal » ni surtout « faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ». Ces deux conditions restrictives ont limité la portée du pouvoir d'injonction du juge des référés, qui n'a connu d'applications notables qu'en ce qui concerne la communication de décisions administratives ou l'expulsion des occupants sans titre du domaine public. Ses maigres pouvoirs ne lui permettaient ni de surseoir à l'exécution d'une décision de l'administration ni de lui adresser des injonctions dans les situations exceptionnelles où ses agissements portent gravement atteinte aux libertés fondamentales.

Disposant d'un arsenal juridictionnel limité pour s'opposer aux actes et agissements de la puissance publique portant gravement atteinte aux libertés, le juge administratif était incapable d'offrir aux justiciables la protection rapide et efficace à laquelle ils aspiraient. Dans ces conditions, déclarait le professeur Mathiot, « On en est presque réduit à souhaiter de subir, de la part de l'autorité administrative, l'une de ces atteintes graves à la propriété ou aux libertés publiques (...) » donnant compétence au juge judiciaire sur le fondement de la voie de fait¹. Mettant en

¹ A. MATHIOT, Note sous CE, 28 décembre 1949, *Société des automobiles Berliet*, S. 1951, 3, p. 6.

échec le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire, qui interdit au juge judiciaire d'intervenir dans un litige mettant en cause la puissance publique, la voie de fait permet exceptionnellement aux tribunaux civils de connaître d'agissements de l'administration et d'adresser à celle-ci des injonctions pour prévenir ou faire cesser l'atteinte portée à une liberté fondamentale ou au droit de propriété¹. Or, relevait M. Benoît, « En pareil hypothèse il n'est pas douteux que le recours au juge judiciaire procure aux particuliers des avantages plus grands que le recours au juge administratif »². Aussi les justiciables n'ont-ils pas attendu de subir effectivement de telles atteintes pour s'adresser aux juridictions civiles sur le fondement de la voie de fait. Devant l'incapacité du juge administratif à assurer une protection rapide et efficace de leurs libertés, les victimes d'abus de la puissance publique se sont tournées, toujours plus nombreuses, vers le juge civil des référés sur le fondement dévoyé de la voie de fait. Dans le seul objectif que leurs demandes soient jugées rapidement, les plaideurs poursuivaient les personnes publiques sur ce fondement alors même que les conditions requises n'étaient à l'évidence pas réunies. Pour sa

¹ Le système juridictionnel français comporte deux ordres de juridiction : la juridiction judiciaire (composée des tribunaux civils et des juridictions pénales), connaît des litiges de droit privé et de droit pénal ; la juridiction administrative des litiges de droit public. Le Tribunal des conflits, composé de magistrats des deux ordres, veille au respect de la répartition des compétences entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires. Depuis la loi des 16 et 24 août 1790, toujours en vigueur, les tribunaux judiciaires ne peuvent en principe connaître du contentieux administratif. Si des exceptions à ce principe existent, elles sont rares et d'interprétation stricte. La « voie de fait » constitue l'une de ces exceptions : les tribunaux civils disposent d'une compétence exclusive pour mettre fin à un tel agissement. Pour caractériser une voie de fait, la jurisprudence exige que deux conditions soient réunies. Tout d'abord, l'administration doit avoir porté une atteinte grave à une liberté fondamentale ou au droit de propriété. Ensuite, il est nécessaire que l'administration soit sortie de la voie « de droit », la voie légale. On distingue à cet égard, selon une classification qui remonte à Maurice Hauriou, deux catégories de voie de fait. La première variante, la voie de fait « par manque de procédure » est constituée lorsque l'administration procède à l'exécution forcée d'une décision, même régulière, sans que les conditions requises à cette fin ne soient réunies. La seconde variante, la voie de fait « par manque de droit » est caractérisée lorsqu'une décision administrative, indépendamment des conditions dans lesquelles elle est exécutée, n'est manifestement pas susceptible de se rattacher à un pouvoir de l'administration. La première forme de voie de fait concerne l'exécution d'une décision, la seconde son contenu.

² F.-P. BENOIT, *Le droit administratif français*, Dalloz, 1968, p. 432.

part, le juge civil des référés n'hésitait pas à prêter une oreille complaisante à ces récriminations et à se déclarer compétent pour les satisfaire, baptisant pour l'occasion « voies de fait » des comportements relativement éloignés de la définition qu'en donnait le Tribunal de conflits et la Cour de cassation elle-même¹.

Les dessaisissements des tribunaux judiciaires prononcés par le Tribunal des conflits n'étaient pas de nature à modifier les comportements tant était important le besoin de protection juridictionnelle. Les invocations abusives de la voie de fait depuis plus d'un siècle² apparaissaient comme la conséquence de l'impuissance du juge administratif, et le signe d'une carence de ses procédures en la matière.

A l'attente très forte exprimée par les justiciables de disposer d'une telle procédure est venue s'ajouter, dans les années 1980 et 1990 une série de facteurs qui à des degrés divers, ont justifié, favorisé ou rendu possible sa création.

B - Les raisons conjoncturelles : des conditions réunies pour sa création

La première raison résulte d'une demande accrue d'efficacité du droit et de la sanction juridictionnelle. Comme l'a observé le président Stirn, « Les exigences en matière de garanties des droits fondamentaux se renforcent, sous l'effet conjugué de la jurisprudence constitutionnelle, du droit international et, plus largement, des préoccupations de notre temps, qui s'orientent vers le débat contentieux et la protection de l'individu »³. Cette redéfinition des perspectives implique que le juge puisse intervenir en temps utile et dispose des pouvoirs lui permettant de garantir de façon effective la prééminence du droit et la protection des justiciables.

¹ Par exemple la révocation d'un agent communal (CA Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 1987, *Piselli*, *AJDA* 1988, p. 550), une mutation d'un fonctionnaire dans l'intérêt du service (TC, 4 juillet 1991, *Gaudino*, *Lebon* p. 468, *AJDA* 1991, p. 697, chron. C. MAUGÜE ET R. SCHWARTZ), la décision d'abattage d'arbres (TC, 25 janvier 1993, *SCI Oasis*, *Lebon* p. 389) ou la relégation d'un club de football dans la division inférieure (TC, 13 janvier 1992, *Association nouvelle des Girondins de Bordeaux*, *Lebon* p. 473).

² Voir par exemple TC, 2 décembre 1902, *Lebon* p. 713, concl. ROMIEU.

³ B. STIRN, « Le Conseil d'Etat et les libertés », in *La liberté dans tous ses états. Liber amicorum en l'honneur de Jacques Georgel*, éd. Apogée, 1998, p. 222.

Par ailleurs, deux séries d'innovations ont préparé et rendu possible l'avènement du référé-liberté. Sans l'introduction en droit du contentieux administratif de ces procédés très novateurs, la procédure de l'article L. 521-2 n'aurait pu voir le jour sous cette forme ni être conçue comme elle l'a été. La première série d'innovation concerne l'introduction, au début des années 1990, de deux procédures d'urgence à juge unique entièrement nouvelles : d'une part la procédure de contestation des arrêtés de reconduite à la frontière par la loi du 10 janvier 1990, d'autre part celle du référé-précontractuel par la loi du 4 janvier 1992. La procédure de la reconduite à la frontière a contribué à l'émergence d'une culture de l'urgence au sein de la juridiction administrative en astreignant les magistrats compétents à se prononcer dans un délai de 48 heures. De son côté, le référé-précontractuel a profondément bouleversé la procédure administrative contentieuse en raison de la rapidité d'intervention du juge et, surtout, de l'étendue de ses pouvoirs. Selon les termes de la loi, le juge peut « ordonner », suspendre », « annuler », « supprimer »¹. Ces deux procédures ont démontré sa capacité à assumer dans des délais extrêmement brefs des pouvoirs parfois très importants. La seconde grande innovation ayant permis la création de l'article L. 521-2 résulte de la loi du 8 février 1995 attribuant au juge administratif un pouvoir d'injonction au service de l'exécution de ses décisions. Avec ce pouvoir de commandement inédit, le juge administratif s'est vu conférer la possibilité de rétablir dans ses droits le requérant victime d'une illégalité. Pour la première fois de son histoire, le juge pouvait adresser directement des ordres à l'autorité administrative, en lui prescrivant les conséquences qu'elle doit tirer d'une annulation contentieuse. Pour le président Labetoulle, c'est dans cette « innovation fondamentale » que le référé-liberté « trouve son inspiration directe »². Sans ce texte, a-t-il précisé, « le

¹ Le juge peut enjoindre à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations. Il peut suspendre la passation du contrat ou l'exécution des décisions qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions. Enfin, la loi l'autorise à modifier directement le contrat en « supprimant les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat ».

² D. LABETOULLE, « Le projet de réforme des procédures d'urgence devant le juge administratif », *AJDA* 1999, numéro spécial Puissance publique ou impuissance publique ?, p. 80.

référé-injonction n'aurait sans doute pas été possible »¹. Avec cette importante innovation s'effondrait le dernier obstacle à la création d'un référé-liberté.

Le déclencheur de la réforme viendra d'un arrêt controversé du Tribunal des conflits qui, appliquant une jurisprudence classique, avait néanmoins mis en lumière une nouvelle fois la faiblesse criante du contentieux administratif en matière de protection urgente des libertés². En l'absence de réaction des pouvoirs publics, le Conseil d'Etat prit l'initiative d'une réforme dont il supervisera le déroulement jusqu'à son terme. Un groupe de travail constitué en son sein proposera dans le cadre d'une vaste réforme des procédures d'urgence la création du référé-liberté. La réforme fut approuvée par le gouvernement et votée par le Parlement³.

II - La philosophie du référé-liberté fondamentale

Le mécanisme mis en place à l'article L. 521-2 du code de justice administrative est particulièrement attractif. Ses atouts proviennent, tout d'abord, de la souplesse de son déclenchement puisqu'il n'est subordonné ni à l'existence d'une décision administrative ni à l'exercice d'un recours au fond. Son intérêt tient également à la brièveté du délai imparti au juge pour statuer – 48 heures – et à l'étendue de ses pouvoirs, puisqu'il peut ordonner « toutes » mesures nécessaires. Son attrait résulte enfin du domaine concerné, celui des « libertés fondamentales », expression dont l'invocation suffit à elle seule à donner une certaine ampleur au recours. Pour autant, afin d'éviter un engouement excessif pour le référé-liberté, le Conseil d'Etat a tenu à rappeler aux requérants la philosophie de cette procédure.

¹ *Ibid.* L'expression « référé-injonction » est l'autre nom parfois donné au référé-liberté.

² Voir TC, 12 mai 1997, *Préfet de police de Paris c/ Tribunal de grande instance de Paris, Lebon* p. 528.

³ A côté de la création du référé-liberté, la seconde grande innovation de la loi du 30 juin 2000 réside dans la rénovation de la procédure de suspension des décisions administratives. Le référé-suspension, inscrit à l'article L. 521-1 du code de justice administrative, se substitue à la procédure traditionnelle du sursis à exécution. La loi subordonne la suspension de l'exécution d'une décision administrative à deux conditions : d'une part le juge doit éprouver un « doute sérieux » sur la légalité de la décision attaquée ; d'autre part le requérant doit justifier de l'urgence à obtenir la suspension de son exécution.

Le juge administratif suprême considère que dans l'architecture des actions ouvertes aux justiciables à l'encontre des actes et agissements de la puissance publique, la place de la procédure de l'article L. 521-2 ne doit pas être définie isolément mais s'envisager par rapport à celle de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. De manière appuyée, il a entendu marquer la spécificité de la procédure du référé-liberté par rapport à celle du référé-suspension, en consacrant l'idée selon laquelle les deux procédures de référé ont pour objet de répondre à des situations différentes et selon des modalités différentes¹. La procédure de l'article L. 521-2 confère au juge de larges pouvoirs destinés à remédier très rapidement à des situations inacceptables ; la procédure de l'article L. 521-1 lui reconnaît un pouvoir de suspension lorsque l'exécution d'une décision dont la légalité est douteuse est de nature à provoquer un préjudice. Une distinction nette est ainsi établie, au sein des référés d'urgence, entre la procédure « de droit commun »² de l'article L. 521-1 et la procédure « exceptionnelle »³ ou « particulière »⁴ de l'article L. 521-2.

Cette qualification de voie de droit exceptionnelle ou particulière, le référé-liberté la doit à la gravité des situations auxquelles est subordonné son déclenchement et à l'originalité de son mécanisme procédural. D'une part, le référé-liberté est conçu pour des situations que l'on peut qualifier de graves. Non seulement une liberté fondamentale doit être mise en cause – ce qui exclut le recours à cette procédure pour sanctionner de simples illégalités. Mais, en outre, la loi exige que l'atteinte qui y est portée présente un caractère grave, manifestement illégal, et que le demandeur justifie de l'urgence à obtenir dans un délai très bref le prononcé d'une mesure de sauvegarde. D'autre part, le caractère exceptionnel du référé-liberté tient à la singularité du mécanisme procédural institué. En effet, en vue d'offrir aux utilisateurs de

¹ Très explicitement, il affirme « qu'en distinguant les deux procédures ainsi prévues par les articles L. 521-1 et L. 521-2 le législateur a entendu répondre à des situations différentes ; que les conditions auxquelles est subordonnée l'application de ces dispositions ne sont pas les mêmes, non plus que les pouvoirs dont dispose le juge des référés » (CE, ord. 28 février 2003, *Commune de Pertuis, Lebon* p. 68).

² R. GARREC, Rapport Sénat n° 380 sur le projet de loi relatif au référé devant les juridictions administratives, 26 mai 1999, p. 22 (disponible sur le site du Sénat : www.senat.fr).

³ CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

⁴ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

cette procédure une protection juridictionnelle rapide et efficace, le législateur a dérogé très largement aux règles habituelles de la procédure administrative contentieuse.

Ces deux aspects se trouvent réunis dans l'objet de cette voie de droit, qui est de *mettre fin très rapidement aux situations les plus graves*. Le souci de ne s'attacher qu'aux situations les plus exceptionnelles explique et justifie la rigueur des conditions auxquelles est subordonné son engagement. La volonté de réprimer très rapidement ces atteintes fonde le caractère dérogatoire des règles procédurales. Celles-ci se caractérisent ainsi par une grande souplesse, les règles substantielles par une importante rigueur. C'est dans ce subtil équilibre entre la rigueur des conditions d'engagement et le libéralisme de sa procédure que se résume la philosophie du référé-liberté. La voie de droit instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative est conçue pour s'appliquer à des situations exceptionnelles (1^{ère} partie). A travers un mécanisme procédural dérogatoire, elle garantit à la victime d'une atteinte une protection juridictionnelle rapide et efficace de ses libertés fondamentales (2^{nde} partie).

Première partie : Une procédure conçue pour des situations exceptionnelles

Les conditions de mise en œuvre du référé-liberté sont exigeantes et caractérisent une situation particulière. D'une part, l'article L. 521-2 ne peut être utilement engagé que si une liberté fondamentale est en cause dans le litige qui oppose le demandeur à la puissance publique. D'autre part, la loi exige, outre l'urgence, que l'atteinte portée à la liberté fondamentale soit grave et manifestement illégale.

Section I - La mise en cause d'une « liberté fondamentale »

Le champ d'application du référé-liberté n'a pas été limité *a priori* par une liste exhaustive des droits et libertés protégés ni par une définition conceptuelle de son contenu. Au contraire, le texte de l'article L. 521-2 définit son champ d'application par référence à la notion, générique, de « liberté fondamentale ». Le choix de cette notion a fait couler beaucoup d'encre lors de l'adoption de la loi du 30 juin 2000, et plus encore à compter de sa mise en application. En effet, alors qu'à l'étranger les procédures consacrées à la protection des libertés ont en général un champ d'application clairement délimité par les dispositions qui les régissent, le droit français ne contient pas de catalogue ordonné de

droits et libertés et ne définit pas la notion de liberté fondamentale à laquelle se réfère l'article L. 521-2. Le champ d'application de cette procédure n'étant pas défini *a priori*, c'est au juge qu'est revenu le soin d'en tracer les contours. Optant pour un champ de protection étendu, le juge des référés a retenu une acception large de la notion de liberté fondamentale. La décision *Commune de Venelles*¹, qui érige le principe de libre administration des collectivités territoriales en liberté fondamentale, est généralement présentée comme le symbole de la conception large retenue par le juge administratif.

Pour l'identification des libertés fondamentales, le juge administratif refuse de s'appuyer sur une doctrine prédéfinie ou de délimiter la notion par référence au sens qui lui est attribué dans d'autres procédures. Son approche est indépendante de toute construction théorique et de toute qualification textuelle et jurisprudentielle. En cela, sa démarche est *autonome* dans la mesure où le juge des référés se donne *sa propre* définition des libertés fondamentales. Dans ses décisions, il précise que la norme dont la qualification est demandée est ou n'est pas une liberté fondamentale « au sens de » l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Par cette locution, le juge des référés entend montrer d'une part qu'il n'est pas prisonnier des catégories ou des définitions données ici ou là de tel ou tel droit, d'autre part que la qualification ne prétend pas revêtir une portée générale. Refusant de s'enfermer dans un schéma d'analyse prédéfini, le Conseil d'Etat forge et développe progressivement une conception des libertés fondamentales qui est propre au référé-liberté².

¹ CE, Sect., 18 janvier 2001, *Morbelli, maire de la Commune de Venelles, Lebon* p. 18.

² A ce jour, il est possible de dresser une liste des normes incluses dans la catégorie des libertés fondamentales et une liste des normes exclues de la catégorie.

Les normes qui suivent ont été incluses par le Conseil d'Etat dans la catégorie des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative : respect de la vie privée ; liberté de réunion ; droit pour un parti politique légalement constitué de tenir des réunions ; principe du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion ; principe de libre expression du suffrage ; principe de libre administration des collectivités territoriales ; liberté d'exercice de leurs mandats par les élus locaux ; liberté personnelle ; liberté individuelle ; liberté d'aller et venir ; droit pour le patient majeur de donner, lorsqu'il se trouve en l'état de l'exprimer, son consentement à un traitement médical ; liberté de communication de la personne hospitalisée ; secret des correspondances ; droit d'asile ; liberté d'opinion ; droit de mener une

Positivement, les libertés fondamentales doivent être définies sur la base de deux grands critères qui correspondent chacun à l'un des termes retenus par le législateur. La norme concernée est, tout d'abord, une *liberté*. Celle-ci s'analyse de la manière la plus large qui soit pour le juge administratif puisqu'elle dépasse la seule catégorie des droits défensifs. Elle doit s'analyser en un droit public subjectif de configuration particulière. Ensuite, la norme en question doit présenter un caractère *fondamental*. Le juge entend cet adjectif dans un sens matériel, comme synonyme d'éminent ou d'essentiel.

I - La liberté : un droit public subjectif

La liberté fondamentale est un droit public subjectif, entendu comme une obligation juridique pesant sur l'administration, visant à la protection d'un intérêt particulier et comportant un bénéficiaire abstraitement identifié.

A - Une obligation juridique à la charge de l'administration

La liberté fondamentale, appréhendée ici sous l'angle du droit subjectif, n'a pas d'existence propre ou autonome. Elle n'existe que par le droit objectif et grâce à celui-ci. Dès lors, le juge des référés ne peut découvrir de libertés fondamentales en dehors des sources du droit. La norme doit préexister à son intervention. Ainsi, pour reconnaître une liberté fondamentale, le Conseil d'Etat exige qu'une norme de droit positif existe, qu'il s'agisse d'une norme textuelle ou d'une norme jurisprudentielle. En l'absence d'une telle obligation juridique, aucune liberté fondamentale ne peut être

vie familiale normale ; liberté du culte ; possibilité d'exprimer dans des formes appropriées ses convictions religieuses ; possibilité d'assurer de manière effective sa défense devant le juge ; possibilité d'exercer un recours effectif devant un juge ; présomption d'innocence ; droit de propriété ; liberté d'entreprendre ; exercice d'une activité professionnelle ; liberté syndicale ; droit de grève ; liberté du salarié de ne pas être astreint à accomplir un travail forcé.

Les normes suivantes ont été exclues de la catégorie des libertés fondamentales au sens de l'article L. 521-2 : droit de pratiquer un sport ; droit de participer à des compétitions sportives ; droit à un congé de formation-mobilité ; accès à une formation de 3^{ème} cycle de l'enseignement supérieur ; principe d'égalité ; principe général d'égalité devant la justice ; égalité des usagers devant le service public ; droit au logement ; droit à la santé ; objectif de politique criminelle suivant lequel l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle ou criminelle a pour objet non seulement de punir le condamné mais également de favoriser son amendement et de préparer son éventuelle réinsertion ; libre accès du public aux parcelles situées sur une dépendance du domaine public maritime ; continuité du service public.

caractérisée. Par exemple, l'accès à une formation de troisième cycle ne peut être regardé comme une liberté fondamentale dans la mesure où cet accès n'est garanti par aucun texte. Aucune source juridique ne consacrant l'existence d'un tel droit, le juge administratif ne pouvait y voir une liberté fondamentale. Toutefois, il ne suffit pas qu'une norme juridique existe pour constituer une liberté au sens de l'article L. 521-2. Il faut encore, s'agissant d'un droit *public* subjectif, que cette norme ait pour obligée la puissance publique, c'est-à-dire que l'obligation juridique qu'elle comporte soit directement opposable à l'autorité administrative.

L'exigence d'un effet direct de la norme de liberté fondamentale a été explicitement affirmée par le juge des référés du Conseil d'Etat dans une ordonnance du 3 mai 2002¹. Les associations requérantes demandaient au juge administratif de reconnaître comme liberté fondamentale un « droit » au logement dont elles avaient vu la consécration au niveau constitutionnel et conventionnel. Les requérantes se fondaient d'une part sur un objectif de valeur constitutionnelle : la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent² ; d'autre part sur « les stipulations relatives à l'accès des particuliers au logement qui sont contenues dans certaines conventions internationales ratifiées par la France ». Le juge des référés refuse de voir dans ces dispositions la reconnaissance d'un droit au logement dont les particuliers pourraient réclamer le bénéfice devant les tribunaux ordinaires. Ces dispositions ne créent pas d'obligation juridique directement opposable à la puissance publique et, par suite, ne confèrent pas aux individus un droit d'obtenir un logement de la part de l'administration. La rédaction de l'ordonnance est à cet égard particulièrement explicite. S'agissant de la source internationale, le juge relève que les stipulations invoquées « ne créent d'obligation qu'entre les Etats parties à ces conventions et ne produisent pas d'effet direct à l'égard des personnes privées ». En ce qui concerne la source constitutionnelle, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent représente une finalité imposée au législateur mais en aucun cas un droit

¹ CE, ord. 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres, Lebon* p. 168.

² Reconnu par le Conseil constitutionnel dans la décision *Diversité de l'habitat* (CC, n° 94-359 DC, 19 janvier 1995, *Rec.* p. 176) et confirmé par la suite (voir CC, n° 98-403, 29 juillet 1998, *Rec.* p. 276).

subjectif invocable devant les tribunaux ordinaires. En consacrant un objectif, indique le juge des référés, le Conseil constitutionnel « n'a pas consacré l'existence d'un droit au logement ayant rang de principe constitutionnel »¹. Dans l'un et l'autre cas, l'absence d'effet direct de la norme est un obstacle à sa reconnaissance comme liberté fondamentale. Le juge des référés ne délivre cette qualité qu'aux seules normes conférant de véritables droits au profit de leurs bénéficiaires (par exemple la liberté de réunion par la loi du 30 juin 1881 ou le droit de grève par le 7^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946²).

Ce critère conduit à écarter de la catégorie des libertés fondamentales les normes juridiques qui, n'ayant pas pour objet de créer des droits au profit des particuliers, ne sont pas directement applicables devant le juge ordinaire. C'est le cas, par exemple, du « droit » à la santé ou du « droit » à l'emploi. En garantissant aux individus « la protection de la santé », l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 ne confère nullement aux intéressés un droit subjectif qui serait opposable à la puissance publique. Cette norme, dépourvue d'effet direct, s'apparente à un simple objectif et ne saurait, par conséquent, fonder la reconnaissance d'une liberté fondamentale. La même analyse s'applique au « droit d'obtenir un emploi » proclamé par le 5^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946. Cette disposition

¹ Comme l'a affirmé M. Zitouni, « si les autorités publiques doivent tendre à la réalisation de cet objectif, sans être soumises à une obligation de résultat », les particuliers ne sauraient « faire valoir pour autant un droit subjectif à obtenir un logement » (F. ZITOUNI, « L'enrichissement du droit au logement », in *Droit de l'aménagement, de l'urbanisme et de l'habitat* (GRIDAUH dir.) Dalloz, 2001, p. 173). Une interprétation identique prévaut, quant à la portée de cette norme, en contentieux constitutionnel étranger (voir par exemple l'article 47 de la Constitution espagnole ou l'article 65 de la Constitution portugaise). Comme le relève Laurence Gay, « Ni l'objectif en France, ni les principes écrits ou prétoriens sur le "droit au logement" à l'étranger ne sont interprétés comme donnant directement la possibilité d'obtenir un toit » (L. GAY, « Propriété et logement. Réflexions à partir de la mise en œuvre du référé-liberté » (2^{nde} partie), *RFDC* 2003, p. 544).

² Le préambule de la Constitution de 1946 est l'un des éléments du « bloc de constitutionnalité », c'est-à-dire des normes ayant valeur constitutionnelle en droit français. Ce bloc est composé de quatre éléments écrits (la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946 et la Charte de l'environnement) et de principes non écrits dégagés par le juge constitutionnel (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).

ne peut être regardée comme ouvrant droit à un travail en cas d'inactivité ; elle « ne fixe pas une règle dont il est directement possible de se prévaloir pour exiger un emploi »¹.

Pour autant, ce critère ne conduit pas à exclure automatiquement du champ des libertés fondamentales toute norme constitutionnelle ou conventionnelle dépourvue d'un effet direct. En effet, ces normes peuvent toujours faire l'objet de mesures de mise en œuvre de la part du législateur, cette intervention donnant alors un plein effet aux dispositions constitutionnelles et internationales qui en sont dépourvues. Ainsi, le droit d'asile, consacré par le 4^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, est par lui-même dépourvu d'effet direct. Néanmoins, ce droit fait l'objet de mesures de mise en œuvre par le biais de la loi du 25 juillet 1952 et de la convention de Genève relative au statut des réfugiés. Ces textes donnent au droit constitutionnel d'asile son plein effet en droit positif. Lorsque les conditions auxquelles est subordonné l'octroi de l'asile sont remplies, le ressortissant étranger dispose d'un véritable droit, opposable en tant que tel à la puissance publique, à en bénéficier. Invocable devant les juridictions ordinaires, le droit d'asile peut être qualifié de liberté fondamentale dès lors que les autres critères se trouvent également satisfaits. Cette jurisprudence conduit à s'interroger sur la possibilité de reconnaître un plein effet à des droits-créances constitutionnels (c'est-à-dire des droits dont l'objet principal est l'attribution d'une prestation au profit des particuliers) lorsque ceux-ci ont fait l'objet de mesures de mise en œuvre législative. C'est notamment le cas du droit à l'éducation. Proclamé au 13^{ème} alinéa du préambule de la Constitution de 1946, le droit à l'éducation a fait l'objet de mesures législatives et réglementaires de mise en œuvre. Les textes infraconstitutionnels complétant et précisant cette disposition lui confèrent la qualité de prérogative directement opposable à la puissance publique. Pour l'heure, le Conseil d'Etat n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'éligibilité de ce droit à la procédure de l'article L. 521-2. Mais, appelé à se prononcer sur la question, les juges du premier degré n'ont pas éprouvé d'hésitations pour le qualifier de liberté fondamentale².

¹ G. BRAIBANT et B. STIRN, *Le droit administratif français*, 6^{ème} éd., Presses de sciences po et Dalloz, 2002, p. 236. Voir en ce sens CC, n° 83-156 DC, 28 mai 1983, cons. 4, *Rec.* p. 41.

² Voir par exemple TA Paris, ord. 30 janvier 2001, *Ben Ayed, Dr. adm.* 2001, n° 102.

B - Un intérêt individuel préorienté

La norme de liberté fondamentale vise à la protection d'un intérêt abstraitement identifié. Elle est une norme dont la finalité est d'assurer la protection d'un intérêt individuel déterminé. Elle tend à assurer la capacité de libre disposition et réalisation du sujet en imposant à la puissance publique une action d'un contenu déterminé. Il doit être possible d'identifier abstraitement le domaine protégé par la norme. L'intérêt vise une action, une situation ou une qualité dont le contenu doit pouvoir être déterminé *in abstracto* sans prise en compte des données particulières de chaque espèce. C'est le cas, par exemple, de la norme protégeant l'opinion, la propriété ou la libre administration des collectivités territoriales. Les bénéficiaires de ces normes ont intérêt à la préservation de leur objet. Ils ont *droit* et intérêt à la préservation de leur opinion, à la libre disposition de leurs biens et à la possibilité de s'administrer librement.

A défaut de pouvoir déterminer abstraitement l'intérêt protégé par la norme, celle-ci ne saurait être regardée comme une liberté fondamentale. Cette exigence explique ainsi l'exclusion du principe de continuité des services publics du champ de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, dans la mesure où ce principe ne vise pas spécifiquement la protection d'un intérêt du sujet. La même raison explique que l'égalité, principe de droit objectif, n'ait pas été regardée comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2. Si le principe d'égalité n'est pas une liberté fondamentale, c'est, tout simplement, parce qu'il ne constitue pas un droit subjectif et, plus précisément (dans la mesure où il s'agit d'une norme opposable à l'administration et dotée d'un effet direct, satisfaisant ainsi au premier critère du droit subjectif) parce qu'il ne protège pas un intérêt individuel. Ce qui fait défaut à ce principe pour pouvoir s'analyser en une liberté fondamentale, c'est qu'il ne confère pas aux sujets un *droit* subjectif à l'égalité. Il est difficile d'appréhender le principe d'égalité sous la forme d'une véritable prérogative individuelle. Il s'analyse en un droit « modal », imposant à la puissance publique une modalité d'action particulière et non pas une action d'un contenu déterminé. Ce principe n'interdit pas certains contenus à l'action de l'Etat, mais seulement certaines modalités d'action (discriminatoires).

En ce qui concerne l'objet protégé par la norme de liberté fondamentale, celui-ci peut être une activité, une qualité ou une

position du sujet.

La majorité des libertés fondamentales reconnues par le juge des référés ont pour objet la protection d'une possibilité de faire (ou de ne pas faire). Ce sont des libertés au sens strict. Elles protègent une activité ou une action déterminée : entreprendre, se déplacer, se réunir, disposer de ses biens, s'administrer librement. Elles peuvent également, dans leur dimension négative, s'incarner en des libertés de ne pas faire, par exemple ne pas être astreint à un travail forcé. Ces normes correspondant à l'acception classique du terme « liberté ».

Toutefois, toutes les libertés fondamentales ne se réduisent pas à des permissions d'agir ou d'adopter un comportement déterminé. Pour le juge administratif, les libertés peuvent également avoir pour objet la protection de qualités, de caractéristiques ou de positions du sujet. C'est le cas, par exemple, de la liberté personnelle, de la présomption d'innocence ou du droit d'asile. Ces principes ne protègent nullement une possibilité de faire mais, en substance, le droit de ne pas subir de sujétions illégitimes et notamment de torture et de traitements inhumains ou dégradants, le droit de ne pas être présenté comme l'auteur d'une faute ou d'une infraction avant le résultat d'une procédure répressive, et le droit d'obtenir la protection des autorités de la République pour les personnes persécutées en raison de leur action en faveur de la liberté. Il semble également possible d'y inclure la liberté d'opinion, laquelle ne protège pas une action – exprimer une opinion – mais une position du sujet – ne pas être pénalisé, sanctionné ou discriminé à raison de ses opinions. Peut également y être ajouté le droit de mener une vie familiale normale, qui protège avant tout une situation : la possibilité d'être et de vivre en famille.

On pourrait enfin envisager que l'objet de la liberté fondamentale porte sur une prestation, c'est-à-dire l'obtention d'un bien ou le bénéfice d'un service. En effet, le Conseil d'Etat a refusé d'exclure par principe les droits-créances du champ du référé-liberté et tout porte à croire qu'à l'instar de ses commissaires du gouvernement et des juges du premier degré, il acceptera de qualifier comme telles les droits ayant fait l'objet de mesures législatives de mise en œuvre. Très explicitement, Mme de Silva a réservé la possibilité que des droits-créances puissent être assimilés à des libertés fondamentales : « L'approche que nous vous proposons ne se fonde donc pas sur une opposition entre

"droits" et "libertés", et pas davantage sur une exclusion par principe des droits qualifiés de "droits-créances" »¹. Si certains droits-créances ont été expressément exclus de la catégorie des libertés fondamentales, c'est uniquement parce qu'ils ne produisaient pas par eux-mêmes d'effet direct et n'avaient pas fait de mesures législatives de mise en œuvre.

Du point de vue de son mode de réalisation, l'objet protégé par la liberté peut impliquer une attitude passive ou active de la puissance publique. Dans le cadre de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, les « libertés » ne peuvent être définies comme appelant uniquement une abstention de la puissance publique. Elles ne se réduisent pas à des obligations strictement négatives à la charge de l'administration. Certaines libertés fondamentales, comme la propriété ou le pluralisme, appellent autant des actions que des abstentions ; d'autres, comme l'asile, n'appellent que des actions. Nombre de libertés comportent une certaine distribution des deux aspects. Elles revêtent ainsi une double dimension, prenant la forme d'abstention d'agir ou d'abstention de ne pas agir.

Envisagées dans leur dimension négative, les libertés ont pour objet de s'opposer à une action de l'autorité publique. Défense lui est faite d'intervenir ou de s'ingérer dans le domaine protégé par la liberté. Sa mise en œuvre se traduit par une obligation de non-immixtion et suppose l'abstention de la puissance publique. Elle permet à son bénéficiaire de repousser les troubles et revendications étatiques.

Dans leur dimension positive, les libertés fondamentales supposent une action de la puissance publique. L'Etat ne doit pas affecter, par son refus, sa carence ou son abstention le domaine protégé par la liberté. Obligation lui est faite de promouvoir ou de garantir la liberté, d'apporter un concours actif à sa réalisation. Sous cette dimension, la liberté impose à la puissance publique une action ou l'adoption de mesures visant à en assurer la garantie. Par exemple, le pluralisme peut impliquer une action positive du Conseil supérieur de l'audiovisuel pour en assurer le respect. Dans les hypothèses de refus de concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire prescrivant

¹ I. DE SILVA, concl. sur CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba*, RFDA 2002, p. 330.

l'expulsion d'occupants sans titre, le respect du droit de propriété implique de même une action de l'autorité administrative.

C - Un bénéficiaire identifié

Le troisième critère d'identification d'un droit public subjectif réside dans l'existence d'un bénéficiaire identifié. Le texte de l'article L. 521-2 n'imposant aucune qualité particulière pour se voir attribuer le bénéfice d'une norme de liberté fondamentale, le juge des référés a retenu l'approche la plus large qui soit. Il reconnaît à toute personne la possibilité de bénéficier des libertés fondamentales quelle que soit sa nationalité et sa forme juridique.

C'est tout d'abord le cas des personnes physiques. En principe, tout individu peut invoquer le bénéfice des libertés fondamentales reconnues dans le cadre de l'article L. 521-2. La jurisprudence qui s'est développée sur ce fondement a consacré le principe de l'universalité de la jouissance des libertés fondamentales. Tout d'abord, ces libertés sont valables non seulement pour les citoyens nationaux mais également – sous réserve de certaines exceptions liées à la citoyenneté ou à la régularité du séjour – au profit des ressortissants étrangers présents ou non sur le territoire français. Les libertés fondamentales sont aussi reconnues aux personnes physiques se trouvant dans une situation particulière. Elles sont ainsi reconnues aux personnes incarcérées. Pour le juge des référés, « les personnes détenues dans des établissements pénitentiaires ne sont pas de ce seul fait privées du droit d'exercer des libertés fondamentales susceptibles de bénéficier de la procédure particulière instituée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹. Il bénéficie tout autant aux personnes hospitalisées dans un établissement psychiatrique² ou aux incapables. Ainsi, le droit de mener une vie familiale peut avoir pour bénéficiaire un enfant mineur séparé de ses parents et être invoqué directement par cet enfant³.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs considéré que toutes les personnes morales, de droit privé comme de droit public, peuvent

¹ CE, ord. 27 mai 2005, *Section française de l'observatoire international des prisons et autres*, Lebon p. 232. Toutefois, l'exercice de ces libertés doit composer avec les contraintes liées à leur enfermement et se trouve, par conséquent, « subordonné aux contraintes inhérentes à leur détention ».

² Voir, par exemple CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

³ CE, ord. 29 septembre 2004, *Ministre de l'Intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ Aubame*, n° 272584.

bénéficier des libertés fondamentales.

Leur reconnaissance au profit des personnes morales de droit privé n'a soulevé, dans son principe, aucune difficulté. S'il est vrai que les libertés fondamentales ont pour vocation première de protéger les personnes physiques, rien ne fait obstacle à une extension de leur bénéfice aux personnes morales. Dans la mesure où elles peuvent, tout comme les êtres corporels, exprimer une volonté, par la voie de leurs organes de décision et de représentation, les personnes morales sont assimilées par le droit aux personnes physiques. Elles peuvent bénéficier des libertés fondamentales qui, à l'image du droit de propriété ou de la liberté de réunion (pour un parti politique), sont compatibles avec leur nature.

En revanche, l'attribution de libertés fondamentales aux personnes morales de droit public (comme la libre administration des collectivités territoriales ou le droit de propriété) a été critiquée par certains auteurs, qui considèrent que l'Etat ne peut être à la fois destinataire et bénéficiaire des libertés. Comme l'a souligné M. Pfersmann, ce raisonnement repose sur une confusion entre le concept *théorique* et le concept *juridique* d'Etat. Appréhendé comme concept théorique, l'Etat désigne un ordre juridique. Envisagé comme concept de droit positif, il correspond à tel ou tel ensemble d'organes auxquels l'ordre juridique confère ce nom, soit une collectivité territoriale englobant la totalité du territoire. Or, les libertés fondamentales constituent des sous-ensembles de l'Etat entendu au sens théorique puisqu'il s'agit de normes attribuant des droits subjectifs à des bénéficiaires identifiés. Rien ne s'oppose à ce que, dans notre système juridique, les normes ainsi qualifiées s'imposent à l'autorité publique – l'Etat en tant que concept juridique¹.

Si les libertés fondamentales s'analysent en des droits publics subjectifs, elles ne constituent pas un type ordinaire de droit subjectif. Elles représentent, à l'instar des droits fondamentaux allemands, « les droits publics subjectifs les plus importants »².

¹ Cf. L. FAVOREU et alii, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis, 2005, n° 112.

² R. ARNOLD, « Le contrôle juridictionnel des décisions administratives en Allemagne », *AJDA* 1999, p. 659.

II - Le critère de la fundamentalité

Pour être éligible à la procédure de l'article L. 521-2, la liberté doit présenter un caractère « fondamental ». Pour le juge administratif, la fundamentalité est une propriété qui n'est pas réductible à une source déterminée.

A - La fundamentalité n'est pas liée à une source

En Allemagne, la fundamentalité se réduit à un niveau normatif précis : le niveau constitutionnel. Dans l'expression « droit fondamental », le caractère constitutionnel, est exprimé par le mot « fondamental » qui ne signifie rien de plus. Pour le juge des référés en revanche, la fundamentalité n'est pas liée à une source déterminée.

Il résulte de l'analyse des décisions que les libertés fondamentales ne sont pas extraites par le juge d'un niveau normatif déterminé. Pour l'heure, celles-ci trouvent leur origine soit dans la Constitution (par exemple le principe de libre administration des collectivités territoriales, le droit d'asile, la liberté personnelle ou le droit de grève), soit dans la loi ordinaire (notamment la liberté de réunion, la liberté de communication du patient hospitalisé ou le droit pour un patient majeur de donner son consentement à un traitement médical)¹. La fundamentalité ne se réduit pas à un niveau donné de la hiérarchie des normes.

En outre, la norme servant de fondement ou de support à la consécration d'une liberté fondamentale n'est que la source matérielle de celle-ci. Il ne saurait d'ailleurs en être autrement, dans la mesure où le juge des référés *n'applique* pas en tant que tel – c'est-à-dire formellement – le texte porteur de la norme de liberté fondamentale. La notion de liberté fondamentale représente, comme celle de principe général du droit, une catégorie juridique permettant une application médiate des normes textuelles ou jurisprudentielles qui en constituent le fondement. Dans les deux cas, une norme est exigée pour la reconnaissance (une norme textuelle pour le principe général du droit, une norme textuelle ou jurisprudentielle pour la liberté fondamentale). Mais,

¹ A ce jour, aucune liberté fondamentale n'a été reconnue à partir d'un traité international ou d'un principe général du droit. Néanmoins, on peut raisonnablement penser que cette situation ne traduit nullement une volonté du juge d'exclure ces sources du champ de la fundamentalité.

une fois la liberté fondamentale ou le principe reconnus, ceux-ci existent ensuite indépendamment de la norme-support et s'autonomisent par rapport à celle-ci.

Ainsi, il n'existe pas une source précise et formelle de la fondamentalité. Si celle-ci n'est pas réductible à une source, c'est, nécessairement, qu'elle est une propriété ou une qualité de la norme.

B - La fondamentalité est une propriété

L'essence de la fondamentalité n'est pas liée à la valeur juridique de la norme qui porte la liberté. Celle-ci n'est certes pas indifférente (du moins si elle est constitutionnelle) mais elle ne représente pour le juge qu'un indice. Elle agit comme un révélateur de fondamentalité. Rien de plus. La hiérarchie des normes n'intervient pas en tant que telle dans l'identification de la fondamentalité. Ce qui caractérise cette propriété, c'est l'importance ou l'essentialité d'une norme. Ce qui fait le caractère fondamental d'une liberté, c'est son caractère essentiel ou éminent.

Pour apprécier la fondamentalité d'une liberté, le juge administratif doit mesurer l'attachement que lui vouent les citoyens. Il est aidé, dans cette tâche, par plusieurs critères ou indices qui permettent de limiter la subjectivité inhérente à une telle opération. Le critère principal et presque exclusif est celui de la valeur juridique suprême. Par hypothèse, les règles de valeur constitutionnelle sont toutes – formellement et matériellement – fondamentales. A l'inverse, les normes infraconstitutionnelles ne sont pas fondatrices d'un ordre juridique, c'est-à-dire formellement fondamentales. Si certaines d'entre-elles peuvent le cas échéant s'avérer fondamentales, c'est uniquement en raison de leur importance, donc exclusivement d'un point de vue matériel ou substantiel. Ainsi, il ressort de la jurisprudence une opposition, non pas entre les normes « disponibles » (législatives ou infralégislatives) et les normes « indisponibles » (supralégislatives), mais entre les normes constitutionnelles (qui sont toutes et nécessairement fondamentales) et l'ensemble des autres normes (dont certaines seulement sont fondamentales).

La constitutionnalité n'est pas une condition de la fondamentalité mais elle est plus qu'un indice. Elle n'est pas nécessaire, dans la mesure où des normes non constitutionnelles peuvent se voir reconnaître un caractère fondamental. Toutefois,

elle est plus qu'un indice puisqu'elle suffit, à elle seule, à qualifier une norme de fondamentale. Il s'agit d'un critère et même du critère qui est, de loin, le plus important car il est à lui seul suffisant pour caractériser la fundamentalité d'une norme. Il est le critère par excellence de fundamentalité dans la mesure où les normes constitutionnelles sont à la fois formellement et matériellement fondamentales.

Tout d'abord, les normes constitutionnelles sont formellement fondamentales ; elles sont même les seules normes formellement fondamentales. La Constitution représente en effet le fondement de l'ordre juridique, la base des normes juridiques qui règlent la vie de la collectivité. L'unité et la cohérence d'un ordre juridique se forment autour de sa Loi fondamentale. Celle-ci, en raison notamment de la stabilité particulière qui la caractérise, représente le fondement et la fondation d'un ordre juridique ; elle en établit les assises. Elle représente le fondement de validité de toutes les autres normes. En tant qu'ils figurent parmi les normes de valeur constitutionnelle, autrement dit qu'ils représentent la base du système juridique, les droits et libertés constitutionnels sont *ipso facto* fondamentaux. Les normes constitutionnelles sont aussi matériellement fondamentales. Norme du consensus, la Constitution représente en effet le siège des valeurs et des libertés essentielles. Son objet même est de définir un système de valeurs commun à un groupe humain. Placée au sommet de la hiérarchie des normes, elle consacre les principes fondateurs d'un ordre social, dont le contenu se réfère à des valeurs politiques ou morales. Dès lors, c'est dans la Constitution que l'on est censé trouver les libertés les plus importantes. Les droits qui y sont énoncés sont jugés suffisamment primordiaux ou essentiels pour devoir être mis hors de portée des majorités parlementaires.

Pour ces raisons, la constitutionnalité emporte de plein droit la fundamentalité. Cela étant, le juge administratif considère qu'une norme peut également être fondamentale d'un point de vue strictement substantiel. Si la Constitution épuise la fundamentalité formelle, elle n'épuise nullement la fundamentalité matérielle.

En ce qui concerne son identification, la fundamentalité d'une norme infraconstitutionnelle s'évalue à l'aune d'un critère purement matériel. C'est sur ce point qu'apparaît la différence majeure entre les normes constitutionnelles et les normes infraconstitutionnelles. Alors que le critère de la valeur juridique

suprême est à lui seul suffisant pour reconnaître la fondamentalité d'une norme donnée, une disposition de rang infraconstitutionnel ne sera fondamentale que si elle présente un caractère éminent ou essentiel. Par définition, la fondamentalité purement matérielle n'est pas formalisée dans un texte ni située à un niveau normatif déterminé. Aucun critère juridique n'intervient à ce stade pour opérer le départ entre les normes fondamentales et les normes non fondamentales. Le juge ne se tourne pas de préférence vers le niveau normatif le plus élevé. Il n'accorde pas de primauté aux traités sur la loi dans la recherche de la fondamentalité matérielle¹.

En pratique, il semble possible de mettre en exergue quatre critères d'appréciation de l'essentialité d'une norme infraconstitutionnelle. Le premier critère réside dans le degré de protection de la liberté. L'étendue de la protection se manifeste par la facilité d'exercice d'une liberté, les garanties dont son exercice est assorti ainsi que par l'absence d'exception ou de tempérament apportés au principe. C'est le cas du droit de consentir aux soins médicaux, consacré sans réserves ni restrictions par la loi du 4 mars 2002, et bénéficiant de garanties d'exercice à la fois nombreuses, précises et détaillées. Le deuxième critère correspond à la constance historique ou à la permanence d'un droit. Son enracinement dans notre ordre juridique apparaît comme un indice de son essentialité. C'est notamment le cas de la liberté de réunion, consacrée en droit interne depuis plus d'un siècle. Le troisième critère réside dans le lien existant entre la liberté en cause et des droits et libertés constitutionnellement protégés. Le juge sera sensible au lien direct qui peut exister entre une norme constitutionnelle et une norme législative qui en constitue le prolongement ou concourt à sa mise en œuvre. Ainsi, la liberté de communication de la personne hospitalisée peut être regardée comme le prolongement, en matière médicale, de la liberté générale de communication consacrée sur le plan constitutionnel. Enfin, la consécration par des normes convergentes pourra, le cas échéant, représenter un indice

¹ C'est ainsi que, pour consacrer la liberté de réunion – qui ne figure pas dans la Constitution française –, le juge des référés s'est fondé non pas sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme mais sur un texte de valeur juridique moindre : la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques (voir CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311).

complémentaire de fondamentalité.

Incontestablement, le juge administratif a opté pour une définition large des libertés fondamentales. A cet égard, on peut se demander si l'approche généreuse retenue par le Conseil d'Etat pour définir le champ d'application du référé-liberté ne remet pas en cause le caractère exceptionnel de cette procédure. Au regard du texte et de la pratique de l'article L. 521-2, un tel risque est parfaitement écarté, et ce pour deux raisons. D'une part, même avec une définition large des libertés fondamentales, le champ d'application de cette procédure n'en reste pas moins réduit à un nombre très limité de droits et de libertés, qui comptent parmi les plus importants de notre ordre juridique. D'autre part, les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 présentent un caractère proprement draconien, ce qui restreint les possibilités de mise en œuvre de cette procédure à des situations relativement exceptionnelles.

Section II - Des conditions d'octroi draconiennes

Les conditions de mises en œuvre énoncées à l'article L. 521-2 du code de justice administrative sont véritablement draconiennes, limitant à l'extrême les situations dans lesquelles cette procédure a vocation à s'appliquer. Outre la condition d'urgence inhérente à la procédure de référé, la loi subordonne le prononcé d'une mesure de sauvegarde à la circonstance que l'administration ait, dans l'exercice de ses pouvoirs, porté une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale¹. Il résulte de l'article L. 521-2 que ces conditions revêtent un caractère cumulatif. Elles sont appliquées avec toute la rigueur qu'impose leur formulation.

I - L'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale

En premier lieu, le requérant doit faire état d'une atteinte à une liberté fondamentale, de la gravité de cette atteinte et son caractère manifestement illégal.

¹ Précisons que l'exigence d'une atteinte portée par l'administration « dans l'exercice de ses pouvoirs » a été vidée de sa substance par le Conseil d'Etat. Par conséquent, cette condition dépourvue de toute consistance ne nous retiendra pas dans le cadre de la présente étude.

A - Une atteinte

L'atteinte à une liberté fondamentale est une « violation » de celle-ci¹. Elle peut se définir comme une interférence actuelle dans le domaine matériellement reconnu au bénéficiaire d'une liberté fondamentale.

D'un point de vue matériel, l'atteinte s'analyse en une interférence dans le domaine protégé par une liberté fondamentale. Cela signifie que la mesure administrative doit intervenir au sein du domaine matériellement protégé par la liberté fondamentale invoquée. Elle doit mettre en cause l'un de ses éléments constitutifs ou l'une de ses composantes. L'atteinte n'est pas caractérisée si la mesure contestée n'interfère pas avec l'un des éléments protégés par la liberté fondamentale. Ainsi, le principe de libre expression du suffrage ouvrant droit à une communication *globale* de la liste électorale, il n'est pas en cause en cas de refus de communiquer cette liste de manière *distincte* pour chaque bureau de vote². A l'inverse, l'atteinte pourra être qualifiée lorsque la mesure litigieuse interfère dans le domaine matériellement protégé par une liberté. Ainsi, la loi reconnaissant au patient placé d'office la liberté de communiquer avec les autorités administratives et judiciaires, cette liberté est affectée par l'interdiction, verbalement mentionnée à l'intéressé, d'adresser des communications à ces autorités³.

D'un point de vue personnel, le requérant doit avoir la qualité ou disposer du titre permettant de se prévaloir de la liberté qu'il invoque. Il est évident que n'importe quel justiciable ne peut pas revendiquer le bénéfice de n'importe quelle liberté fondamentale. Seuls les bénéficiaires d'une liberté fondamentale peuvent en invoquer la violation. Les personnes qui ne rentrent pas dans le cercle des bénéficiaires d'une liberté ne peuvent par hypothèse alléguer l'atteinte portée à celle-ci. Ainsi, les ressortissants étrangers ne peuvent se prévaloir des droits dont le bénéfice est réservé aux citoyens français. Notamment, étant « soumis à des mesures spécifiques réglementant leur entrée et leur séjour en France », ils ne bénéficient pas, « à la différence des nationaux, de

¹ Voir, utilisant l'expression, CE, ord. 30 décembre 2003, *SARL People*, n° 263135.

² CE, ord. 7 février 2001, *Commune de Pointe-à-Pitre, Lebon T.* p. 1129.

³ CE, 15 mai 2002, *Baudoin*, n° 239487.

la liberté d'entrée sur le territoire »¹. Tout aussi logiquement, un étranger en situation irrégulière ne peut invoquer les libertés reconnues aux étrangers en situation régulière. Par ailleurs, l'atteinte alléguée à une liberté fondamentale doit être directe et personnelle : le requérant doit « subir directement et personnellement l'atteinte à la liberté fondamentale dont il se prévaut »².

Enfin, pour être qualifiée d'un point de vue temporel par le juge, l'atteinte doit exister au jour de sa saisine, ce qui suppose que sa survenance soit certaine et avérée. La situation liberticide doit être actuelle et déjà constituée. Si la saisine du juge intervient trop tôt, avant que l'atteinte n'ait débutée, ou trop tard, après qu'elle ait cessé, l'exigence d'une atteinte au sens de l'article L. 521-2 ne pourra être regardée comme satisfaite. L'atteinte ne saurait donc être qualifiée prématurément, c'est-à-dire avant même que ne surgisse la situation litigieuse. Néanmoins, le juge administratif a admis que l'atteinte pouvait être future si elle concerne une mesure déjà édictée mais non encore exécutée³.

Selon le Conseil d'Etat, l'atteinte à une liberté fondamentale peut résulter de l'objet d'une mesure administrative ou des motifs de celle-ci. La première forme d'atteinte, qui s'attache au *contenu* d'une mesure administrative, présente un caractère relativement classique. Elle correspond aux cas dans lesquels l'acte ou l'agissement de la puissance publique interfère, par son objet ou par ses effets, dans le domaine protégé par une liberté fondamentale. Il en va ainsi, par exemple, lorsque l'administration procède au retrait et à la rétention des documents d'identité d'une famille⁴, refuse de mettre une salle municipale à la disposition

¹ CE, ord. 4 mars 2002, *Tinor*, n° 243653.

² CE, ord. 17 avril 2002, *Meyet, Lebon T.* p. 870. En l'espèce, le requérant estimait que le Conseil supérieur de l'audiovisuel portait atteinte au libre exercice du suffrage en n'imposant pas à la société Canal + une obligation de traitement équitable des différents candidats à l'élection présidentielle dans son émission satirique « Les Guignols de l'info ». Le juge affirme qu'en sa seule qualité d'électeur, le requérant n'a pas subi d'atteinte directe et personnelle.

³ Voir par exemple, admettant l'atteinte au droit de propriété dans le cas d'un arrêté prescrivant l'abattage d'un cheptel dans un délai d'un mois : CE, ord. 1^{er} juin 2001, *Ploquin, Lebon T.* p. 1126.

⁴ CE, ord. 2 avril 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Consorts Marcel, Lebon* p. 167.

d'un parti politique¹ ou ordonne la fermeture d'un établissement commercial².

L'atteinte peut également, de manière plus originale, résulter des *motifs* d'une décision administrative. Ce sera le cas, par exemple, si une mesure défavorable est prise à l'encontre d'un agent public en raison de ses opinions politiques ou syndicales³. A ce jour, aucune décision administrative soumise au juge des référés n'a été regardée comme portant, par ses motifs, atteinte à une liberté fondamentale.

Pour pouvoir donner lieu à un référé-liberté, l'atteinte à une liberté fondamentale ne suffit pas. La loi exige également que cette atteinte présente un caractère grave et manifestement illégal.

B - Une atteinte grave

Le juge évalue la gravité de l'atteinte, c'est-à-dire son intensité au regard de deux principaux éléments. L'exigence de gravité de l'atteinte concerne en premier lieu *les effets* de celle-ci, et spécialement ses incidences sur la situation du demandeur. La rédaction de l'ordonnance *Lidl*, concernant l'apposition de scellés sur un bâtiment commercial, est sur ce point significative. Le juge affirme « qu'en raison de ses effets sur la libre disposition par la société Lidl du bâtiment dont elle est propriétaire, *cette décision porte une atteinte grave* à une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative »⁴. Pour apprécier la gravité de l'atteinte, le juge des référés tient compte de ses effets sur la situation personnelle du requérant. L'appréciation de cette exigence est donc très étroitement liée à la situation dans laquelle se trouve l'intéressé. Telle mesure présentera un caractère de gravité pour un requérant, mais non pour celui se trouvant dans une situation personnelle

¹ CE, ord. 19 août 2002, *Front national et Institut de formation des élus locaux (IFOREL)*, *Lebon* p. 311.

² CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, *Lebon T.* p. 931.

³ Voir, consacrant cette solution : CE, Sect., 28 février 2001, *Casanovas*, *Lebon* p. 108.

⁴ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154. La référence aux effets de la mesure concerne ici l'exigence de gravité et non l'exigence d'atteinte, comme en atteste la phrase suivante soulignant « qu'il n'est pas nécessaire de rechercher si (...) une atteinte de même gravité affecte également la liberté du commerce et de l'industrie ».

sensiblement différente. L'exemple du refus de délivrance ou de renouvellement d'un passeport est, à cet égard, significatif. Dans son principe, ce refus porte toujours atteinte à la liberté d'aller et venir. Néanmoins, l'atteinte ne sera qualifiée de « grave » que lorsque le requérant justifie devoir se rendre vers certaines destinations étrangères pour lesquelles ce document est exigé¹. Dans une telle hypothèse, le refus qui lui est opposé empêche effectivement l'intéressé de se rendre dans le pays de destination. *A contrario*, l'atteinte ne sera pas qualifiée de grave si le requérant entend se rendre dans un Etat pour lequel ce document n'est pas exigé ou, à plus forte raison, ne justifie pas devoir se rendre à brève échéance à l'étranger.

Outre les effets de la mesure, le juge peut tenir compte de l'attitude de l'administration pour qualifier la gravité de l'atteinte à une liberté fondamentale. Un abus de pouvoir inqualifiable ou, de manière générale, une attitude particulièrement déplacée ou choquante de l'administration sera considérée par le juge comme une circonstance *aggravante*, qu'il prendra soin de souligner dans sa décision. Dans une affaire jugée en 2002, le requérant avait demandé à l'administration l'inscription de ses deux enfants sur son passeport français. L'administration avait refusé cette inscription en opposant au requérant une condition qui n'existait pas car ne reposant sur aucun texte régissant la délivrance du passeport. Pour conclure à la gravité de l'atteinte à la liberté d'aller et venir, le juge ne se place pas du côté du requérant et des effets de la mesure, mais de celui de l'administration qui s'est rendue coupable d'un agissement grave. La gravité de son manquement à la loi se répercute, par ricochet, sur celle de l'atteinte à une liberté fondamentale².

Deux éléments peuvent être pris en compte pour relativiser ou dénier la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. D'une part, le comportement fautif du requérant peut exclure tout caractère de gravité à l'atteinte portée à ses libertés fondamentales. Ainsi, l'établissement commercial contraint à la fermeture pour avoir réalisé des travaux de construction en méconnaissance des prescriptions législatives ne saurait se

¹ CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes, Lebon* p. 1.

² CE, ord. 4 décembre 2002, *Du Couëdic de Kéranant, Lebon T.* p. 875. Voir de même CE, ord. 14 mars 2005, *Gollnisch, Lebon* p. 103.

prévaloir d'une atteinte « grave » à la liberté d'entreprendre¹. Le même raisonnement s'applique lorsqu'une entreprise exerce une activité polluante classée en méconnaissance des prescriptions qui lui sont légalement imposées au titre de la protection de l'environnement². D'autre part, le juge intègre l'environnement législatif dans l'appréciation de la gravité de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir une telle atteinte, « il y a lieu de prendre en compte les limitations de portée générale qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations entre particuliers »³. Dès lors, la gravité de l'atteinte devient plus difficile à qualifier lorsque la loi reconnaît à l'administration des pouvoirs étendus pour en limiter l'exercice. Les limitations apportées par le législateur ont pour effet d'élever le seuil à partir duquel la gravité est caractérisée. L'atteinte doit apparaître d'autant plus grave que la législation permet à l'administration de limiter valablement la liberté en question. Elle peut faire l'objet d'atteintes plus importantes avant que ne soit caractérisée la gravité, du fait de l'étendue des pouvoirs reconnus à l'administration. Certaines libertés – en pratique, les libertés de nature économique – subissent plus que d'autres des prescriptions légales et il devient dès lors plus difficile de considérer que l'autorité administrative leur porte une atteinte *grave* lorsque cette dernière se contente d'appliquer correctement la loi⁴.

C - Une atteinte manifestement illégale

En vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le référé-liberté ne peut être mis en œuvre que lorsque l'administration a porté à une liberté fondamentale une « atteinte (...) manifestement illégale ». Il résulte de cette formule que la loi n'exige pas n'importe quelle forme d'illégalité mais une illégalité déterminée. L'illégalité est celle de l'atteinte portée à une liberté fondamentale. Elle doit en outre se caractériser par son évidence.

¹ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl, Lebon* p. 154.

² CE, ord. 25 avril 2002, *Société Sarria Industries, Lebon* p. 155.

³ CE, ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay, Lebon* p. 551.

⁴ Pour des illustrations, voir, outre l'ordonnance précitée *Commune de Montreuil-Bellay* : CE, 4 octobre 2004, *Société Mona Lisa investissements et autres, Lebon* p. 362 ; CE, ord. 3 mai 2005, *Confédération française des travailleurs chrétiens, Lebon T.* p. 1034.

Une illégalité dont ne résulte pas d'atteinte à une liberté fondamentale ne satisfait pas à l'exigence énoncée à l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La loi exige que l'illégalité constatée ait une réelle incidence sur la liberté en cause. Par suite, une illégalité de pure forme ne saurait satisfaire à cette exigence d'illégalité *de l'atteinte* à une liberté. Si un vice de forme ou de procédure peut présenter un caractère illégal, et même manifestement illégal, il paraît par nature insusceptible de porter atteinte à une liberté fondamentale.

Pour le juge des référés, cette illégalité s'analyse en une atteinte injustifiée et disproportionnée à une liberté fondamentale. En droit, toute atteinte à une liberté fondamentale n'est pas illégale. En pratique, l'atteinte à une liberté fondamentale sera légale si elle est non seulement *justifiée* par la loi ou par un motif d'intérêt général mais également *proportionnée* à l'objectif poursuivi. *A contrario*, l'atteinte sera illégale dans deux hypothèses. Tout d'abord, l'atteinte est illégale si elle n'est autorisée ni par la loi ni par un motif d'intérêt général. Ce sera le cas, à l'évidence, lorsque se trouve frontalement méconnue une norme juridique législative, conventionnelle, constitutionnelle ou autre. Dans un tel cas de figure, l'absence de justification de l'atteinte apparaît immédiatement. Ensuite, dans l'hypothèse où elle se trouve justifiée, l'atteinte sera illégale si elle présente un caractère excessif et, ainsi, ne satisfait pas à l'exigence de proportionnalité. Pour reprendre une formule de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, « L'atteinte ne doit pas avoir une intensité sans relation avec l'importance de la chose et les inconvénients imposés au citoyen »¹. L'autorité publique ne doit pas, par son action ou son abstention, porter atteinte à une liberté fondamentale au-delà de ce qui est nécessaire ou raisonnable. Cette exigence concerne aussi bien les atteintes résultant d'actions que celles résultant d'un refus ou d'une abstention. Elle prend la forme, dans les deux cas, de l'exigence de l'atteinte la plus faible possible aux libertés fondamentales en interdisant, tantôt les mesures excessives, tantôt les mesures insuffisantes.

¹ BVerfGE 63, 88 [115] I. De manière comparable, la Cour européenne des droits de l'homme a par exemple déclaré, à propos du respect du droit de propriété privée, qu'il lui appartient de « rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu (...) » (CEDH, 13 juin 1979, *Spörrong et Lönnroth c/ Suède*, série A, n° 31).

L'exigence du caractère manifeste de l'illégalité se justifie par deux séries de considérations. Tout d'abord par l'extrême brièveté du délai imparti au juge pour statuer : contraint d'instruire le dossier et de rendre sa décision dans les 48 heures qui suivent l'enregistrement de la requête, le juge des référés ne peut s'attarder à un examen minutieux de la légalité de l'acte ou du comportement litigieux. Dans la mesure où le juge ne peut se livrer à des investigations approfondies, il est nécessaire que l'illégalité lui apparaisse dans le délai de 48 heures qui lui est imparti et, pour cela, qu'elle présente un caractère manifeste. La condition d'une illégalité « manifeste » se justifie, ensuite, par le caractère autonome de la procédure du référé-liberté. Le référé de l'article L. 521-1 dispose d'une sécurité que ne possède pas l'article L. 521-2 : pour le référé-suspension, la mesure prend fin au plus tard lorsqu'une formation collégiale est appelée à statuer, de sorte que l'erreur d'appréciation éventuellement commise par le juge des référés sera en quelque sorte compensée au moment de l'examen de la requête au fond ; par comparaison, le référé-liberté n'étant pas subordonné au dépôt d'une requête au principal, le juge des référés ne dispose pas du « filet » que constitue l'examen approfondi ultérieur de la requête. En l'absence de sécurité liée à l'intervention ultérieure d'un juge du fond, il est normal que le juge du référé-liberté ne puisse mettre en œuvre les pouvoirs très importants dont il dispose que dans les hypothèses où l'administration s'est conduite de façon évidemment irrégulière.

Pour que le juge du référé-liberté puisse prononcer une mesure de sauvegarde, il faut donc que l'illégalité soit évidente. Si l'illégalité de l'acte ou de l'agissement ne lui apparaît pas certaine ou s'il éprouve un simple doute, même sérieux, sur sa légalité, il doit rejeter la demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative. Le juge est invité, du fait des termes retenus par la loi, à ne prendre aucun risque à cet égard. Si l'autorité administrative n'a pas de manière absolument certaine adopté une position illégale, le juge du référé-liberté devra rejeter la demande présentée par le requérant. Ainsi, nombre de demandeurs ont été déboutés par le juge du référé-liberté faute de justifier d'une illégalité évidente alors qu'ils auraient pu obtenir satisfaction par la voie du référé-suspension¹.

¹ Voir par exemple, pour une mesure d'expulsion : CE, Sect., 30 octobre 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Tliba, Lebon* p. 523.

La condition relative à l'illégalité manifeste apparaît ainsi particulièrement exigeante. Pour obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde, le requérant doit également justifier de l'urgence de la situation et, plus précisément, de la nécessité pour lui d'obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde en 48 heures.

II - Une urgence extrême

L'urgence est la première condition d'octroi énoncée par l'article L. 521-2 du code de justice administrative. La présence de cette exigence se justifie par la nature de cette procédure, qui constitue un référé, et par sa finalité, qui est de faire cesser très rapidement les agissements administratifs les plus graves. La caractéristique principale de l'urgence, au sens de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, est d'être une urgence extrême, une urgence qualifiée, une urgence nécessitant le prononcé de mesures dans un délai de 48 heures. Des indications générales peuvent être dégagées de la jurisprudence quant aux critères permettant de caractériser ou d'exclure cette urgence particulière.

A - La nécessité d'une intervention à 48 heures

Durant les deux premières années d'application de la loi du 30 juin 2000, le juge des référés traitait de manière strictement identique l'urgence au sens du référé-liberté et l'urgence au sens du référé-suspension. Il considérait que l'urgence, visée de façon indifférenciée aux articles L. 521-1 et L. 521-2, devait être envisagée de façon similaire dans les deux procédures. De manière significative, le juge du référé-liberté avait affirmé, dans une ordonnance du 15 mars 2002, que le refus par l'administration de restituer un permis de conduire était « de nature à faire réputer remplie la condition d'urgence posée tant par l'article L. 521-1 que par l'article L. 521-2 »¹. La formule est d'autant plus remarquable que, dans cette décision, le juge était uniquement saisi de conclusions fondées sur l'article L. 521-2 du code de justice administrative.

Dès lors, l'urgence s'appréciait de façon substantiellement comparable dans les deux procédures, le juge s'inspirant, dans le cadre de l'article L. 521-2, des critères dégagés sur le fondement de l'article L. 521-1. Dans le cadre du référé-suspension, le Conseil

¹ CE, ord. 15 mars 2002, *Delaplace, Lebon* p. 105.

d'Etat a affirmé, dans l'arrêt du 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, que la condition d'urgence doit être regardée comme remplie « lorsque la décision administrative contestée préjudicie de façon suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre ». Il en va ainsi alors même que la décision litigieuse « n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers et que, en cas d'annulation, ses effets pourraient être effacés par une réparation pécuniaire »¹.

Dans la très importante ordonnance *Commune de Pertuis* du 28 février 2003², le juge des référés du Conseil d'Etat va affirmer l'existence d'une urgence *au sens de l'article L. 521-2*, c'est-à-dire d'une urgence qualifiée qui, impliquant une intervention juridictionnelle dans un délai de 48 heures, se distingue, par un degré d'exigence accru, de l'urgence au sens de l'article L. 521-1. Par cette décision, le juge différencie nettement deux urgences, en se fondant, une nouvelle fois, sur le caractère exceptionnel du référé-liberté et la plus grande rigueur de ses conditions d'octroi par rapport à la procédure du référé-suspension. Il distingue, d'un côté, une urgence « ordinaire » mais suffisamment pressante pour justifier qu'un juge des référés intervienne *avant le prononcé du jugement au fond*, d'un autre une urgence imminente nécessitant qu'un juge intervienne *dans un délai de 48 heures* ou, du moins, à très brève échéance. A la différence du référé-suspension, le référé-liberté n'est pas un recours accessoire ; l'urgence ne s'apprécie pas au regard d'un recours principal sur lequel il viendrait s'appuyer et que le juge des référés ne ferait que devancer. La condition d'urgence est examinée en elle-même puisque ce référé n'est pas joint à une action principale. Or, l'urgence ne s'apprécie pas en soi. Puisqu'elle ne peut, comme dans le référé-suspension, s'apprécier au regard du délai nécessaire à l'intervention du juge du fond, l'urgence doit nécessairement s'apprécier par rapport à un autre référent, qui réside alors dans le délai de 48 heures imparti au juge pour statuer. De manière particulièrement explicite, le juge des référés a affirmé que « la condition relative à l'urgence (...) doit, s'agissant de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, être appréciée en

¹ CE, Sect., 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, *Lebon* p. 29.

Parmi les rares décisions ayant expressément fait référence à ces critères en matière de référé-liberté, voir CE, 15 février 2002, *Hadda*, *Lebon* p. 45.

² CE, ord. 18 février 2003, *Commune de Pertuis*, *Lebon* p. 68.

fonction de la référence faite par le législateur, à la nécessité qu'une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale soit prise – sous réserve que les autres conditions posées par le même article soient également remplies – dans les 48 heures »¹. Il en résulte une différence fondamentale entre les deux procédures quant à l'appréciation de l'urgence. Dans le référé-suspension, celle-ci est caractérisée si l'on ne peut attendre l'intervention du juge du fond. Dans le référé-liberté, elle est caractérisée lorsqu'il est nécessaire pour le requérant d'obtenir sans délai une mesure de sauvegarde.

Ainsi, une situation reconnue urgente dans le cadre du référé-suspension, c'est-à-dire impliquant une intervention avant le juge du fond, ne le sera pas nécessairement dans le référé-liberté, qui implique une intervention immédiate. Par exemple, alors qu'il est réputé constituer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1², le refus de délivrance³ ou de renouvellement⁴ d'un titre de séjour ne caractérise pas, par lui-même, une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-2. De même, s'agissant du refus d'autoriser un restaurateur à installer une terrasse sur le domaine public, la condition d'urgence est regardée comme satisfaite en référé-suspension et exclue en référé-liberté. Il y a bien là un préjudice grave et immédiat⁵, mais non l'urgence particulière requise pour la mise en œuvre de l'article L. 521-2⁶.

Il est possible de faire ressortir de la jurisprudence certains éléments généraux qui conduisent tantôt à établir positivement l'urgence à 48 heures, tantôt à l'exclure.

B - Les éléments de nature à établir ou à exclure l'urgence

L'urgence est liée pour une part prépondérante et presque exclusive au constat d'une atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Dans la pratique du contentieux, on observe que le juge des référés n'a jamais relevé

¹ CE, ord. 6 février 2004, *Société Yacht club international de Saint-Laurent-du-Var*, n° 264169.

² CE, Section, 14 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Ameur, Lebon* p. 123.

³ CE, 4 février 2005, *Zairi*, n° 267723.

⁴ CE, 23 janvier 2004, *Koffi, Lebon T.* p. 827.

⁵ C'est-à-dire une urgence au sens de l'article L. 521-1 (voir TA Montpellier, ord. 2 juillet 2003, *EURL La Cour des miracles*, LPA 8 novembre 2004, n° 223, pp. 8-10, note F. LICHERE).

⁶ CE, ord. 19 mars 2003, *Société EURL La Cour des miracles*, n° 255191.

l'urgence sans constater d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Inversement, jamais l'urgence n'a été caractérisée dans une décision excluant l'atteinte grave et manifestement illégale. Certaines formules jurisprudentielles expriment d'ailleurs clairement ce lien, en relevant par exemple que « le dossier ne permet pas (...) de retenir une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale *qui* créerait une situation d'urgence »¹. De façon plus remarquable encore, il arrive que le juge, après avoir relevé l'existence d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, prononce une mesure de sauvegarde en se dispensant purement et simplement de mentionner que l'urgence est satisfaite². Celle-ci est alors regardée comme incluse dans la situation d'atteinte grave et manifestement illégale.

Pour autant, on se saurait déduire que l'urgence ne constitue pas une condition surabondante en matière de référé-liberté. Tout d'abord, l'urgence est autonome de la condition d'*illégalité* de l'atteinte³ et de la condition de *gravité* de l'atteinte⁴. Elle ne fait donc pas double emploi avec chacune des autres conditions envisagées individuellement. En outre, elle n'est pas non plus redondante avec les autres conditions envisagées dans leur ensemble. En effet, deux éléments sont susceptibles de s'opposer à la qualification de l'urgence et, par conséquent, de dispenser le juge de l'examen d'une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale, d'une part le comportement du demandeur ; d'autre part un objectif d'intérêt général poursuivi par le défendeur.

En matière de référé, le juge estime que la situation d'urgence ne doit pas être imputable à l'attitude de l'auteur de la demande. Celui-ci ne doit pas avoir contribué, par son comportement, à faire naître la situation d'urgence ou à l'aggraver. Aussi, il refusera de caractériser l'urgence lorsque l'administré a attendu plusieurs mois avant d'accomplir auprès de l'administration consulaire les démarches nécessaires au renouvellement de son passeport⁵. De

¹ CE, ord. 22 mai 2003, *Commune de Théoule-sur-Mer*, *Lebon* p. 232.

² Voir ainsi CE, ord. 14 janvier 2005, *Bondo*, *Lebon* T. p. 915.

³ CE, ord. 21 août 2001, *Manigold*, n° 237385 ; CE, ord. 10 août 2005, *Diabira*, n° 283444.

⁴ CE, ord. 23 mars 2001, *Société Lidl*, *Lebon* p. 154.

⁵ CE, ord. 9 janvier 2001, *Deperthes*, *Lebon* p. 1.

même, il refusera de qualifier l'urgence lorsque le demandeur a accepté une situation et n'en conteste les effets que tardivement, faisant preuve d'une trop longue temporisation à l'égard des agissements administratifs dont il se plaint¹.

L'obstacle à une qualification de l'urgence peut également résulter de l'intérêt général poursuivi par le défendeur. En effet, l'urgence à prononcer une mesure de sauvegarde doit être confrontée avec l'urgence qu'il peut exister à ne pas prononcer cette mesure. Cette appréciation est dite « globale » car que le juge intègre dans son analyse l'ensemble des intérêts en présence. Dans ce cadre, il lui appartient de réaliser un bilan des urgences en confrontant l'urgence du demandeur à obtenir le prononcé d'une mesure de sauvegarde et l'urgence du défendeur à poursuivre son action entreprise dans l'intérêt général². En pratique, la confrontation des intérêts du requérant et d'un ou plusieurs intérêts publics peut déboucher – en cas d'opposition – sur deux situations. La balance peut, soit pencher du côté du requérant et, par voie de conséquence, justifier le prononcé de la mesure sollicitée, soit du côté du défendeur et ainsi faire obstacle au prononcé de la mesure. L'urgence peut être qualifiée dans le premier cas, elle est exclue dans le second. Tout d'abord, le bilan sera défavorable au demandeur en cas de motif impérieux d'intérêt général. Ainsi, dans l'ordonnance précitée *Association La Mosquée*, un motif de sécurité publique exclut l'urgence s'agissant d'un arrêté municipal interdisant l'accès et ordonnant la démolition d'un bâtiment communal vétuste et dangereux qui était occupé comme lieu de culte par une association. A l'inverse, le bilan sera favorable au demandeur si l'intérêt du défendeur n'apparaît pas suffisamment important pour contrebalancer l'urgence à prononcer une mesure de sauvegarde³.

Une procédure exigeante. Du fait de la rigueur de ses conditions d'engagement, le référé-liberté aboutit très rarement à un succès. Rares sont les demandeurs qui justifient d'une situation exceptionnelle permettant la mise en œuvre de cette

¹ Voir par exemple CE, ord. 16 mars 2001, *Association Radio « 2 couleurs », Lebon T.* p. 1134.

² CE, ord. 10 août 2001, *Association « La Mosquée » et autres, Lebon T.* p. 1133.

³ Voir, pour une décision de fermeture d'un commerce justifiée par des considérations d'hygiène et de sécurité infondées : CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

procédure. En moyenne, les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 ne sont satisfaites que dans 5 % des cas¹. Dans la mesure où les conditions d'octroi du référé-liberté se trouvent très rarement satisfaites, l'introduction d'une demande sur ce fondement n'est presque jamais couronnée de succès. Seule une infime proportion des requérants obtiennent satisfaction par ce biais. Eu égard à la faible proportion des requêtes remplissant les conditions de mise en œuvre de l'article L. 521-2, il convient de s'interroger sur l'utilité même de cette procédure. Ne doit-on pas conclure à l'inutilité pratique de cette voie de droit en raison du faible nombre d'application positive de celle-ci ? On serait tenté d'aboutir à une telle conclusion au regard du faible nombre d'affaires dans lesquelles le référé-liberté est engagé avec succès. Néanmoins, ce serait là méconnaître la philosophie de cette procédure. En effet, les conditions d'octroi ne sont pas banales et n'ont pas vocation à être satisfaites fréquemment. La procédure du référé-liberté serait inutile si elle ne servait *jamais*. Mais en réalité, elle sert *rarement*. Et c'est justement là sa vocation. Les situations pour lesquelles elle peut être mise en œuvre sont graves et ne se rencontrent en pratique que de façon très exceptionnelle. Lorsqu'une telle situation se présente, le référé-liberté garantit alors aux justiciables une intervention rapide et efficace à la hauteur de la gravité de la situation. Pour répondre à des situations exceptionnelles, le législateur a prévu une procédure elle-même exceptionnelle.

Seconde partie : Une protection juridictionnelle rapide et efficace

Dans le domaine des libertés, l'efficacité d'une procédure se mesure à l'immédiateté et à la vigueur de la réaction juridictionnelle. Aussi, lorsqu'une personne se trouve victime d'une atteinte grave et manifestement illégale à ses libertés fondamentales, le législateur a voulu qu'un juge puisse intervenir très rapidement pour y mettre fin. C'est au regard de cet unique objectif qu'a été défini l'ensemble du régime procédural du référé-liberté. La finalité de l'article L. 521-2 étant de « faire cesser très rapidement les situations attentatoires aux libertés

¹ Néanmoins, si l'on intègre les satisfactions révélées par un désistement ou un non-lieu à statuer, le nombre de cas dans lesquels le demandeur obtient satisfaction atteint le taux de 10 %.

fondamentales»¹, son régime est tout entier tourné vers le sauvegarde immédiate des personnes victimes d'agissements liberticides. Pour pouvoir intervenir *très rapidement*, soit dès que l'atteinte se produit, la loi a conféré au juge une possibilité d'intervention immédiate. Pour que le juge soit en mesure de *faire cesser* cette situation, il a été doté de pouvoirs étendus qui confèrent une grande efficacité à son intervention. La procédure mise en place, axée sur la célérité et la recherche de l'efficacité, permet ainsi à la victime d'une atteinte d'obtenir très rapidement la cessation de l'agissement incriminé.

Section I - Une possibilité d'intervention immédiate

Lorsque le demandeur invoque les dispositions de l'article L. 521-2, la loi organise à son profit un accès facilité à la justice et le prononcé très rapide d'une décision. Il en résulte une souplesse procédurale au niveau de l'engagement du recours et une extrême célérité au niveau du prononcé du jugement.

I - Un juge accessible

La personne qui s'estime victime d'une atteinte grave à ses libertés fondamentales dispose d'un accès facilité, et par conséquent accéléré, au juge du référé-liberté. Les règles de compétence et de recevabilité ont été définies en vue de faciliter l'engagement du recours. Il en résulte, d'une part, que le juge du référé-liberté est un juge aisément accessible car proche des requérants. Il s'ensuit, d'autre part, que l'introduction de la requête obéit à des règles de recevabilité assouplies.

A - Un juge proche du requérant

Le référé-liberté relève de la compétence de la juridiction administrative : tribunaux administratifs et Conseil d'Etat. Cela représente pour le plaideur une garantie appréciable dans la mesure où l'ordre juridictionnel administratif dispose, en tant que juridiction ordinaire, d'une armée de juges au service des justiciables. Les effectifs qui sont les siens lui permettent de répondre rapidement aux plaintes présentées par les requérants en ce domaine. A l'inverse, une cour constitutionnelle ne pourrait traiter dans des conditions satisfaisantes un contentieux aussi

¹ R. GARREC, Rapport précité, p. 49. Pour une formule proche, voir CE, ord. 12 novembre 2005, *Association SOS racisme – touche pas à mon pote*, Lebon p. 496.

massif¹.

Conformément à une règle classique du droit processuel, la compétence en matière de référé est limitée aux matières ressortissant à la compétence au fond du tribunal. Le juge des référés n'étant qu'une émanation du tribunal, sa compétence est toujours tributaire de la juridiction dont il relève. Il ne peut être saisi d'un référé-liberté que si le litige principal auquel se rattache ou est susceptible de se rattacher la mesure d'urgence qu'il lui est demandé de prescrire, n'échappe pas manifestement à la compétence de sa juridiction. Précisons que ce litige principal peut n'être qu'éventuel ; il le sera le plus souvent en matière de référé-liberté puisque les demandes présentées sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sont pas l'accessoire d'un recours principal et ne sont pas conditionnées par le dépôt d'un recours au fond.

B - Une introduction de la demande facilitée

Afin que le demandeur en référé-liberté puisse s'adresser sans entrave au juge administratif dès que se produit une atteinte grave à une liberté fondamentale, le législateur a considérablement assoupli les conditions de recevabilité.

1 - Une simplification du formalisme dans la présentation de la requête

Afin de faciliter et d'accélérer l'introduction de la requête, le législateur a voulu que les demandes en référé-liberté ne comportent pour le requérant aucune charge ou contrainte de nature financière. Par conséquent, les requêtes introduites sur le fondement de l'article L. 521-2 ne sont assujetties à aucun droit de timbre et bénéficient d'une dispense générale de ministère d'avocat.

Le Conseil d'Etat a dispensé le requérant de certaines formalités au-delà des cas prévus par la loi lorsque leur respect était jugé incompatible avec l'exigence de célérité dans l'accès au juge. Le juge administratif a ainsi dispensé les requérants de

¹ En effet, composées d'un petit nombre de juge, ces juridictions « ne sont pas en mesure – quelle que soit leur bonne volonté et quelle que soit l'efficacité des mesures de filtrage mises en place – de statuer sur les multiples recours (au-delà de cinq mille chaque année en Espagne et en RFA) formés par les individus pour atteintes à leurs droits fondamentaux » (L. FAVOREU, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.* 2001, p. 1744).

l'obligation posée par l'article L. 600-3 du code de l'urbanisme, de notifier à l'auteur de la décision et au titulaire de l'autorisation, les recours formés à l'encontre des décisions relatives à l'occupation ou à l'utilisation du sol régies par le code de l'urbanisme¹. De même, les formalités concernant les recours administratifs préalables obligatoires ont été adaptées à l'urgence. Dans le cadre de l'article L. 521-1, le Conseil d'Etat a jugé que le référé-suspension est ouvert à l'égard de l'acte initial pourvu que le recours préalable ait bien été présenté – élément dont il incombe au requérant d'apporter la preuve – mais sans qu'il soit besoin qu'il ait déjà donné lieu à une décision confirmant ou infirmant la position première de l'administration². La dispense est *a fortiori* valable dans le cadre du référé-liberté dans la mesure où cette voie de droit présente un caractère autonome³.

Ce caractère autonome participe à la souplesse de déclenchement du référé-liberté. En effet, le référé-liberté n'est pas joint à une action principale. Elle ne constitue pas l'accessoire d'une action en justice. Par conséquent, le demandeur sans devoir engager une action principale devant le juge du fond⁴.

Enfin, le référé-liberté ne constitue pas un mécanisme supplétif ou subsidiaire. Un référé-liberté peut être engagé alors même que le requérant dispose d'une procédure spécifique pour contester les effets d'un acte ou d'un comportement déterminé. Ainsi, en dépit de l'existence du référé-suspension, spécialement institué pour obtenir la suspension de l'exécution des décisions administratives, le requérant peut rechercher et obtenir le prononcé de cette mesure sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative⁵. De même, et nonobstant la procédure qui lui est spécialement ouverte par les articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative, le requérant est recevable à contester par la voie du référé-liberté l'inexécution totale ou partielle d'une décision rendue par une juridiction administrative⁶. Pouvant être introduit *à la place* de la procédure habituelle, le recours en référé-liberté peut également être engagé *en même temps* qu'une autre

¹ CE, 9 mai 2001, *Delivet et Samzun*, concl. S. AUSTRY, obs. L. TOUVET, *BJDU* 2001/4, pp. 287-292.

² CE, Sect., 12 octobre 2001, *Société des Produits Roche, Lebon* p. 463.

³ CE, ord. 10 février 2004, *Ministre de la Justice c/ Soltani*, n° 264182.

⁴ CE, ord. 29 mars 2002, *Bonny, Lebon* p. 119.

⁵ CE, ord. 27 mars 2001, *Ministre de l'Intérieur c/ Djalout, Lebon* p. 158.

⁶ CE, ord 8 novembre 2001, *Kaigisiz, Lebon* p. 545.

voie de droit. Le Conseil d'Etat exige seulement, dans cette hypothèse, que les différentes demandes soient présentées dans des requêtes distinctes¹. C'est uniquement lorsque le recours spécialement institué par la loi bénéficie d'un effet suspensif que le requérant sera tenu d'emprunter cette voie de droit et, par conséquent, se verra fermé l'accès au référé-liberté².

2 - Le champ étendu des actes et comportements attaquables

L'article L. 521-2 vise, de manière générale, sans précision ni limitation, « l'atteinte » à une liberté fondamentale. La loi exige donc une *situation* d'atteinte sans référence à l'origine ou à la forme de celle-ci. Cette absence de précision est significative. En ne précisant pas ce dont peut résulter l'atteinte, le silence du législateur est éloquent : il signifie absence de restrictions. Tout ce qui naît de l'activité ou de l'inactivité de l'administration peut faire l'objet d'une demande en référé-liberté. La situation litigieuse peut tout d'abord procéder d'une ou plusieurs décisions administratives. Le requérant peut contester des décisions positives à caractère individuel³ ou réglementaire⁴, mais aussi des décisions négatives⁵. La situation litigieuse peut également provenir d'un comportement administratif dès lors que « la procédure de protection particulière instituée par l'article L. 521-2 (...) est susceptible de recevoir application indépendamment de tout recours contre une décision »⁶. Le requérant peut contester par ce biais des actions ou agissements, tels le retrait – puis la rétention matérielle – des cartes nationales d'identité et passeports des membres d'une famille ; la rétention matérielle d'un titre de séjour ; le fait, pour un établissement public de

¹ CE, Sect., 28 février 2001, *Philippart et Lesage, Lebon* p. 112.

² Voir, concernant les arrêtés de reconduite à la frontière : CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125.

³ Par exemple l'arrêté préfectoral prononçant l'immobilisation de véhicules de transports ou l'arrêté ministériel prononçant l'expulsion d'un ressortissant étranger.

⁴ Par exemple l'arrêté municipal réglementant l'accès et la circulation dans une zone industrielle, la note par laquelle un maire donne instruction au service des courriers de la commune d'ouvrir l'ensemble des lettres adressées à certains conseillers municipaux ou l'arrêté préfectoral interdisant la navigation dans un périmètre délimité.

⁵ Par exemple le refus de mettre une salle communale à la disposition du demandeur, d'inscrire un enfant dans un établissement scolaire ou de convoquer un conseil municipal.

⁶ CE, 21 novembre 2001, *Zhary, Lebon T.* p. 1125.

coopération intercommunale, d'intervenir dans les compétences des communes membres ; l'exécution de travaux publics ; l'incorporation d'une parcelle privée dans une propriété publique ; la rétention d'un aéronef ou l'accomplissement d'un acte médical. D'autre part, le demandeur peut contester l'abstention ou la carence de l'administration à accomplir une action déterminée : inscrire un film sur la liste des films à caractère pornographique, prendre les mesures propres à favoriser l'accès au logement, déférer une loi au Conseil constitutionnel¹, mettre fin à l'état d'urgence², apporter le concours de la force publique pour exécuter une décision judiciaire presrivant l'expulsion de squatters³, entreprendre les travaux de réfection d'un chemin, garantir le pluralisme sur la chaîne privée Canal +⁴ ou encore convoquer les électeurs afin de procéder à des élections législatives partielles. Pour admettre la recevabilité d'une demande introduite sur le fondement de l'article L. 521-2, seul compte le fait qu'une situation juridique soit constituée et perdure au jour où le juge des référés est appelé à statuer.

L'approche englobante retenue et, plus spécialement, la possibilité de contester les carences et abstentions de l'administration, a permis au juge administratif de donner une dimension horizontale indirecte aux libertés fondamentales. En effet, lorsque l'administration est soumise à une obligation de promouvoir ou d'assurer le respect des libertés fondamentales entre personnes privées ou, plus généralement, de ne pas entraver ces libertés par son abstention, l'article L. 521-2 rend possible un effet horizontal indirect de ces libertés qui s'exerce par l'intermédiaire de la puissance publique. Il est possible de parler d'un effet *horizontal* dans la mesure où le litige concerne au premier chef deux personnes privées et, plus précisément, l'atteinte portée par une personne privée aux libertés

¹ CE, ord. 7 novembre 2001, *Tabaka, Lebon T.* p. 789, 1125. Le requérant ne conteste pas un *refus* du Président de la République de saisir le Conseil constitutionnel dans la mesure où le Chef de l'Etat n'a ni explicitement ni implicitement pris position. Il conteste une *absence* de saisine. Le juge des référés vise d'ailleurs « le fait pour le Président de la République de *s'abstenir* d'user de la faculté qu'il tient du deuxième alinéa de l'article 61 de la Constitution de déférer une loi au Conseil constitutionnel ».

² CE, ord. 9 décembre 2005, *Allouache et autres, Lebon* p. 562.

³ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaure et autres, Lebon* p. 117.

⁴ CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85, *D.* 2001, pp. 1748-1751, note R. GHEVONTIAN.

fondamentales d'une autre personne physique ou morale. Il s'agit d'un effet *indirect* dans la mesure où il joue non pas directement entre personnes privées, mais grâce à l'interposition d'une personne publique tierce. Cet effet est rendu possible lorsque trois éléments se trouvent réunis. Tout d'abord, une personne privée non chargée de la gestion d'un service public porte atteinte, par son action (ou son abstention), aux intérêts et libertés fondamentales d'une autre personne. Ensuite, une autorité administrative a l'obligation d'agir pour faire cesser l'atteinte ou l'agissement incriminé ; il doit être possible d'identifier à la charge de la puissance publique une obligation d'agir dans le cadre de ses compétences publiques de contrôle et de garantie des libertés fondamentales. Enfin, la personne publique s'abstient (ou refuse) d'agir.

L'effet horizontal indirect s'est manifesté, pour la première fois, dans l'ordonnance *Tibéri* du 24 février 2001. Les circonstances ayant donné lieu à cette décision sont connues. A l'occasion de la campagne en vue des élections municipales de 2001, la chaîne privée de télévision Canal + prévoit d'organiser un « duel » entre les deux principaux candidats à la Mairie de Paris, Philippe Seguin et Bertrand Delanoé. Jean Tibéri, maire sortant de la ville mais n'ayant pas obtenu l'investiture de son parti, n'est pas convié à participer à ce duel télévisé. M. Tibéri estime que le choix de Canal + de l'exclure du débat porte atteinte à l'exigence de pluralisme dans l'expression des courants de pensée et d'opinion. Le juge administratif n'étant pas compétent pour connaître des atteintes aux libertés fondamentales dont se rendent coupables les diffuseurs privés, M. Tibéri ne pouvait former un référé-liberté contre la société Canal +, personne morale de droit privé non chargée de la gestion d'un service public. Afin de contourner cet obstacle, la demande est introduite à l'encontre du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), autorité administrative indépendante statutairement chargée de veiller au respect du pluralisme sur les chaînes nationales de télévision. L'argumentation du requérant peut se résumer en deux propositions. D'une part, le respect du pluralisme impose que le CSA enjoigne à la société Canal +, soit d'élargir le champ du débat à tous les candidats à la Mairie de Paris, soit de renoncer à tout débat. D'autre part, l'abstention du CSA porte une atteinte au pluralisme justifiant que le juge lui ordonne d'adresser à Canal + cette injonction. Saisi sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés du Conseil

d'Etat ne soulève pas l'irrecevabilité et statue sur la demande. Ce faisant, l'ordonnance « reconnaît l'existence des effets horizontaux des droits et libertés fondamentaux en ce sens qu'il oblige une personne privée – Canal + – à respecter les droits d'une autre personne privée, M. Tibéri »¹. En se reconnaissant compétent, le juge des référés accepte qu'une personne privée puisse invoquer devant son prétoire la violation d'une liberté fondamentale par une autre personne privée, à condition toutefois qu'elle soit en mesure de se retrancher derrière une personne publique jouant le rôle de régulateur. La portée de cette décision est donc importante. Elle signifie qu'« avec la procédure du référé-liberté, et pour peu que l'on puisse trouver une personne morale de droit public intermédiaire, il sera possible d'obtenir le respect des droits et libertés fondamentaux dans les rapports entre personnes privées »².

Une autre application de l'effet horizontal indirect des libertés fondamentales peut être décelée dans la jurisprudence *Stéphaur*³. Les trois éléments nécessaires au déploiement de cet effet s'y trouvent réunis. Tout d'abord, une personne privée porte atteinte, par son action, aux libertés fondamentales d'un tiers : un particulier occupe irrégulièrement le bien immobilier d'un propriétaire, portant atteinte à la liberté de ce dernier de disposer de ses biens. Ensuite, l'autorité administrative a l'obligation d'agir pour faire cesser l'atteinte : lorsque la juridiction judiciaire a constaté l'irrégularité de l'occupation sans titre, et ordonné l'expulsion du squatter, le préfet, en l'absence de risques de troubles importants à l'ordre public, a l'obligation d'apporter le concours de la force publique pour faire exécuter cette décision. Enfin, l'administration s'abstient d'agir : l'autorité préfectorale refuse ou s'abstient d'apporter le concours de la force publique. Cette jurisprudence a été inaugurée avec l'arrêt *Stéphaur* du 29 mars 2002. Des propriétaires et locataires victimes d'un squat avaient obtenu du juge civil des référés une décision prescrivant l'expulsion des occupants sans titre. Le préfet s'abstenant d'apporter le concours de la force publique, les intéressés avaient saisi le juge du référé-liberté et obtenu le prononcé d'une mesure de sauvegarde, le juge contraignant l'administration à intervenir pour faire cesser les atteintes au droit de propriété.

¹ L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 1741.

² R. GHEVONTIAN, *op. cit.*, p. 1751.

³ CE, 29 mars 2002, *SCI Stéphaur et autres*.

Grâce à un allègement important des règles régissant l'engagement du recours, la victime d'une atteinte éventuelle à ses libertés fondamentales accède très facilement et, par conséquent, très rapidement au juge du référé-liberté. Dans le même objectif de répression immédiate des atteintes graves aux libertés fondamentales, le juge des référés est tenu d'instruire et de juger avec une extrême célérité les demandes qui lui sont présentées sur ce fondement.

II - Un juge rapide

En matière de référé-liberté, la procédure est organisée de telle sorte qu'il soit possible d'obtenir une décision dans les jours voire les heures qui suivent l'introduction de la requête. Tout a été conçu pour un traitement extrêmement rapide des demandes présentées sur ce fondement. La requête est examinée par un juge unique qui statue selon une procédure allégée. Le juge des référés rejette immédiatement les demandes vouées à l'échec et juge en 48 heures celles qui méritent un examen plus approfondi.

A - Le juge unique, instrument indispensable de la célérité

Le recours à la formule du juge unique est indispensable pour assurer la célérité de l'instance et garantir un traitement très rapide des demandes. Par dérogation au principe de la collégialité, le juge des référés est donc un magistrat statuant seul et sans conclusions d'un commissaire du gouvernement.

Afin de confier cette tâche à un magistrat expérimenté, l'article L. 511-2 du code de justice administrative réserve la qualité de juge des référés aux présidents de tribunaux administratifs ainsi qu'aux magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'Etat en appel ou en premier et dernier ressort, la qualité de juge des référés est dévolue au président de la section du contentieux ainsi qu'aux conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet.

Lorsqu'il connaît d'une demande présentée sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, la première fonction du juge unique des référés est d'effectuer un *tri des requêtes*. Les requêtes sans intérêt sont écartées par une procédure sommaire, sans instruction ni audience. Les demandes qui ne sont pas écartées à ce stade sont instruites d'extrême urgence et jugées en 48 heures.

B - Le rejet sans instruction des demandes vouées à l'échec

Le juge du référé-liberté rejette immédiatement les demandes qui n'ont visiblement aucune chance de succès. La première tâche du juge des référés consiste donc à identifier immédiatement les demandes dignes d'intérêt et celles qui, au vu de la requête, sont visiblement vouées à l'échec. Il doit, dès réception des requêtes, opérer le départ entre celles qui présentent un intérêt et celles qui sont dépourvues de toute possibilité de réussite.

Selon son intérêt, la demande soumise au juge des référés sur le fondement de l'article L. 521-2 peut donc, comme tout référé d'urgence, être jugée selon deux procédures différentes. Les requêtes qui présentent un intérêt suffisamment sérieux pour justifier un approfondissement seront instruites contradictoirement et jugées après tenue d'une audience publique. Cette première hypothèse correspond à la procédure de droit commun : celle de l'article L. 522-1 du code de justice administrative. En revanche, les demandes qui sont visiblement vouées à l'échec et ne méritent pas que le juge y consacre du temps sont jugées sans instruction ni audience. Cette seconde hypothèse correspond à la procédure dérogatoire, dite procédure « de tri » : celle de l'article L. 522-3.

Aux termes de l'article L. 522-3 du code de justice administrative, la procédure de tri peut être mise en œuvre dans deux hypothèses distinctes : d'une part lorsque « la demande ne présente pas un caractère d'urgence », d'autre part lorsqu'il apparaît « manifeste, au vu de la demande, que celle-ci ne relève pas de la compétence de la juridiction administrative, qu'elle est irrecevable ou qu'elle est mal fondée ».

Lorsque la demande soumise au juge entre dans le champ de la procédure de tri, l'article L. 522-3 organise une « procédure simplifiée »¹ sans instruction ni audience. Pour autant, elle ne prive pas le demandeur de toute garantie dans la mesure où la procédure de tri doit, en vertu de l'article L. 522-3, donner lieu à une ordonnance de rejet *motivée*. Le recours à cette procédure ne dispense donc pas le juge des référés d'une étude approfondie de la requête. L'examen des arguments du demandeur doit apparaître dans les motifs de la décision.

¹ CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12.

En permettant au juge de faire l'économie d'une instruction contradictoire et d'une audience publique, l'article L. 522-3 permet le prononcé d'une décision – par hypothèse de rejet – dans un délai très bref. Tout l'intérêt du tri est là, dans cette facilité et rapidité d'utilisation. Il permet au juge d'évacuer rapidement les demandes pour lesquelles le rejet apparaît d'emblée certain et inéluctable. En autorisant le juge à procéder à un filtrage des requêtes selon leur intérêt, il évite un encombrement inutile des juridictions par les requêtes qui n'ont aucune chance de prospérer. Il montre également l'impérieuse nécessité pour les justiciables de motiver leur requête de la façon la plus convaincante possible dès le stade de la procédure écrite, cette rédaction conditionnant l'organisation d'une instruction contradictoire et d'une procédure orale sur le fondement de l'article L. 522-1.

Devant les juges du premier degré, une demande en référé-liberté sur deux est rejetée par ce biais. Les ordonnances de tri peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat (l'appel contre une ordonnance de référé-liberté n'est possible que lorsque le juge statue après tenue d'une audience publique)¹.

Si la demande passe le filtre du tri, c'est-à-dire présente un intérêt suffisamment sérieux, elle est mise à l'instruction et jugée en 48 heures après tenue d'une audience publique².

¹ L'exercice du pourvoi en cassation est enfermé par l'article L. 523-1 dans un délai de 15 jours à compter de la notification régulière de la décision. Conformément aux règles régissant la procédure de cassation devant le Conseil d'Etat, l'auteur du pourvoi doit prendre un avocat aux Conseils. L'article R. 523-2 donne au juge de cassation un délai d'un mois pour statuer, et non pas 48 heures comme cela est exigé en première instance et en appel.

² En règle générale, le juge des référés décide du tri dans la journée. S'il retient cette option, il rend en principe sa décision le lendemain. S'il opte pour l'audience publique, il lance le jour même l'instruction contradictoire en donnant le calendrier de procédures au Bureau des référés, lequel va le communiquer aux parties en indiquant les délais pour produire et pour répliquer. Lorsque le juge des référés retient cette voie et convoque l'administration, celle-ci sait que la requête n'a pas été rejetée par la voie de l'article L. 522-3 et, par conséquent, qu'un problème sérieux est susceptible de se poser. Elle prend en conséquence les dispositions nécessaires, en organisant sa défense et, parfois même, en donnant satisfaction au demandeur avant la tenue de l'audience.

C - Le jugement en 48 heures des demandes présentant un intérêt sérieux

Le législateur a exigé que les demandes en référé-liberté soient jugées dans un délai de 48 heures lorsqu'elles ne sont pas écartées au stade du tri. Tenant le plus grand compte de cette exigence – en pratique, le délai moyen de jugement est de 5 jours –, le juge statue sur le bien-fondé de la demande dans les jours qui suivent son introduction, après instruction contradictoire et tenue d'une audience publique. L'instruction débute par l'échange de mémoires écrits ; elle se prolonge, pour une part parfois très importante, à l'audience.

Lorsque le juge du référé-liberté considère que la requête mérite d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle n'a pas été écartée par la procédure de tri, il fixe au vu de la demande, et après avoir le cas échéant recueilli auprès du justiciable ou de son avocat des éléments complémentaires, la date et l'heure à laquelle se déroulera l'audience publique.

Une fois le calendrier de procédure établi, deux formalités doivent être accomplies. En premier lieu, l'article R. 522-4 impose au juge des référés de procéder à une notification immédiate de la requête au défendeur et de lui fixer un délai de réponse des plus brefs. En second lieu, l'article R. 522-6 dispose que « les parties sont convoquées sans délai et par tous moyens à l'audience ». La convocation des parties s'effectue, en pratique, par télécopie et téléphone. Eu égard au délai de 48 heures imparti au juge pour statuer, les parties ne sont pas fondées à se plaindre de la brièveté des délais qui leur sont fixés. Ainsi, elles peuvent valablement être convoquées pour une audience devant se tenir le lendemain¹.

En vertu de l'article R. 522-7 du code de justice administrative, l'affaire est en état d'être jugée dès lors que la requête a été notifiée au défendeur et que les parties ont été convoquées à l'audience publique. Dès l'instant où la requête a bien été transmise au défendeur pour le mettre en mesure d'y répliquer, le juge des référés n'a pas l'obligation de communiquer au

¹ CE, ord. 22 mars 2002, *Ministre de la Justice c/ Caze, Lebon T.* p. 852 ; CE, ord. 10 octobre 2003, *Sagnard*, n° 260867.

demandeur les observations présentées en défense. Il a néanmoins tout loisir d'aller au-delà de l'exigence minimale de communication de la requête au défendeur et, bien qu'il n'y soit pas tenu, de transmettre à chaque partie les mémoires communiqués par l'autre partie avant l'audience publique. On observe que durant le laps de temps très bref dont elles disposent avant l'audience, les parties peuvent échanger plusieurs mémoires écrits ; il n'est pas rare qu'elles produisent et répliquent en quelques heures aux arguments de la partie adverse. Cette phase écrite est systématiquement complétée par une phase orale puisque la loi oblige le juge du référé-liberté à tenir audience lorsque la requête n'a pas été rejetée par la procédure de tri.

L'audience publique fait partie intégrante de l'instruction. L'article R. 522-8 du code de justice administrative prévoit en effet que l'instruction est close, au plus tôt, *à l'issue* de l'audience. Par conséquent, les parties ont tout loisir pour y présenter des arguments, produire des pièces et préciser ou reformuler leurs conclusions. Les audiences publiques se déroulent sans formalisme particulier, dans un esprit proche de la procédure civile. Aucune solennité ne préside à son déroulement. Généralement, le juge des référés résume l'affaire, entend les parties et, le cas échéant, leur demande toute précision complémentaire afin d'avoir une connaissance la plus complète du dossier. Les parties – si elles sont présentes – peuvent tour à tour s'exprimer et échanger leurs observations en temps réel. Elles sont en mesure de répondre sans formalisme aux questions du juge des référés et d'exposer oralement leurs positions respectives. Chacune peut répliquer sans délai aux arguments de l'autre ; le juge confronte leurs positions. Les débats tenus au cours de l'audience publique permettent d'éclairer le juge de façon concrète sur les aspects matériels de l'affaire et ainsi d'obtenir des éléments complémentaires par rapport à ceux qui ressortent des mémoires écrits. Toute personne utile ou intéressée peut être entendue par le juge des référés. Précisons que la communication des pièces et des moyens à l'audience est valable même si la partie adverse n'est pas présente ni représentée. L'instruction se prolongeant et, parfois même, se déroulant pour l'essentiel au cours de celle-ci, la partie qui ne prend pas la peine de se rendre à l'audience s'expose par conséquent au risque que des pièces et des

moyens nouveaux soient produits sans pouvoir y répliquer.

Une fois que l'instruction est close, le débat contradictoire entre les parties est venu à son terme ; le juge est en mesure de statuer sur la demande. Il fixe alors une date ou une heure indicative à laquelle il rendra sa décision. Lorsque les conditions d'octroi sont satisfaites, le juge peut accélérer la prise d'effet de sa décision pour que cesse au plus vite l'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale. Tout d'abord, l'article R. 742-6 dispense le juge de prononcer les ordonnances en audience publique. Ensuite, le juge des référés peut décider que l'ordonnance « sera exécutoire aussitôt qu'elle aura été rendue », et donc avant même sa notification (article R. 522-13 al. 2). Le 3^{ème} alinéa de cet article prévoit que « si l'urgence le commande, le dispositif de l'ordonnance, assorti de la formule exécutoire prévue à l'article R. 751-1, est communiqué sur place aux parties, qui en accusent réception ». Dès lors que l'ordonnance a été notifiée ou communiquée aux parties, l'autorité administrative doit prendre sans délai les mesures qu'implique son exécution.

Le référé-liberté permet l'intervention immédiate du juge administratif sur une situation litigieuse. L'accès au juge est facilité. Le formalisme est allégé et la procédure assouplie afin de permettre le prononcé très rapide d'une décision. Mais, si les conditions d'octroi d'une mesure sont remplies, l'intervention du juge ne se contente pas d'être rapide ; elle est aussi efficace, apte à faire cesser immédiatement, et définitivement l'atteinte portée aux libertés fondamentales du demandeur.

Section II - Un pouvoir de réaction efficace

Deux éléments confèrent une efficacité remarquable à l'intervention du juge du référé-liberté. D'une part, il dispose d'une palette de pouvoirs extrêmement étendue, qui lui permet de retenir et d'imposer la solution strictement adaptée aux circonstances de l'espèce pour faire cesser l'atteinte. D'autre part, son intervention fait cesser définitivement l'atteinte portée aux libertés fondamentales. Le requérant obtient ainsi une satisfaction immédiate et irréversible, sans qu'il soit besoin d'attendre la confirmation – ou le risque d'une infirmation – de sa décision par un juge du fond.

I - Une efficacité due à la possibilité de choisir la mesure adéquate

Sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, le juge des référés dispose d'un arsenal juridictionnel étendu qui lui permet d'apporter à chaque problème la solution particulière qui lui convient. Pour répondre à une situation exceptionnelle, le juge a été doté de pouvoirs eux-mêmes exceptionnels. Ceux-ci présentent en effet, par leur nature et leur ampleur, un caractère singulier par rapport aux prérogatives habituellement dévolues au juge administratif. Pour les qualifier, les ordonnances rendues sur ce fondement évoquent « les pouvoirs particuliers prévus par l'article L. 521-2 du code de justice administrative »¹. La définition très large de ses pouvoirs favorise un règlement de chaque litige au moyen d'une solution strictement adaptée aux données de l'espèce. Lorsqu'il ne peut mettre fin à une atteinte par la dissuasion ou la persuasion, le juge du référé-liberté ordonne la mesure de sauvegarde adéquate.

A - Une définition très large des pouvoirs du juge des référés

Les pouvoirs du juge du référé-liberté sont conçus de la façon la plus large puisqu'il peut, en vertu de l'article L. 521-2 du code de justice administrative, « ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale ». Les prérogatives dont il dispose sont fixées par les mots « mesures », qui désigne le moyen retenu pour sauvegarder la liberté fondamentale, « toutes », qui exprime l'absence de limites, et « ordonner », qui doit s'entendre au sens large, comme synonyme de « décider ». Les pouvoirs du juge du référé-liberté ne sont pas autrement définis, le législateur s'étant gardé de toute énumération qui aurait limité *a priori* le champ de ses possibilités. Refusant de restreindre son pouvoir de décision, la loi n'indique pas ce que peuvent être les mesures de sauvegarde susceptibles d'être ordonnées. Elle ne contient pas de précision – et par conséquent de limitation – sur la nature ou sur le contenu des mesures qu'il peut prescrire. En l'absence de prédétermination législative, c'est donc au juge des référés qu'il appartient, au cas par cas, et en adaptant le contenu de sa

¹ CE, ord. 27 juin 2002, *Centre hospitalier général de Troyes*, Lebon p. 228.

décision aux circonstances de l'affaire, de déterminer la mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale.

Pour autant, son pouvoir n'est pas illimité. Le Conseil d'Etat considère qu'en sa qualité de juge des référés, le juge du référé-liberté ne peut prononcer que des mesures provisoires. Cette solution est expressément fondée sur les dispositions de l'article L. 511-1, en vertu desquelles « Le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal (...) ». Il s'ensuit que le juge ne peut ni annuler, ni réparer, ni prononcer toute autre mesure présentant un caractère définitif. En premier lieu, il n'entre pas dans ses pouvoirs de prononcer l'annulation d'une décision administrative, par exemple la décision par laquelle un président d'Université refuse l'inscription du requérant à la préparation d'un diplôme¹ ou la décision refusant la réinscription d'un élève dans un lycée². En deuxième lieu, le juge ne saurait réparer le préjudice subi par la victime en raison d'une atteinte à ses libertés fondamentales³. En troisième lieu, le juge des référés ne peut prononcer une injonction qui aurait des effets en tous points identiques à ceux qui résulteraient de l'exécution par l'administration d'une annulation contentieuse⁴. Selon la formule jurisprudentielle, les dispositions de l'article L. 521-2 ont seulement pour objet de permettre au juge des référés de « *paralyser* les effets d'une décision administrative ou d'un agissement de l'administration »⁵. Cela étant, dans les cas où seule une mesure non provisoire est susceptible de faire cesser la situation d'atteinte, alors et alors seulement, le juge est autorisé à prononcer une telle mesure⁶.

En pratique, le juge intervient selon deux modalités distinctes pour mettre fin aux agissements qui lui sont soumis sur ce fondement.

¹ CE, ord. 24 janvier 2001, *Université Paris VIII Vincennes Saint-Denis*, *Lebon* p. 37.

² CE, ord. 11 août 2005, *Millan*, n° 283995.

³ CE, ord. 29 octobre 2001, *SARL Objectif*, n° 239443.

⁴ CE, ord. 10 avril 2001, *Merzouk*, *Lebon* T. p. 1135.

⁵ CE, ord. 18 mars 2005, *M. Ali A.*, *Lebon* p. 122 ; CE, ord. 13 juillet 2005, *Bagachev*, n° 283207.

⁶ CE, ord. 30 mars 2007, *Ville de Lyon*, n° 304053, publiée au recueil *Lebon*, *LPA* 6 août 2007, n° 156, pp. 22-30, note O. LE BOT.

B - Deux modalités d'intervention

Par la persuasion ou la dissuasion, le juge peut tout d'abord amener l'administration à donner d'elle-même satisfaction au requérant. C'est l'autorité administrative, qui en raison de la seule intervention ou menace d'intervention du juge des référés, va mettre fin à la situation litigieuse. A défaut, lorsque le juge ne peut amener l'administration à revenir d'elle-même sur sa position, il prononce une mesure contraignante à son encontre. Les hypothèses dans lesquelles le requérant obtient satisfaction se partagent, dans des proportions égales, entre ces deux modalités : 5 % des demandes se règlent de façon favorable au demandeur sans prononcé d'une mesure, 5 % à la suite du prononcé d'une mesure¹. Ces deux modalités d'intervention expriment et traduisent le rôle de décideur du juge du référé-liberté.

1 - L'intervention persuasive ou dissuasive du juge des référés

La saisine du juge des référés et, éventuellement, les échanges qui se déroulent en audience, ont parfois pour effet que l'administration agit sans attendre l'ordonnance de référé et prive ainsi d'objet les conclusions présentées. Un rapprochement entre les parties peut également conduire au désistement du demandeur qui, ayant obtenu gain de cause, renonce à son recours. Ainsi, pour peu que les conditions exigées par l'article L. 521-2 soient satisfaites d'une manière probable – à défaut l'administration sera réticente à revenir d'elle-même sur sa position –, le demandeur en référé-liberté pourra obtenir satisfaction sans que le juge n'ait à prononcer la moindre mesure. Le règlement non contentieux du litige se traduit alors par l'extinction de l'objet du litige résultant, selon les cas, d'un désistement dont le juge va donner acte, ou d'un non-lieu à statuer qu'il lui appartient de constater. Les cas dans lesquels le requérant obtient satisfaction sans qu'aucune mesure ne soit prononcée résultent ainsi de l'intervention effective ou de la simple menace d'intervention du juge du référé-liberté.

¹ Ce qui porte à 10 % les cas dans lesquels le demandeur en référé-liberté obtient satisfaction. Ce chiffre, relativement bas, s'explique essentiellement par la rigueur des conditions d'octroi. Doit également être pris en compte le nombre de demandes fantaisistes semble-t-il plus élevé que dans les autres procédures juridictionnelles.

Le requérant peut tout d'abord obtenir la cessation de l'atteinte par la seule menace d'intervention du juge du référé-liberté. En effet, lorsque l'administration est convoquée à une audience publique au titre du référé-liberté, cela signifie que la demande n'a pas été écartée au stade du tri préalable. Pour le juge, le litige présente un caractère sérieux ; la demande n'a pas été regardée comme manifestement mal fondée. Par conséquent, la personne publique court un certain risque à persévérer dans son comportement. Alertée par cette convocation, elle sait qu'il est encore temps pour elle de revenir en arrière. Aussi, à une possible censure infligée par le juge du référé-liberté, l'administration poursuivie sur le fondement de l'article L. 521-2 préférera parfois revenir d'elle-même sur la décision ou le comportement qui a donné lieu à la saisine plutôt que de subir l'opprobre qui s'attache à une condamnation pour atteinte aux libertés fondamentales¹.

Les cas dans lesquels le requérant obtient satisfaction sans qu'une mesure ne soit prononcée recouvrent également une seconde hypothèse, liée celle-ci à l'intervention effective du juge au cours de l'audience publique. Dans ce cas de figure, ce n'est plus la peur du juge qui amène l'administration à modifier son comportement mais ses qualités d'écoute, de dialogue et d'apaisement. A l'image d'un juge de paix, le juge des référés va amener les parties à discuter, à prendre ou reprendre le dialogue, à se rapprocher afin de parvenir à un terrain d'entente. Il est important de relever que cette volonté de rapprochement et d'apaisement du juge du référé-liberté ne se limite pas aux hypothèses dans lesquelles les conditions d'octroi sont satisfaites. On observe même en pratique que ce mode de résolution des litiges recouvre, le plus souvent, les cas dans lesquels le demandeur ne justifie pas se trouver dans une situation exceptionnelle au sens de l'article L. 521-2 mais est néanmoins placé dans une situation anormale ou préjudiciable. Grâce à l'intervention du juge, l'administration fait preuve de bon vouloir afin de faciliter un règlement rapide de la difficulté auquel est

¹ Voir par exemple : CE, ord. 12 janvier 2001, *Hyacinthe, Lebon* p. 12 ; CE, ord. 17 décembre 2002, *Safi et Geslain*, n° 252520 ; CE, 29 juillet 2002, *Stojanovic*, n° 246835.

exposée le requérant¹.

Il est ainsi notable que, dans la moitié des espèces dans lesquelles le requérant obtient satisfaction, le juge des référés n'a pas eu à prononcer la moindre mesure pour faire cesser la situation litigieuse. Un nombre significatif de demandes se règlent ainsi de façon non contentieuse, tantôt avant l'audience publique, tantôt au cours de celle-ci. Le juge n'a rien à ordonner à l'administration. Le litige s'est certes réglé grâce à lui, grâce à son intervention – virtuelle ou effective – mais sans prononcé de mesure contraignante. Si l'administration ne consent pas à donner d'elle-même satisfaction au demandeur, des moyens contraignants seront mis en œuvre par le juge pour faire cesser l'atteinte portée à une liberté fondamentale.

2 - Le prononcé d'une mesure contraignante

Le juge dispose d'un large éventail de mesures pour faire cesser l'atteinte à une liberté fondamentale. Les mesures décidées par le juge pour mettre fin à une atteinte peuvent épouser la forme d'une suspension d'exécution ou d'une injonction à titre principal².

Le juge des référés peut tout d'abord mettre fin à une atteinte en prononçant une mesure de suspension. Lorsque l'atteinte aux libertés fondamentales provient d'une décision administrative, le prononcé d'une mesure de suspension, assortie, le cas échéant, d'une injonction d'exécution, s'avère le plus souvent une réponse pleinement satisfaisante pour remédier à la situation litigieuse. Encore faut-il distinguer selon que l'atteinte trouve sa source dans une décision positive ou une décision négative. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision positive, la suspension de ses effets suffit *ipso facto* à faire cesser l'atteinte. En neutralisant les effets de la décision qui se trouve à l'origine de l'atteinte, le juge met fin automatiquement à la situation d'atteinte provoquée par celle-ci.

¹ Voir par exemple : CE, ord. 25 juin 2003, *Ahamada et Said Abdallah*, n° 257835 ; CE, ord. 29 septembre 2004, *Préfet de la Marne, Lebon T.* p. 829.

² Une troisième modalité doit également être mentionnée, bien qu'elle n'ait été mise en œuvre qu'à une seule reprise : il s'agit du rejet sous réserve, le juge rejetant le recours présenté par le demandeur « sous réserve » de l'adoption d'un certain comportement par l'administration poursuivie (voir CE, ord. 24 février 2001, *Tibéri, Lebon* p. 85).

Lorque, par arrêté municipal, le maire d'une commune décide la fermeture au public d'un commerce de proximité, la suspension de cet arrêté est une mesure suffisante pour faire cesser l'atteinte portée à la liberté d'entreprendre¹. En suspendant la décision du maire d'organiser certaines manifestations publiques dans l'église de la commune, le juge des référés s'oppose à une atteinte à la liberté du culte². L'atteinte au droit de propriété est empêchée par la suspension de l'exécution de l'arrêté municipal autorisant l'accès et le stationnement des tiers sur un chemin privé³. De même, la suspension des arrêtés portant réquisition de personnels grévistes suffit à mettre fin à l'atteinte au droit de grève⁴. Si l'atteinte trouve sa source dans une décision de refus, la suspension de son exécution ne suffit pas, par elle-même, à remédier à l'atteinte. Elle doit, pour produire effet, être assortie d'une injonction d'exécution, laquelle peut être prononcée d'office par le juge, c'est-à-dire sans même avoir été sollicitée par le requérant. Le juge du référé-liberté peut opter pour une suspension totale ou partielle des effets de la décision litigieuse. La suspension partielle est limitée aux seules dispositions de la décision pour lesquelles les conditions d'octroi énoncées par l'article L. 521-2 sont satisfaites⁵.

La mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale peut également épouser la forme d'une injonction à titre principal. Le juge peut tout d'abord condamner l'autorité administrative à une obligation de ne pas faire : différer temporairement l'exécution d'une mesure d'éloignement, ne pas faire obstacle à l'exécution d'un contrat de location d'une salle municipale, ne pas mettre à exécution un décret accordant l'extradition du requérant ou encore ne pas procéder à des coupes ou abattage d'arbres. Le plus souvent, l'injonction prend la forme d'une obligation de faire : procéder à un réexamen du dossier déposé par le requérant tendant au renouvellement de sa carte nationale d'identité et de son passeport, procéder au réexamen de

¹ CE, ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry, Lebon T.* p. 931.

² CE, ord. 25 août 2005, *Commune de Massat, Lebon* p. 386.

³ CE, ord. 10 septembre 2003, *Commune d'Hyères-les-Palmiers*, n° 260015.

⁴ CE, 9 décembre 2003, *Aguillon et autres, Lebon* p. 497.

⁵ Voir par exemple CE, ord. 26 novembre 2004, *Commune de Wingles*, n° 274226.

la demande d'admission au séjour du requérant au vu des motifs de son ordonnance, restituer aux membres d'une famille de nationalité française leurs documents d'identité illégalement retirés, « prendre toutes les mesures nécessaires » – c'est-à-dire apporter le concours de la force publique – pour assurer l'exécution d'une ordonnance judiciaire prescrivant l'expulsion d'occupants sans titre, remettre en place la chaîne empêchant l'accès à la voie de desserte d'un port, enlever les potelets installés devant les locaux d'une société de droit privé et procéder aux travaux nécessaires au raccordement de ses locaux à la voie publique, ou encore mettre à la disposition d'une association la salle municipale dont elle demandait la location.

La décision appropriée pour mettre fin à l'atteinte ayant été définie, le juge s'en assure le respect par l'explication et l'autorité.

Quel que soit le type de mesure prononcée, le juge du référé-liberté témoigne, lorsque les circonstances l'exigent, de qualités didactiques exemplaires pour s'assurer de la correcte exécution de sa décision. Alors que les décisions du juge administratif sont traditionnellement brèves et laconiques, les ordonnances du juge du référé-liberté indiquent très précisément à l'administration les obligations qui sont les siennes. Lorsque cela lui apparaît nécessaire ou utile, il indique dans le détail à l'administration les mesures qui doivent être adoptées pour faire cesser l'atteinte. Conformément à son rôle de décideur, le juge ne se contente pas de constater une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale pour laisser ensuite l'administration en tirer seule les conséquences. Au contraire, il guide et oriente l'autorité administrative dans l'exécution de ses décisions à travers une rédaction particulièrement soignée et directive des motifs de ses ordonnances.

En complément ou non d'une démarche didactique, le juge des référés va exercer une pression sur l'administration afin de combattre *a priori* toute velléité de résistance à sa décision. La décision prise en référé est, comme toute décision de justice, exécutoire et obligatoire. D'une part, elle est revêtue de la force exécutoire. Elle doit être exécutée conformément au principe qui gouverne la mise en œuvre des décisions de justice. D'autre part, l'ordonnance de référé est également dotée d'une force obligatoire

qui s'impose aux parties. L'administration est tenue de s'y soumettre et de la respecter¹. En outre, lorsque la mesure de sauvegarde prend la forme d'une injonction, le juge du référé-liberté peut décider dès son prononcé d'assortir sa décision d'une astreinte. Le juge du référé-liberté dispose d'un pouvoir d'appréciation pour prononcer une astreinte. Il se détermine au regard des circonstances de chaque espèce et n'est jamais tenu de la prononcer. Il use de cette faculté lorsqu'il redoute de se heurter à une résistance de l'administration. En pratique, il est extrêmement rare que le juge du référé-liberté assortisse ses injonctions du prononcé d'une astreinte. Le montant de celle-ci fait l'objet d'une appréciation au cas par cas, qui tient compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire.

Au final, le juge du référé-liberté dispose d'un pouvoir particulièrement large pour mettre fin à une situation d'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale. Il retient la mesure adéquate et, le cas échéant, s'en assure le respect par l'explication et l'autorité. Encore ne prononce-t-il une mesure contraignante que si un règlement non contentieux du différend ne s'est pas avéré possible. Dans les deux cas, le requérant obtient une satisfaction immédiate. Son intervention donne pleinement et immédiatement satisfaction au requérant dès l'instant où celui-ci remplit l'ensemble des conditions requises par l'article L. 521-2. Une fois acquise dans son principe, cette satisfaction est pour lui définitive.

II - Une efficacité due au caractère pérenne des mesures prises

L'intervention du juge du référé-liberté ne procure pas seulement au demandeur une satisfaction immédiate. Elle lui assure également une satisfaction qui n'a rien de précaire, comme cela est habituellement la règle en référé. C'est le cas, naturellement, lorsque le juge prononce un non-lieu à statuer ou donne acte d'un désistement à la suite d'un rapprochement des parties. C'est le cas ensuite, et de façon particulièrement notable,

¹ CE, Sect., 5 novembre 2003, *Association pour la protection des animaux sauvages et autres, Association Convention vie et nature pour une écologie radicale et autre* (2 espèces), *RFDA* 2004, pp. 601-611.

lorsque le juge décide lui-même d'une mesure afin de mettre un terme à la situation liberticide.

Certes, le Conseil d'Etat affirme le caractère provisoire des mesures prises en référé en mettant en avant les dispositions de l'article L. 511-1 du code de justice administrative. En droit, cela signifie que la solution donnée en référé ne s'impose ni au juge du fond ni au juge des référés lui-même. D'une part, le juge du fond n'est pas lié par la solution juridique donnée par le juge des référés et peut parfaitement retenir une solution différente. D'autre part, le juge des référés peut revenir sur sa propre décision en cas d'élément nouveau. *De jure*, ces principes s'appliquent au référé-liberté. D'un point de vue strictement juridique, la décision du juge des référés n'est pas définitive. Mais en pratique, en raison des caractéristiques de cette procédure et spécialement des conditions auxquelles son déclenchement est subordonné, il est impossible que le juge du fond règle de façon différente la question de droit, et peu probable que se présente un élément nouveau permettant au juge des référés de revenir sur sa décision. Partant, ses décisions sont, sinon irréversibles, du moins dotées d'un coefficient de stabilité remarquable. Leur remise en cause en dehors de l'exercice des voies de recours ne pourra en pratique intervenir que par la voie du réexamen et dans des hypothèses véritablement rarissimes.

A - La possibilité d'une remise en cause par le juge d'appel

Les mesures de sauvegarde prononcées par le juge du référé-liberté peuvent être contestées par la voie de l'appel devant le juge des référés du Conseil d'Etat¹.

L'appel peut être formé contre toute décision rendue par le juge des référés d'un tribunal administratif à la suite d'une audience publique. En matière de référé-liberté, l'appel relève de la compétence du juge des référés du Conseil d'Etat et non pas de

¹ De manière plus générale, toutes les ordonnances rendues après audience publique peuvent faire l'objet d'un appel. En revanche, les ordonnances rendues selon la procédure de tri ne peuvent faire l'objet que d'un pourvoi en cassation. Ainsi, les décisions du juge du référé-liberté présentent la particularité de pouvoir, selon les cas, être contestées soit par la voie de l'appel soit par la voie de la cassation.

celle des cours administratives d'appel. La requête d'appel doit être introduite dans les 15 jours qui suivent la notification de la décision attaquée.

L'article R. 523-3 prévoit que les appels sont soumis en tant que de besoin aux règles de procédure applicables aux référés d'urgence. Les demandes sont instruites et jugées par le juge des référés du Conseil d'Etat. En vertu de l'article L. 523-1, le président de la section du contentieux du Conseil d'Etat ou le conseiller d'Etat qu'il délègue à cet effet statue dans un délai de 48 heures. Il peut statuer selon la procédure de droit commun de l'article L. 522-1 ou selon la procédure de tri de l'article L. 522-3.

Lorsque le juge d'appel a statué, ou que le délai d'appel est expiré, la décision prise par le juge du référé-liberté acquiert une stabilité remarquable. Sa remise en cause par un autre juge, sans être juridiquement impossible, n'en est pas moins très hypothétique.

B - La remise en cause improbable par un autre juge

Une fois les délais et voies de recours expirés, peut-on considérer que la décision prise par le juge du référé-liberté est définitive ? En droit, une telle solution doit être exclue. Mais qu'en est-il en pratique ? Les mesures ordonnées par le juge sur le fondement de l'article L. 521-2 peuvent-elles réellement être remises en cause par un juge ? Pour que la mesure ordonnée puisse être regardée comme réversible, il faut tout d'abord qu'il reste « quelque chose » à remettre en cause après l'intervention du juge des référés, c'est-à-dire que l'objet du litige n'ait pas entièrement disparu à la suite de sa décision. Or, le plus souvent, dans un délai de quelques jours ou quelques semaines, il n'y a plus rien à juger ni à contester après le prononcé d'une mesure de sauvegarde par le juge des référés. Le juge a redressé la situation litigieuse. Son intervention a pour effet de vider le litige, de l'éteindre de façon définitive, de mettre fin au contentieux qui avait donné lieu à l'engagement d'un référé. Après le prononcé de la mesure de sauvegarde, le litige n'a plus d'objet. Dans les rares cas où la saisine d'un juge – juge du fond ou juge des référés – ne se heurtera pas à une irrecevabilité (du fait de l'absence d'objet), et qu'un juge statuera par conséquent à la suite du juge du référé-

liberté, la remise en cause de sa décision n'est susceptible de se concevoir que dans des hypothèses rarissimes.

Tout d'abord, si un juge du fond intervient à la suite du juge du référé-liberté, ce qui est en pratique extrêmement rare, il est certain qu'il statuera dans le même sens que ce dernier et, par conséquent, sans remettre en cause ce qui a été décidé au titre de l'article L. 521-2. En effet, le justiciable qui a introduit une demande sur le fondement de l'article L. 521-2 du code de justice administrative détient seul l'initiative de porter l'affaire devant le juge du fond, à l'exclusion de l'administration défenderesse. Or, le plus souvent, le demandeur qui a obtenu satisfaction sur ce fondement n'a pas d'intérêt pratique à saisir le juge du fond. Celui-ci n'est susceptible d'intervenir sur la même affaire que si le recours au fond a été formé avant l'introduction du référé-liberté ou simultanément à celui-ci, ou si le demandeur en référé estime ne pas avoir obtenu pleinement satisfaction et souhaite obtenir une annulation au fond ou une réparation du préjudice subi. Encore faudra-t-il, pour que le recours soit recevable, disposer d'une décision administrative susceptible de lier le contentieux, et agir dans le délai de recours contentieux de droit commun. Dans ces conditions, une telle saisine apparaît relativement hypothétique. Si d'aventure un juge du fond vient à statuer après le juge du référé-liberté, il est absolument certain qu'il retiendra la même solution que ce dernier. En effet, le juge des référés ne peut prononcer une mesure de sauvegarde que s'il a au préalable constaté une illégalité manifeste. Or, la décision *manifestement* illégale est, à plus forte raison, *simplement* illégale. Même si le juge du fond est saisi, il est certain qu'il ne viendra pas démentir le juge du référé-liberté ni, par conséquent, remettre en cause la solution retenue par celui-ci¹. Le requérant est assuré que la solution donnée en référé ne sera pas remise en cause par le juge du fond.

¹ A l'inverse, la solution donnée par le juge du référé-suspension ne peut jamais être considérée comme acquise : il est certain qu'un juge du fond interviendra ultérieurement sur la même affaire et qu'il pourra – ce qui est parfaitement justifié, en raison de l'office restreint du premier – adopter une solution différente de celui-ci.

Cette remise en cause peut-elle provenir du juge des référés lui-même à travers la procédure de réexamen ouverte par l'article L. 521-4 du code de justice administrative ? Cette disposition prévoit que « Saisi par toute personne intéressée, le juge des référés peut, à tout moment, au vu d'un élément nouveau, modifier les mesures qu'il avait ordonnées ou y mettre fin ». Ce mécanisme autorise le juge des référés à revenir sur sa propre décision si une personne fait état de circonstances nouvelles ou d'informations nouvelles. Les conditions de mise en œuvre de cette procédure – et, par conséquent, les possibilités de remise en cause par le juge des référés de la mesure de sauvegarde ordonnée – sont strictement encadrées. Il faut tout d'abord que le juge qui a rendu la décision soit expressément saisi d'une demande de réexamen soit par les parties à l'instance initiale, soit par un tiers. Il faut ensuite que le demandeur fasse valoir un « élément nouveau ». L'élément nouveau est un argument de fait ou de droit susceptible de remettre en cause l'appréciation portée par le juge des référés sur les conditions d'octroi d'une mesure sollicitée sur le fondement de l'article L. 521-2. Cette notion recouvre tout d'abord la circonstance nouvelle, celle qui ne se produit ou ne se révèle que postérieurement à l'ordonnance attaquée. La notion d'élément nouveau couvre également l'information qui existait au moment où le juge a statué mais qui n'a pas été portée à sa connaissance en temps utile. L'information aurait pu être produite lors de l'instruction, c'est-à-dire dès la première saisine, mais l'intéressé s'est abstenu, a négligé ou n'a pas eu le temps de l'invoquer. Il peut s'agir aussi bien de faits que de moyens juridiques. La notion d'élément nouveau est donc large. Pour autant, la procédure de réexamen semble en pratique inadaptée au référé-liberté puisqu'on ne relève qu'une seule application en dix ans, laquelle s'explique en outre par la présentation délibérément mensongère des faits par le requérant¹. Condamnée à n'être

¹ CE, ord. 7 novembre 2003, *SA d'habitations à loyer modéré trois vallées*, Lebon T. p. 911. En l'espèce, la société requérante avait obtenu du juge des référés qu'il soit enjoint à l'autorité publique d'expulser l'unique famille occupant encore un immeuble lui appartenant. Information prise, l'administration constate que le logement demeure occupé non pas par une famille mais par deux familles, soit au total 16 personnes dont 12 enfants. Saisi par l'administration, le juge des référés du

utilisée que dans des hypothèses marginales, elle est insusceptible d'affecter la stabilité qui caractérise les mesures de sauvegarde ordonnées par le juge des référés.

L'intervention du juge du référé-liberté est donc remarquablement efficace. Le demandeur obtient une satisfaction pleine et entière qui vide définitivement le litige ayant donné lieu à la saisine. Par la dissuasion, la persuasion ou le prononcé d'une mesure de sauvegarde, le juge met fin immédiatement et définitivement à la situation d'atteinte grave et manifestement illégale portée à une liberté fondamentale.

Réflexions terminales : la nature du référé-liberté

L'article L. 521-2 du code de justice administrative constitue un mécanisme original de protection des libertés. Par ses caractéristiques, cette procédure bouleverse à bien des égards les canons de la procédure administrative contentieuse. Ses particularités affirmées conduisent à une difficulté pour *qualifier* cette procédure et déterminer à quel *type* de voie de droit elle se rattache. La difficulté d'inscrire le référé-liberté dans la structure classique du contentieux administratif et le fait qu'il transcende les catégories traditionnelles s'expliquent par la particularité de son objet, qui est de protéger en urgence les libertés fondamentales gravement méconnues par l'administration. En portant un regard sur l'étranger, un rapprochement avec l'*amparo* latino-américain s'impose naturellement.

En Amérique latine, le terme générique, pour désigner l'action spécialement instituée pour la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis est *amparo*, que l'on peut traduire par « protection » ou « sauvegarde ». Cette action connaît une dénomination différente dans trois pays : *accion de tutela* pour la Colombie, *accion de proteccion* pour le Chili (où l'appellation d'*amparo* est réservé à l'action d'*habeas corpus*) et *mandado de segurança* pour le Brésil. Il est ici question des procédures créées

Tribunal administratif rend une ordonnance modificative mettant fin à la mesure initialement prononcée. Le juge des référés du Conseil d'Etat confirmera cette décision, la réalité des faits – et non leur présentation altérée par la société requérante – excluant l'atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale.

spécialement et exclusivement pour la protection, en urgence, des libertés contre l'autorité administrative. Certaines de ses actions peuvent également, selon des modalités variables, être exercées contre des actes législatifs ou juridictionnels, voire contre les actes de particuliers. Ces voies de droit nous intéressent ici uniquement en tant qu'elles s'exercent contre les actes et comportements administratifs.

La procédure d'*amparo* ordinaire présente des caractéristiques proches du référé-liberté. « C'est une procédure extraordinaire caractérisée par l'urgence »¹. En Argentine notamment, « L'idée directrice de la célérité s'incarne d'elle-même dans l'objectif primordial de l'*amparo* : rétablir *immédiatement* l'intégrité du droit constitutionnel lésé »². La formulation des dispositions constitutionnelles consacrant l'existence de ces procédures révèle la proximité du mécanisme avec celui du référé-liberté. Par exemple, au Vénézuëla, l'article 49 de la Constitution dispose que « Les tribunaux protégeront tout habitant de la République, dans la jouissance et l'exercice des droits et garanties constitutionnels que la Constitution établit, en conformité avec la loi. La procédure sera brève et sommaire, et le juge compétent aura le pouvoir de rétablir immédiatement la situation juridique enfreinte ». De même, en Colombie, l'article 86 de la Constitution dispose que « Toute personne disposera de l'action de tutelle afin de réclamer devant le juge, à tout moment et en tout lieu, au moyen d'une procédure privilégiée et sommaire, par elle-même ou par qui intervient en son nom, la protection immédiate de ses droits constitutionnels et fondamentaux, dans toute circonstance où ceux-ci seraient lésés ou menacés par l'action ou par l'omission d'une autorité publique quelconque (...) ».

En dehors du Chili et du Costa Rica, où l'*amparo* opère comme une procédure parallèle aux autres voies de droit, pouvant être exercées sans préjudice des autres recours ouverts au demandeur,

¹ A.-C. SEPULVEDA, « La protection des droits fondamentaux en Amérique latine », V^e Congrès de l'AFDC, Toulouse, 6, 7 et 8 juin 2002, Atelier n° 6, p. 4.

² P.M.E. SAMMARTINO, *Principios constitucionales del amparo administrativo. El contencioso constitucional administrativo urgente*, Lexis Nexis, coll. Derecho administrativo, 2003, p. 434. Souliné.

ce mécanisme présente un caractère subsidiaire, ne pouvant être mis en œuvre que s'il n'existe pas d'autre mécanisme effectif de protection ou que les instances juridictionnelles de droit commun ont été épuisées. Les textes qui les régissent prévoient néanmoins que la condition de subsidiarité est écartée en cas d'urgence et de gravité et si les procédures de droit commun ne permettent pas d'atteindre un résultat aussi satisfaisant¹. En ce qui concerne les mesures susceptibles de recours, il a été observé que « D'une manière générale, tous les systèmes constitutionnels qui établissent l'institution de l'*amparo* admettent l'action d'*amparo* contre des actes et faits administratifs et contre les omissions de l'administration »². Le champ des justiciables est largement ouvert : « en général, toutes les personnes naturelles ou juridiques peuvent se servir des recours ou actions d'*amparo* établis dans les ordres constitutionnels pour la protection des droits et libertés »³. L'action est en principe autonome et s'intente devant le juge de première instance territorialement compétent, à l'exception du Chili et du Costa Rica : dans le premier de ces pays, l'*amparo* est porté directement devant la cour d'appel, dans le second devant la Cour suprême. Les textes constitutionnels et les lois de procédure prévoient que le juge doit instruire l'affaire d'extrême urgence et statuer très rapidement. En Colombie, le juge dispose d'un délai de cinq jours pour statuer à partir du moment où l'affaire est en état d'être jugé. Ce délai est réduit à deux jours pour le droit à la vie et à l'intégrité de la personne, le droit d'être jugé par le juge naturel, la liberté d'expression et le droit de réunion⁴. Les pouvoirs du juge sont formulés de façon très large et lui permettent de neutraliser l'acte à l'origine de l'atteinte ou d'adresser des injonctions à l'autorité publique.

¹ Si le référé-liberté n'est pas soumis à cette exigence de subsidiarité, la situation est néanmoins très proche de l'*amparo* ordinaire car, pour pouvoir valablement être mis en œuvre, le demandeur doit faire état de l'urgence de la situation et de la gravité de l'atteinte – conditions qui, dans l'*amparo*, permettent de lever l'exigence de subsidiarité.

² R.A. BREWER CARIAS, « La justice constitutionnelle et le pouvoir judiciaire », in *Etudes de droit public comparé*, Bruylant, 2001, p. 1093.

³ R.A. BREWER CARIAS, *op. cit.*, p. 1083.

⁴ Numéro 6 de l'*autoacordado* du 24 juin 1992.

Des procédures comparables ont été instaurées en Europe. La Constitution espagnole reconnaît au plaignant le droit de demander la protection au juge ordinaire en utilisant une procédure spéciale fondée sur les principes de priorité et d'urgence – *preferencia y sumariidad* lorsqu'est en cause un droit dit de premier rang. S'appliquant à titre transitoire, la loi 62/1978 du 26 décembre 1978 sur la protection juridictionnelle des droits fondamentaux de la personne prévoyait, en ses articles 6 à 10, des règles dérogeant assez sensiblement aux règles habituelles du contentieux administratif (absence de recours administratif préalable, effet suspensif du recours juridictionnel, délais d'instruction et de jugement raccourcis). La loi 29/1998 du 13 juillet 1998 relative à la juridiction administrative contentieuse s'inscrit dans la continuité de ce dispositif en confirmant la nécessité de soustraire le contentieux des atteintes graves aux libertés aux règles du droit commun. Au Portugal, la loi n° 15/2002 du 22 février 2002 portant code de procédure des tribunaux administratifs a instauré un mécanisme autonome permettant d'imposer à l'administration une conduite positive ou négative destinée à garantir l'exercice des droits, libertés et garanties fondamentales¹. En cas d'extrême urgence, c'est-à-dire de violation imminente et irréversible d'un droit, liberté ou garantie, les délais de procédure peuvent être réduits ou bien une audience orale peut être demandée afin d'obtenir un jugement dans un délai de 48 heures (article 111, n° 1 du code de procédure des tribunaux administratifs). L'audition du demandeur peut même être faite par tout autre moyen de communication lorsque les circonstances particulières l'exigent (article 111, n° 2 du code de procédure des tribunaux administratifs).

Le référé-liberté présente des caractéristiques similaires à ces voies de droit. Par son objet, son originalité procédurale et la singularité de son mécanisme, il s'insère incontestablement dans la famille des *amparo* ordinaires.

¹ Voir J. de CAMPOS AMORIM, « La nouvelle réforme du contentieux administratif portugais », *RFDA* 2005, pp. 1159-1171, spé p. 1168.

Conclusion

Après dix ans d'application, quel regard porter sur cette procédure ? Un premier constat s'impose : le référé-liberté fondamentale est un succès. Un succès contentieux tout d'abord, puisqu'en moyenne, un référé d'urgence sur dix introduit devant la juridiction administrative est un référé-liberté. D'un point de vue statistique, la procédure de l'article L. 521-2 représente 1 % du contentieux annuellement soumis aux tribunaux administratifs. Le référé-liberté est un succès, ensuite, au niveau de l'efficacité du mécanisme de protection institué. Dans un délai de l'ordre de quelques jours, la personne victime d'une atteinte grave et manifestement illégale aux libertés fondamentales obtient la cessation immédiate et définitive des agissements incriminés.

Son efficacité à remédier à des situations inacceptables est rendue possible par le caractère à bien des égards exorbitant et atypique de la procédure mise en place, tant au regard de ses conditions d'engagement qu'à celui des règles procédurales. Toutefois, ce caractère doublement exceptionnel n'a rien que de très normal. En France comme à l'étranger, les procédures de ce type présentent toutes les mêmes caractéristiques : souplesse procédurale pour une plus grande célérité, pouvoirs du juge étendus pour une plus grande efficacité, conditions et champ d'application restrictifs comme garde-fou à une banalisation. Toutes les procédures appartenant à la famille des *amparo* latino-américain ou *amparo* ordinaire présentent de semblables caractéristiques.

Tous les ingrédients sont réunis pour que cette procédure s'inscrive dans la durée. D'une part, le référé-liberté est un instrument de souplesse. Grâce à une rédaction particulièrement large des dispositions qui le régissent et à une formulation étendue des pouvoirs du juge, la procédure de l'article L. 521-2 peut et pourra s'adapter à la diversité des situations susceptibles de se présenter. D'autre part, le référé-liberté est devenu un outil irremplaçable, qui a fait la preuve de son utilité et de son efficacité pour répondre aux situations particulières pour lesquelles il a été conçu. Il a trouvé sa place dans l'architecture des voies de droit ouvertes aux personnes physiques et morales à l'encontre des actes et agissements de la puissance publique : celle d'une procédure souple, rapide et efficace, permettant de remédier immédiatement aux situations les plus inacceptables.

Les procédures d'urgence en matière administrative: Etude comparative France -Tunisie

Par Mahmoud Zani

Docteur en droit public

Maître de conférences



Introduction

En guise de préliminaire, il convient de relever dans une perspective comparatiste les traits du système juridictionnel français par rapport au système juridictionnel tunisien. Cette opération nécessaire nous permet en matière de contentieux administratif de retracer l'origine des deux systèmes pour confirmer la particularité du système français, notamment en ce qui concerne les procédures d'urgence.

L'origine du contentieux administratif tunisien remonte au fameux décret Beylical¹ (D.B) du 27 novembre 1888. Ce dernier a instauré à rebours du système français un système d'unité de juridiction en conférant au juge civil la fonction de contrôle de l'action administrative. De manière concrète, le décret Beylical accordait aux juridictions civiles une partie du contentieux

¹-Voir René Chapus, "Aux sources du régime du contentieux administratif tunisien : du Protocole Franco-italien du 25 janvier 1884 au Décret Beylical du 27 novembre 1888", *Revue tunisienne de droit (RTD)*, 1966-1967, pp. 75-90 ; Sadok Belaid, "1888-1988 : réflexions sur un centenaire", in "Le centenaire du Décret Beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif", colloque de Tunis, novembre 1988, campus universitaire, pp. 405-419.

administratif, en l'occurrence le contentieux de l'indemnisation¹ ; toutefois, il interdisait au juge civil de « connaître de toutes demandes tendant à faire annuler un acte de l'administration »². Par ailleurs, ce même décret ignorait totalement la notion d'urgence et ne comprenait aucune véritable procédure d'urgence.

La question du contentieux administratif tunisien s'est consolidée avec la mise en place³ par la Constitution de 1959 du Conseil d'Etat composé de deux institutions⁴ : la Cour des comptes et le Tribunal administratif (ce dernier a vu le jour en 1972). Cette création met fin de manière effective à la compétence des tribunaux judiciaires instaurés par le décret de 1888 en matière de contentieux administratif et constitue une sorte de révolution dans le paysage administratif tunisien : le juge administratif se voit attribuer désormais l'exclusivité de ce contentieux conformément au principe de la dualisation⁵ des juridictions.

À l'opposé du système tunisien, le système juridictionnel français a connu dès 1790 le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires ; du reste, la loi des 16-24 août 1790 interdisait⁶ formellement aux juges judiciaires de connaître des litiges en matière administrative. Il a également connu très tôt en comparaison du système tunisien, le dualisme des ordres de juridictions avec l'institution de la Cour des comptes en 1807 et du Conseil d'Etat en vertu de la Constitution du 22 frimaire an VIII. Les conflits de compétence entre les deux juridictions sont régis par le Tribunal des conflits créé en 1872 ; le législateur tunisien s'est d'ailleurs inspiré de l'exemple français pour instaurer tardivement une juridiction similaire, à savoir le Conseil des conflits de compétence⁷.

Le droit du contentieux administratif tunisien- celui-ci n'est pas codifié comme en France dans un véritable Code de justice

¹ - Voir article 1 du D.B.

² - *Ibid*, article 4.

³ - Article 57.

⁴ - Voir Michel Durupty, « Institutions administratives et droit administratif tunisiens », Editions du Centre de recherches et d'études sur les sociétés méditerranéennes, Paris, 1973.

⁵ - Voir Yadh Ben Achour, « L'histoire du principe de séparation des autorités en Tunisie », in "Le centenaire du Décret Beylical du 27 novembre 1888 et le contentieux administratif", op.cit (Note 1), pp. 374-397.

⁶ - Article 13

⁷ - Voir la loi organique n° 96-38 du 3 juin 1996.

administrative¹- bien qu'il soit *grosso modo* calqué sur le modèle français, ne prévoit pas à vrai dire des procédures développées d'urgence. C'est pourquoi, le juge administratif est en mesure d'utiliser des règles complémentaires prévues, par exemple, dans le Code de procédure civile et commerciale pour faire face à des situations non prévues par la loi de 1972, c'est le cas des ordonnances de référé et les ordonnances sur requête. Cependant, la loi organique n°96-39 du 3 juin 1996 portant réforme de la loi n°72-67 du 1^{er} août 1972 relative au fonctionnement du Tribunal administratif tunisien, qui constitue une avancée considérable dans le paysage administratif tunisien, a envisagé le sursis à exécution des décisions administratives, les ordonnances de référé et les constats d'urgence. Dans le même ordre d'idées, le droit du contentieux administratif² français –ce dernier reste influencé par le droit communautaire et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme- s'est renforcé à travers la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives ; en effet, celle-ci a procédé à une refonte foncière des procédures d'urgence en introduisant deux nouvelles procédures («référé-liberté» et «référé-suspension»), la restructuration du traitement de l'urgence devant la juridiction administrative -un juge unique statue désormais sur les requêtes en urgence- et l'élargissement du pouvoir processuel du juge administratif en matière de procédures d'urgence.

Les procédures d'urgence ou les recours en référé permettent au juge administratif de prendre, à titre provisoire, une décision dans l'attente d'un règlement au fond, à la différence des recours au fond qui visent à trancher des litiges de manière définitive. Ces procédures se caractérisent par la notion d'urgence qui exige du juge administratif d'accélérer la procédure pour préserver les droits des justiciables. Certes, les deux textes français et tunisien de 1996 et 2000 restent quelque part muets sur la question de la définition juridique de l'urgence, toutefois, il faut bien préciser que le Conseil d'Etat français a bel et bien défini cette notion et fixé ses conditions à de multiples reprises, alors que le Tribunal

¹- Il comprend une partie législative et une partie réglementaire et a été édicté par une ordonnance et deux décrets du 4 mai 2000.

²- Voir René Chapus, «Droit du contentieux administratif », Editions Montchrestien, Paris, 2006 ; Jean-Claude Ricci, «Contentieux administratif », Editions Hachette Education, Paris, 2007.

administratif tunisien ne semble pas avoir fourni un tel effort. D'autant plus que la loi organique du 3 juin 1996 introduit le concept d'«extrême urgence» (art.40), sans pour autant définir ses contours.

Pour bien mener notre étude au sujet des procédures d'urgence en matière administrative à la fois en France et en Tunisie, nous examinerons, tout d'abord, ces diverses procédures **(I)**, ensuite, leur mise en oeuvre **(II)**.

I- Les diverses procédures d'urgence

L'analyse du système juridictionnel français nous permet d'affirmer sans penser se méprendre que le législateur français a mis en place une pléthore de procédures d'urgence **(A)**, à contrario de son homologue tunisien qui est resté quelque part timide à ce sujet **(B)**.

A- La multiplicité des procédures d'urgence en droit français

Le système juridictionnel français préconise une myriade de procédures d'urgence. Pour mieux les cerner, il sied d'indiquer les procédures d'urgence ou les recours en référé qui n'impliquent pas, en réalité, la notion d'urgence. Il s'agit principalement du référé-constat par lequel un expert est désigné pour constater des faits susceptibles d'être la cause d'un différend devant la juridiction ; le référé-instruction pour ordonner une expertise ou toute autre mesure d'instruction, sans aucune décision administrative préalable ; le référé-provision¹ qui permet de demander une provision (une avance) sur une somme due par l'administration ; et enfin, le référé-fiscal qui autorise d'attaquer un refus opposé par l'administration à une demande de sursis de paiement formée en cas de contestation d'une imposition.

À côté de ces procédures ordinaires, le législateur français a envisagé d'autres procédures en cas d'urgence : le sursis à exécution –première procédure mise en place le 22 juillet 1806- qui permettait au juge administratif la suspension provisoire de l'exécution d'une décision administrative ; le référé pré-contractuel (art. 551-1 et 2 du CJA) portant sur la passation de contrats et marchés permet au juge administratif, en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, d'éviter la conclusion du contrat ; le référé-

¹-CE, 16 décembre 2005, Lacroix.

conservatoire ou référé « mesures utiles » autorise le plaignant à demander au juge (ce dernier doit statuer dans un délai allant d'une semaine à un mois), toute mesure utile avant que l'administration ait pris une quelconque décision.

Ces procédures ont été complètement remodelées par la fameuse loi¹ du 30 juin 2000 : tout d'abord, cette loi introduit deux nouvelles procédures ; d'une part, le référé-liberté qui permet au juge des référés de prendre « toutes mesures nécessaires » à la sauvegarde une liberté fondamentale à laquelle l'administration aurait porté atteinte de manière grave et manifestement illégale ; d'autre part, le référé-suspension (celui-ci se substitue au « sursis à exécution ») pour ordonner la suspension d'une décision administrative. Ensuite, la loi en question, a réorganisé le traitement de l'urgence devant la juridiction administrative, en instituant un véritable juge unique de l'urgence. Il peut s'agir du président du Tribunal administratif ou d'une Cour administrative d'appel qui fixe lui-même la date de l'audience et prend des mesures provisoires (il ne juge pas du principal) pour préserver les intérêts des justiciables. En ce sens, l'article L511-2 du Code de justice administrative, précise que « sont juges des référés les présidents des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel ainsi que les magistrats qu'ils désignent à cet effet et qui, sauf absence ou empêchement, ont une ancienneté minimale de deux ans et ont atteint au moins le grade de premier conseiller. Pour les litiges relevant de la compétence du Conseil d'Etat, sont juges des référés le président de la section du contentieux ainsi que les conseillers d'Etat qu'il désigne à cet effet ».

B-La rareté des procédures d'urgence en droit tunisien

La loi du 1^{er} août 1972 relative au fonctionnement du Tribunal administratif tunisien, telle que modifiée par la loi organique de 1996, prévoit en réalité deux procédures d'urgence : le sursis à exécution des décisions administratives (art.39) et le référé-provision (art.82). Les ordonnances de référé (art.81) et les constats d'urgence (art.82-1) ne sont pas véritablement des procédures d'urgence ; il s'agit plutôt de pouvoirs d'urgence accordés aux présidents de chambres de première instance ou d'appel. Il en est de même pour les ordonnances de référé et les

¹-Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2001.

ordonnances sur requête prévues par le Code tunisien de procédure civile et commerciale (Titre V) que le juge administratif peut y recourir en tant que support complémentaire- comme il a été indiqué précédemment-.

En principe, les actes administratifs ont un caractère exécutoire et le recours n'a pas d'effet suspensif ; toutefois, ce caractère exécutoire peut connaître des exceptions, en particulier, lorsque les juridictions administratives décident d'ordonner, dans certains cas et sous peine de satisfaire à certaines conditions, le sursis d'exécution d'une décision administrative. En droit tunisien, l'article 39 de la loi de 1972 accorde au premier président du Tribunal administratif le pouvoir d'ordonner le sursis à exécution, tout en prenant le soin de préciser que «le recours pour excès de pouvoir n'a pas d'effet suspensif». De ce fait, le législateur tunisien suit le modèle français qui reconnaît au juge administratif le droit d'ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative jusqu'à le règlement du litige au fond.

La demande de sursis à exécution est introduite par une requête signée soit par l'intéressé, soit par son avocat. L'examen de la demande se déroule conformément à la notion d'urgence et dans les meilleurs délais. Le premier président du Tribunal administratif peut en cas d'urgence ordonner le report de l'exécution de la décision attaquée jusqu'à où il statue au fond sur la demande de sursis. En cas d'extrême urgence, il peut ordonner le sursis sur minute. Dans tous les cas, le premier président statue dans un délai d'un mois (01) sur les demandes de sursis à exécution par une décision motivée.

Le greffe du Tribunal envoie aux parties concernées dans les 24 heures, copie de la décision ordonnant le report de l'exécution ou le sursis à exécution. Les décisions rendues en matière de report de l'exécution ou le sursis à exécution sont conservatoires et ne sont susceptibles d'aucune voie de recours, y compris la cassation.

L'instruction dans une affaire de sursis fait intervenir deux acteurs : un conseiller rapporteur et un commissaire d'Etat. Le conseiller rapporteur examine la requête et les moyens de défense présentés par les parties ; il établit un rapport de fin d'instruction qui sera joint au projet de jugement. Le dossier de l'affaire sera donc transmis dans un délai maximum de huit jours au commissaire d'Etat pour formuler ses conclusions écrites. Les parties peuvent répondre par écrit aux conclusions du commissaire d'Etat. Le premier président du Tribunal

administratif statue en matière de sursis par voie d'ordonnance. Il est en mesure soit de rejeter la requête, soit d'ordonner le sursis dans l'attente de l'arrêt au fond.

Pour ce qui est du référé-provision, ce dernier est prévu à l'article 82 de la loi de 1972. Il permet aux présidents de chambres de première instance ou d'appel d'ordonner d'urgence de contraindre le débiteur défendeur de verser à son créancier une provision. Le référé-provision est également envisagé par l'article 201 du Code de procédure civile et commerciale ; en effet, dans tous les cas d'urgence, et sans préjudice au principal, c'est-à-dire sans préjuger du fond et de la décision qui sera donnée ultérieurement par la juridiction compétente, le président du Tribunal de première instance (également le juge cantonal suivant le montant de la demande) peut «accorder au demandeur, avec ou sans caution, une provision soit pour les besoins des frais de soins nécessaires ou des dépenses à caractère alimentaire, soit pour sauvegarder des droits ou des intérêts en péril, à condition que la créance ne fasse pas l'objet d'une contestation sérieuse, et que le demandeur ait intenté une action quant au fond concernant cette même créance». La demande est introduite par requête à l'initiative du demandeur ou son représentant, et signifiée à la partie adverse par huissier-notaire. La requête doit comporter les nom, prénom, profession et domicile du demandeur, ainsi que ceux du défendeur, l'objet de la demande, les prétentions du demandeur, la juridiction devant laquelle le défendeur est appelé à comparaître (le délai de comparution ne doit pas être inférieur à trois jours). Avant la date fixée pour la comparution, le demandeur doit présenter au greffe du tribunal l'original de la requête et s'acquitter des droits d'enregistrement ; l'affaire sera rayée du rôle de l'audience, au cas où le demandeur ne se présenterait pas lui-même ou son mandataire.

Force est de remarquer qu'en cas d'extrême urgence- celle-ci n'est pas clairement déterminée par le législateur tunisien- le président du Tribunal de première instance (juge de référé) peut ordonner la comparution pour le jour même ou pour le lendemain, voire même « la comparution immédiate des parties, et ce, même un jour férié » (art.206 C.P.C.C.).

L'ensemble des procédures décrites ci-dessus nécessite une application effective pour garantir les droits des administrés.

II-La mise en œuvre effective des procédures d'urgence

Il s'agit d'examiner ici la question de la mise en œuvre effective des procédures d'urgence tant en France (A) qu'en Tunisie (B).

A- France

Le Code de justice administrative détermine dans ses articles L.521-1 à 3, trois principales procédures d'urgence : le référé-suspension, le référé-liberté et le référé-conservatoire. L'application de ces procédures exige le respect d'un certain nombre de conditions :

Pour le référé-suspension¹, avant la loi du 30 juin 2000, la procédure était entourée de deux conditions assez rigides ; en effet, l'acte administratif dont l'annulation était demandée devait d'un côté, causer un préjudice «difficilement réparable », de l'autre, être «manifestement illégal», c'est-à-dire frappé d'une illégalité grossière. Depuis l'adoption de la loi 2000, l'urgence est devenue la condition *sine qua none* pour l'octroi du référé-suspension, ainsi que des deux autres procédures ; en outre, l'article L.521-1 du CJA ajoute l'existence d'un «doute sérieux quant à la légalité de la décision»², d'autant plus que le plaignant doit avoir engagé préalablement un recours au fond visant à annuler l'acte dont la suspension est demandée.

S'agissant du référé-liberté³, l'article L.521-2 du CJA renferme trois conditions : la justification de l'urgence, la mise en cause d'une liberté fondamentale et la preuve que l'atteinte portée à cette liberté soit «grave et manifestement illégale»⁴. Quant au référé-conservatoire ou référé «mesures utiles»⁵, il est nécessaire de justifier de l'urgence, de montrer l'utilité de la mesure demandée et que cette dernière ne doit pas contredire une décision administrative existante. Les modalités de présentation d'un référé sont précisées, dans les articles R 522-1 et R 522-3 du CJA :

¹-Voir pour la procédure, CE, 12 octobre 2001, Société produits roche.

²-Pour la notion de doute sérieux, voir CE, 29 novembre 2002, Communauté d'agglomération de Saint- Etienne métropole.

³-Voir Olivier Le Bot, « La protection des libertés fondamentales par la procédure du référé-liberté. Etude de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative », Editions LGDJ, Paris, 2007. Voir aussi la décision du Conseil d'Etat en date du 16 novembre 2011, *Ville de Paris et Société d'Economie Mixte Paris Seine*.

⁴-CE, 30 octobre 2001, Ministère de l'intérieur c/Mme Tliba.

⁵-CE, 18 juillet 2006, Mme Elissondo Labat.

la requête doit porter la mention «référé» et contenir l'exposé au moins sommaire des faits et moyens et justifier de l'urgence de l'affaire.

Dans le cadre de ces procédures et à l'opposé de son homologue tunisien, le juge des référés dispose en France de pouvoirs¹ larges : en cas d'une décision administrative, même de rejet, faisant l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, «le juge des référés peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets...» (art. L521-1 CJA) ; il peut aussi ordonner « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale...» (art. L521-2 CJA). Il appartient en dernier lieu au juge des référés d'apprécier la notion d'urgence dont dépend le déclenchement des procédures d'urgence.

En pratique, le juge administratif français *à contrario* de son homologue tunisien, a défini la notion d'urgence et développé dans un sens une véritable théorie de l'urgence. Celle-ci se définit comme étant une situation dans laquelle un acte de l'administration porte atteinte de manière suffisamment grave et immédiate à «un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre»². L'appréciation par le juge administratif de la notion d'urgence suit un processus précis : il doit, tout d'abord, procéder «à une appréciation finaliste de l'urgence, c'est-à-dire, que pour le référé-suspension, il vérifie que le juge du fond ne pourra pas statuer avant que la décision attaquée n'ait produit des effets difficilement réversibles»³ et pour le référé-liberté, «il vérifie la nécessité de prendre, dans les 48 heures une mesure visant à sauvegarder une liberté fondamentale»⁴. Ensuite, il doit apprécier de manière concrète⁵ et globale⁶ l'urgence.

¹- La loi de réforme des procédures du 8 février 1995 accordait déjà au juge le pouvoir d'adresser à l'administration des injonctions pour assurer l'exécution de la chose jugée.

²- Voir Confédération nationale des radios libres, CE, 19 janvier 2001, Rec. p. 29.

³- Voir Paul Cassia, «Les référés administratifs d'urgence », Editions LGDJ, Paris, 2003, p. 83. Pour l'appréciation finaliste de l'urgence, Cf. CE, 28 février 2003, Commune de Pertuis.

⁴- *Ibid*, p. 83.

⁵-Cf. CE, 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres.

⁶- CE, 28 février 2001, Préfet des Alpes-maritimes et société sud-est assainissement.

B-Tunisie

La mise en oeuvre des procédures d'urgence en droit tunisien, comme c'est le cas pour le droit français, reste liée à trois paramètres : les conditions de recevabilité des requêtes, la notion d'urgence et le pouvoir du juge.

L'article 39 de la loi de 1972 ne précise pas les conditions de recevabilité de la requête aux fins de sursis à exécution. Sur le plan formel, elle doit obéir aux mêmes conditions que celles prévues pour l'introduction des requêtes pour excès de pouvoir : nom, prénom et domicile des parties ; exposé sommaire des faits, des moyens et des demandes ; pièces justificatives. En outre, il faut souligner que, à partir du moment où la procédure du sursis à exécution est conditionnée par la notion d'urgence, elle n'est soumise de ce fait à aucun délai. Le requérant affecté donc par une décision administrative n'est pas tenu d'attendre la réponse de l'administration faite à son premier recours pour pouvoir engager la procédure du sursis à exécution. Sur le fond, la jurisprudence exige que la demande de sursis à exécution doive concerner un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir. Celui-ci doit être introduit dans les deux mois qui suivent la date de la notification de la décision attaquée.

La procédure du sursis à exécution des décisions administratives reste intimement liée à la notion d'urgence ; le président du Tribunal de première instance ne peut ordonner le sursis à exécution que si deux conditions¹ sont réunies : la demande de sursis repose sur des « motifs apparemment sérieux » et l'exécution « de la décision objet du recours est de nature à entraîner, pour le requérant des conséquences difficilement réversibles ». Le sursis à exécution des arrêts ou des jugements attaqués par voie de cassation est quant à lui prévu par l'article 71 de la loi relative au Tribunal administratif. Le premier président peut, à la demande de l'auteur du pourvoi, ordonner le sursis et fixe lui-même le délai lorsque l'exécution de l'arrêt ou du jugement risque de créer une situation irréversible, ou si elle est de nature à entraîner des conséquences difficilement réparables.

Dans tous les cas d'urgence, les présidents de chambres de première instance ou d'appel sont habilités à agir soit par des ordonnances de référé, soit par des constats d'urgence. Ainsi, ils

¹ - Voir l'article 39 de la loi relative au Tribunal administratif.

peuvent, d'une part, ordonner «toutes mesures provisoires utiles sans préjuger du fond et à condition de ne pas entraver l'exécution d'une décision administrative» (art.81-loi 1972); d'autre part, «procéder à un constat d'urgent de tout fait menacé de disparition et pouvant faire l'objet d'un litige administratif» (art.82-2). Dans le cas du référé-provision, l'alinéa 1 de l'article 82 exige une condition précise, à savoir l'absence d'une «contestation sérieuse sur le fond du droit».

L'instruction des ordonnances de référé suit la procédure décrite à l'article 42 de la loi de 1972 : aussitôt enregistrée la requête est adressée au premier président du Tribunal administratif; celui-ci la transmet au président de la chambre concernée qui à son tour désigne un conseiller rapporteur chargé d'instruire l'affaire et de préparer un rapport. L'appel contre les ordonnances de référé est présenté par un avocat auprès de la Cour d'appel ou la Cour de cassation dans les 10 jours suivant la date de notification; les ordonnances rendues par les présidents des chambres d'appel ne sont susceptibles d'aucun recours. L'appel interjeté contre les ordonnances de référé n'a pas d'effet suspensif, hormis le cas où le président de la chambre statuant en appel décide, à la demande de l'une des parties, le sursis à l'exécution. Les décisions ordonnant le sursis à exécution ont un caractère conservatoire et ne peuvent faire l'objet d'aucun recours, y compris le recours en cassation.

En application de l'article 207 du Code de procédure civile et commerciale, les ordonnances de référé sont exécutoires 24 heures après leur signification, sauf le cas où le juge aurait accordé un délai de grâce. Dans le cas d'extrême urgence, le juge peut ordonner l'exécution sur minute ou l'exécution sans signification préalable. L'appel des ordonnances de référé rendues par le président du Tribunal de première instance est porté devant la Cour d'appel territorialement compétente; de même pour l'appel des ordonnances de référé rendues par le juge cantonal. Les ordonnances de référé rendues par le président d'une juridiction d'appel, à condition que la loi lui attribue compétence, ne sont susceptibles d'aucun appel. L'appel des ordonnances de référé n'est pas suspensif d'exécution; toutefois, le président de la juridiction saisie de l'appel peut ordonner qu'il soit sursis pendant un mois à l'exécution de l'ordonnance attaquée. Les ordonnances ordonnant le sursis à l'exécution ne sont susceptibles d'aucune voie de recours ni même de pourvoi en cassation.

Conclusion

Il appert de tout ce qui précède que le droit du contentieux administratif français est assez développé en ce qui concerne les procédures d'urgence par rapport au système tunisien ; l'originalité du système français repose sur une multitude de facteurs : la pluralité des procédures d'urgence préconisées, les pouvoirs étendus du juge des référés et l'établissement d'une véritable théorie de l'urgence. Bien que le juge tunisien dispose d'une certaine marge de manœuvre s'agissant des mesures d'urgence à prendre, il est resté un peu timoré et n'a pas su établir une concrète théorie de l'urgence. Cette attitude s'explique peut-être par l'obligation qui pèse sur lui, en l'occurrence tenir compte des impératifs de l'administration. C'est pourquoi, il importe qu'il puisse développer son pouvoir normatif afin d'améliorer et de faire évoluer le contentieux de l'urgence.

Du référé en matière de passation des contrats et marchés, ou précontractuel

Par Farida Abercan



Définition du référé précontractuel

Dans la mesure où il permet d'obtenir pour une entreprise candidate à l'obtention d'un contrat la suspension, ou l'annulation de l'attribution d'un marché public ou d'une convention de délégation de service public le référé précontractuel est une garantie contre tout manquement par une collectivité territoriale ou établissement public aux obligations de publicité ou de mise en concurrence

Le référé précontractuel a été introduit dans notre droit par les articles 946 et suivants du nouveau code de procédure civile et administrative

Il constitue un pendant des dispositions du code des marchés publics qui dispose dans son art 3 :

Art. 3. . En vue d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des fonds publics, les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement

des candidats, et de transparence des procédures, dans respect des dispositions du présent décret.

= mais aussi à celles de l'ordonnance ° 03-03 relative à la concurrence modifiée par la Loi n° 08-12 qui dispose dans son article 2 : « Les dispositions de la présente ordonnance

s'appliquent : - aux marchés publics, à partir de la publication de l'avis d'appel d'offres jusqu'à l'attribution définitive du marché. »

I. Les actes concernés par ces procédures

Selon l'article 946 du CPCA le référé précontractuel s'applique en premier lieu à la législation propre aux marchés publics quel qu'en soit le montant, et à la passation de tous les contrats administratif et on peut donc penser en particulier qu'il s'appliquera aux délégations de services publics

Quels sont les manquements aux obligations de publicité et de concurrence ?

Le Décret présidentiel n° 10-236 du 7 octobre 2010 portant réglementation des marchés publics dans son article 3 dispose que les marchés publics doivent respecter les principes de liberté d'accès, à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures dans le respect des procédures du présent décret.

On peut encore en trouver une définition dans la loi n° 08-12 du 25 juin 2008 modifiant et complétant l'ordonnance n° 03-03 du 19 Joumada El Oula 1424 correspondant au 19 juillet 2003 relative à la concurrence et en particulier dans son article 6 qui dispose :

« sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la libre concurrence dans un même marché ou, dans une partie substantielle de celui-ci, les pratiques et actions concertées, conventions et ententes expresses ou tacites et notamment lorsqu'elles tendent à : limiter l'accès au marché ou l'exercice d'activités commerciales »....

Qu'en est il de la pratique ?

Les nouvelles mesures introduites par le CPCA n'ont pas donné lieu, à ma connaissance à une importante jurisprudence aussi pour définir ce que recouvrent ces notions il sera nécessaire de se référer à des jp étrangères et en particulier française

Une étude exhaustive de la jp du CE français permet de relever que les manquements les plus les plus souvent invoqués concernent l'absence ou le caractère insuffisant des mesures de publicité mises en oeuvre ainsi que l'atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure et un manquement aux

obligations de mise en concurrence

En Algérie et à notre connaissance un recours a été soumis à la cour d'Alger, recours fondé sur la violation de l'égalité de traitement des candidats à la demande publique

En l'espèce un appel d'offres national et international restreint n°03/ASS/CRNA a été émis par le centre de recherche nucléaire d'Alger sous l'égide du ministère de l'énergie et des mines et ayant pour objet l'acquisition, l'installation et la mise en marche de trois montes charges et de trois ascenseurs

La SARL X répondant aux spécifications techniques définies par le cahier des charges a soumissionné par lettre en date du 10/02/2009

Il ressortait de ces spécifications que l'appellation des équipements exigés appartient au fabricant français OTIS fournisseur exclusif de la sarl X

la SARL X était donc fondée en raison de cette exclusivité et des spécifications précises énoncées au cahier des charges à prétendre à l'attribution de ce marché

cependant et contre toute attente le dit marché a été attribué provisoirement à la SARL O

att que la SARL X a contesté devant le tribunal administratif d'Alger ce choix qui porte atteinte au principe de l'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure et un manquement aux obligations de mise en concurrence

Le tribunal saisi s'est déclarée incompétent (jugement en date du ...)

II. Saisine du tribunal des référés

Tout d'abord il convient de relever que contrairement à la procédure relative au référé provision, le référé précontractuel est de la compétence non pas d'un juge unique ,mais du tribunal autrement dit d'une instance collégiale

Qui peut saisir le tribunal du référé précontractuel? D'après l'art 946 al 2 du CPCA sont habilitées à agir

= toutes personnes ayant un intérêt à conclure le

contrat et susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi toutes les sociétés ou entreprises candidates à l'obtention du contrat mais qui ont été empêchées directement ou indirectement de présenter leur candidature du fait de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence

En revanche toutes sociétés qui ne seraient pas candidates à l'obtention du marché ne peuvent saisir le juge du référé précontractuel

= le représentant de l'état dans la wilaya lorsque le marché est conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local,

Le référé précontractuel ne peut être évidemment exercé qu'avant la conclusion du contrat et on est étonné de la rédaction de l'alinéa 3 de l'art 946 qui transforme cette condition à peine d'irrecevabilité en une possibilité

En effet la conclusion du contrat met un terme à la faculté d'introduire le référé précontractuel, de même que si la conclusion du contrat intervient en cours d'audience le recours deviendra sans objet, dans la mesure où il n'est pas suspensif sauf si le tribunal use du pouvoir que lui donne l'alinéa 6 du même article d'ordonner des sa saisine que la signature du contrat soit différée jusqu'au terme de la procédure et ce pour une durée maximale de 20 jours

Il est souhaitable à l'instar du droit français que la saisine du tribunal empêche jusqu'au terme de la procédure la signature du contrat

L'article 947 du CPCA donne au tribunal un délai de 20 jours pour statuer sur les demandes présentées en vertu de l'art 946

On peut alors se demander si le tribunal s'en trouvera dessaisi si ce délai était dépassé concurrence

III. Pouvoirs du juge ses référés

Mesure définitives : bien qu'il n'appartient pas au juge des référés d'ordonner des mesures définitives, dans le cadre du référé précontractuel le tribunal administratif a le pouvoir d'obliger l'administration de se conformer à ses obligations en matière de publicité ou de mesures destinées à assurer l'égalité des candidats devant la commande publique

Par ailleurs le tribunal peut déterminer les délais dans lesquels

l'auteur des manquements doit s'exécuter et assortir sa décision d'une astreinte coutant à partir de l'expiration des délais impartis

Cependant contrairement à la législation française le code algérien ne précise pas si le tribunal aura le pouvoir de supprimer les clauses destinées à figurer dans le contrat et qui seraient de nature à rompre l'équilibre des chances des candidats à la commande publique

Mesures provisoires :le tribunal a le pouvoir d'adresser des injonctions à l'administration, de suspendre la passation du contrat jusqu'au terme de la procédure mais pour un durée de 20 jours au maximum

IV. Voies de recours :

Le tribunal administratif doit statuer dans un délai de 20 jours à compter de sa saisine .en application de l'article 949 Son ordonnance comme toutes les ordonnances rendues par le tribunal administratif, peut faire l'objet d'un appel devant le Conseil d'État.

Le délai d'appel est de 15 jours

conclusion

dans la lutte contre la corruption qui devient un passage obligé dans la passation des marchés publique, le juge administratif est appelé à jouer un rôle important pour peu qu'il veille bien à l'application des textes et des procédures mises à sa disposition par le législateur

Plus concrètement le juge du référé précontractuel doit veiller au respect de toute législation ou réglementation dont résulte des obligations de publicité et de mise en concurrence pour la passation des contrats relevant de sa compétence.

Pour ce faire ,il doit s'assurer par une enquête appropriée que les candidats ont bénéficié de toutes les informations sur les critères d'attribution des marchés publics afin que soit garantie avant toute conclusion des contrats, la stricte application des principes suivants :

- = respect de la liberté d'accès à la commande publique
- = égalité de traitement des candidats
- = Transparence des procédures de passation des marchés

En ce qui concerne l'auteur de la commande publique il doit avant toute passation d'un marché

1. Définir le besoin à satisfaire
2. Définir la procédure applicable
3. Rédiger clairement les documents constitutifs du marché
4. Fixer les critères de sélection et d'attribution
5. Procéder aux opérations de passation et d'attribution du marché
6. Informers les candidats dont les plis ont été rejetés
7. Notifier le marché au titulaire et envoyer ou publier un avis d'attribution à / aux organe(s) de publication retenu(s) pour l'avis d'appel public à la concurrence.



المركز الجامعي بالوادي - معهد العلوم القانونية والإدارية - حي النور - ص. ب: 789 ولاية الوادي 39000 الجزائر
هاتف / فاكس: 032 21 72 15 أو: 032 21 71 03 Email : facdroit39@gmail.com