وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

أطروحة

مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

بعنوان

الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري

إعداد الطالبة:

خلاف وردة

إشراف الأستاذ الدكتور:

بعلي محمد الصغير

لجنة المناقشة

أ.د مزيـــاني فريـدة	أستاذ التعليم العالي	جامعة باتنة	رئيسا
أ.د بعلي محمد الصغير	أستاذ التعليم العالي	جامعة عنابة	مشرفا ومقررا
أ.د لباد ناصر	أستاذ التعليم العالي	جامعة سطيف2	عضوا مناقشا
د. لشهب جازية	أستاذة محاضرة	جامعة سطيف2	عضوا مناقشا
د. دراجي عبد القادر	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	عضوا مناقشا

نوقشت بتاريخ 15 نوفمبر 2014

أشكر الله عز وجل أن أنعم علي بإتمام هذا البحث

ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله

ومن ثم يقتضي مني واجب الشكر والاعتراف بالفضل

أن أتقدم بخالص الشكر والامتنان للأستاذ الدكتور محمد الصغير بعلي الذي لم

يدخر جهدا للنصح والتوجيه والتشجيع

كما أن ملاحظات وتوجيهات وانتقادات

كل من الأستاذة الدكتورة مزياني فريدة والدكتورة لشهب جازية

والدكتور دراجي عبد القادر قد ساهمت في اثراء هذا البحث.

ولذلك يفرض علي هذا الجميل الشكر والتقدير الكبيرين لأساتذتي الأفاضل، والاعتراف

لهم بمساهمتهم الكريمة في تنقيح هذا الموضوع.

الطالبة: خلاف وردة

قائمة المختصرات:

- AJDA : Actualité juridique de droit Administratif
- Cass : Cassation
- CE : Conseil d'Etat
- Chron : Chronique
- CPU : centre de publication universitaire
- Concl : Conclusions
- D : Dalloz
- EDCE : Etudes et Document du conseil d'Etat
- GP : Gazette du palais
- Ibid : Même référence
- JCP : Jurisclasseur périodique
- LGDJ : Librairie Générale de droit et de jurisprudence
- N° : numéro
- Op. Cit : Dans l'ouvrage précité
- p. : page
- P.A. : Petites Affiches
- R.A. : Revue Administrative
- RDP : Revue du droit public
- RFDA : Revue Française du droit administratif
- RJE : Revue juridique de l'environnement

الملخص:

يهدف موضوع الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري، الذي يُشكل الضمانة الأساسية لحماية حقوق وحريات الأفراد في دولة القانون، إلى البحث عن الآليات الحقيقية الكفيلة بتفعيل هذه الرقابة، حتى تتمكن من بلوغ التوازن المنشود بين حقوق وحريات الأفراد والسلطات والامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها هيئات الضبط الإداري، وكذا تحديد نسبة مسؤولية القاضي الوطني في تحقيق هذا التوازن، بالنظر الى دور القاضي الأجنبي في تطبيق القانون المقارن، وبالتالي تحديد نسبة مساهمة العوامل الأخرى في تحقيق هذه الفعالية. وقد توصلنا إلى أن اختلاف مستويات الرقابة أمر طبيعي، لأنه يرتبط بطبيعة النصوص التي يُطبقها القاضي وما إذا كانت واضحة أو غامضة، تمنح أو لا تمنح سلطة تقديرية للإدارة (نتكلم هنا عن دور المشرع في تفعيل الرقابة)، وبطبيعة النشاط موضوع العمل الإداري، هل يتعلق بمنع عرض فيلم أو بمظاهرة تنظمها المعارضة، وبالسلطة الإدارية صاحبة القرار (وزير، مدير...)، وبالمستوى التقني الذي يتطلبه هذا القرار، وببلد القاضي والمفاهيم الاجتماعية السائدة. مع ذلك يبقى للقاضي دورا كبيرا في تقرير حدود الرقابة القضائية التي يمارسها، طالما تسمح له بذلك لعبة فصل السلطات.

الكلمات المفتاحية:

الرقابة القضائية – القاضي الإداري – القاضي العادي – القاضي الجنائي– قرارات الضبط الإداري– الضبط الإداري– المشروعية الداخلية– التوازن– حقوق وحريات الأفراد– امتيازات وسلطات الهيئات الضبطية.

Résumé

le sujet du contrôle juridictionnel de la légalité interne des décisions de la police administrative, qui constitue la garantie essentielle de la protection des droits et libertés individuelles dans un État de droit, a pour objectif de rechercher les mécanismes réels en mesure de mettre ce contrôle en œuvre, de sorte à atteindre l'équilibre recherché entre les droits et libertés individuelles d'une part et les pouvoirs et avantages exceptionnels dont jouissent les organismes de la police administrative d'autre part, ainsi que de déterminer le taux de responsabilité du juge national dans la réalisation de cet équilibre, en tenant compte du rôle du juge étranger dans l'application du droit comparé, et par conséquent de fixer le taux de contribution des autres facteurs dans la réalisation de cette efficacité.

Nous avons conclu que la différence entre les niveaux de contrôle était tout à fait normale, étant liée à la nature des textes appliqués par les juges et selon qu'ils soient explicites ou ambigus, accordant ou pas un pouvoir discrétionnaire à l'administration (nous évoquons ici le rôle du législateur dans la mise en œuvre du contrôle), à la nature de l'activité objet de l'action administrative, s'il concerne l'interdiction de projection d'un film ou d'une manifestation organisée par l'opposition, et au pouvoir administratif décidant (ministre, directeur etc…), au niveau technique requis par cette décision et au pay du juge et aux concepts sociaux prédominants. En dépit de ce qui précède, le juge conserve un grand rôle dans la décision affectant les limites du contrôle judiciaire qu'il exerce, tant que le mécanisme de séparation des pouvoirs le lui permet.

Les mots clés :

Le contrôle juridictionnel - le juge administratif – le juge judiciaire le juge pénal- les décisions de la police administrative- la police administrative- la légalité interne- l'équilibre- les droits et les libertés des administrés.

مقدمـــة:

تُعرف الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري، بأنها الرقابة التي يُمارسها القضاء على القرارات الإدارية الصادرة عن سلطات الضبط الإداري، المتمثلة في رئيس الجمهورية، الوزير الأول، وزير الداخلية، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي، بالإضافة إلى سلطات الضبط الإداري الخاص. أما فيما يتعلق بالرقابة على المشروعية الداخلية، فيُقصد بها الرقابة الممارسة على الأركان الموضوعية لهذه القرارات الضبطية والمتمثلة في المحل والسبب والغاية، ومن ثم فإن عدم المشروعية الداخلية تشمل مخالفة القانون، وانعدام السبب والإنحراف بالسلطة [1].

وتُعد وظيفة الضبط الإداري على قدر كبير من الأهمية لأنها تُمثل ضرورة اجتماعية تلمسها كل المجتمعات، باعتبار أن توقي الأضرار أفضل من علاجها. لذلك فإن الضبط يوجد أينما يوجد التنظيم الإجتماعي، الذي يقوم على تنظيم ممارسة الحريات العمومية وتقييدها، ولكي يوجد الضبط ويُمارس، فإنه لا يحتاج لغير وجود المدينة كأساس [2].

والضبط لغة، ضبط يضبط، ضبطا وضابطة، الرجل قوي عليه وقهره، المتهم قُبض عليه، الكتاب صحّحه وشكله، الشيء حفظه بالحزم، البلاد قام بأمرها قياما ليس فيه نقص [3]. وبالتالي فإن مصطلح الضبط يشمل لغويا عنصران: عنصر القهر والقوة، وعنصر الحفظ والتصحيح والقيام بالأمور، وهما عنصرا السلطة والمصلحة.

أما اصطلاحا، فقد تعددت وتباينت تعاريفه، فقد كان معنى الضبط الإداري شديد الإتساع والشمولية والإختلاط، وهكذا عرّفه أفلاطون في كتابه القوانين بأنه: "الحياة، اللائحة والقانون، في أحسن صورهم التي تحافظ على المدينة"، وعرفه أرسطو بأنه: "حسن النظام، وحكم المدينة ومساندة حياة الشعب، ولذا فهو يعتبر أول وأهم خير" [4].

وفي الوقت الحالي، ورغم تحديد وضبط مفهوم الضبط الإداري في الدولة الحديثة، وحصره في فكرة قانونية وتنظيمية إدارية بحتة، هي فكرة النظام العمومي في مفهوم القانون الإداري، فإن تعاريفه تختلف وتتعدد، باختلاف الزاوية التي يُنظر من خلالها إلى فكرة الضبط الإداري، وهكذا وتركيزا على الجانب العضوي والشكلي، تم تعريفه بأنه: "مجموع الهيئات والسلطات الإدارية المنوط بها، القيام بالمحافظة على النظام العمومي". وهو تعريف ينقصه التطرق إلى العناصر الموضوعية والقانونية لهذه الفكرة، لذلك ظهر من الفقهاء من ركّز على طبيعة النشاط، وعرفه بأنه: "مجموعة التدابير التي تتخذها السلطة الإدارية لغاية تنظيم الحريات العمومية، سواء كانت فردية أو جماعية، والتي يقتضيها تحقيق

---

[1] – محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، طبقا للقانون رقم 08– 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص. 175.

[2] - E. Picard, la notion de police administrative, LGDJ. 1984, p. 57, « la police, pour exister et s'exercer, n'a besoin d'autre fondement que l'existence même de la cité ».

[3] – عبد الرحمان بن خلدون، المقدمة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، مكتبة المدرسة ودار الكتاب اللبناني، بيروت، 1968، ص. 445.

[4] – عمار عوابدي، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط– 4، 2007، ص. 8، نقلا عن سعاد الشرقاوي، رقابة القضاء على مشروعية أعمال الضبط الإداري، القاهرة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة دبلوم الدراسات العليا في العلوم الإدارية، 1973، 1974، ص. 4.

السلم الإجتماعي داخل المجتمع" [1]، وهناك من ركّز على الغاية من النشاط، وعرفه بكونه: "أحد أشكال النشاط الإداري، الذي يهدف إلى المحافظة على النظام العمومي داخل المجتمع أو استعادته"، ولعل أفضل تعريف، هو الذي يتضمن كافة الجوانب والعناصر العضوية والشكلية والقانونية لفكرة الضبط الإداري، والمتمثل في أنه: "الإمتياز المعترف به لهيئة إدارية، لسن الأعمال القانونية التنفيذية والقيام بالأعمال المادية الضرورية لتنفيذها، بهدف ضمان النظام العمومي" [2]. وعلى هذا الأساس يصبح الضبط الإداري مرتبط إرتباطا وثيقا بفكرة المحافظة على النظام العمومي، لكونه مفهوما مركزيا يُؤسس له، يُفسره، يُبرره، ويضع له حدود.

وقد ظل النظام العمومي لفترة ما، محصورا في حالة واقعية سلبية تستهدف منع الإخلال به، وهو موقف ساد منذ القرن التاسع عشر ضمن التوجه الليبيرالي، مع الفقيه "موريس هوريو" [3]، الذي اعتبره حالة واقعية عكس الفوضى، وبالتالي فقد حصر ميدان اختصاص سلطة الضبط في الثلاثية التقليدية، فالأمن العمومي يقابله منع الحوادث والكوارث، والصحة العمومية تتجسد في غياب الأمراض والأوبئة، أما الراحة العمومية فيقابلها الهدوء وغياب الضجيج. لكن مفهوم النظام العمومي في حد ذاته قد تطور، ليجابه كافة التغيرات وليستجيب لمختلف الإنشغالات الحديثة، التي فرضها تغير وتطور الحياة، فأصبح يشمل بالإظافة إلى المكونات المادية التقليدية، عنصرا جماليا يتمثل في النظام العمومي الجمالي، حيث خلص القضاء الإداري إلى أن البعد الجمالي يُمثل عنصرا من عناصر النظام العمومي[4]، وعنصرا اقتصاديا يتمثل في النظام العمومي الإقتصادي [5]، وعنصرا معنويا يتمثل في النظام العمومي الأخلاقي[6]. ولم يتوقف اتساع مفهوم النظام العمومي عند هذا الحد، فقد تم أيضا تكريس كرامة الشخص الآدمي كإحدى المكونات الجديدة للنظام العمومي في 1995 [7].

---

[1] - J. Rivero, droit administratif, Dalloz, 13eme édition, 1990, p.539.

[2] - J. Castagné, le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administratif, thèse Bordeaux, 1964, p. 23.

[3] - M. Hauriou , précis de droit administratif et droit public , Sirey , 12eme édition , 1993, p. 549, « L'ordre public au sens de la police est l'ordre matériel et extérieur »

[4] – في هذا الإطار صدر قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية المؤرخ في 20 ديسمبر 1992، بين الجمعية الجزائرية لحماية وترقية الآثار ووالي ولاية الجزائر، الذي أمر بوقف الأشغال التي باشرها الأخير، لإنجاز موقف للسيارات ومعهد للموسيقى على موقع ايكوسيوم العتيق القريب جدا من المسجد الكبير والزاوية المحصنة الجاري ترميمها، حيث أن الأمر 67- 281 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967 ينص في قائمة ملحقة على تصنيف الزاوية المحصنة 23 والمسجد الكبير كآثار تاريخية، وبالتالي فلا يمكن إقامة أي بناء جديد قبالة الأثر. وفي انتظار نتائج الخبرة المأمور بها لتحديد ما إذا كانت المنشآت الجديدة تقع داخل المعالم الأثرية، أمرت الغرفة الإدارية بوقف الأشغال. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، ط- 1، 2013، ص. 617- 620.

[5] – مجدي أحمد فتح الباب، فعالية الضبط الإداري وضمانات الحماية القضائية، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 28، جويلية 2005، ص. 336.

[6] - CE. 28 décembre 1959, in J. Castagné, Op. Cit., p. 33.

[7] - M. Canedo-Paris, la dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif Français d'un concept controversé, RFDA. N°- 5, septembre-octobre, 2008, pp. 979- 998.

هذا وفي إطار حفضها للنظام العمومي أو استرجاعه، تستخدم سلطات الضبط الإداري عدة أساليب والأساليب هي الوسائل أو الطرق التي تنظم بها هذه الهيئات حريات الأفراد وأنشطتهم، تحقيقا لغايات الضبط الإداري العام والخاص، وتتمثل هذه الأساليب في الأعمال القانونية والأعمال المادية.

– الأعمال القانونية

هذه الأعمال هي قرارات إدارية من جانب واحد، تتميز عن غيرها من قرارات الإدارة، من ناحية أن غايتها هي المحافظة على النظام العمومي [1]، فعندما تتخذ هيئات الضبط الإداري القرارات الضبطية حماية لهذا النظام، فهي قد تتوجه إلى نشاط يمارسه عدد غير محدود وغير معروف من الأفراد، فتصدر في هذه الحالة قرارات ضبط إداري تنظيمية أي ذات مدى عام أو ما يسمى بلوائح الضبط.

ولا شك أن للقرارات التنظيمية الضبطية شأنها شأن غيرها من القواعد العامة والمجردة، فائدة بالنسبة للمخاطبين بها، لأنه من مصلحتهم أن يحيطوا سلفا بالأوضاع القانونية التي تقررها، ويتعين عليهم أن يمارسوا أنشطتهم وحرياتهم وفقا لها، لكن هذه القرارات التنظيمية تتطلب في غالب الأحوال قرارات شخصية تطبيقية تُعرف بالقرارات الفردية، وهكذا يجب أن نفهم بأن كل النشاط الضبطي يصل في النهاية إلى تدابير فردية [2]، فالتنظيم وحده لا يكفي فلا بد من تطبيقه، وللقيام بهذا التطبيق يجب اتخاذ تدابير الضبط الفردية، والتدابير الفردية هي قرارات فردية، تتعلق بمراكز قانونية خاصة، أي أنها تخاطب وتمس فرد معين أو أفراد معينين بذواتهم. وتأخذ القرارات الفردية الصادرة في مجال الضبط الإداري الصور الرئيسية التالية [3]:

*__الأمر__: حيث تلجأ سلطة الضبط للحفاظ على النظام العمومي إلى توجيه أمر إلى شخص أو مجموعة من الأشخاص محددين للقيام بعمل محدد، مثل الأمر الصادر من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي بهدم بناية متداعية.

*__المنع (الحظر)__: ومؤداه أن تصدر سلطة الضبط الإداري، قرارا فرديا تلزم بموجبه شخصا أو مجموعة من الأشخاص بالإمتناع عن القيام بعمل ما، كمنع عرض فيلم معين، إذا كان من شأن العرض أن يخل بالنظام العمومي.

*__الترخيص (الإذن المسبق)__: في هذه الصورة يسمح للأفراد بممارسة حرياتهم شريطة الحصول على موافقة وإذن مسبق من الإدارة، وإلا كان ذلك مخالفا للقانون، ومن ذلك ضرورة الحصول على ترخيص من الإدارة المختصة للقيام بمظاهرة عمومية.

وبهذا فإن هذه التدابير الفردية لا يمكن حصرها لتنوعها وتجددها دائما، بتجدد فكرة "النظام العمومي" التي تعمل على صيانتها، وإذا كانت القرارات الفردية تصدر في غالب الأحوال تطبيقا للقرارات التنظيمية، فهل هذا يعني بأن

---

[1] – محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص.281.

[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 39.

[3] – محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص. 281.

إطارها محدد بهذا المجال فقط، أم يمكن أن توجد مستقلة بنفسها، دون أن يكون الأصل منصوصا عليه بحكم تشريعي أو تنظيمي.

من الناحية القانونية يشترط دائما أن يسبق القرار الفردي نص سابق يستند إليه في القانون أو في التنظيم، لكن وبسبب الضرورات العملية لحمايه النظام العمومي أو استعادته، اعترف القضاء بصحة التدبير الضبطي الذي تبرره الوقائع، وإن لم يكن مؤسس على نص مقرر مسبقا.

– الأعمال المادية

هي أعمال تلجأ إليها هيئات الضبط الإداري لوضع ما يصدر عنها من قرارات موضع التنفيذ، وتقضي القاعدة العامة في هذا الشأن، بضرورة تدخل القضاء مسبقا، قبل استخدام القوة العمومية، لأن الفرد الذي يخالف قرار الضبط الإداري التنظيمي أو الفردي، يرتكب مخالفة تستلزم تدخل القضاء بشأنها، حتى ينزل العقوبة المقررة قانونا لهذه المخالفة، ويأمر بإعادة النظام، وحينئذ يكون لهيئات الضبط أن تستخدم القوة، بيد أن استخدام القوة في هذه الحالة يكون لتنفيذ حكم القضاء، أما إستعمال القوة لتنفيذ تدبير ضبطي، فينصرف إلى الحالة التي لا تجبر فيها هيئات الضبط الإداري على التدخل القضائي المسبق، بل تلجأ مباشرة إلى القوة المادية، إذ ليس ثمة ما يحول، في بعض الظروف، دون إمكانية تنفيذ قرار ضبطي بالطريق الإداري، بل يُستحب في ظروف أخرى أن تُمنح هيئات الضبط الإداري، استثناء، وحتى يتسنى لها تحقيق النظام العمومي، مكنة إستخدام وسائل ضغط دون شرط الحصول على إذن من القاضي. فالتنفيذ الجبري يعتبر من أهم امتيازات الإدارة، بحيث تصدر الأخيرة قرارا تنفيذيا، ثم تقوم بنفسها بتنفيذه جبرا على الأفراد.

إلا أنه يتعين عدم الخلط بين تنفيذ تدابير الضبط تنفيذا مباشرا وبين تنفيذها جبرا، فتنفيذها المباشر يعني أنها لا تحتاج إلى إكراه، ولا إلى استعمال القوة، ومن ذلك رفض الترخيص لممارسة نشاط ما، أما تنفيذها جبرا فيتطلب أن يمتنع المعني بتدبير الضبط عن تنفيذه طواعية، فتلجأ هيئة الضبط الإداري إلى تحقيق أثر التدبير الضبطي بصورة قاهرة لإرادته، ومن هنا يتبين، بأن التنفيذ الجبري لا يعدو أن يكون تطبيقا خاصا للتنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، وهو إمتياز في غاية الخطورة، لكنه يبقى مع ذلك، وحتى في مجال الضبط الإداري، إجراء استثنائيا [1].

وبالتالي ففي سبيل حماية النظام العمومي أو استرجاعه، فإن هيئات الضبط الإداري تتمتع بمجموعة كاملة من التدابير القانونية والمادية، التي تسمح لها بإتمام مهامها بفعالية، وهو ما يجعل من الضروري وجود نظام قضائي فعال يحقق الحماية للمدارين.

[1] - J. Castagné, Op. Cit., p. 48.

في هذا الإطار وإذا كان القضاء يمارس رقابته على القرار الضبطي في كل الظروف، سواء في الأحوال العادية الاستثنائية، فإن هذا البحث يقتصر على دراسة موضوع الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري **في الظروف العادية فقط**، دون التطرق إلى هذه الرقابة في الظروف الإستثنائية، فذلك موضوع مختلف من جهة. ومن جهة أخرى فإن دراسة الرقابة القضائية في الظروف العادية والظروف الإستثنائية، يجعل موضوع البحث طويل جدا، بحيث تتشتت الجهود البحثية بين مختلف العناصر والمواضيع المستقلة. في مقابل ذلك فإن معنى الرقابة في هذا البحث، ينصرف إلى الرقابة الممارسة من طرف القضاء العادي والإداري على السواء، فيما تتعلق رقابة المشروعية الداخلية بالأركان الداخلية للقرار الضبطي.

وعن أسباب اختيار الموضوع فإنها تعود إلى الحقيقة المنتشرة في المجتمع الجزائري والتي مفادها أن المواطن لاحول ولا قوة له في مواجهة الإدارة، ويؤكد الواقع العملي بأن الأخير لا يتوان ولا يتردد في عدم مباشرة الدعوى القضائية أصلا إذا كانت موجهة ضد رئيس البلدية أو ضد الوالي، فكيف لو كان الخصم وزيرا ؟ ولأن قرارات الضبط الإداري من أخطر القرارات الإدارية التي من الممكن أن تخاطب المدارين، لأنها تتعلق في غالب الأحوال بالحقوق والحريات العمومية كالإعتقال، ومنع التظاهر، والحجز على الصحف، والحرمان من السفر وغير ذلك، فقد إخترت أن ينصب البحث على هذه القرارات. وبعبارة أخرى، فإن تجاوز هيئات الضبط الإداري لحدودها، وإستخدامها لإمتيازاتها في غير الصالح العام، ورفضها الإلتزام بالقيود التي فرضها عليها النظام والقانون، وإنقلاب نشاطها الذي يراد به النفع إلى نشاط تعسفي يُهدد حقوق المواطنين وحرياتهم، كلها عوامل، دفعتني إلى التفكير في الوسيلة الكفيلة برد هذه الاعتداءات، وأكثر من ذلك في حماية الحقوق والحريات العمومية في الدولة القانونية الحديثة، ولعل السلطة القضائية من خلال دورها في تكريس الرقابة القضائية الفعالة على الإطار التقديري، أو الحر لسلطات الضبط الإداري، والذي يتمثل في أركان المحل والسبب والغاية في القرار الضبطي، هو حجر الزاوية الذي يجب التركيز عليه.

وبناء على ما سبق فإن أهداف هذا البحث تكمن في السعي، إلى تحاشي الوقوع في الفوضى الوظيفية من طرف هيئات الضبط الإداري، وكفالة تحقيق الأغراض والأهداف التي وجدت من أجلها، وضمان عدم إساءة إستعمال سلطتها وعدم تعسفها، وردها إلى جادة الصواب كلما انحرفت عنه، وذلك بمد الرقابة القضائية إلى الظروف الزمانية والمكانية والموضوعية، الصادرة في ظلها القرارات الإدارية الضبطية، وبالتالي ضمان سيادة القانون والمشروعية، وتوفير الضمانات الجدية للأفراد لممارسة الحريات التي كفلها لهم القانون، ليس في مواجهة بعضهم البعض، ولكن في مواجهة السلطة أيضا.

ويتمثل الهدف الثاني في الوقوف على مرتكزات الرقابة القضائية الحديثة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وبعض الأنظمة القضائية التي اتبعته خاصة العربية منها، بسبب التقارب الثقافي والتاريخي والإجتماعي بل والبيئي

أحيانا، بينها وبين الجزائر، ووضع هذه الاتجاهات الحديثة أمام مجلس دولتنا، عله ينهل منها ما يُفيد التطور السياسية والإجتماعية التي أصابت المجتمع الجزائري.

فيما يتمثل الهدف البعيد في المحافظة على أمن واستقرار المجتمع، لأن كثرة الإعتداءات على الحقوق والحريات والتحكم الإداري لن تولد غير الفوضى.

وبالنظر إلى الأهمية التي يكتسيها هذا الموضوع، لم يكن هذا البحث هو الأول بل سبقني إلى ذلك، الفرنسي Jeau Castagné الذي قدم بحثا لنيل درجة الدكتوراه أمام جامعة بوردو تحت عنوان: الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري، حيث تناول بالدراسة الرقابة القضائية على جميع أركان القرار الضبطي من الإختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية، كما شملت دراسته الظروف العادية والظروف الاستثنائية.

وبعده محمد عبد الحميد مسعود الصباح الذي قدم بدوره بحثا لنيل درجة الدكتوراه، أمام كلية الحقوق جامعة القاهرة تحت عنوان: اشكاليات الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري، سنة 2006، حيث تناول بالدراسة الرقابة القضائية على جميع أركان القرار الضبطي وفي جميع الظروف العادية والإستثنائية.

لكن وبالنظر إلى دقة موضوع البحث، ورغم أنه محصور في الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية فقط لقرارات الضبط الإداري دون المشروعية الخارجية، وفي الظروف العادية دون الإستثنائية، فقد واجهتني في سبيل إنجازه عدة صعوبات، لعل أهمها قلة المراجع الوطنية التي تناولت الموضوع، وحتى بالنسبة لهذا العدد القليل من المراجع، فإنه لا يتناول الموضوع إلا بإختصار شديد، والأهم من ذلك أن التطبيقات القضائية الوطنية في هذا الموضوع قليلة أيضا، مقارنة بسعة التطبيقات المتنوعة والوفيرة في القضاء الفرنسي والمصري والتونسي، حيث لم أتمكن من الحصول على تطبيقات قضائية واضحة للغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا أو لمجلس الدولة حاليا، لأدعم بها دراستي لتطور الرقابة في الجزائر واتساع مضمونها من وقت لآخر.

وبالرجوع إلى دقة الموضوع، نجد بأنها تكمن في الصعوبة التي يجدها القاضي عند محاولته التوفيق مصلحتين خطيرتين، مصلحة المجتمع المتمثلة في حماية النظام العمومي ومصلحة المتقاضين المتمثلة في حماية حقوقهم وحرياتهم ضد كل تعسف إداري. وبالتالي فإن دراسة هذا الموضوع يجب أن تركز على الفكرة الأساسية المتعلقة بكيفية تحقيق التوازن بين فكرة حماية النظام العمومي وفكرة حماية الحقوق والحريات في إطار الإشكالية الرئيسية التالية:

كيف يُوفق القضاء عند تصديه لفحص مدى مشروعية قرارات الضبط الإداري فيما يصدر عنه من أحكام، بين مصلحة المجتمع وحقوق وحريات الأفراد المعنيين بالقرارات الضبطية ؟ خصوصا، وأن الوصول إلى إيجاد نقطة التوازن بين هاتين المصلحتين، يقع ضمن منطقة تتداخل فيها عناصر الواقع والقانون والعدالة.

حيث تتفرع عن هذه الإشكالية الرئيسية عدة أسئلة فرعية تستوجب البحث:

– هل اكتسب القاضي خلال مساره العملي الطويل الأدوات القضائية الكفيلة بتحقيق هذا التوازن ؟ إذا كان الجواب بنعم، فما هي هذه الأدوات ؟ وهل اجتهد من أجل المحافظة على هذا التوازن أم أنه تراجع عنه لتحقيق أدوار أخرى؟ ماهي هذه الأدوار الأخرى الجديدة أو المتجددة ؟

– وهل أن مسؤولية تحقيق التوازن المنشود بين سلطات وامتيازات الهيئات الضبطية وحقوق وحريات الأفراد، أمر منوط بالقاضي بمفرده أم يُشاركه في ذلك المشرع أيضا ؟

– ما تأثير الحلول التي توصل إليها القاضي بشأن ما طُرح عليه من طعون ودفوع، تتعلق بمشروعية قرارات الضبط الإداري، فيما يُعرض عليه من طعون ودفوع أخرى ؟ فهل يراها دائما مناسبة الحلول السابقة على هذه الطعون والدفوع الجديدة ؟ وهل هو في أداء واجبه، في تحري الحقيقة وتحقيق العدالة يهتم بالبحث عن الحلول العملية أم أنه ينشغل أكثر بوضع مبادئ قضائية عامة ؟

– وهل دعت هذه الحلول القضائية أحيانا إلى تدخل المشرع بتشريعات راعى فيها السوابق القضائية؟

رغبة مني في الإجابة على الإشكالية الرئيسية والأسئلة الفرعية، وفي معالجة الموضوع برؤية شاملة وعميقة وباعتباره يتناول الرقابة القضائية، فإن الواجب هو تعريف العناصر والمواضيع التي ترد في البحث أو تحديد شروطها وخصائصها، من خلال الحلول التي توصل إليها القضاء، سواء الإداري أو العادي وليس من خلال ما أورده المشرع من تعريفات، أو ما قاله الفقهاء من آراء، لذلك فقد ركزت على النظام القضائي الفرنسي، بإعتباره نظاما مرجعيا يعود له فضل الأسبقية والأصالة في الوجود، بالإضافة إلى العلاقة الوثيقة بينه وبين النظام القضائي الجزائري، الذي استمد جل أحكامه إن لم نقل كلها من هذا النظام، بالإضافة إلى اللجوء في حالات أخرى إلى النظام القضائي المصري والتونسي وفي حالات أقل إلى القضاء المغربي.

وقد دفعني ذلك إلى إتباع **المنهج التحليلي الإستنباطي**، وذلك من أجل تفكيك موضوع الرقابة القضائية محل الدراسة، والوقوف على الحالات أو الظواهر الجزئية والخاصة التي يتكون منها، لأصل في النهاية إلى تحديد الحكم الخاص الذي يجب أن يُطبق على كل حالة من هذه الحالات الخاصة، مع الإستعانة **بأسلوب المقارنة** بين مختلف الأنظمة القضائية، كلما إقتضى الأمر ذلك بحثا عن أنجع الحلول التي من الممكن تطبيقها، واللجوء في حالات معينة إلى **المنهج التاريخي** الضروري لدراسة موضوع التطور.

وحيث أن إتباع هذه المناهج في موضوع الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري في الظروف العادية، يفرض التطرق إلى الجانب الإجرائي للموضوع، من خلال عنوان: إجراءات الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري في (الباب الأول)، والذي تطرقت من خلاله إلى إجراءات تحريك الرقابة القضائية في الفصل الأول وإجراءات ممارسة هذه الرقابة في الفصل الثاني. فيما خُصص الباب الثاني لدراسة الجانب الموضوعي لهذا الموضوع تحت عنوان: موضوع الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري، وقد قسمته إلى ثلاثة فصول تناولت في الأول، رقابة محل قرار الضبط الإداري، وفي الثاني رقابة سبب قرار الضبط الإداري، أما في الفصل الثالث فقد تناولت رقابة غاية أو غرض قرار الضبط الإداري.

إن الخصومة القضائية حالة قانونية تنشأ بتحريك المطالبة ورفعها إلى الجهة القضائية عن طريق الدعوى، وإعلانها للخصم. يكمن أساسها في المطالبة القضائية بحماية الحقوق والحريات والمراكز القانونية المختلفة، ومن ثمة يرتبط الطلب القضائي بهذا الأساس ويتحدد نوع الدعوى والجهة المختصة بنظرها واجراءات رفعها. لذلك تسهر كل القوانين الوضعية على وضع مختلف الإجراءات والطرق التي تكفل حماية وصيانة هذه الحقوق والحريات، من خلال التحديد الدقيق والواضح لإجراءات وحالات تحريك الرقابة القضائية، وإجراءات وطرق ممارسة هذه الرقابة.

وكغيرها من المنازعات ، تخضع المنازعة في قرارات الضبط الإداري إلى هذه الإجراءات، وعلى هذا الأساس، نخصص الفصل الأول، لدراسة إجراءات تحريك الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري ، على أن نخصص الفصل الثاني، لطرق ممارسة الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري.

تُحرك الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري بإجرائين:

الأول هجومي: ويتمثل في الدعوى التي يكون فيها صاحب الشأن مدعيا، وهذا الهجوم قد يكون مباشرا، عن طريق طلب إلغاء القرارات الإدارية، أو غير مباشر عن طريق طلب التعويض عنها، أو طلب الحكم ببطلانها لمخالفتها للقانون، وذلك عند طلب إلغاء القرارات الإدارية التي بنيت عليها.

وفي هذا الإطار، وتحت عنوان حجية حكم الإلغاء في دعاوي المسؤولية، كتب الأستاذ عبد المنعم عبد العظيم جيزة، بأن: "عيب عدم المشروعية في القرار الإداري، إما أن يحكم به بالطريق المباشر، أي بإلغاء القرار المشوب بهذا العيب، أو بالطريق غير المباشر، بمساءلة الإدارة بالتعويض عنه" [1].

والثاني دفاعي: ويتمثل في إجراء الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري، وفي هذه الحالة لا يبادر صاحب الشأن إلى مهاجمة القرار بالطعن عليه، وإنما يدفع بعدم مشروعيته عندما يتم التمسك به ضده، فالدفع بعدم مشروعية قرار إداري، لا يشكل إذن محل أو موضوع الدعوى التي ينظرها القاضي، وإنما هو مجرد وسيلة دفاع فيها، مستمدة من عدم مشروعية قرار آخر غير موضوع الطعن، فحتى وإن كان هذا القرار خال من كل عيب، فإنه يتقرر في هذه الحالة إلغاؤه، لكونه قد بني على أساس قرار آخر غير مشروع، "فعندما يحدد القانون ميعادا لإقامة طعن ضد قرار معين بسبب عدم مشروعيته، فإن إنتهاء هذا الميعاد يحول بين أصحاب الشأن وبين رفع الدعوى مباشرة، ولكن هذا لا يمنعهم من أن يتمسكوا دائما بعدم مشروعية هذا القرار بطريقة غير مباشرة بطريق الدفع مثلا، فمن حقهم أن يتمسكوا بقاعدة ما يكون سببا للدعوى يكون سببا للدفع الدائم، فالوسيلة المباشرة، وإن لم تعد مقبولة، فإن الوسيلة غير مباشرة تظل ممكنة" [2].

والواضح مما سبق أن معيار التمييز بين إجراء الطعن بعدم المشروعية وإجراء الدفع بعدم مشروعية القرار، يقوم على أساس النظر إلى صاحب الشأن، تبعا لما إذا كان هو المدعى أو المدعى عليه أو المتهم.

فالدعوى هي إجراء هجومي، يوجه من خلالها صاحب الشأن أوجه طعنه على القرار الذي يراه غير مشروع. أما الدفع، فيُعرف بأنه ما يجيب به الخصم على دعوى خصمه، أو هو الوسيلة القانونية التي يدفع بها المدعى عليه أمام القضاة، ويطلب فيها من المحكمة رد دعوى المدعي، على أن يكون للدفع صلة مباشرة بالدعوى الأصلية [3]. أما

---

[1] – عبد المنعم عبد العظيم جيزة، أثار حكم الإلغاء ، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1970، ص. 146.

[2] - G. Jèze, Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques, RDP. 1913, p. 31.

[3] – سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الخصومة القضائية أمام المحكمة، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص. 117، صعب ناجي عبود الديلمي، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2010، ص. 11، نقلا عن ضياء شيت خطاب، نظرية الدفوع أمام القضاء، مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد 2، السنة 1962، ص. 20.

الدفع بعدم المشروعية فيعني المطالبة بالتصريح بعدم مشروعية القرار التنظيمي أو الفردي، الذي يشكل أساسا للنزاع المتنازع فيه[1]، وفي موضوع الرقابة الضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري، فإن الدفع بعدم المشروعية يقصد به ما يلي:

– دفع المتهم في الدعوى الجنائية، إذ يشكل الدفع في هذه الحالة وسيلة دفاع يتمسك بها المتهم، سواء أثناء التحقيق أو بعد إقامة الدعوى الجنائية، بعدم مشروعية القرار المحتج به ضده، بغية أن يصرح القاضي المختص بعدم مشروعية الأخير، ويستبعده من النظام القانوني الذي يحكم النزاع محل الدعوى، ويعلن بالتالي براءة المتهم [2].

– تمسك المدعى عليه في الدعوى المدنية أو الإدارية بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، حيث يشكل الدفع في هذه الحالة وسيلة دفاع يتمسك بها المدعى عليه في الدعوى المدنية أو الإدارية، إما شفويا مع إثبات ذلك في محضر الجلسة أو بموجب مذكرة مكتوبة تُسلم صور منها إلى الخصوم، بغية أن يقرر القاضي المختص عدم مشروعية القرار محل الدفع، ويستبعده من النظام القانوني، الذي يحكم المنازعة موضوع الدعوى.

– تمسك المدعي بعدم مشروعية قرار الضبط النهائي الذي فات ميعاد الطعن فيه، فإذا كان إنقضاء ميعاد الطعن يجعل القرار النهائي في مأمن من الإلغاء القضائي، فإنه يمكن لأصحاب الشأن أن يتخلصوا من تطبيقه، بأن يثيروا الدفع بعدم مشروعيته، بمناسبة قضية يتمسكون به فيها.

بمعنى أن مفهوم الدفع بعدم المشروعية، لا ينصرف فقط إلى وسائل الدفاع التي تبدى من المتهم أو المدعى عليه، ولكن ينظر إلى هذا الدفع كسند للفصل في موضوع النزاع، بصرف النظر عن مركز من يتمسك به في الخصومة، يستوي في ذلك أن يكون متهما أو مدعيا أو مدعا عليه، أو خصما متدخلا أو مدخلا [3].

ومن خلال ذلك يتضح، بأن الحكمة من الدفع تكمن في إقامة التوازن العادل بين طرفي الدعوى، فكما يضمن حق الإدعاء لكل شخص، فإن مستلزمات العدل المتمثلة في المساواة بين طرفي الإدعاء، تقتضي أن يفسح المجال كاملا أمام المدعى عليه للدفاع عن حقوقه [4].

ينتج عن كل ما سبق، أن الدعوى قد ترفع بالطريق الهجومي، عن طريق دعوى تجاوز السلطة، أو عن طريق طلب التعويض عن القرارات الغير مشروعة، أو طلب الحكم ببطلانها، أو بالطريق الدفاعي، عن طريق الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية الضبطية.

ولأن الطعن عن طريق دعوى تجاوز السلطة، الذي يُشترط أن يتم في الميعاد القانوني، تحت طائلة البطلان، بموجب عريضة تسجل بكتابة ضبط الجهة القضائية المختصة، يُشكل عنصرا من عناصر المبحث الثاني من الفصل الثاني،

---

1 - R. Rouquette, petit traité du procès administratif, Dalloz, 4eme édition, 2010, p. 327.

2 - A. Richard, l'exception d'illégalité devant le juge d'instruction, G.P.1953, 2eme semestre, p. 1. 2.

3 – محمد عبد الحميد مسعود الصباح، إشكاليات رقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري، رسال لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006، ص. 40.

4 – صعب ناجي عبود الديلمي، المرجع السابق، ص. 12.

فسوف نقتصر في المبحث الأول من هذا الفصل على دراسة أثر انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء على الطعن بـ مشروعية قرارات الضبط الإداري. أما الوسيلة الدفاعية المتمثلة في الدفع بعدم المشروعية، ولكون الفصل فيه يتم بطريقتين، يُشكل في الأولى مسألة مُسبقة، بحيث يفصل فيه قاضي الدعوى الأصلية، وهو لا يختص في هذا الإطار بأية مميزات، ويُشكل في الثانية مسألة أولية، يختص بالفصل فيه قاضي آخر ينتمي الى نظام قضائي آخر، بناء على إحالة من قاضي الدعوى الأصلية، وهو بهذه الصيغة يطرح الكثير من المشاكل والتعقيدات، وبناء على ذلك، نتناول في المبحث الثاني الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري كمسألة أولية، وبهذا نكون قد ألممنا بطرق تحريك الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري.

المبحث الأول: أثر إنقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء على التمسك بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري

يترتب على انقضاء ميعاد رفع دعوى الإلغاء، دون رفع الدعوى ودون وجود حالة من الحالات التي يترتب عيلها إمتداد الميعاد، أو وقفه أو قطعه أو إستمراره أو إعادة فتحه بعد غلقه، أن يغلق سبيل الطعن القضائي، وبالتالي يتحصن القرار المعيب من الإلغاء ويصبح كما لو كان سليما. إن هذا المبدأ ينطبق على القرارات الفردية والتنظيمية على السواء[1].

وحيث أن الدفع بعدم قبول دعوى الإلغاء لرفعها بعد الميعاد دفع يتعلق بالنظام العمومي، ومن ثم يمكن إبداؤه في أية مرحلة تكون عليها الدعوى، كما للمحكمة أن تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها ولو لم يطلبه الخصوم في الدعوى[2]. فهل يجوز أن ينقلب القرار غير المشروع الذي لا يجوز إلغاؤه إلى قرار سليم ؟

إختلف الفقه في الإجابة على هذا السؤال، فذهب البعض إلى أن إستقرار الأمر الإداري غير المشروع لا يصلح أساسا إلا لترتيب الآثار المباشرة للقرار فحسب، أما الآثار غير المباشرة، فلا يجوز ترتيبها على القرارات غير المشروعة وإن كانت قد استقرت، فيما ذهب البعض الآخر إلى أن تحصن القرار غير المشروع يقتضي أن يعامل معاملة القرار السليم، في كل ما لم يرد به نص مخالف، وإلا لما كان لتحصنه نتيجة، ذلك أن دواعي الإستقرار وهي الحجة الرئيسية في موضوع تحصن القرارات الإدارية غير المشروعة، تقتضي أن يصرف النظر عن العيب الذي شاب القرار بعد مرور وقت معقول، وأن تعامل الإدارة والأفراد على هذا الأساس، وبالتالي فإن القرار غير المشروع يصلح أساسا لإصدار كافة القرارات التي تترتب عليه كما لو كان سليما [3]، إلا أن هذه القاعدة تظل نسبية. ذلك أن تحصن القرار المعيب بعد فوات مواعيد رفع دعوى الإلغاء، لا يمنع من إمكان المطالبة بالتعويض عن الأضرار المترتبة عليه، كما أن انقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء وصيرورة القرارات الإدارية الغير مشروعة نهائية، لا يزيل عنها عدم مشروعيتها ولا يُطهرها من العيوب التي شابتها، وبالتالي فإنها إذا كانت لا تخضع لرقابة القاضي بالإجراء الأصلي للطعن (دعوى الإلغاء)، فإنها تخضع له بشكل عرضي عن طريق الدفع، بمناسبة تطبيقها في منازعات قضائية أصلية أخرى، وبالتالي فإن الدفع بعدم المشروعية لا يكون فعالا إلا إذا كان الإجراء المنازع في عدم مشروعيته بصفة أساسية، هو إجراء تطبيقي لذلك المنازع فيه عن طريق الدفع، أو عند رفض التعويض عن الضرر الناتج عن القرار الأول.

---

[1] - J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, T- 2, librairie générale de droit et de jurisprudence, 3eme édition, 1984, p. 95, CE. 3 février 1939, Association dit armée du salut, CE. 23 novembre 1951, Martin, Kowsky.

أشار إلى هذه القرارات: عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 363.

[2] – محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء، (د ت ن)، ص. 340.

[3] – سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، ط– 6، 1991، مطبعة جامعة عين الشمس، ص. 744، 745، وأيضا عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 373.

يبقى أن نشير إلى أن أساس هذا الحل يكمن، في التوفيق بين المصالح العامة لحماية المشروعية والمصالح الخاصة للمخاطبين بالقرار والغير، فالمصلحة العامة تقتضي إحترام النصوص القانونية التي تحدد أشكال ومضون العمل الإداري، كما يجب أن تؤخذ بعين الإعتبار مصلحة الغير، الذين ترتبت لهم مراكز قانونية على القرار غير المشروع ويكونون بعيدين كلية عن عدم المشروعية، وتقرير عدم مشروعية القرار يعني إهدار هذه المراكز وهو أثر في غاية الخطورة، لأنه إذا كان يهم المصالح الخاصة أن يظل القرار ساريا، فإن المصلحة العامة يعنيها مجازاة الخروج على المشروعية، وليس من آثار إنتهاء الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء، أن تنمحي بالكامل مستقبلا عدم مشروعية القرار الذي لم يطعن فيه في الميعاد المقرر، فتقرير عدم المشروعية، وإن لم يعد يجوز مباشرته، فإنه يجوز لاحقا بطريق غير مباشر، بطريق الدفع بعدم المشروعية [1].

وبناء على ما سبق فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في الأول أثر انقضاء ميعاد الطعن على دعاوى المسؤولية الناتجة عن القرار الغير مشروع، وفي الثاني عدم سقوط الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية:

المطلب الأول: أثر انقضاء ميعاد الطعن على دعاوى المسؤولية الناتجة عن القرار الغير مشروع

من المقرر قانونا وقضاء، أن أوجه عدم المشروعية التي تشوب القرار الإداري، كما تبرر الطعن عليه بالإلغاء، تصلح في معظم الأحيان أساسا لطلب التعويض عن الأضرار التي يرتبها القرار، فعدم المشروعية يمثل قاسما مشتركا بين كل من دعوى إلغاء القرار الإداري ودعوى التعويض المقامه عنه، لكن ومن ناجية أخرى، فليس ثمة تلازم مطلق بين دعوى الإلغاء ودعوى التعويض، إذ يترتب على إختلاف الإجراءات التي تخضع لها كل من الدعويين، أنه قد ينتهي ميعاد الطعن بالإلغاء في القرار، مع بقاء الحق في طلب التعويض عنه قائما، بل وقد ينص المشرع على عدم جواز الطعن بالإلغاء في قرار معين، دون المساس بحق الأطراف في التعويض [2]. وفي هذا الإطار، إستقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي، على أنه لا يشترط للحكم بالتعويض عن القرار غير المشروع أن يكون قد سبق للقضاء أن قضى بإلغائه [3].

وبناء على ما تقدم، فسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول عدم سقوط دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن القرار الغير مشروع، وفي الفرع الثاني ميعاد دعوى التعويض.

---

[1] - G. Jèze, Essai d'une théorie…, Op. Cit., p. 294 et s.

[2] – عبد المنعم عبد العظيم جيزة، آثار حكم الإلغاء...، المرجع السابق، ص. 145.

[3] - CE. 14 octobre 1960, Laplace
CE. 3 décembre 1952, Dubois

أشار إلى هذه القرارات، عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 146.

الفرع الأول: عدم سقوط دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن القرار الغير مشروع

إن عدم السقوط أمر مطلق، عندما تهدف الدعوى إلى تعويض الضرر الناتج عن إتخاذ القرار الغير مشروع [1]. وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى هذه الصورة في أحد أحكامها [2]، فقالت: "إن عيب عدم المشروعية في القرار الإداري، إما أن يحكم به بالطريق المباشر، أي بإلغاء القرار المشوب بهذا العيب، أو بالطريق الغير مباشر، أي بمساءلة الإدارة بالتعويض عنه، وإذا استغلق الطريق الأول، إما بسبب فوات ميعاد الطعن بالإلغاء، أو لامتناع الإختصاص بنظر طلب الإلغاء أو لغير ذلك من الأسباب، فإن هذا لا يمنع القضاء من استظهار ركن المشروعية للتحقق من قيام هذا الركن أو إنعدامه عند النظر في طلب ما زال قائما".

فإذا تأكدت عدم مشروعية القرار وتأكد ذلك بحكم سابق بإلغاء هذا القرار، فإن إعمال الحجية المطلقة لهذا الحكم بالنسبة لدعوى التعويض، يفرض على قاضي التعويض ألا يعيد مناقشة ما قرره قاضي الإلغاء من عدم مشروعية القرار، وهذا الالتزام محدود بما تطرق له قاضي الإلغاء من عدم مشروعية القرار، وهنا الالتزام محدود بما تعرض له قاضي الإلغاء فعلا، وما ناقشه من أوجه عدم المشروعية، ولكنه لا يمتد إلى الأوجه الأخرى التي قد تشوب القرار والتي لم يتطرق لها قاضي الإلغاء، فليس ثمة ما يحول بين قاضي التعويض وبين مناقشة تلك الأوجه، وتظهر أهمية ذلك بالنظر لما هو مقرر من أن القضاء الإداري، لا يجعل من كل أوجه عدم المشروعية أساسا صالحا لطلب التعويض، فإذا كان حكم الإلغاء قد قام على عيب الشكل، ولم يبحث القاضي سواه، وكان هذا العيب غير كاف لطلب التعويض، فللطاعن أن يثير أوجه عدم المشروعية الأخرى، التي تكون قد لحقت بالقرار كمخالفة القانون أو الإنحراف بالسلطة أو عدم الإختصاص والتي لم يتناولها قاضي الإلغاء. فالقرار قد ألغي وليس ثمة ما يحول دون أن تُؤكد وتُدعم عدم مشروعيته بأسباب جديدة، فإذا كان قاضي التعويض يملك بحث أي وجه من أوجه عدم مشروعية القرار ولو لم يكن هناك حكم بالإلغاء، فمن باب أولى ألا يكون وجود الحكم مقيدا لسلطته في هذا الصدد.

إلا أن القضاء الجزائري قد ذهب عكس القاعدة في قراره المؤرخ في 9 مارس 1985، حيث أعلن المجلس الأعلى أن المتقاضي الذي لم يطعن في الوقت الملائم من أجل تجاوز السلطة في القرار الذي أضر به، لا يحق له التمسك بعدم شرعية هذا القرار تدعيما لدعوى التعويض هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن القرار المضر عندما يصير نهائيا مع جميع النتائج المالية التي هي جزء لا يتجزأ منه، يجعل طلب المتقاضي المبني على عدم شرعية القرار الإداري الذي أضر به، والرامي إلى الحكم له بتعويض، غير مقبول [3].

---

[1] - « Si l'intéressé avait négligé d'agir en excès de pouvoir dans les délais légaux, il pouvait en principe demander une indemnité fondée sur l'illégalité de la décision qui était devenue définitive », CE. 31 mars 1911, Blanc, Argaing et Bézié, JCP. 1953, II, .7353, note Vedel ; M. C. Bergers, les actes non règlementaires, AJDA. 20 janvier 1980, p. 17.

[2] – المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم 15 فيفري 1958، الصادر في الدعوى رقم 154 للسنة الثالثة، مجموعة أحكام السنة الثالثة، ص. 717، أشار إليه، عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 146.

[3] – المجلس الأعلى، قرار رقم 40087، المؤرخ في 9 مارس 1985، جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 163، 164.

وفضلا عن ذلك، فإن الحكم الصادر برفض دعوى الإلغاء لا يحوز حجية الأمر المقضي عند نظر دعوى التعويض، ولا يمنع بالتالي من إقرار عدم مشروعية القرار، والحكم بالتعويض عنه، إذ أن حجيته نسبية تتقيد بشرط اتحاد الخصوم والموضوع والسبب [1].

الفرع الثاني: ميعاد دعوى التعويض

إذا كان انقضاء الميعاد المخصص للطعن بالإلغاء في القرار الإداري غير المشروع، لا يترتب عليه سقوط الحق في طلب التعويض عن الأضرار التي سببها هذا القرار، فهل يعني هذا أن هذا الحق هو حق أبدي أم أنه محدد بفترة زمنية معقولة يسقط بمضيها الحق في التعويض أيضا ؟

إجابة على هذا السؤال إختلفت إتجاهات القضاء في مصر في تحديد ميعاد التقادم الذي تخضع له دعوى التعويض عن القرارت الإدارية، فقد ذهبت محكمة النقض وبعض أحكام محكمة القضاء الإداري، إلى أن المسؤولية في هذه الحالة، تنسب إلى القانون، بإعتبار هذه القرارات تصرفات قانونية وليست أعمالا مادية، وبذلك فإن مساءلة الإدارة عنها عن طريق التعويض تسقط بالتقادم العادي، بينما إعتنقت المحكمة الإدارية العليا رأيا مخالفا مؤداه أن دعوى التعويض في هذه الحالة تتقادم بنفس المدد التي تسري بشأن الحق الأصلي [2].

ومن ذلك حكمها [3] الذي أسهبت فيه في شرح دواعي عدم سريان ميعاد دعوى الإلغاء على طلبات التعويض على النحو التالي: إن ميعاد الستين يوما... خاص بطلبات إلغاء القرارات الإدارية دون غيرها من المنازعات، فلا يسري على طلبات التعويض التي يجوز رفعها مادام يسقط الحق في إقامتها، طبقا للأصول العامة وذلك للاعتبارات التالية:

أولا: المادة 19 من القانون رقم 165 لسنة 1955 وما يقابلها في القانون الحالي تقطع في تخصيص حكمها على طلبات إلغاء القرارات الإدارية دون غيرها من المنازعات.

ثانيا: لأن طلب التعويض منوط بحلول الضرر، وهذا لا يترتب حتما على إعلان القرار الإداري أو نشره، بل يترتب في الغالب على تنفيذ القرار. فلو أن ميعاد الستين يوما يسري على طلب التعويض لكان مقتضى هذا أنه يلزم دفعه حتى لو لم يحل الضرر بصاحب الشأن، مما تأباه البداهة القانونية.

ثالثا: لأن الحكمة التشريعية لقصر رفع الدعوى على ستين يوما، هي إستقرار القرارات الإدارية حتى لا تكون مستهدفة بخطر الإلغاء وقتا طويلا، وهذه الحكمة إن كانت متوافرة فيما يتعلق بطلبات إلغاء القرارات، فإنها منعدمة بالنسبة إلى دعاوى التعويض إذ هذه لا تخرج عن كونها دعاوى عادية.

---

[1]- عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 151. 152.

[2]- المرجع نفسه، ص. 145.

[3]- المحكمة الإدارية العليا، 12 نوفمبر 1960، المبادئ في عشر سنوات (1955-1965)، ص. 628، أشار إليه فتحي فكري، المرجع السابق، هامش الصفحتين 196 و197.

رابعا: أن المشرع عندما تكلم على طلبات الإلغاء في المادة 22 من القانون رقم 55 تقابلها المادة 24 من القانون 47 لسنة 1972 (بأن نص على أن ميعاد رفع الدعوى إلى المحكمة فيما يتعلق بطلبات الإلغاء ستون يوما، بينما لم يحدد ميعاد لدعوى التعويض تاركا ذلك للقواعد العامة، بأن قال في المادة 9 من القانون رقم 165 لسنة 1955 التي تقابلها المادة 10 (العاشرة) من القانون رقم 47 لسنة 1972): "يفصل مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري دون غيره في طلبات التعويض عن القرارات المنصوص عليها في المادة السابقة إذا رفعت إليه بصفة أصلية أو تبعية".

وهو نفس الإتجاه الذي سارت عليه المحكمة العليا الجزائرية، بموجب قرارها الصادر في 16 جويلية 1988، والذي جاء فيه: "عن مسألة السقوط لفوات الميعاد القانوني، حيث أننا هنا بصدد طعون الجهات القضائية ذات الاختصاص الكامل، وينصب على مسألة التعويض، ومن ثم فإن المتقاضي غير مقيد بأجل لتقديم شكواه إلى الإدارة ولإيداع عريضة الطعن القضائي" [1]. وتبعها في ذلك مجلس الدولة الجزائري، عندما صرح بأن: "الدفع المثار من طرف الطاعنة حول عدم احترام المدعين أساسا للأجل المنصوص عليه في المادة 169 مكرر فقرتها الرابعة من قانون الإجراءات المدنية، هو دفع غير سديد ما دام موضوع الدعوى هو طلب التعويض.حيث أن ما مشى عليه اجتهاد المحكمة العليا في مجال التعويض، أن هذه القضايا غير مقيدة بأجل ما دامت الدعوى لم تتقادم" [2]. وعندما أعلن أيضا أن: "...العملية الجراحية قد تمت في سنة 1966، وأن هذه الدعوى لم ترفع إلا خلال سنة 1995، حيث أن الدعوى حركت عندما اكتشفت الآلام بسبب الإبرة التي نسيت في بطن المستأنف عليها، بعد العملية الجراحية، وبالتالي فلا يمكن القول، بأنه يوجد تقادم لأن الدعوى رفعت عند اكتشاف الآلام، وبالتالي يصبح الدفع غير مجدي..." [3].

---

[1] – المحكمة العليا، 16 جويلية 1988، أشار اليه مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات أمامها، ج– 2، ديوان المطبوعات الجامعية، ط–4، 2007، ص. 330.

[2] – مجلس الدول، قرار رقم 75670، مؤرخ في 13 جانفي 1991، أشار اليه: جمال سايس ، الإجتهاد القضائي في القضاء الإداري، الجزء الثاني، منشورات كليك، ط– 1، 2013، ص. 708.

[3] – مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 31 جانفي 2000، فهرس 20، أشار إليه لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص. 237.

المطلب الثاني: أثر إنقضاء ميعاد الطعن على دعاوى إلغاء القرارات التبعية للقرار الغير مشروع

لا يخرج الأمر بالنسبة للأعمال التبعية عن أحد الفروض التالية:

– أن يكون القرار الأصلي قرار تنظيميا ويصدر القرار التبعي سواء كان قرارا فرديا أو تنظيميا، تنفيذا لهذا القرار الأصلي.
– أن يكون القرار الأصلي قرارا فرديا يصدر القرار التبعي استنادا له.
– أن يكون القرار الأصلي قرارا فرديا قد أسهم في تكوين عملية مركبة.

فهل يجوز التمسك في أي وقت بعدم مشروعية القرار التنظيمي الأصلي النهائي، كوجه للطعن بإلغاء القرار اللاحق الذي اتخذ على أساسه ؟ وهل يجوز التمسك في أي وقت بعدم مشروعية القرار الفردي الأصلي النهائي، كوجه للطعن بإلغاء القرار اللاحق الذي أتخذ على أساسه ؟ وما هو الوضع القانوني بالنسبة للعمليات المركبة ؟

للإجابة على هذه الأسئلة نتطرق في الفرع الأول إلى القرارات التنظيمية وفي الفرع الثاني إلى القرارات الفردية.

الفرع الأول: القرارات التنظيمية

من المفروض أن انقضاء مواعيد الطعن القضائي في القرارات الإدارية يرتب تحصن هذه الأخيرة، سواء تعلق الأمر بالقرارات التنظيمية أو الفردية [1]، وإستثناء على هذا الأصل، أجاز القضاء الطعن في القرارات التبعية التي تصدر تنفيذا لقرار تنظيمي معين إستنادا إلى العيب القائم في القرار الأخير، رغم إنقضاء المواعيد المقررة للطعن فيه، وذلك في الأحوال التالية: إذا تحصن القرار التنظيمي بفوات ميعاد الطعن، أمكن الدفع بعدم مشروعيته بمناسبة الطعن في القرارات التبعية الصادرة تطبيقا له (أولا)، إذا تغيرت الظروف الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدور القرار التنظيمي، ورفضت الإدارة الإستجابة إلى

طلب تعديلها، أمكن المنازعة في قرار الرفض أمام قاضي الإلغاء [2] (ثانيا).

أولا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرار التنظيمي بمناسبة الطعن في القرارات التبعية الصادرة تطبيقا له

إن التطبيق الصارم لقاعدة تحصن القرارات الإدارية بفوات ميعاد الطعن القضائي، في حالة القرارات التنظيمية، من شأنه أن يُرتب مساوئ حقيقية، فمن المزعج أن يظل قرارا تنظيميا غير مشروع نافذا بصفة دائمة،

---

[1] - CE. 3 fevrier 1939, Association dit armée du salut
CE. 23 Novembre 1951, Martin Kowsky

أشار إلى هذين القرارين: عيد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص 372.

[2] - CE. 23 Novembre 1938, lemeune
CE. 28 Avril 1961, Di Neza et Estellon

أشار إلى هذين القرارين فتحي فكري، المرجع السابق، ص. 196.

ومفروضا بصفة مطلقة على المدارين بسبب عدم الطعن عليه في المواعيد المحددة [1]. فالقرارات التنظيمية هي قرار مستمرة، تتميز بدوام إنتاجها لآثارها طالما ظلت باقية، ومن ثم فإن تلك الآثار لا تستنفذ عقب الصدور أو بعد فترة منه، كما هو الحال في القرارات الوقتية، قرار بهدم منزل مثلا [2]، لذلك يستمر ميعاد الطعن فيها مفتوحا، ويظل من حق أصحاب المصلحة الطعن فيها بصفة مستمرة، بغض النظر عن فوات ميعاد الطعن القضائي [3].

لذلك فقد تقرر قضائيا ومنذ مدة طويلة [4]، أنه في حالة صدور قرار إداري تنظيمي فمن حق ذوي الشأن أن يرفعوا دعوى إلغائه في الميعاد المحدد قانونا، فإذا إنقضى هذا الميعاد فقد إستقر القضاء الإداري على أن لصاحب الشأن

أن يطعن بالإلغاء في أي قرار إداري فردي يصدر إستنادا إلى القرار الإداري المذكور [5]، وفي هذه الحالة يستطيع أن يستند في طعنه بإلغاء القرار الفردي على عدم مشروعية القرار التنظيمي، بالرغم من فوات ميعاد الطعن بالإلغاء بالنسبة له [6]. وتأييدا لذلك أعلنت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه:" يجوز الطعن في القرارات التنظيمية العامة بأحد الطريقتين، إما بالطريق المباشر أي بطلب إلغائها في الميعاد القانوني أو بالطريق غير المباشر في أي وقت عند تطبيقها على الحالات الفردية، أي بطلب عدم الإعتداد بها لمخالفتها للقانون، وذلك عند الطعن في القرارات الفردية الصادرة تطبيقا لها بالإلغاء" [7].

هذا ويقبل الطعن على القرار الصادر إستنادا للقرار التنظيمي المعيب، وإن كان القرار المطعون فيه تنظيميا [8]، على أنه يشترط لقبول الدفع بعدم مشروعية القرار التبعي إستنادا إلى عدم مشروعية االقرار التنظيمي، أن يشكل القرار الأول سواء كان قرارا تنظيميا أو قرارا خاصا إجراء تطبيقيا للثاني [9]، بحيث يستبعد هذا الحل، إذ إتخذ القرار

---

[1] - M. long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17eme édition, décembre, 2009, p. 256.

[2] – فتحي فكري، المرجع السابق، ص. 598.

[3] - CE. 9 aout 1910, Compagnie des tramways de Paris, in F. Chevallier, la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, AJDA. 2 juillet –aout 1981, p. 332.

[4] - CE. 24 janvier 1902, Avezard, in M. Long et (al.), les grands arrêts …, 0p. Cit., p. 259.

[5] - « l'lorsqu'un acte administratif individuel a été annulé pour un motif tiré de l'illégalité du règlement dont cet acte faisait application l'administration est tenue , nonobstant l'expiration des délais de recours, de faire droit à toute demande ayant un objet identique et fondée sur le même motif, J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, T- 2, librairie générale de droit et de jurisprudence, 3eme édition, 1984, p. 422.

[6] - CE. 13 mai 1910, Cie tramways de l'Est Parisien
CE. 31 juillet 1948, Cie industrielle de pétrole de l'Afrique du Nord
CE. 1 avril 1955, Michel et Casanova
أشار إلى هذه القرارات : عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 372.

[7] – المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم 3 جانفي 1959، الدعوى رقم 912 السنة الثالثة، مجموعة السنة الرابعة، ص. 507، أشار إليه عبد المنعم عبد العظيم جيزة ، المرجع السابق، ص. 372.

[8] - CE. 5 juillet 954, comité de défense des libertés professionnelles.
أشار إليه: عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 373.

[9] - M. C. Bergers, 0p. Cit., p. 16, R. Rouquette, 0p. Cit., p. 308.

المهاجم لضمان تنفيذ القرار التنظيمي، ما يجعله لا يشكل إجراء تطبيقيا، أو كان مجرد تعديل له، أو أنه يقتصر على الإحالة إلى قرار تنظيمي آخر، كما يشترط أن يكون هذا الإجراء التطبيقي محلا للطعن بالإلغاء في الميعاد المقرر قانونا [1].

أما الحكمة من إجازة الطعن في القرارات الفردية والتنظيمية [2] الصادرة تنفيذا لقرار تنظيمي معيب، إستنادا إلى العيوب التي لحقت بهذا الأخير، رغم إنقضاء المواعيد المقررة للطعن، فتكمن في تحاشي أن يظل القرار التنظيمي مصدرا دائما لعدم المشروعية، وذلك بإتخاذها أساسا لإصدار قرارات فردية لا نهاية لها تنعكس عليها العيوب التي لحقت بالقرار التنظيمي، لذلك يقتصر دور القاضي عند الطعن في القرار التطبيقي على بحث مدى مشروعية القرار التنظيمي، فإذا ما إنتهى إلى عدم مشروعيته، فإنه يقضي بإلغاء القرار التبعي الذي صدر تنفيذا له، دون أن يكون له أن يحكم بإلغاء القرار الأصلي [3].

لذلك فإن عدم مشروعية القرار التنظيمي لا تجازى فقط بإبطال القرار الفردي، المعلن عنه من طرف قاضي تجاوز السلطة، فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي، بأن الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية هو دفع أبدي [4]، وأن الإدارة يجب أن تمتنع تلقائيا عن تطبيق القرار التنظيمي الغير مشروع [5]. وتبرير ذلك مرده تقليديا إلى استمرارية التنظيم، وكونه لا يعطي مجالا لولادة الحقوق المكتسبة [6]، مع ذلك فإن هذه الجزاءات الغير مباشرة للامشروعية، تُبقي القرار التنظيمي نافذا واحتمال تطبيقه قائما [7].

وفي مواجهة هذا الموضوع المتمثل في ضرورة إلغاء القرار التنظيمي الغير مشروع أو الإكتفاء بمجرد استبعاد تطبيقه على الحالة المعروضة على قاضي تجاوز السلطة، تردد القضاء الفرنسي كثيرا، فقد اعتبر في البداية بأن الإدارة ليست ملزمة، بعد انقضاء ميعاد الطعن بإلغاء التنظيم الغير مشروع [8]، ثم قضى بعد ذلك بأن متخذ القرار التنظيمي أو رئيسة المخطر بطلب يهدف إلى إلغاء هذا القرار ملزم بالقيام بذلك [9]. غير أن قرار 30 جانفي 1981، قد

---

1 - CE. 3 février 1989, in M. Long et (al.), les grands arrêts, 0p. Cit., p. 646.

2 - CE. 26 octobre 1932, Jeanneny, in CH. Debbasch, F. Colin .Droit administratif, Economica, Paris, 10eme édition, 2011, p. 609.

3 - CE, 5 mai 1911, Lacan.
CE. 24 Novembre 1911.
أشار إلى هذه القرارات: عبد المنعم عبد العظيم جيزة ، المرجع السابق، ص. 374.

4 - « Le conseil d'Etat a reconnu depuis longtemps que l'exception d'illégalité est perpétuelle contre les règlements » CE. 24 janvier 1902, Avezard, in M. Long et (al.), 0p. Cit., p. 92; R. Rouquette petit traité du procès administratif, 0p. Cit., p. 327, CE. 29 mars 1907, Dame veuve Delpech, Dalloz. 1908, 3. p.110.

5 - CE. Sect. 14 novembre 1958, Ponard in M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, 0p. Cit., p. 92.

6 - M.C. Bergers, les actes non règlementaires, AJDA. 2 janvier 1980, N°- 3, Doctrine, p.16.

7 - R. Rouquette, 0p. Cit., p. 308.

8 - CE. Sect. 6 novembre 1959, coopérative laitière de Belfort, M. long et (al.), 0p. Cit, p. 92.

9 - CE. 12 mai 1976, Leboucher et tarandon, AJDA. 1977, p. 261, Note Ceoara.

وضع حدا لهذا التردد القضائي، حيث أعلن أنه لا يقبل إطلاقا من المدارين طلب إلغاء القرارات التنظيمية إنقضاء ميعاد الطعن [1].

وهنا بإمكاننا أن نلاحظ وجود تناقض، فالدفع بعدم مشروعية قرار تنظيمي هو دفع دائم وأبدي بينما الإلتزام بالإلغاء غير موجود، وأمام هذا التضارب فإن الإدارة ملزمة بالإمتناع تلقائيا عن تطبيق القرار التنظيمي الغير مشروع[2]، وبالتالي فإن قرارها السلبي بعدم تطبيقه ليس مشوبا بعدم المشروعية [3]. وفي هذا الإطار يقول الأستاذ عبد المنعم عبد العظيم جيزة، بأنه لا محل للقول بحق الإدارة في التمسك مستقبلا بقرار تنظيمي انتهى القضاء إلى عدم مشروعيته، لما يحمله ذلك من تهديد مستمر لمبدأ المشروعية، كما لا يمكن التمسك بفكرة الحق المكتسب، فمن المقرر قضاء أنه يجوز للإدارة دائما أن تعدل القرارات التنظيمية أو تستبدلها بغيرها وفقا لمقتضيات الصالح العام. لذلك فلا يتردد كائنا في القول بأنه وبمجرد الحكم بإلغاء القرار التبعي إستنادا إلى عدم مشروعية القرار التنظيمي الذي صدر تنفيذا له، فإن الإدارة تلتزم بإلغاء الأخير، وتمتنع عن تطبيق أحكامه مستقبلا، احتراما لمبدأ الشرعية وما يفرضه على الإدارة من كفالة الاحترام المستمر لأحكام القانون.

ثانيا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرار التنظيمي إذا تغيرت الظروف الواقعية والقانونية التي أدت إلى صدوره

وضع مجلس الدولة الفرنسي حيثية مبدئية في قرار Despujole [4]، أعلن بمقتضاها بأن الظروف الجديدة تسمح بطلب إلغاء أو تعديل القرار التنظيمي الذي انقضى ميعاد الطعن فيه، وفي حالة رفض الإدارة فإنه يجوز الطعن في هذا القرار قضائيا في الميعاد الجديد الذي يفتحه قرار الرفض، وقد تكون الظروف الجديدة ظروفا واقعية أو قانونية.

بالنسبة للظروف الواقعية فقد كان موضوع التنظيمات الضبطية المجال الأساسي لتطبيق المبادئ التي تحكم تغير هذه الظروف، فهذه التنظيمات لا يمكن أن تُقيد الحريات العمومية إلا بما هو ضروري لحماية النظام العمومي الذي يتعلق بصفة دقيقة بظروف الزمان والمكان، بحالة الأخلاق والرأي العام، بالوضعية السياسية، فتطور الظروف من شأنه أن يجعل القرار التنظيمي، الذي كان غير مبرر في الأصل غير مفيد، وبالتالي غير مشروع [5].

في حين نكون بصدد تغير الظروف القانونية عندما يصدر قانون لاحق، وينشئ وضعية قانونية جديدة تجعل القرار التنظيمي غير مشروع، أو يعلن عدم دستورية القانون الذي استند إليه القرار التنظيمي في صدوره، فإنه ينفتح

---

[1] - CE. 30 janvier 1981, ministre du travail et de la participation c/ société Afrique France Europe transaction, RDP. 1982, 37, Note J. M. Auby: « les administrés ne sont plus recevables à demander l'abrogation du règlement après l'expiration du délai de recours. »

[2] - CE, sect, 14 novembre 1958, Ponard, in M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, 0p. Cit., p. 92.

[3] - CE. Sect. 3 janvier 1960, laiterie saint Cyprien, M. long et (al.) 0p. Cit., p. 92.

[4] - CE. 10 janvier 1930, Despijole, in M. long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, 0p. Cit, p. 256.

[5] - CE. 23 novembre 1938, Lemeune, CE. 28 avril 1961, Di Nezza et Estellen

أشار الى هذه القرارات: فتحي فكري، المرجع السابق، ص. 196.

باب جديد للطعن في القرارات الصادرة تطبيقا له [1]، بحيث يحسب الميعاد الجديد انطلاقا من نشر القانون أو الن
أو الحكم القاضي بعدم دستورية القانون [2].

مما سبق يتبين بأن القرارات المعنية، بنظرية تغير الظروف الواقعية والقانونية هي القرارات التنظيمية، بإعتبار أنه يمكن تعديلها في كل وقت، غير أن هذا التعديل قد لا يكون فوريا، إلا أنه يجب أن يتخذ في ميعاد معقول، كما أن تغير الظروف قد لا يرتب فوريا عدم مشروعية التنظيمات المتخذة على أساسها، لكن السلطة التنظيمية ملزمة بإتخاذ الإجراءات التي تضمن تطابق التنظيمات مع المعطيات الجديدة في الوقت المناسب، وبالتالي فإن الإدارة بإستمرارها في تطبيق التنظيميات لفترة زمنية معينة، فإنها لا ترتكب عدم مشروعية، لكن إمتناعها وإستمرارها إلى أبعد من الميعاد المعقول يجعل قرارها مشوبا بعدم المشروعية [3].

وإلى الآن يبقى مجلس الدولة الفرنسي مستمر في تطبيق هذه النظرية، وفي هذا الإطار أعلن في قرار 22 جانفي 1982، بأن القرار التنظيمي الذي أصبح غير مشروع بفعل تغير الظروف بإمكانه أن يشكل موضوعا للدفع بعدم المشروعية، وهذا ما يسمح بعدم تطبيقه، وإن لم يتم إلغاؤه صراحة [4].

الفرع الثاني: القرارات الفردية

على عكس القرارات التنظيمية، فإن الوضع مختلف بالنسبة للقرارات الفردية أو الجماعية، ذلك أن إمكانية تقدير مشروعية هذه القرارات الإدارية بمناسبة الطعن بالبطلان الممارس ضد القرارات اللاحقة، لا يمكن أن يكون متجددا، بل لا يسمح به إلا في ميعاد الطعن، الذي يمكن ممارسته ضد القرار الذي تم الإستناد إلى عدم مشروعيته كوجه للبطلان. وفي الحالة العكسية يرفض الوجه، لأنه لا يهدف فقط إلى قيام القاضي بتقدير مشروعية قرار لم ينازع فيه في المواعيد المقررة، بل إلى الحد أو إلغاء آثار هذا القرار [5]. وبمفهوم المخالفة، فإنه إذا لم يصبح القرار نهائيا بعد، فإن الدفع بعدم المشروعية يقبل، وهو ما يحدث عادة عندما يكون القرار الأصلي (الفردي) موضوع طعن قائم أو أن ميعاد الطعن لم ينقضي بعد، بسبب عدم تبليغ المعني بمواعيد الطعن. وأكثر من ذلك فإنه إذا كانت نظرية تغير الظروف قادرة على التأثير في التمسك بعدم مشروعية القرارات التنظيمية، فلا يمكن أن تخص هذه النظرية القرارات الغير تنظيمية، خاصة إذا كانت الأخيرة قادرة على خلق الحقوق، فتغير الظروف التي صدر في ظلها القرار الأصلي الفردي الذي أصبح نهائيا لا يمنح للأفراد الحق في الطعن في القرار الفردي الصادر تطبيقا للقرار الأصلي، خاصة إذا كان مولدا للحقوق [6]. ذلك أن أساس القضاء بعدم قبول الدفع بعدم مشروعية القرارات الفردية التي انقضى ميعاد

---

[1] – فتحي فكري، المرجع السابق، ص. 196.

[2] – المرجع نفسه، ص. 196.

[3] - CE. ass. 28 juin 2002, Villemain, RDP. 2003, p. 447, Note Guettier.

[4] - CE. 22 janvier 1982, Buttin et Ahwon, RDP. 1982, p. 816, Note R. Drago.

[5] - M. C. Bergers, les actes non réglementaires…,0p. Cit. p. 16 ; R. Rouquette, 0p. Cit. p. 328.

[6] - M. Long et (al.), 0p. Cit.p. 259.

الطعن فيها بالإلغاء، مرده إلى المحافظة على المراكز القانونية أو الحقوق التي أنشأتها هذه القرارات الفردية، وقامت عـ أساسها واستقرت بفوات ميعاد الطعن فيها بالإلغاء [1].

ومع وضوح قاعدة عدم جواز الطعن في القرارات التبعية على أساس عدم مشروعية القرار الأصلي الفردي طالما لم يطعن في الأخير في المواعيد المقررة، فقد أخذت محكمة القضاء الإداري المصرية برأي مخالف، عندما قضت بأن:" القرار محل الطعن في هذه الدعوى قرار مستقل عن القرار السابق صدوره في سنة 1958، يجوز المطالبة بإلغائه على حدى، ولا يعصمه من الإلغاء استناده إلى القرار السابق الذي أصبح حصينا من الإلغاء بفوات ميعاد الطعن عليه، لأن القرار المذكور مشوب بدوره بالعيوب التي شابت القرار المطعون، وتحصنه من الإلغاء لا يُطهره من المخالفة القانونية التي عابته، وبالتالي فإنه لا يصلح سندا قانونيا لأي قرار إداري آخر" [2] . وقد أيدتها المحكمة الإدارية العليا في هذا الإتجاه، بموجب حكمها الصادر في 06 مارس 1966، حيث قررت: " أن التقرير الباطل حتى لو تحصن فلا يجوز إتخاذه أساسا لقرار جديد أو إدخاله ضمن عناصره، لأن تحصنه لا يطهره من العيوب " [3].

وقد تعرض هذا الرأي لنقد عنيف لمخالفته للحكمة من قاعدة تحصن القرارات الإدارية، ولما هو متفق عليه فقها وقضاء، من أن القرار الباطل إذا تحصن ينتج آثار القرار السليم [4]، لذلك طبقت المحكمة الإدارية العليا المبدأ السليم في حكم لاحق مؤرخ في 17 جويلية 1962، عندما ذهبت إلى أن "القرار الفردي غير المشروع إذا تحصن بفوات ميعاد الطعن فيه بالإلغاء، فإن ما يصدر على أساسه من قرارات فردية لاحقة تكون مشروعة يمتنع الطعن فيها" [5].كما أن فتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع تجري على المسلك السليم، فقد أعلنت الفتوى الصادرة في مارس 1990: "إن دواعي المصلحة العامة تقتضي أنه إذا صدر قرار معين من شأنه أن يولد حقا، فإن هذا القرار يجب أن يستقر عقب فترة من الزمن، فيسري عليه ما يسري على القرار الصحيح في الموضوع ذاته، بحيث

---

[1] - Jèze, Essai d'une théorie... ,0p. Cit., p. 319. 326.

[2] – محكمة القضاء الإداري، حكم رقم 518 السنة 14، في أول نوفمبر 1960، مجموعة السنة 15، ص. 29، أشار إليه عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 373.

[3] – المحكمة الإدارية العليا، حكم رقم 929 للسنة 4، مجموعة السنة السادسة ص 1256، وبهذا المعنى فتوى الجمعية العمومية رقم 246 بتاريخ 06 مارس 1966 مجموعة السنة العشرين، ص. 136، أشار الحكم والفتوى ، عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 373.

[4] – " فالقول بأن مضى مدة الإلغاء لا تحول القرار الباطل إلى آخر سليم، إن صدق فيما يخص القرارات التنظيمية فإنه لا يصدق في مجال القرارات الفردية "، رمزي طه الشاعر، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة ، التيسير للطباعة، ط- 3، 2000، ص. 63، سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 745: " .... إن تحصن القرار غير المشروع يقتضي أن يعامل معاملة القرار السليم، في كل ما لم يرد به نص مخالف، وإلا لما كان لتحصنه نتيجة ، ذلك أن دواعي الإستقرار وهي الحجة الرئيسية في موضوع تحصين القرارات الفردية غير المشروعة، تقتضي أن يصرف النظر عن العيب الذي شاب القرار بعد مرور وقت معقول، وأن تعامل الإدارة والأفراد على هذا الأساس، وبالتالي لا يخالجنا شك في أن القرار الفردي غير المشروع يصلح أساسا لإصدار كافة القرارات التي تترتب عليه كما لو كان سليما".

[5] – المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم 17 جويلية 1961، س. 7، ص. 1080، أشار إليه سليمان محمد الطماوي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 746.

إذا انقضت المدة دون أن تسحب الإدارة القرار أو يرفع صاحب الشأن دعواه أمام القضاء، اكتسب القرار الإداري حصانه تعصمه من أي إلغاء أو تعديل" [1].

وهكذا فإن القاعدة في التمسك بعدم مشروعية القرار الأصلي الفردي، هي عدم جواز ذلك متى إنقضى ميعاد الطعن بالإلغاء [2] في هذا القرار، بحيث يصير الأخير حصينا ضد الإلغاء ما يجعله في حكم القرار المشروع، ويجعله لنفس السبب مصدرا يُعتد به شرعا لمراكز قانونية صحيحة ولحقوق مكتسبة لذوي المصلحة، بحيث لا يكون من المقبول، والحالة هذه، أن يباح للإدارة إغتصاب هذه الحقوق بأي شكل كان، وذلك مهما يكن القرار مصدر هذه الحقوق خاطئا أو مخالفا للقانون. وككل القواعد فإن هذه القاعدة تعرف استثنائيين، يسمحان بالطعن في القرارات التبعية، على أساس عدم مشروعية القرار الأصلي، رغم إنقضاء الميعاد، يتعلق الأمر بإمكانية الطعن في القرارات غير التنظيمية النهائية التي تشكل عنصر من عناصر العملية المركبة (أولا)، وفي إمكانية الطعن في القرارات المنعدمة (ثانيا).

أولا : جواز التمسك بعدم مشروعية القرار غير التنظيمي الذي يشكل عنصرا في العملية المركبة

نكون بصدد عملية مركبة [3]، في كل مرة تتخذ فيها مجموعة ضرورية من القرارات، يساهم كل منها في الوصول إلى إصدار قرار نهائي، بحيث يملك المعنيون المنازعة في أي قرار من هذه القرارات في ميعاد الطعن القضائي المخصص لهذه القرارات، لكن بإمكانهم إنتظار صدور القرار النهائي الذي يملكون في مواجهته التمسك بعدم مشروعية، أي من القرارات الأولية التي ساهمت في اتخاذه، وإن كان ميعاد الطعن المباشر في هذه القرارات المشوبة بعدم المشروعية قد انقضى.

وهكذا فقد تم تصوير نظرية العمليات المركبة كمخالفة للقاعدة العالمية القديمة، والتي تقول بأن إنقضاء ميعاد الطعن لتجاوز السلطة، يجعل الدفع بعدم مشروعية قرار غير تنظيمي غير مقبول. إلا أن هذه النظرية لا تطبق في جميع الأحوال، بل تشترط توفر شرطين، يتمثل الأول: في ألا يكون القرار السابق تنظيمي، لأن الدفع بعدم المشروعية في هذه الحالة هو دفع متجدد ومستمر. ويتمثل الثاني: في ألا يكون القرار السابق مجرد إجراء تحظيري، لأنه لا يكون قابلا للطعن في هذه الحالة الأخيرة [4].

بالإضافة إلى ذلك، فإن مفهوم العملية المركبة يختلف في المفهوم الكلاسيكي عنه في المفهوم الحديث، فوفقا للمفهوم الأول، وبإعتبار أن هذه العملية هي أساس قبول الدفع بعدم مشروعية القرار الغير تنظيمي، فإن تطبيقها محاط بعدة قيود (أ) وقد اتجه المفهوم الحديث إلى التخفيف من هذه القيود أو إلى نفيها (ب).

---

[1] – ملف رقم 1990/3/86، الموسوعة الإدارية، الإدارة الحديثة، الجزء 35، ص. 1032، أشار إلى هذه الفتوى رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص. 475.

[2] - CE. Sect. 6 mars 2009, Coulibaly, AJDA. 2009

[3] - M. C. Bergeres, 0p. Cit., p. 16.

[4] - F. Chevallier, la fonction contentieuse de la théorie des opérations administratives complexes, AJDA. 2 juillet- aout 1981, p. 332.

أ- إضافة شرط الإستمرارية إلى شرط الخصوصية وفقا للإتجاه الكلاسيكي

يتجسد ذلك عندما تظهر القرارات التي تساهم في الوصول إلى قرار نهائي، بأن بعضها ينجم عن البعض الآخر، بحيث أن القرارات اللاحقة ما كانت لتصدر لولا إتخاذ القرارات السابقة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى وخاصة أن القرارات السابقة اتخذت خصيصا لتسمح باتخاذ أو بتدخل القرار أو القرارات اللاحقة، وبالتالي فإن الرابطة بين القرارات المساهمة في الوصول إلى قرار نهائي يجب أن تكون "مباشرة وضرورية" بصورة تؤدي إلى إضافة شرط الإستمرارية إلى شرط خصوصية الرابطة [1].

1- شرط الإستمرارية

إن شرط الإستمرارية هو شرط مسلم به ولا يثير جدال، فكيف نفهم أن يقبل الدفع بعدم مشروعية القرار، إذا وجد إنقطاع قانوني بين هذا القرار والقرار المنازع فيه، إلا أنه يشترط فوق ذلك أن تكون هذه الإستمرارية قانونية وليست إستمرارية مادية، فكون الكثير من القرارات الإدارية ضرورية لإكمال عملية مادية (بناء عقار مثلا)، فإن هذا لا يكفي لإنشاء إستمرارية قانونية بين هذه القرارات المتتابعة للتحدث عن عملية مركبة، ولكي نكون بصدد هذه الأخيرة، فمن الضروري أن يكون القرار المنازع فيه قد اتخذ لتطبيق أو تطبيقا للقرار الذي في مواجهته أثير الدفع بعدم المشروعية. ويشترط إضافة إلى ذلك أن تتحكم مشروعية القرار السابق في مشروعية القرار اللاحق.

ونتيجة لما سبق فإنه يجب على القاضي في حالة غياب رابطة الاستمرارية، أن يرفض الدفع المستند إليه في كل الأحوال، كدفع غير فعال وإن كان مؤسس، مشيرا إلى أن الطاعن ليس بإمكانه الإستناد إلى عدم مشروعية القرار السابق، دعما للطعن الموجه ضد القرار اللاحق، فقد جعل مجلس الدولة الفرنسي هذا المظهر لرابطة الإستمرارية عنصرا لقبول الدفع، ويصرح بعدم قابلية الوجه المستخلص من عدم مشروعية القرار السابق، عندما لا تتحكم عدم المشروعية هذه، في مشروعية القرار اللاحق [2].

وهكذا فإن رابطة الإستمرارية القانونية يجب أن تكون في صورة يظهر معها القرار اللاحق على المستوى القانوني، في علاقة ارتباط متبادل مع القرار السابق، وأن يؤدي هذا الإرتباط المتبادل إلى أن الرابطة التي تجمع القرارات المشكلة للعمليات المركبة يجب أن تظهر طابع عدم القابلية للإنقسام، ما يفتح المجال للإلغاءات بطريق التبعية.

وإذا كان هذا الإرتباط المتبادل ضروري لوجود العملية المركبة، فهو غير كافي بذاته فيجب أن يكون موجها، بحيث أن مجموع القرارات السابقة تتجه نحو القرار النهائي، بل اتخذت خصيصا للسماح باتخاذ القرار النهائي، إنه شرط الخصوصية [3].

2- شرط الخصوصية

إن ما يميز مجموع قرارات العملية الإدارية المعقدة، هو أن العملية كلها في هذه المجموعة موجهة نحو القرار النهائي الذي يشكل "القرار الشائع" للعملية أو "القرار المسيطر" في العملية، صحيح أن مختلف هذه القرارات التي تشكل في مجموعها مكونات العملية المركبة هي منطقيا مستقلة عن بعضها البعض، لكنها مع ذلك مرتبطة برابطة غير

---

1 - Ibid., p. 334.
2 - CE. 19 novembre 1965, Epoux Delattre. Floury, AJDA. 1966, p. 40, Chron. Puybass et Lecat.
3 - F. Chevallier, 0p. Cit. p. 336.

قابلة للإنقسام، وكل مرحلة من هذه العملية موجهة نحو النتيجة الحقيقية للعملية وهو القرار المسيطر في الموضوع، هذه القرارات لم تتخذ لذاتها، لكن للسماح باتخاذ القرار النهائي.

إن هذه الإعتبارات تتفق مع فكرة أن قبول الدفع بعدم مشروعية قرار خاص نهائي لا يمكن أن يكون إلا في حدود ضيقة ودقيقة، فلا نكون بصدد عملية مركبة إلا في الفرضيات التي تتخذ فيها القرارات الأولية الإبتدائية، خصيصا للسماح بتحقيق العملية التي يُشكل فيها القرار النهائي نقطة الوصول، وهكذا، فإن رابطة الخصوصية الضرورية، تفترض بأن الرابطة التبادلية بين القرار السابق والقرار اللاحق يوجهان نحو هذا الأخير، فلا يكفي القول بأن القرار اللاحق ما كان ليتخذ إلا بعد اتخاذ القرار السابق.

وبناء على ما سبق فإن شرطي الإستمرارية والخصوصية يجب أن يجتمعات وفقا للمفهوم الكلاسيكي، وإذا كان هذا المفهوم لم يهجر تماما، فإن بعض التطورات القضائية تترجم تحوله الواضح ، عن طريق تحول الرابطة المباشرة والضرورية إنطلاقا من نفس مفهوم العملية المركبة.

ب– تحول مفهوم العملية المركبة

إذا كان القضاء في بعض الحالات الخاصة، قد قبل منذ مدة طويلة الدفع بعدم المشروعية في غياب كل رابطة مباشرة، فإن القضاء الحديث يعرف تعدد هذه الحالات، وهكذا فقد ظهر إتجاهين حديثين يؤدي كل منهما إلى تغيّر مفهوم العملية المركبة، اتجاه نحو مرونة الرابطة المباشرة وإتجاه نحو نفي هذه الرابطة.

1– مرونة الرابطة المباشرة والضرورية

من بين الشواهد التي نتلمس فيها بوضوح تليين الرابطة المباشرة والضرورية، عن طريق تليين أو التساهل في شرط الخصوصية، قضاء جمعيات الصيد، فبموجب قراره المؤرخ في 22 فيفري 1974 [1]، قبل مجلس الدولة الفرنسي الوجه المستخلص من عدم مشروعية القرار النهائي الذي بموجبه سجل محافظ البلدية على قائمة البلديات التي يجب أن تنشأ فيها جمعية بلدية معتمدة للصيد، تعزيزا للطعن الموجه ضد القرار الذي بموجبه حدد المحافظ قائمة الأماكن التي تخضع لنشاط الجمعية، وإذا كان هذا الحل هو بدون شك تطبيق لنظرية العمليات المركبة، فمن المؤكد أن القرار السابق في هذه الحالة لا يفرض بالضرورة إصدار القرار اللاحق، ذلك أن الكثير من القرارات الوسيطة دخلت بينهما، والحال أن هذه القرارات الوسيطة لا تنتج آليا عن الأولى، فيمكن ألا تشكل الجمعية، ويمكن ألا تعتمد، كما يمكن أن تشطب عند الاقتضاء من قائمة المديرية. في هذه الشروط، إذا كانت رابطة الإستمرارية القانونية محققة بين القرار السابق والقرار اللاحق، فمن الصعب قبول أن القرار السابق قد اتخذ خصيصا للسماح باتخاذ القرار اللاحق.

ودائما وفي إطار توسيع مجال تطبيق نظرية العمليات المركبة، بتليين أو التساهل بشأن رابطة الخصوصية، قبلت الجهة القضائية العليا بأن عدم مشروعية قرار المديرية الذي يسجل البلدية على قائمة البلديات التي يجب أن تنشئ

[1] - CE. 22 février 1974, Association propriétaires des communes de Saclas et autres, AJDA. 1974, p. 312.

فيها جمعية بلدية معتمدة للصيد، وكذا مشروعية القرار المحدد لقائمة المواقع الخاضعة لنشاط هذه الجمعية، يمكن الإستناد إليها بعد إنقضاء ميعاد الطعن، بطريق الدفع تعزيزا للطلبات الموجهة ضد مداولة هذه الجمعية المحدد للمواقع الخاضعة لنشاطها [1].

وإذا كانت توجد إستمرارية قانونية واضحة بين القرار الأول والأخير، فإن رابطة الخصوصية رقيقة أو دقيقة جدا، إلى درجة أنه يمكننا أن نتساءل عما إذا كان الحل المتخذ بموجب هذا القرار لا يرتبط بالحالات التي هُجر فيها شرط الخصوصية، وما إذا كان هذا القضاء يُشكل توضيحا للإتجاه القضائي الثاني الذي يساهم في تغيير مفهوم العملية المركبة، الإتجاه نحو نفي الرابطة الضرورية.

2- نفي الرابطة الضرورية

هذا الإتجاه الثاني الذي يؤثر على مفهوم العملية المركبة لم يكن لاحقا زمنيا للإتجاه الأول، رغم أنه حاسم في نتائجه، بل تطور بالموازاة لاتجاه تليين الرابطة المباشرة والضرورية. فلقد قبل القضاء منذ زمن طويل وفي فرضيات خاصة، بأنه وبالمخالفة للمبادئ التي تحكم مجال الدفع بعد مشروعية قرار خاص نهائي، فإنه يمكن قبوله في غياب كل شروط الخصوصية [2].

وبالنظر إلى أنه من المستبعد أن يقصي أحد الإتجاهين الآخر، وبالنظر إلى أنهما يتفقان في أنهما يسعيان إلى تغيير مفهوم العملية المركبة ذاته، ورغم أن إتجاه تليين الرابطة المباشرة والضرورية معمم، وأن إتجاه هجر الرابطة الضرورية لا يعني أكثر من حالات منعزلة، فإنه من الضروري البحث عن شرح لقبول الدفع بموجب نظرية أخرى غير العمليات المركبة التي أصبحت لا تصمد أمام توسع قبول الدفع. في هذا الإطار وجد الفقه في مفهوم الحقوق المكتسبة بديلا لمفهوم العمليات المركبة الذي فقد دقة حدوده، ومعناه الحقيقي، حيث أن المنازعة بالطريق الفرعي لقرار لم ينازع فيه في المواعيد المناسبة ممكن، إذا لم يولد هذا القرار حقوقا لصالح الغير [3]. ولتفسير هذا التجاوز إلى مفهوم الحقوق المكتسبة، انطلق بعض الفقهاء من البحث عن الأسباب الموضوعية التي تفسر قاعدة عدم قبول المناقشة بالطريق الفرعي للقرار الخاص النهائي.

وبالنسبة لبعضهم فإن الوجه المستخلص من عدم مشروعية القرار الفردي السابق، غير مقبول لأنه "يهدف ليس فقط إلى جر القاضي إلى تقدير مشروعية قرار لم ينازع فيه في مواعيده، لكن إلى الحد أيضا أو إلى إلغاء هذا القرار"[4]. إن هذا التفسير ليس خاطئا في ذاته، فهذا هو بالتأكيد أثر قبول الدفع بعدم مشروعية قرار خاص، لكن الملاحظة تصدق أيضا بالنسبة للدفع بعدم مشروعية قرار تنظيمي. والحال أن هذا الدفع الأخير هو دفع دائم، وبالتالي فالشيء الأكيد أن التفسير الذي يقول بأن التمسك بعدم مشروعية قرار فردي نهائي غير مقبول لأنه يقود القاضي إلى تقدير مشوعية قرار لم ينازع فيه في المواعيد، هو تفسير خاطئ خاصة وأن هذا الحل لا ينطبق بخصوص القرار التنظيمي.

---

1 - CE. 30 novembre 1977, Association des chasseurs de Noyant de Touraine, in F. Chevallier, 0p. Cit., p. 339.
2 - CE. 8 juillet 1949, Epoux Caulier, in F. chevallier, 0p. Cit. p. 339.
3 - M. waline, Note sous CE. 6 juilllet 1977, Consorts Girard, RDP. 1977, p. 1323.
4 - J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif… ; M. C. bergers, 0p. Cit., p. 328.

وبالنسبة للبعض الآخر، فإنه يجب أن نمتنع عن البحث عن أساس نظري لعدم القبول، لأن الأخير لا يفإلا بإعتبارات عملية، ووفقا لهم فإن القضاء حول الدفع بعدم مشروعية القرارات الفردية، قد سيطرت عليه الإعتبارات العملية والإنشغالات بإنقاص مدى هذا الدفع إلى حده الأدنى، إنه بالتأكيد الأساس الصلب للقاعدة التي تقبل الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية بدون ميعاد ولا تقبل الدفع بعدم مشروعية القرارات الفردية إلا في مواعيد الطعن[1]. وهو أمر غير منطقي لأنه لا يمكن أن تفسر قاعدة مهمة (مبدأ عام في القانون الإداري) بإعتبارات عملية .

وعلى عكس ذلك، إذا كان قاضي تجاوز السلطة يرفض مبدئيا مجازاة عدم المشروعية التي تصيب القرارات الخاضعة له، وإذا كان منشغل بإنقاص مدى الدفع بعدم المشروعية إلى حده الأدنى، وإذا كان يمتنع إراديا عن ممارسة مهمته كمراقب، فإنه وإذا كانت توجد مصلحة عامة تقضي أن كل عدم مشروعية يجب أن تجازى، فإنها توجد أيضا مصلحة عامة، تقتضي أن الوضعيات الناشئة والمقبولة من قبل الأطراف منذ مدة طويلة يجب ألا يتم إزعاجها [2]. فالقاضي يقوم بمهمته، ويجازي إلى أبعد حد ممكن عدم مشروعية القرارات الإدارية، ولا تقيده إلا الحقوق المكتسبة التي يجب أن تحمى، فلا يجوز إزعاجها بناء على "دفع" من الطاعن، فإذا أصبحت الحقوق مكتسبة فلا يمكن إعادة المنازعة فيها بطريق الدفع بعدم المشروعية. وهكذا ففي إطار مفهوم الحقوق المكتسبة يجب البحث عن أساس القواعد المتعلقة بالدفوع بعدم المشروعية، وخاصة الدفع بعدم مشروعية القرارات الخاصة (الفردية والجماعية)، فإذا كان الدفع بعدم مشروعية قرار تنظيمي مقبول، فلأن الأخير لا يخلق بنفسه حقوقا، ثم وعندما يقبل هذا الدفع فإنه لا يؤدي إلا إلى إستبعاد تطبيقه على الحالة الخاضعة للقاضي، فلا يؤدي بأي حال من الأحوال إلى إلغاء التنظيم، ولا إلى إعادة المنازعة بطريق التبعية في الوضعيات التي أصبحت مكتسبة بفعل تطبيقه، فهذا الدفع لا يمكن أن يضر إطلاقا بالحقوق المكتسبة. ولأنه لا يعيد إطلاقا المنازعة في الحقوق المكتسبة بموجب قرار فردي نهائي، فإن الدفع بعدم مشروعية قرار فردي يكون دائما مقبولا دعما لطلب التعويض. وبالمثل، فعندما لا تكون الحقوق قد اكتسبت بصورة نهائية (قبل انقضاء الميعاد)، فإن إثارة عدم مشروعية القرار الفردي تقبل، كما تقبل حتى بعد إنقضاء الميعاد، إذا كان النزاع ما يزال مطروحا أو منظورا ولم يغلق [3].

وهكذا فإن تجاوز نظرية العمليات المركبة عن طريق مفهوم الحقوق المكتسبة، هو حل ملائم وممكن، لأنه يسمح بتبسيط القضاء المتعلق بالدفع بعدم المشروعية، وبتوحيد نظام قابلية الدفع بعدم المشروعية، فقد كنا مجبرين في إطار النظام الكلاسيكي على القول بأن الدفع بعدم مشروعية قرار خاص غير مقبول، لكنه مقبول في إطار نزاع التعويض أو إذا لم يصبح القرار نهائي سواء لأن الميعاد لم يستنفذ أو لأن هذا القرار قد تم الطعن فيه والنزاع لم يغلق بعد. إلى ذلك يجب أن نضيف عدد من الحالات الخاصة. لكن من الآن فصاعدا، تعبير واحد يسمح بصياغة مجموع

[1] - Galabert, Concl sur CE. 26 avril 1964, Dufourniaud, cite in F. Chevallier, 0p. Cit., p. 343.
[2] - Lhopital, Concl sur CE. 20 mars 1862, ville de Chalons, in F. Chevallier, Op. Cit., p. 344.
[3] - F. Chevallier, Op. Cit., p. 344.

هذه الاقتراحات بطريقة نظامية يتمثل في أن: "الدفع بعدم المشروعية مقبول في كل مرة لا تعاد فيها المنازعة في الحق المكتسبة بصورة نهائية " [1].

ثانيا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرارات المنعدمة

لقد استعمل مصطلح الانعدام لأول مرة في 16 أفريل 1903، من طرف محكمة النقض الفرنسية التي إستعملته كآلية لدحض"وجود" زواج، لم يكن أطرافه مختلفي الجنس، مؤكدة بأن مثل هذا الزواج لا يمكن أن يعقد قانونا[2]. وفي مجال القانون الإداري نكون بصدد القرارات المنعدمة، عندما يشوب القرار الإداري عدم مشروعية جسيمة وفاضحة (أ)، يترتب عليها جواز الدفع بعدم مشروعيته رغم إنقضاء ميعاد الطعن القضائي (ب).

أ- إرتباط القرار المنعدم بعدم مشروعية جسيمة

تُعرف القرارات الإداية المعدومة بأنها تلك القرارات التي تخالف مبدأ المشروعية مخالفة جسيمة، تجردها من صفتها كقرارات وتنزل بها إلى مرتبة العمل المادي البحت، ومثل هذه القرارات المعدومة لا تتمتع بما يُقرره القانون للقرارات الإدارية حتى المعيبة منها من حماية، ولا يلتزم الأفراد باحترامها [3].

لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الطعن الذي يهدف إلى تقرير إنعدام هذه القرارات، لا يمكن أن يعد طعنا بالإلغاء، ومن ثم لا يتمتع بالمزايا التي تتقرر لهذا الطعن الأخير، لذلك لا يستعمل في قضائه بصدد القرار المعدوم، عبارات تماثل ما جرت عليه أحكامه بصدد القرارات الباطلة، بل جرى على استخدام عبارات أخرى، تدل على أنه ينظر إلى الدعوى ضد القرار المعدوم، نظرة أخرى مغايرة لنظرته إلى دعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، التي يلجأ اليها الأفراد للطعن في مشروعية القرارات الباطلة. فقد جرى على أن يستخدم لإبطال القرار الإداري عبارة، "القرار باطل" la décision est annulée أو عبارة "القرار مشوب بتجاوز السلطة" l'acte est entacher d'excès de pouvoir، على خلاف العبارة التي جرى بها قضاؤه لإعلان إنعدام القرارات الإدارية، إذ يقرر أحيانا أن القرار الإداري باطل ولا أثر له " l'acte nul et de nul effet "، ويذهب أحيانا أخرى إلى أن القرار الإداري باطلا ولا يعمل به " nul et non avenu " [4].

---

[1] - F. Chevallier, Ibid., p. 346.

[2] - « …. L'existence d'un mariage est subordonnée à la condition que le sexe de chaque époux soit reconnaissable et qu'il diffère du sexe de l'autre, mais dans l'espèce, il s'agissait de simples malformations qui furent jugées insuffisantes à justifier le prononcé de la nullité », cass. civ. 6 avril 1903 in S. B. Girard, l'inexistence en droit administratif, contribution à l'étude de la fonction des nullités, l'Harmattan, 2010, p. 82.

[3]- محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 334، 335.

[4] - CE. Sect. 10 janvier 1950, Massonaud, in M. Long et (al.), Op. Cit. p. 35, CE. 8 janvier 1971, Association des magistrats de la cour des comptes, AJDA. 1971, p.672 ; CE. 31 mai 1957, Rosan Girard, in M. long et (al.), Ibid.

أما بالنسبة لمجلس الدولة الجزائري، فرغم أن الفرصة قد أتيحت له لكي يبدي رأيه في الموضوع، إلا أنه عـ القرار المنعدم بنفس معاملة القرار الباطل. يتعلق الأمر بقرار والي عنابة الصادر في 26 نوفمبر 1996 [1]، والذي قرر حل جمعية الأمل، إستنادا لاعتبارات الأمن العمومي. حيث رفعت الجمعية دعوى أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة، انتهت إلى إلغاء قرار الوالي. طعن الأخير بالإستئناف أمام مجلس الدولة، الذي أيد القرار المستأنف مبررا قراره كالتالي:

"حيث أن المستأنف ينكر على الجهات القضائية أهلية النظر في قضية الحال، باعتبار أن قرار حل الجمعية يشكل عملا من أعمال السيادة، وبالتالي يفلت بهذه الصفة عن الرقابة القضائية، ولكن حيث أن هذا النعي يدخل وفقا للمادة 138 من الدستور، ومن ثمة يعد اعتداء على اختصاص الجهة القضائية.

وحيث أكثر من ذلك، فإن القرار الإداري موضوع النظر، فيه استحواذ للاختصاص أناطه القانون رقم 31/90 سيما في مواده 33 و35 و37، والتي تفيد جميعها صفة الأشخاص والهيئات المناط بها حل الجمعيات دون غيرها.

وحيث أن هذه التنصيصات مشار اليها بالطابع العام. وحيث أن القرار المستأنف لما صرح بابطال القرار رقم 96/606 يكون قد التزم صحيح القانون".

فهذا القرار رغم أنه متوفر على خصائص القرار المنعدم [2]، لأنه مشوب بعيب عدم الإختصاص الجسيم، أو ما يسمى باغتصاب السلطة، لكون الوالي بقراره قد اعتدى على اختصاص السلطة القضائية، وأن درجة جسامة الإعتداء تجعله قرارا منعدما وليس قرارا باطلا فقط، فإن مجلس الدولة لم يشر إلى هذا الإنعدام واكتفى بتأييد البطلان. فإلى متى يظل مجلس دولتنا بعيدا عن تسمية الأشياء بمُسمياتها.

وبصدد تحديد مفهوم الإنعدام، فإنه يجب أن نميز بين إنعدام القرار الإداري وبين عدم وجوده المادي، فالأخير يعني بأن القرار لم يتخذ إطلاقا ولا وجود لأثره في أرشيف الإدارة [3]. أما فيما يخص الإنعدام القانوني، فيعني أن القرار قد أتخذ، لكنه يعتبر مع ذلك معدوما لأنه مشوب بعدم مشروعية جسيمة وفاضحة.

وبالإضافة إلى ذلك، يقتضي الأمر أن نوضح ما إذا كان لنظرية الإنعدام نفس مجال تطبيق الاعتداء المادي، فبالتطرق إلى موقفي مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة التنازع، نجد أن الأول رفض في البداية هذه المماثلة معتبرا بأن بعض القرارات التي تشكل إعتداء ماديا، هي قرارات باطلة وليست قرارات منعدمة [4].بينما ربطت محكمة التنازع عكس مجلس الدولة بين المفهومين، وقالت بأن "القرارات التي تتميز بطابع الإعتداء المادي، بمعنى تلك التي تعتدي

[1] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، ط– 4، ص. 201– 209.

[2] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع نفسه، ص. 201– 209.

[3] - CE. sect. 26 janvier 1951, Galy, S. 1951. 3. 52.

[4] - CE. Sect. 31 janvier 1958, société d'établissement lassale, Astis, AJDA. 1958, II, p. 90, Chron, Fournier et Braibant.

على حق الملكية أو الحرية الأساسية، والغير قابلة للإرتباط بشكل واضح بسلطات الإدارة، يجب أن ينظر إليها "وكأنها لم تكن" مما يعني بأنها منعدمة"[1]. وقد تطابق موقف مجلس الدولة مع هذا الحل في قرار 13 جولية 1966 [2].

لكن لا ينتج عن هذا القضاء بأن المجالات المحددة للإعتداء المادي وللقرارات المنعدمة متطابقة كليا، فالإعتداء المادي يتشكل في الكثير من الأحوال ليس بموجب قرارات إدارية، لكن بموجب التنفيذ المادي للقرارات في شروط غير قانونية، في حين أن التصرف القانوني وحده من الممكن أن يُكيف بأنه منعدم، هذا من جهة. ومن جهة أخرى يعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأنها منعدمة بعض القرارات الإدارية التي لا تشكل اعتداء ماديا [3].

ب- الدفع بعدم مشروعية القرار المنعدم دفع دائم ومتجدد

لا يمكن أن تصل عدم مشروعية القرار المعدوم إلى درجة أنه لا يجوز أن يكون محلا للطعن القضائي، فالمعنيين به بإمكانهم المنازعة فيه [4]، وللقاضي أن يفحصه كما يفحص القرار العادي، كل ما في الأمر أن القرار المعدوم يصرح بشأنه، وكأنه لم يكن أو بأنه منعدم وبدون أثر. وتكمن الفائدة في التصريح بالإنعدام بتحقيق أهداف خاصة تتمثل في السماح بالدفع بعدم مشروعية القرارات الخاصة خارج ميعاد الطعن [5]، فعدم المشروعية التي تصيب القرار الإداري سواء كان تنظيميا أو خاصا من الممكن إثارتها في كل وقت [6].

لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن الطعن الذي يهدف إلى تقرير إنعدام القرارات لا يتمتع بمزايا الطعن بالإلغاء، ومنها تحديد الميعاد [7]. وهذا ما دفعه في قراراته الحديثة إلى مشايعة الرأي الغالب في فقه القانون العام، والذي يرى أن القرار المعدوم لا تلحقه حصانة، ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن بالإلغاء، فأباح للأفراد رفع دعوى تقرير الإنعدام، مهما مضى من زمن على وجود القرار المعدوم، مما يعني إمكانية المنازعة فيه بصورة دائمة [8]، بل يجب أن يثيره القاضي من تلقاء نفسه باعتباره يشكل وجها من أوجه النظام العمومي بسبب خطورته [9].

---

1 - TC. 27 juin 1966, Guigon, C. Ministre des armées, D. 1968. J. p. 7.

2 - CE. 13 juillet 1966, Guigon, D. 1966, p. 669, Note, F. G. Bertrand ; CE 11 mars 1998, Ministre de l'intérieur, C. M^{ame} Auger, in S. B. Girard, 0p. Cit., p. 280.

3 - S. B. Girard, Op. Cit.,p. 280, N° 764.

4 - CE. 26 janvier 2007, comme de Neuville sur Escaut, JCP. 2007, p. 2058, note Caille.

5 - J. Rivero, J. waline, Droit administratif, Dalloz, 21 édition, 2006, p.373; Ch. Debbasch, F. Colin, Op. Cit., 113, 114.

6 - CE. 6 juillet 1956, Pierre Alype, 27 novembre1957, Leroy, 18 novembre 1974, Association des administrateurs civils du ministère des affaires sociales, in J. M. Auby, R. Drago, 0p. Cit., p.437; CE. 15 mai 1981, philippe Maurice, D. 1982, p. 147, note Blondel et J. Laferrière.

7 – محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 335.

8 - CE. 15 mai 1981, Maurice, AJDA. 1982, p. 86, Concl. Bacquet; CE. 28 février 1986, RDP. 1986, 1446, Note J. M. Auby.

9 - CE. 5 mai 1971, préfet de Paris et Ministre de l'intérieure, AJDA. 1972, p. 301.

وفي إطار هذا الإتجاه سار مجلس الدولة المصري، الذي قرر بأن القرار الذي يقوم على اغتصاب السلطة، تلحقه حصانة ولا يزيل عيبه فوات الميعاد المقرر للطعن في القرارات الإدارية، بل يجوز دائما رفع الدعوى ضده في كل وقت دون التقيد بميعاد الإلغاء [1].

ومن أحكامه العديدة في هذا الشأن، ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا المصرية من أنه: "إذا نزل القرار إلى حد غصب السلطة، وإنحدر بذلك إلى مجرد الفعل المادي المعدوم الأثر قانونا، فلا تلحقه أية حصانة، ولا يزيل عيبه فوات ميعاد الطعن فيه، ولا يكون قابلا للتنفيذ المباشر، بل لا يعدو أن يكون مجرد عقبة مادية" [2]. وما ذهبت إليه هذه المحكمة في حكمها الصادر في 27 جويلية 1959: "...لما كان القرار معدوما، وكأنه لم يكن، ولا تلحقه أية حصانة، ولا يزيل إنعدامه فوات ميعاد الطعن فيه ... ومن ثم يكون الدفع بعدم قبول الطعن لتقديمه خارج الميعاد في غير محله "[3].

بدوره صرح المجلس الأعلى الجزائري بموجب قراره المؤرخ في 30 جانفي 1988، "بأن الأفعال التي وقع المعنيون ضحيتها تشكل تعديا، أي تصرفا ماديا للإدارة مشوبا بعيب جسيم وماسا بأحد الحقوق الأساسية للفرد، وأنه لا مجال بالتالي للتمسك بفحوى المادة 169 مكرر من قانون الإجراءات المدنية (السابق) [4].

تجدر الإشارة إلى أنه وإذا كانت دعوى إعلان الانعدام مقبولة رغم انقضاء الميعاد، فمن باب أولى أن الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري الفردي مقبول أيضا، بعد انقضاء ميعاد الطعن، لكن هل تظل هذه الدعوى وهذا الدفع بعدم المشروعية مقبول إلى الأبد ؟

إجابة على هذا السؤال قال أحد الفقهاء [5]: أن عدم خضوع دعوى تقرير الإنعدام للميعاد المقرر لدعوى الإلغاء لتجاوز السلطة، لا يعني أن تظل الدعوى قائمة إلى الأبد، بحيث يستطيع صاحب الشأن أن يلجأ إليها في أي وقت ودون التقيد بأي موعد. فلا شك أن استقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية، أمر تميله المصلحة العامة وحسن سير المرفق العام. وإذا كان مبدأ الإستقرار يتعارض مع إحترام مبدأ المشروعية الذي يفرض على جهة الإدارة أن تتفق تصرفاتها مع القانون، وإلا كانت غير مشروعة، مما يوجب عدم الإعتداد بها وإلغائها في كل وقت، فإن المشرع قد أجرى توازنا بين الإستقرار وعدم المشروعية البسيطة التي تؤدي إلى إلغاء القرار لتجاوز السلطة، بأن جعل الفترة التي تكون المراكز الناشئة عن هذه القرارات غير مستقرة فيها قصيرة، بحيث إذا مضت هذه المدة استقر القرار الإداري وأصبح في حكم القرار السليم، ولعل الذي دفع المشرع إلى جعل مدة الإلغاء قصيرة نسبيا، هو أن عدم المشروعية غير جسيمة، مما يسمح بتغليب مبدأ إستقرار المراكز القانونية عليه بمضي هذه الفترة.

---

[1] – رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص. 470.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، س1، ص. 38، أشار إليه محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 335.7

[3] – المحكمة الإدارية العليا ، مجموعة السنة الرابعة ، ص 1613، أشار إليه رمزي طه الشاعر ، المرجع السابق ، ص 471.

[4] – المجلس الأعلى، قرار رقم 56407، المؤرخ في 30 جانفي 1988، جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 429، 430.

[5] – رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص. 471، 472.

ولا شك أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة للقرار المعدوم الذي تشوبه مخالفة جسيمة لمبدأ المشروعية، يمكن لمضي المدة القصيرة أن يزيل العيب أو أن يطغى على مبدأ عدم المشروعية، ولكن ليس معنى ذلك أن يظل عدم الإستقرار قائما مهما طالت المدة، فلا بد من وقت ينتهي فيه عدم الإستقرار، وأن يكون هذا الوقت متناسبا مع جسامة عدم مشروعية القرار المعدوم، ونرى إمكان قياس ذلك على التقادم الطويل المسقط، والذي يعتبر قاعدة عامة تحكم تقادم الإلتزامات، وهي القاعدة التي طبقها القضاء الإداري بالنسبة للتعويض عن القرار الإداري المخالف للقانون، ومقتضى ذلك أن تنقضي الدعوى ضد القرار المعدوم وأن ينقضي الدفع بعدم مشروعية القرار المعدوم بمضي خمسة عشرة سنة من تاريخ إعلان القرار أو نشره أو العلم اليقيني به.

ونحن نتفق معه في هذا الرأي، فهو لم يُقصّر ميعاد الدفع بعدم مشروعية القرار المنعدم إلى ميعاد دعوى إلغاء القرار غير المشروع لعدم تماثل عدم المشروعية في الحالتين، كما لم يجعله دفعا أبديا فقد وفق بين هذا وذاك، ارتكازا على اعتبارات المصلحة العامة واستقرار المعاملات والمراكز القانونية، وهذا يستلزم عدم تعليق المنازعة في هذه القرارات إلى أمد لا نهاية له.

وقد استند الأستاذ رمزي طه الشاعر في هذا الرأي، إلى ما ذهب إليه حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في 18 فيفري 1973 والذي جاء فيه: "وإن كانت قواعد القانون المدني قد وضعت أصلا لتحكم روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري له أن يطبق من تلك القواعد ما يتلاءم مع هذه الضوابط، وله أن يطورها بما يتفق مع طبيعة هذه الروابط، إلا إذا وجد نص في مسألة معينة فيجب عندئذ إلتزام هذا النص، وترتكز مدة التقادم المسقط على إعتبارات تتصل بالمصلحة العامة، إذ الحرص على إستقرار المعاملات وتوفير الطمأنينة في المراكز القانونية يتطلب دائما العمل على سرعة البت فيما يثور من منازعات، فطالما أن التطور القانوني قد وصل إلى حد الإقرار للأفراد بحق منازعة السلطات العامة فيما تجريه من تصرفات، فإن ذلك يستتبع بالضرورة وجوب تنظيم وسائل هذه المنازعة بما لا يكون من شأنه تعليقها إلى أمد لا نهاية له، وإذا كان للتقادم المسقط للمطالبة بالحقوق في روابط القانون الخاص حكمته التشريعية المتصلة بالمعاملات، فإن حكمة هذا التقادم في مجال روابط القانون العام تجد تبريرها على نحو أدعى وأوجب في إستقرار الأوضاع الإدارية والمراكز القانونية استقرارا تمليه المصلحة العامة وحسن سير المرفق، ولما كان مجلس الدولة لم يحدد مددا لرفع الدعاوى في المنازعات الإدارية ... إلا ما يتعلق منها بطلبات الإلغاء... ومن ثمة فإن غيرها من الطلبات يجوز رفعها متى كان الحق المطالب به لم يسقط بالتقادم طبقا لقواعد القانون المدني ... وإذا كانت أحكام القانون المدني ... قد تكفلت ببيان أنواع مختلفة للتقادم الطويل أو القصير، غير أن هذا التعداد لأنواع التقادم لا يمكن أن يهدر الأصل الذي يجعل من التقادم الطويل القاعدة الأساسية في سقوط حق المطالبة" [1].

[1]– المحكمة الإدارية العليا المصرية، حكم 18 فيفري 1973، مجموعة مبادئ الخمسة عشر عاما، ص. 1066، أشار إليه رمزي طه الشاعر، المرجع السابق، ص. 472،473.

تبين قواعد الإختصاص القضائي للطاعن القاضي الذي يجب إخطاره، لكن يحدث أن يتعلق حل النزاع من طرف هذه الجهة القضائية أو تلك، بموجب هذه القواعد بفحص مسألة، لو أنها شكلت موضوع طعن رئيسي، فإنها لن تعود إلى هذه الجهة القضائية، فلو توبع فرد أمام القاضي الردعي لعدم خضوعه للتنظيم، واستند في دفاعه إلى عدم مشروعية هذا التنظيم، فإن هذه المسألة التي تقتضي قرار من القاضي، تعود في الأصل لاختصاص القضاء الإداري، في هذه الفرضية يوجد حلين ممكنين:

فالقاضي المختص بالدعوى الأصلية بإمكانه أن يفصل إستثنائيا في المسألة التبعية، تطبيقا لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وعلى عكس ذلك يمكن إعمال مبدأ فصل السلطات، وإلزام القاضي بوقف الفصل وإحالة المسألة الأولية إلى الجهة القضائية المختصة، إن الحل الأول يكرس قواعد الفصل، فيما يكرس الحل الثاني مصلحة الطاعنين. وهكذا نسمي مسألة سابقة المسألة الفرعية التي يستطيع قاضي الدعوى أن يفصل فيها بنفسه، ومسألة أولية المسألة التي يجب أن تخضع لاختصاص الجهة القضائية الأخرى، وإذا كانت المسألة السابقة لا تثير إشكالات قانونية، باعتبارها عنصر من عناصر النزاع المطروح على القاضي الأصلي، فإن المسألة الأولية بإعتبارها ترتب وقف الفصل في الدعوى وإحالتها إلى قاضي آخر، قد ينتمي إلى جهاز قضائي آخر، وما يترتب عن ذلك من إطالة في مدة التقاضي وتعقد إجراءاته ، تستدعي دراسة مفصلة، نتناول من خلالها مفهوم المسألة الأولية في (المطلب الأول)، وأثر قبول الدفع بعدم المشروعية أو أثر إعمال المسألة الأولية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المسألة الأولية

لتوضيح الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري الذي يختص بالفصل فيه كمسألة أولية، قاضي آخر غير قاضي الدعوى الأصلية، يقتضي الأمر تعريف المسألة الأولية وتحديد أساسها (الفرع الأول)، وتميزها عن غيرها من المسائل (الفرع الثاني)، وأخيرا الشروط الواجب توفرها لإعمال المسألة الأولية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية وتحديد أساسها

نتناول في نقطة أولى تعريف المسألة الأولية، وفي الثانية تحديد أساس تقنية أو آلية المسألة الأولية.

أولا: تعريف المسألة الأولية

وصلت آلية الإحالة الأولية إلى درجة من التطور في القانون الوضعي، جعلتها موضوع إهتمام وتأمل كل القانونين مهما كانت اختصاصاتهم، يتعلق الأمر بإجراء فرعي تتخلى بموجبه الجهة القضائية المخطرة بالنزاع عن مسألة

قانونية لكي تتكفل سلطة أخرى بالفصل فيها [1]. وكما هو واضح فإن هذا التعريف واسع جدا، لذلك يستلزم الا البحث عن تعريف أدق.

لقد عرفت محكمة التنازع الفرنسية المسألة الأولية، بأنها تلك المسألة التي تثار بموجب وجه من أوجه الدفاع والتي يعود الإختصاص بها إلى جهة قضائية أخرى، والتي يعتبر حلها ضروريا لحل النزاع الأصلي [2]. وكتب Laferrière [3] بأنه ولكي نكون بصدد مسألة أولية: "فيجب أن توجد أولا مسألة بمعنى صعوبة جدية، يثيرها الأطراف أو يقررها القاضي من تلقاء نفسه وأن يكون من شأنها أن تولد الشك في العقل المستنير، ثم يجب أن تتطلب هذه المسألة حكما متميزا ومنفصلا يصدر عن قاضي آخر غير قاضي الموضوع". كما عرفت المسألة الأولية بأنها: "المسألة التي يسبق حلها فحص الموضوع، والتي يجب أن يفصل فيها من طرف جهة قضائية لا تنتمي إلى النظام الذي تنتمي إليه الجهة القضائية المختصة بالدعوى الأصلية ...." [4].

عن فحص هذه التعاريف تنتج الملاحظة التالية:

إن العناصر التي تضمنها تعريف Laferrière قد أعيد الأخذ بها وتركيبها في التعريف الذي أعطاه العميد Odent، لكن وفي حين أن الأول تحدث عن "قاضي غير ذلك المختص في الموضوع" تحدث الثاني عن الإختصاص:

"جهة قضائية غير تلك المختصة بالفصل في الدعوى الأصلية"، لكن الموضوع ليس في هذه أو تلك الحالة، موضوع اختصاص قاضي أو جهة قضائية لنظام قضائي آخر للفصل في المسألة الأولية، ففي داخل نفس النظام القضائي، يمكن أن يتوقف حكم الدعوى المدنية على جواب المسألة المحفوظة للمحاكم الجنائية . أو بالعكس، يتعلق حكم الدعوى الجنائية بحل مسألة تعود للإختصاص الحصري لمحاكم القانون المشترك، بل يمكن أن نجد مسائل أولية داخل نفس الجهة القضائية المدنية بفعل وجود قضاء الإختصاص [5]. وبالتالي فإن الدفع بعدم الإختصاص يشكل نموذج للمسألة الأولية، ولعل المثال التقليدي الذي يضرب في هذا الإطار، هو حالة الشخص المعتبر أجنبيا والذي صدر في حقه قرار بالطرد، حيث ينازع هذا الشخص في هذا القرار، زاعما بأنه فرنسي الجنسية، فالإبعاد هو قرار غير مشروع إذ صدر في حق فرنسي، ووحدهم الأجانب يمكن إبعادهم. إن الجهة القضائية الإدارية المختصة بإبطال قرار الإبعاد،

---

1 - S. Guinchart, F. Ferrand, procédure civile, Paris, Dalloz, 28eme édition, 2006, N°- 346, in. C. Called, la fonction juridictionnelle à l'épreuve de la question préjudicielle, revue jurisdoctoria, N°- 6, 2011, p. 17.

2 - TC. 6 juillet 1957 , D. 1958, p. 310, Note Quermonne in S. Guinchard , Droit pratique de la procédure civile, Droit interne, droit communautaire , 6eme édition , 2009, p. 228.

3 - « pour qu'il y ait question préjudicielle, écrivait Laferrière, il faut d'abord qu'il y ait une question, c'est-à-dire une difficulté réelle, soulevée par les parties ou spontanément reconnue par le juge et de nature à faire naitre un doute dans un esprit éclairé, enfin cette question doit exiger un jugement distinct et séparé, émanant d'un juge autre que celui du font ». Laferrière, traité de la juridiction administrative, 1887, T- 1, p.444, 449, in D. Granjon, les questions préjudicielles, AJDA. février 1968, Doctrine, p. 75.

4 - R. Odent, Contentieux administratif, T- 1, Dalloz, Paris, 2007, p. 114.

5 - D. Granjon, 0p. Cit, p. 75.

ليست مختصة للفصل في مسألة الجنسية التي تعود للسلطة القضائية. توجد إذن مسألة أولية، وقاضي الموضوع يجب أن يوقف الفصل إلى حين حل هذه المسألة الأولية من طرف القاضي المختص [1].

ثانيا: أساس تقنية أو آلية المسائل الأولية

إن مبادئ فصل السلطات الإدارية والقضائية، حسن سير إدارة القضاء، الإختصاص الشامل هي مبادئ في قلب القضاء الإداري حول الطعن لتقدير شرعية قرار إداري بناء على إحالة من القاضي العادي [2]. بعبارة أخرى، تبدو المسائل الأولية من أول وهلة في قلب التعارض أو التناقض بين مبدأين قانونين، الأول: هو مبدأ الفصل بين الوظائف القضائية والإدارية، والثاني يتعلق ببديهية أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع [3]، وفي هذا الإطار كتب أحد القضاة منذ 1813: "مبدئيا، يختص كل قاضي بالفصل في الدعوى المخطر بها، وهو مختص أيضا بالفصل في كل المسائل التي تثار أمامه بصفة فرعية خلال هذه الدعوى، وإن كانت هذه المسائل لا تدخل في إختصاصه إذ اقترحت عليه بصفة أصلية"، كتب هذا المبدأ لكنه أضاف "يجب أن يوجد نص قانوني رسمي حتى لا يطبق هذا المبدأ" [4].

إن هذا الرأي لا يخص إلا العلاقات بين محاكم النظام القضائي العادي، فهل يمكن نقله في العلاقات بين النظامين القضائيين ؟

في الحقيقة، وفي إطار العلاقات بين النظامين القضائيين يوجد نص المادة 13 من قانون 16-24 أوت 1790[5]، ومرسوم فريكتيدور للعام الثالث، والذي تتمثل آثاره في تقسيم الإختصاصات ومنع الإعتداءات، لكن التطبيق الصارم لمبدأ الفصل بين السلطات، قد يؤدي إلى إنكار العدالة داخل النظام القضائي إذا دفعنا به إلى أقصى ما يمكن، لذلك فإذا كان مبدأ الفصل هو قاعدة أساسية في النظام القضائي المزدوج وأساس نظام المسائل الأولية، فيجب تليينه ليتوافق مع بديهية الإختصاص الشامل، لكن إذا دفعنا التحليل إلى أبعد من ذلك، نرى بأن آلية المسائل

---

1 - CE. Ass. 2 mai 1958, Malapa, in R. Odent, 0p. Cit. p. 115.

2 - D. D. Bugny, la compétence du juge administratif saisi d'un recours en appréciation de validité d'un acte administratif, encadrée par le renvoi préjudiciel du juge judiciaire, RFDA. Janvier – février, 2006, p. 73.

3 - La plénitude de juridiction confère à tout juge administratif ou judiciaire compétent sur le fond du droit en une matière déterminée, compétence pour statuer sur les actions ou les conclusions dont la connaissance devrait normalement appartenir à une juridiction de l'autre ordre juridictionnel, chaque fois que les activités ou les décisions litigieuse s'incorporent à la matière considérée de façon trop étroite pour pouvoir en être dissociée ou détachées. Cette extension de compétence s'opère donc en dérogation aux règles normales de compétence, résultant du principe de la séparation des pouvoirs, R. Odent, Op. Cit., p. 99.

4 - Barrist, cité par C. Pelletier, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif, LGDJ. 1953, p. 31, in D. Granjon, Op. Cit., p. 77.

5- تنص المادة 13 من قانون 16 و24 أوت 1790 حول التنظيم القضائي على: "أن وظائف القضائية المتميزة وتبقى دائما منفصلة عن الوظائف الإدارية، إن القضاة لا يستطيعون تحت طائلة الخيانة، الإخلاء بأي طريقة كانت بعمل الجهاز الإداري، ولا أن يحاكموا الموظفين الإداريين بسبب وظائفهم"، أنظر أيضا،

M. F. Mazars, le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1777.

الأولية التي تظهر كجزاء لفصل النظامين القضائيين، ليست فقط نظاما مانعا يتمثل هدفه الوحيد في ضـ الإستقلال المشترك للأجهزة القضائية، لكنها وإنطلاقا من هذه الوظيفة السلبية في مجملها، تحقق وظيفة إيجابية تسمح للأنظمة القضائية المنفصلة ألا تبقى أجنبية عن بعضها البعض، فبموجب هذه الإحالة الأولية تطرح الأنظمة القضائية أسئلة على بعضها، وعندما تكون إدراة القضاء هكذا، فذلك نتيجة لتعاون حقيقي بين النظامين القضائيين [1].

أ- المسألة الأولية وفصل الأنظمة القضائية

يُكرس نظام الازدواجية القضائية وجود نظامين قضائيين، لكل منهما إختصاصاته الخاصة ملزمين بالعيش منفصلين، لكن في وفاق، هذا الفصل يتمتع بضمانتين أحداهما مؤسساتية تتمثل في محكمة التنازع، الحكم الأعلى للإختصاصات المحددة لكل نظام، والثانية إجرائية، تتمثل في إعادة التوازن الذي أخل به نظام النزاع الإيجابي عن طريق إجراء المسائل الأولية، فصحيح أن القاعدة التي يكون بموجبها قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، تسقط مبدئيا أمام القاعد الدستورية للفصل بين السلطات، هذا القيد يفرض على المحاكم العادية كما على المحاكم الإدارية، فالخضوع الذي يبدو بأنه ناتج بالنسبة لهذه أو تلك، من ضرورة التوقف حتى تفصل الجهة الأخرى في عنصر أساسي في النزاع الذي يعود إلى اختصاصها، هو في الحقيقة ضمانة لاستقلالهما المشترك، هذا الإستقلال سيعرض إلى التدخل، إذا كان بإمكان جهة قضائية أن تقوم بطريقة غير مباشرة بما هو ممنوع عليها القيام به بطريقة مباشرة، إذا كان بإمكانهما الفصل في مسألة محفوظة لاختصاص الجهة القضائية الأخرى، بحجة أن الأمر لا يتعلق إلا باستثناء أو بدفع وليس بموضوع الطلب ذاته [2].

وبالتالي فمن الممكن أن نجد أساس المسألة الأولية في النص القانوني، كما هو الحال بالنسبة للمادة 2 من أمر 1 جوان 1828، كما يمكن أن ينتج ذلك عن المبادئ التي تحكم فصل السلطات، كما يمكن أن تمنح محكمة التنازع الإختصاص بقضية وصلت إليها، لمحاكم نظام قضائي معين وهي لا تقوم بهذا المنح، إلا في إطار حل المسألة الأولية من طرف محاكم النظام القضائي الآخر [3].

ب- المسألة الأولية والتعاون بين الأنظمة القضائية

إن مبدأ كمبدأ الفصل بين السلطات بإمكانه أن يسمح في ظل بعض الشروط بالتعاون بين الأنظمة المنفصلة، فالتناقض الموجود بين هذه الأنظمة ما هو إلا تناقض ظاهري لأنه لا يمكن الحديث عن التعاون إلا بوجود إزدواجية في الأجهزة القضائية، فلا يمكن لنظام واحد أن يتعاون مع نفسه.

---

1 - D. Granjon, 0p. Cit., p. 78.
2 - Laferrière, Op. Cit., p. 447 in D. Granjon, Op. Cit., p. 78.
3 - TC. 22 février 1960, RDP. 1960, p. 838.

يبدو بوضوح أن مبدأ الفصل هو مصدر للمنع، فهو موجود لمنع اعتداء نظام قضائي على ما يعود للنظ الآخر[1]، رغم أنه يلزمهما بتقديم المساعدة، إنه بدقه وجود المسائل الأولية الذي يؤدي إلى مثل هذه المساعدة، أو إلى منطق تعاون القضاة وليس التنافس [2]، وفي هذا الإطار كتب André Heurte بأن: "محاكم القضاء الإداري مدعوة لحل المسائل التي تحيلها إليها المحاكم الفاصلة في المواد المدنية أو الردعية في شكل مسائل أولية، عندما تثير هذه المسائل صعوبات تمس بقيمة أو بمعنى قرار إداري" [3]،كما أعلن بأنه: "وبمناسبة هذا الفرع للنزاع يمكن إنشاء تعاون حقيقي بين الأنظمة القضائية، فالمسائل الأولية، تقود إلى توحيد حقيقي، وإن كان جزئيا للأنظمة القضائية" [4]، وكتب Clovis Called : "يجب أن نتصور الإحالة كإجراء للتعاون ليس بين جهتين قضائيتين منعزلتين، لكن بين نظامين قضائيين" [5].

بدون شك أن هذا الحل مزعج بالنسبة للمتقاضي، فالآلية التي تؤدي في النهاية إلى تقسيم الدعوى القضائية يمكن اعتبارها كعبء، بل كبدعة قانونية، غير أنه وإذا كنا مجبرين عل قبول فكرة وجود البدعة القانونية، فلا شك أنها ستكون موجوده بالنسبة للإختصاصات المتنافسة [6]، وهكذا فعندما تفصل المحاكم الردعية في مشروعية قرار إداري، فإن هذا القرار يمكن أن يحال أيضا على جهة القضاء الإداري عن طريق دعوى تجاوز السلطة من طرف المدعى، الذي يمكن أن يكون متهما أمام القاضي الردعي أو أي شخص آخر له صفة القاضي، وعند هذا الحد بإمكاننا أن نتصور بأن الأحكام التي تتناول قرار وحيد ستكون متعارضة كليا، بحسب ما إذا كانت صادرة عن هذا أو ذاك الجهاز. ضف إلى ذلك أن غياب حجية الشيئ المقضى به لقرارات قاضي على آخر في هذه الفرضية، تسمح للذي يفصل في المرة الثانية، خاصة إذا كان القاضي الإداري، أن يقوم بذلك كمراقب غير مباشر على الذي فصل أولا.

بالمقابل، فلن يتحقق شيء من هذه النتائج، عندما تعمل آلية الوسائل الأولية، لأن مبدأ الفصل تم تصويره وتطبيقه بطريقة إيجابية، وليس فقط بطريقة مانعة سلبية، ولأن إحالة الدفع إلى قاضي آخر قد قلب المبدأ التقليدي [7]، ثم إن قرار قاضي الإحالة يتمتع بحجية الشيئ المقضى به، في مواجهة القاضي الذي أوقف الفصل في الدعوى.

---

[1] - M. F. Mazars, le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1777.

[2] - D. LaBetoule, L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1772.

[3] - A. Heurte, Le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires, AJDA. 14 années, 20 novembre 1958, p. 111.

[4] - Ibid., p. 120.

[5] - C. Called 0p. Cit., p. 32.

[6] – إذ يوجد تنافس حقيقي بين إختصاصات النظامين القضائيين، في بعض المجالات، وفي هذا الإطار طبقت محكمة التنازع في قرارها المؤرخ في 27 جوان 1966، نظرية الإنعدام L'inexistence بصدد قرار منشئ للإعتداء المادي، وقد بيّنت في أسباب القرار صراحة تنافس الإختصاصات القضائية لفحص القرار الإداري المتنازع فيه: "هذا القرار الغير قابل للإرتباط بشكل ظاهر بسلطات الإدارة، يشكل اعتداء ماديا، ويجب النظر إليه وكأنه لم يكن، فإنه يعود للقضاء الإداري كما للعادي التحقق من هذا البطلان".

TC. 27 juin 1966, AJDA. 1966, p. 547, obs. A. De Laubadaire.

[7] - « la question préjudicielle étant, de sa nature, l'élément d'un jugement », Laferrière, in D. Granjon, Op. Cit., p.86.

إن آلية المسائل الأولية والتي تعتبر نتيجة لمبدأ الفصل هي في نفس الوقت آلية للتعاون.

الفرع الثاني: تمييز المسألة الأولية عن غيرها من المسائل

نميز بهذا الصدد بين المسألة الأولية العامة والمسألة الأولية الخاصة (أولا)، ثم بين المسألة الأولية والمسألة السابقة (ثانيا)، وأخيرا بين المسألة الأولية والمسألة الملتمسة.

أولا: المسألة الأولية العامة والخاصة

المسائل الأولية العامة هي تلك التي يعود الإختصاص بها إلى نظام قضائي آخر، أو التي تقتضي مساهمة جهات قضائية تنتمي إلى نظامين مختلفين [1]، وفي وجود مثل هذه المسألة يحيل القاضي الأطراف لكي يخطروا بأنفسهم الجهة القضائية المختصة للإطلاع على وجه الدفع بعدم المشروعية، باستثناء المسألة الأولية الأوروبية، حيث أن الإحالة إلى محكمة عدل المجموعة الأوربية تتم من طرف جهة قضائية أخرى [2].

وهكذا توجد مسائل أولية إدارية حيث يحفظ حل النزاع للجهات القضائية الإدارية، ومسائل أولية جنائية لا يمكن حلها إلا من طرف الجهات القضائية الردعية، ومسائل أولية أوروبية، حيث تنص المادة 177 من معاهدة روما في إطار الاهتمام بالتفسير الموحد [3]، على اختصاص محكمة عدل المجموعة الأوربية بتفسير المعاهدات، كما أنشأت إجراءات تمكن من الإحالة المباشرة أمام هذه المحكمة، غير أن هذه الإحالة التي من الممكن الأمر بها تلقائيا، ما هي إلا إجراء إختياريا بالنسبة للجهات القضائية التي تكون قراراتها غير قابلة للطعن القضائي[4]، كما توجد بالإضافة إلى ذلك المسائل الأولية المتعلقة بتفسير المعاهدات الدولية أمام القاضي الإداري، حيث تشكل هذه المسائل مسائل أولية حقيقية، تحال إلى الإدارة متمثلة في السلطة المختصة بالتفاوض حول الإتفاقية، والتي تتمتع لوحدها بسلطة تفسيرها،

---

1 - C. Called, Op. Cit., p.18 ; G. Couchez, X. Lagarde, procédure civile, Sirey, 16eme édition, 2011, p. 106.

2 - S. Guinchard, droit et pratique de la procédure civile, droit interne, droit communautaire, 6eme édition, 2009, p. 228, 229.

3 - « cette obligation de saisine s'inscrit dans le cadre de la coopération institué en vue d'assurer la bonne application et l'interprétation uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres entre la juridiction nationale, en leur qualité de juges chargés de l'application du droit communautaire et la cour de justice.
L'alinéa 3 de l'article 177 vise plus particulièrement à éviter que s'établissent des divergences de jurisprudence à l'intérieur de la communauté sur des questions de droit communautaire » CJCE, 6 octobre 1982, in C. Called, 0p. Cit., p. 32.

4 – إلى وقت قريب كان بإمكاننا أن نعدد نوع آخر من المسائل الأولية العامة، وهي المسائل الدبلوماسية التي تخص تفسير شرط ذو طابع سياسي في معاهدة ما، فإذا كان من المسلم به أن المحاكم بإمكانها تفسير المعاهدات أو الإتفاقيات الدولية التي تطبقها، فإن استثناء ورد على هذه القاعدة المبدئية وأعطى مجالا للمسألة الأولية فيما يخص المسائل الديبلوماسية، التي تقتضي تفسيرا من الحكومة، غير أنه وتبعا لقرار صادر عن المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في 24 نوفمبر 1994، فإنه يجب اليوم استبعاد هذا الحل لمخالفته للمادة 6- 1 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث أن المحاكم العادية تختص بتفسير المعاهدات بدون تحفظات باستثناء المعاهدات الأوربية.

CEDH. 24 novembre 1994, AJDA. 1995, p.137, Obs. Flauss; CE. 29 juin 1990, AJDA. 1990, p. 631, Note Teboul, G. Couchez, X. Lagarde, Op. Cit., p.106.

فمتى أظهر تفسير المعاهدات الدولية صعوبات جدية، فإنها تفلت من اختصاص القاضي الإداري، وتشكل مسألة أولية تحال عموما أمام وزارة الشؤون الخارجية [1]، وبمفهوم المخالفة وتطبيقا لنظرية القرار الواضح فإنه بإمكان القاضي الإداري أن يفسر بنفسه أحكام إتفاقية دولية لا تثير صعوبات جدية.

أما المسائل الأولية الخاصة فهي تلك المسائل التي تستوجب إحالة من جهة قضائية إلى أخرى تنتمي إلى نفس النظام القضائي، يقتضي الأمر إذن أن تتوقف المحكمة المخطرة عن الفصل وأن تحيل المسألة الأولية إلى الجهة المختصة، عندما يتم إخطارها بدفع يعود الإختصاص الحصري به إلى جهة قضائية أخرى [2]، وهكذا فبإمكان المحاكم المدنية أن توقف الفصل لكي تسمح لجهة مدنية أخرى أن تفصل في المسألة الأولية الخاصة التي تخرج عن اختصاص الأولى [3].

إن التمييز بين هذين النوعين من المسائل الأولية يرتكز بالإضافة إلى ما سبق تبيانه، على خصوصية الإجراء المطبق على كل واحدة منهما، فالمسائل الخاصة تسمح للجهة القضائية المخطرة بالنزاع بإخطار الجهة المختصة مباشرة حتى تفصل في هذه المسألة، لكن باسم الفصل بين الأنظمة القضائية، فلا يمكن أن يتم الإخطار من جهة لجهة أخرى بهذه الطريقة [4]. إن هذا المعيار الإجرائي هو معيار صحيح جزئيا، بسبب إنشاء الإحالة المباشرة من جهة إلى جهة أخرى، بين القاضي الوطني والقاضي الأوروبي، فيما يخص الإحالة الداخلية بين الجهة القضائية المخطرة والجهة القضائية صاحبة الاختصاص الحصري.

ثانيا: المسألة الأولية والمسألة السابقة

تشكل كل من المسألة الأولية والمسألة السابقة مسألتين متشابهتين أو متماثلتين، في إطار أن الأمر يتعلق دائما بمسائل يجب الفصل فيها قبل الفصل في الموضوع [5]، لكن إذا كان يجب أن يفصل في المسألة السابقة من طرف المحكمة المخطرة بالقضية، فإن المسألة الأولية يجب أن يفصل فيها من طرف جهة قضائية أخرى، بعبارة أخرى، فإن الجهة القضائية التي تطرح أمامها المسألة الأولية ملزمة بوقف الفصل في النزاع المخطرة به، إلى أن تفصل السلطة القضائية المختصة في الصعوبة موضوع المسألة الأولية.

إن هذا التمييز التقليدي قد سبق وأن أشار إليه Laferrière عندما قال: "أن المسألة السابقة هي الجنس le genre، في حين أن المسألة الأولية هي النوع l'espèce [6]، لكلاهما سمة مشتركة تتمثل في أنهما تسبقان

---

1 - CE. 21 février 1962, compagnie française des chemins de fer…, AJDA. 1962, p. 464, Note B. Paulin.
2 - S. Guinchard, 0p. Cit., p. 229, 230.
3- G. Couchez, X. Lagarde, Op. Cit, p. 106.
4- C. Called, Op. Cit., p. 18.
5 - G. Couchez, X. Lagarde, Ibid., p. 106.
6 - in F. Donnat, D. Casas, obligation de la juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle renvoyée à elle par l'autorité judiciaire, AJDA. 2003, N°- 38, 10 novembre 2003, p. 2028

حل النزاع، لكن إحداهما تُحل عن طريق قاضي الموضوع نفسه، في حين أن الأخرى تقتضي بالضرورة حكما مست صادرا عن قاض آخر" [1]، وبالتالي عن جهة ثانية في نظام قضائي آخر غير تلك التي تم إخطارها أصلا. أما بالنسبة للعميد Odent فإن المسألة السابقة هي: "المسألة التي يجب أن يسبق حلها فحص الموضوع، لكن يختص قاضي الموضوع بالفصل فيها" [2]، واستنتج أن إحالة المسألة السابقة هي إحالة إدارية في حين أن إحالة المسألة الأولية هي إحالة قضائية [3].

مما لا شك فيه، أن إختصاص قاضي الموضوع في مجال المسائل السابقة يشكل إختصاص استثنائي، لأن القواعد المتعلقة بالإختصاص القضائي هي من النظام العمومي، إلا أن هذا الاختصاص الاستثنائي، قد يكون مبررا بوجود مبدأ قانوني إجرائي [4] تبرره الإعتبارات العملية، والذي يقرر بأن قاضي الدعوى أو الأصل هو قاضي الدفع. هذا إضافة إلى أن لكل مسألة من هاتين المسألتين مزاياها وعيوبها.

فإذا كانت الإزدواجية تفرض على النظامين المحافظة على آلية المسألة الأولية، فإن التطبيق الحالي لهذه الأخيرة على مستوى العدالة المدنية العادية هو مصدر تأخير للإجراءات، فحسب قانون الإجراءات المدنية، فإن الدعوى هي قضية الأطراف، وهم من يُسيرها، والقاضي هو من يسهر على حسن سير الدعوى وعندما يكون ملزما بوقف الفصل في إنتظار قرار القاضي الإداري، في المسألة الأولية، وهو الذي لا يملك أن يخطر مباشرة جهة القضاء الإداري، بل الأطراف وحدهم من يتمتعون بهذه الإمكانية، فإن القضية قد تشطب من الجدول، دون أن يعلم بما حدث في الإجراءات التي لا يملك إدارتها[5]. لذلك فهي ليست مصدر تأخير للإجراءات في المواد المدنية فحسب، بل سببا لإطالة الدعوى وتعقيد الإجراءات الإدارية [6]، لذلك تمنى البعض أن يصدر تعديل تشريعي، يحدُ أو يؤطرُ بل يلغي المسائل الأولية [7].

---

[1] - Laferrière, traité de juridiction administrative, p. 443, 444, in D. Granjon, les questions préjudicielle…, Op, Cit., p. 77.

[2] - R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 114.

[3] - Ibid., p. 144.

[4] - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit., p. 77.

[5] - M. F. Mazars, le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1779.

[6] – وكمثال على التأخير الذي تحدثه المسائل الأولية، فقد إقتضى الأمر 15 سنة بعد الإحالة الأولية المقررة بموجب قرار مجلس الدولة الصادر في 1 أفريل 1960، لكي يفصل في القضية نهائيا بموجب قرار 17 ديسمبر 1975، مما كلّف المترافعين مصاريف باهضة غير متناسبة مع المصالح المتنازع عليها.

R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p.116.

[7] - J. F. Flaus, les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, thèse, Strasbourg, 1976, 330, 293; Y. Gaudemet, les questions préjudicielles, RFDA. 1990, p. 764, 770, 776. in D. D. Bugny,

في مقابل ذلك، فإنه لا يمكن أن نتصور هجر مبدأ المسائل الأولية، لأن ذلك يشكل تجاهلا للتبرير الحقيقي الإجراء، الذي لا يتمثل في الإهتمام الخاص والعناية الدقيقة لكل نظام قضائي للاحتفاظ بمربعه القريب، لكنه آلية تقنية تجنب القاضي الإحساس بأنه مجرد من السلاح في مجال ليس مجاله [1].

وإذا كان إجراء المسألة السابقة يؤدي إلى تجنب بطء سير إجراءات التقاضي، فإنه يخرج على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وقواعد توزيع الاختصاصات، وعلى عكس ذلك يراعي إجراء المسألة الأولية، هذا المبدأ وهذه القواعد، فليس بخاف على الإطلاق، الإرتباط الوثيق بين إجراء المسألة الأولية ومبدأ الفصل بين السلطات وقواعد توزيع الإختصاص بين جهات التقاضي، بحيث يمكن القول أن هذا الإجراء الأولي هو نتيجة حتمية لتعدد جهات القضاء، ووسيلة قانونية لاحترام قواعد توزيع الإختصاص بين هذه الجهات القضائية.

ثالثا: المسألة الأولية والمسألة الملتمسة

ظهر هذا التمييز في مذكرة M. C. Durand [2] المكرسة للعلاقات بين الجهات القضائية الإدارية والعادية، حيث كتب بأن المسائل الملتمسة questions sollicitées والمسائل الأولية تتطابقان أحيانا، إذ يمكن أن تطرح بعض المسائل تحت اسم المسائل الأولية من طرف محكمة تنتمي إلى نظام قضائي على محاكم الجهة القضائية الأخرى، ومع ذلك لا يكون لها كل خصائص المسائل الأولية. وبصفة خاصة، لا تكون إحالتها ملزمة، أو أنها غير ضرورية لتسوية النزاع الأصلي، فتحلل الإحالة عندئذ على أنها استشارة، فيقلص مداها أو أثرها طبيعيا عن ذلك المرتبط بالقرارات الصادرة بناء على إحالة. ومثال ذلك أن تقرر محكمة المخالفات برغم إختصاصها بالفصل في المسؤولية الجنائية للمتهم بسبب مخالفته للائحة ضبط، وإختصاصها كذلك وفقا للمادة 471- 15 المعدلة بالمادة 26- 15 من قانون العقوبات، بنظر مدى مشروعية لائحة ضبط، تقرر المحكمة برغم إختصاصها الشامل إحالة مسألة مشروعية لائحة الضبط إلى القاضي الإداري بحسبانه قاضي المشروعية، ويجيب الأخير على المسألة التي طرحتها عليه محكمة المخالفات، ففي هذه الحالة لا توجد مسألة أولية.

إن هذا التطبيق الذي كان موضوعا للكثير من الاستعمالات، سمح للكاتب أن يستنتج بأن: "مفهوم المسائل الملتمسة يغطي بالمرة نزاع المسائل الأولية ونزاع تقدير المشروعية أمام المحاكم الإدارية"، في الإطار الذي لا يطرح فيه تقدير المشروعية كمسألة أولية بالمعنى الدقيق، لكن عندما رُفع الأمر إلى محكمة النقض (الغرفة الجنائية) نقضت الأخيرة الأحكام، التي قضت بوقف الفصل في الدعوى الجنائية إلى حين الفصل في مسألة تقدير مشروعية القرارات الإدارية أساس المحاكمة الجنائية، على أساس أن هذه الأحكام تشكل تجاهلا من القاضي للقواعد التي تحكم إختصاصه [3].

---

1 - D. Labetoule, L'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1773

2 - C. Durand, Rapports entre juridictions administratives et judiciaires, thèse Rennes, 1956, p. 225 et S, in D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit., p. 77.

3 - D. Granjon, Op. Cit. p. 77.

وأكثر من ذلك فقد تحررت المحاكم الردعية من المبادئ التي وضعتها محكمة التنازع في قرار vranches et Desmarets، بحيث أصبحت تملك بموجب قانون 2005، أن تقدر بنفسها وبطريقة مباشرة مشروعية القرارات الفردية، وبذلك فإن هذه التفرقة بين المسائل الأولية والمسائل الملتمسة قد حكم عليها بموجب هذا القانون بالزوال.

الفرع الثالث: شروط إعمال المسألة الأولية

بالرجوع إلى التعريف السابق الذي أعطاه Laferrièr للمسألة الأولية: نلاحظ بأنه يشترط لإعمال المسألة الأولية ثلاثة شروط تتمثل فيما يلي:

أولا: ضرورة الطابع القضائي للدعوى الذي ينتج من الدور الذي عينه Laferrièr للقاضي نفسه أو بناء على دعوة الأطراف.

ثانيا: ضرورة وجود مسألة حقيقية، أي اعتراض حقيقي وجدي.

ثالثا: ضرورة الجواب على المسألة للفصل في الموضوع.

أولا: ضرورة الطابع القضائي للدعوى

باعتبار أن المسائل الأولية هي آلية ناتجة عن ازدواجية النظام القضائي، فلا توجد مسألة أولية تحال على معرفة قضاة نظام قضائي، إلا إذا وجدت دعوى معلقة أمام قضاة النظام القضائي الآخر [1]. لكن وباعتبار أن هدف قانون الفصل هو فصل الإدارة العاملة عن القضاء، وبسبب طبيعة المسائل الأولية وللاعتبارات التي تلزم القاضي بأن لا يتجاوز اختصاص النظام القضائي الذي ينتمي إليه [2]، فإنه يجب التوضيح بأن ضرورة وجود الدعوى أمام القضاء تشكل عائقا أمام الوجود المزعوم للمسائل الأولية بالنسبة للإدارة العاملة، فالسلطات الإدارية لا تستطيع في أي حال من الأحوال، أن تعيد الفصل مختبئة وراء وجود مسائل أولية تعود للمحاكم القضائية، لتجنب اتخاذ قرار أو لتعلق قرارها على الجواب الملتمس من جانب المحاكم، وعليه فلا يمكن للأجهزة ذات الطابع الاداري أن توقف الفصل في انتظار الحل من طرف القاضي المختص بالمسائل الأولية، وبالتالي فلا يمكن لهذه الأجهزة أن ترفض اتخاذ القرار، مادامت الجهة القضائية لم تفصل في المسألة المعروضة عليها، وهذه القاعدة مطلقة وبدون استثناء [3]. وبمفهوم المخالفة، عندما تطرح على السلطات الإدارية مسألة من مسائل القانون المدني، فيجب عليها اتخاذ قراراتها مستندة إلى المظاهر القانونية، مقدرة بنفسها الحل الذي يبدو لها صحيحا، ومستخلصة النتائج الضرورية لذلك [4].

---

1 - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit., p. 87.
2 - R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 116.
3 - CE. 09 Octobre 1964, ministre de finances, in R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 117.
4 - CE. 29 mars 1957, ville d'Alger, CE. 26 Avril 1972, ministre de l'Equipement et du logement, in R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 117.

ولتكييف رفض الإدارة اتخاذ القرار المؤسس على وجود مسائل أولية، يستعمل الفقه [1]، كالقضاء ع تجاوز السلطة، وهو تكييف خاطئ، فبدون شك أن هذا التكييف مستعمل بالمعنى الذي استعمله قانون الاجراءات المدنية، لكن وفضلا عن أن هذا التعبير في قانون الإجراءات، لا يعني تجاهل الاختصاصات من جانب القضاة، لأن تطبيق تجاوز السلطة على الإجراءات، لا يعني تجاهل الاختصاصات من جانب القضاة، وأن تطبيق تجاوز السلطة على الإدارة يعني بصفة عامة تجاوز سلطة الاختصاصات التي تتمتع بها، فإن الإدارة في هذه الحالة لم تتجاوز سلطاتها لكنها امتنعت عن استعمالها، يتعلق الأمر بتقدير خاطئ للاختصاصات من طرف الإدارة صاحبة السلطة، ففي عموم الحالات من هذا النوع، ترفض السلطة الإدارية الفصل أو تتوقف عن الفصل لأن القرار المطلوب اتخاذه يثير مسألة من مسائل القانون الخاص، علما أن القانون المسمى بالقانون الخاص يفرض على الإدارة بموجب خضوعها للقانون، فموقفها يُحلل في الأخير علي أنه خرق حقيقي للقانون [2]، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى وباعتبار أن المسائل الأولية لا يمكن أن تطرح إلا أمام قاضي موضوع النزاع، فهل يمكن لقاضي النقض أن يتوقف بنفسه عن الفصل إلى أن يتم الفصل في المسألة الأولية، فلو لاحظ بأن قضاة الموضوع كانوا موجودين في حضور مسألة أولية وأغفلوا خطأ إحالتها إلى الجهة المختصة، فيجب عليه أن يبطل القرار الذي طعن فيه أمامه وأن يحيل القضية إلى قضاة الموضوع، لكي يقرروا بأنفسهم الإحالة الأولية [3].

تجدر الاشارة بعد هذا، بأنه إذا كان شرط ضرورة الطابع القضائي للدعوى، ينتج عن الدور الذي خصه Laferrièr للقاضي نفسه أو بناء على دعوة الأطراف، وإذا كانت المحاكم هي ذاتها قاضي اختصاصها الخاص، فإنه يجب على القاضي أن يقوم من تلقاء نفسه بإحالة المسألة الأولية التي لم يثرها الأطراف إلى محاكم النظام القضائي الآخر، خاصة وأن المشرع يذكر في بعض الحالات صراحة بضرورة الإلتزام بوقف الفصل في الدعوى بموجب النصوص التي تمنح الإختصاص لمحاكم أحد النظامين القضائيين [4].

ثانيا: ضرورة وجود مسألة حقيقية أو منازعة فرعية حقيقية

إذا كان استعمال تقنية المسائل الأولية يؤدي إلى تجزئة أو تقسيم الدعوى، فمن الطبيعي أن يحدد هذا الشرط بطريقة صارمة، لذلك فإنه يتم التحقق منه على مستويين، فيجب أن يكون الاعتراض القابل لإعمال إجراء المسألة الأولية جديا، وأن يؤدي بقاضي الموضوع إلى طرح سؤال حقيقي على قاضي الإحالة.

---

1 - R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 87.
2 - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit., p. 87.
3 - CE. 11 Décembre 1959, Banque des pays…, 18 novembre 1960, Picton, in R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 117.
4 - D. Granjon, Op. Cit., p. 87.

أ- الطابع الجدي للإعتراض

بالرجوع إلى الصيغة التقليدية التي وضعها Laferrièr فإنه يجب أن تتوفر صعوبة حقيقية يرفعها الأطراف أو يثيرها القاضي من تلقاء نفسه، من شأنها أن تولد الشك في العقل المستنير [1]، وبالتالي فوحدها القرارات الغامضة والمبهمة قادرة على إعطاء مجال للمسألة الأولية، وتطرح على قاضي الدعوى الأصلية نزاعا يظهر طابعا جديا [2]، فالمدعون ملزمون بتقديم توضيحات كافية تعزيزا للإدعاءات التي استندوا إليها، والقاضي ملزم بألا يتوقف عن الفصل في الدعوى، إلا إذا اعترف بأن الدفع المستند إليه جديا، ويستحق أن يؤخذ بعين الاعتبار، وأن المسألة الأولية ظاهرة الحق.

ويعود دائما إلى القاضي المخطر في الموضوع، أن يفصل في الطابع الحقيقي والجدي للدفع المرفوع أمامه، وينكب لأجل تقدير ذلك بنفسه على دراسة هذا الدفع، فإذا تبين له بأن هذا الإعتراض لا يثير صعوبة حقيقية، وأن القرار الذي يقوم بتقديره واضح [3]، وأن الادعاءات المستند إليها من جانب الأطراف تتعلق بصعوبة محتملة ينقصها التوضيح، فإنه سيقرر بأنه لا مجال للمسألة الأولية [4]

.

إن هذا القضاء وعلى غرار كل القرارات التي تشكل تطبيقا لنظرية القرار الواضح، وإذا كان يُسهل إدارة القضاء، ويُبسط الإجراءات، ويمنع إطالتها بسبب اللجوء إلى المسائل الأولية، ويقضي على وسائل الخصوم في تسويف الفصل في القضايا، إلا أنه لا يحظ بإجماع الفقه، ولا يمكن إقراره أو الموافقة عليه بدون تحفظ، لصعوبة وضع معيار لتحديد مدى وضوح المسألة، لأنه يطرح من جديد للنقاش موضوع تقسيم الإختصاصات بين النظامين القضائيين. لذلك يخضع التقدير الذي يقوم به قاضي الموضوع للطابع الجدي للدفع، لرقابة القاضي الأعلى في النظام القضائي، فتستطيع محكمة النقض كقاضي قانون، نقض قرار صدر بدون إحالة المسألة الأولية إلى القضاء الإداري،

---

[1] - « une difficulté réelle, soulevée par les parties, ou spontanément reconnue par le juge, et de nature à faire naitre un doute dans un esprit éclairé »

[2] - T.C. 6 juin 1934, 8 décembre 1969, 6 mars 1972, 28 juin 1976, in R. Odent, Contentieux administratif…, Op. Cit., p. 118.

أنظر أيضا، محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 3، 2006.

[3] – المحكمة العليا، الغرفة الإجتماعية، 8 يونيو 1966، النشرة السنوية للعدالة، مجلة صادرة عن وزارة العدل، أشار اليه محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص. 196.

[4] - « l'interprétation de l'acte de naissance de sieur Smati ne présente aucune difficulté, qu'en présence de cet acte clair, qui doit être tenu pour exact tant qu'il n'a pas été rectifié par l'autorité judiciaire, c'est à bon droit que le tribunal administratif de Constantine a refusé de surseoir à statuer jusqu'à ce que l'autorité judiciaire saisie se soit prononcée sur la date de naissance du requérant ». CE. 3 novembre 1962, p. 357, obs. B. Paulin ; T.C. 18 décembre 1943, Etat Français… ; CE. 17 janvier 1975, in R. Odent, Op. Cit., p. 118.

إذا قررت أن هذه الإحالة ضرورية، كما يمارس مجلس الدولة، في إطار القضاء الإداري نفس الرقابة سواء باعتبار قاضي نقض أو قاضي استئناف[1].

ب– ضرورة توجيه سؤال حقيقي لقاضي الإحالة

إن مصطلح استشارة قاضي الإحالة المستعمل غالبا من طرف الفقهاء، يجب أن يفهم بوضوح، صحيح أنه في كل مرة توجد فيها مسألة أولية، يستشير فيها أحد القضاة الآخر، لكن لا يتعلق الأمر في أي حال من الأحوال، بالتماس رأي من جانب الجهة القضائية التي تقوم بالإحالة. فالإستشارة يجب أن تصدر ملتزمة بقواعد اختصاص جهتي القضاء، ويجب أن تتخذ بالضرورة شكل مسألة مطروحة على جهة الإحالة، ففي قراره الصادر في 13 جويلية 1961 [2]، وضّح مجلس الدولة الإختلاف بين المسألة والإستشارة عندما أعلن بأن: "هذا الطلب الذي لا يتضمن أي اعتراض على معنى العقد، لا يتمثل موضوعه في الحصول على تفسير القرار الذي يعود لاختصاص جهة القضاء الإداري، لكن يتمثل في التماس استشارة من المحكمة الإدارية حول نقطة قانونية وواقعية، وتعيين النظام القضائي الذي سيكون مختصا للفصل في نزاع محتمل يتعلق بتنفيذ هذا العقد" [3]، فاستشارة قاضي الموضوع لقاضي الإحالة يجب أن تتخذ حتما صورة سؤال يطرحه الأول على الثاني.

وفضلا عن ذلك فإن مجرد الوقف الذي يقرره قاضي الموضوع، حتى بعد الحكم من الجهة القضائية الأخرى، لا يمكن أن يشكل من الناحية القانونية، إحالة أولية لأن وقف الفصل، وإن كان قد بُلغ لقاضي الإحالة المحتمل، فليس سوى عنصرا من إجراءات المسألة الأولية، ولا يمكن أن يُشكل بذاته مسألة أولية، فما يميز الأخيرة، أنها مشكلة من طرف القاضي سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الخصوم أو أحدهما، وأنها تقتضي جوابا بدونه لا يمكن اصدار حكم في الموضوع[4]، حيث أن الإعتراف بوجودها يلزم القاضي المخطر بالنزاع الأصلي أن يتوقف عن الفصل وأن يحيل للجهة القضائية الأخرى الفصل في هذه المسألة [5] .

وهكذا فإن الفرد الذي يرفع طعنا لتجاوز السلطة موجه ضد أمر الاستيلاء، ويقيم في نفس الوقت دعوى مرتبطة أمام المحكمة المدنية، التي تتوقف عن الفصل إلى أن يفصل مجلس الدولة في الطعن بالنقض المخطر به، لكن دون أن تُحيل أي مسألة أولية، فإذا رفض مجلس الدولة الفصل في شرعية الاستيلاء، بسبب أنه لم يستدعى إلى ذلك من طرف القاضي العادي، فإن مجرد وقف الفصل سيرتب نتائج وخيمة لأنه لا يؤهل المعنيين للجوء أمام القاضي

---

1 - D. Granjon, Op. Cit., p. 88.
2 - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit. p. 88.
3 - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit. p. 88.
4 - Ibid., p. 88.
5 - CE. 27 Avril, 2007, commune de Bailleval, in CH. Debbasch, F. Colin, droit administratif…, Op. Cit., p. 549.

الإداري، لذلك فإن القضاء الحديث أصبح يشترط أن تتم الإحالة في شكل دقيق ومسبب من جانب السلطات القضائية[1] .

ثالثا: ضرورة الجواب على المسألة للفصل في الموضوع

لا يمكن أن يقوم نظام المسائل الأولية بدون تقديم الجواب الملتمس للمسألة المطروحة على قاضي الإحالة، فالقاضي المخطر في الأصل، ملزم بحل النزاع الخاضع له، وهنا تظهر حقيقة المساهمة أو المساعدة بين الأنظمة القضائية، فأحدهما يكون مضطر للمساهمة في الحكم الذي يجب أن يصدره الآخر، ويقوم بذلك عن طريق الحكم الذي يفرض على قاضي الموضوع[2].

ولكن ولكي يكون هذا التعاون مثمرا يجب أن يكون منظما بدقة، وتقسيم الاختصاصات هو العنصر الأول للتنظيم، بحيث يشترط أن يلزم قاضي الإحالة بالإجابة على المسألة الأولية، وأن يكون هذا الجواب ضروريا للفصل في الموضوع.

أ- الإلتزام بالإجابة على المسألة الأولية

إن الجهة القضائية الإدارية ملزمة بموجب قضاء مجلس الدولة، بالفصل في المسائل الأولية المحالة إليها من طرف السلطة القضائية، وأن كل رفض للفصل في هذه المسألة، سيكون له انعكاسات سلبية على حسن سير القضاء [3]. ومنذ قرار Atlantis، فإنها أصبحت ملزمة بالفصل في المسألة الأولية المشكلة أو المصاغة من طرف السلطة القضائية في الحالة الأخيرة لقراراتها القضائية.

1- مبدأ الإلتزام بالإجابة على المسألة الأولية

أعلن مجلس الدولة الفرنسي صراحة بموجب قراره الصادر في 24 مارس 2004 [4] بأن: "جهة القضاء الإداري ملزمة بالفصل في المسائل الأولية المحالة إليها من طرف السلطة القضائية"، ومصطلح "ملزمة" يدل على أن الأمر يتعلق بالتزام وليس بإمكانية، ومجلس الدولة لم يقم في الحقيقة إلا بإعادة مبدأ سبق له أن وضعه [5].

إن الالتزام بالنسبة لجهة القضاء الإداري، بالإجابة على المسألة المطروحة من طرف السلطة القضائية تُفسر باجتماع مبدأ فصل السلطات الإدارية والقضائية ومنع إنكار العدالة. فقد ربط مجلس الدولة صراحة في الكثير من قراراته [6]،

---

1 - CE. 2 mars 1953, Finidori, 25 février 1957, Dame veuve Ferou, in A. Heurte, le recours sur renvoi des tribunaux judiciaire, AJDA. 14 années, 20 novembre 1958, p. 113.
2 - D. Granjon, Op. Cit., p. 88.
3 - A. Heurte, le recours sur renvoi des tribunaux judiciaire, AJDA. 14eme années, 20 novembre 1958, p. 112.
4 - CE. 24 mars 2004, Marie. Française X, RFDA. 2006, p. 81.
5 - CE. 13 Mars 1970, société nouvelle de transports spécialisée, in D. D. Bugny, Op. Cit., p. 74.
6 - D. D. Bugny, Op. Cit., p. 74.

الإلتزام بالإجابة بمبدأ فصل السلطات الإدارية والقضائية، حيث يهدف هذا المبدأ إلى تدارك كل تدخل للمحاكم القضائية في القضايا الإدارية، لذلك فإن القاضي الإداري ملزم بالإجابة على المسألة المطروحة من طرف القاضي العادي، وكل الحلول الأخرى ستؤدي إلى خرق مبدأ منع إنكار العدالة.

لكن التزام جهات القضاء الإداري بالإجابة على المسائل الأولية، التي تهدف إلى تقدير شرعية قرار اداري، المحالة إليها من طرف السلطة القضائية ليس مطلقا بل يعرف استثناء، يتمثل في عدم اختصاص القاضي الإداري، فوفقا لمجلس الدولة الفرنسي، وتطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والعادية، فإن القضاء الإداري ملزم بالفصل في المسائل الأولية المحالة إليه من طرف السلطة القضائية، ولا يوجد استثناء لهذه القاعدة، إلا إذا كانت جهة القضاء الإداري هي نفسها غير مختصة بالفصل في المسألة الأولية الخاضعة لرقابتها.

إذن يجب على القاضي الإداري أن يصرح بأنه غير مختص عندما لا يتم إخطاره لتقدير مشروعية قرار إداري، فهو لا يستطيع أن يفصل في مشروعية قرار دولي أو عقد من عقود القانون الخاص [1]. وليس أدل على ذلك من قرار مجلس الدولة الصادر في 24 مارس 2004 السابق ذكره، حيث أن القاضي الإداري عندما أخطر بموجب إحالة أولية لتقدير مشروعية حكم تشريعي، وقد طُلب منه، التقرير بأن أحكام المادة 8 من قانون دوائر البريد والاتصالات تشكل شروطا تعسفية بمفهوم المادة 132-1 من قانون الاستهلاك، فاعتبر المجلس بأن المادة 8 سالفة الذكر، تشكل أحكاما ذات طبيعة تشريعية، واستنتج عدم اختصاصه للفصل في المسألة الأولية المحالة إليه من طرف الجهة القضائية.

وبذلك يكون مجلس الدولة قد أكد على قضائه السابق بموجب قرار 15 أفريل 1970 [2]، حيث اعترف بأنه غير مختص بتقدير مشروعية أحكام المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية، لأنها تشكل حكما تشريعيا وليس قرارا إداريا. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة: عندما يُرفض الطعن أمام المحكمة الإدارية فما مصير الدعوى الأصلية المعلقة أمام القاضي العادي ؟ في هذه الحالة يضطر القاضي العادي للتحقق من مدى اتساع سلطاته لفحص هذه المسألة، فعندما يتناول الطعن تقدير شرعية قرار ضبطي، فإن المتهم يمكن أن ينازع في القرار الذي شكل أساس المتابعة أمام محكمة المخالفات، وفي غير ذلك من الممكن أن يخسر المترافع دعواه [3] .

وبالتالي فإن القاضي الإداري غير ملزم بالإجابة على المسائل المطروحة، إلا عندما يكون مختصا، لكن في هذه الحالة، هل يكون ملزما بالإجابة على المسألة الأولية المحالة إليه مهما كان موضوعها ؟

1 - CE. 21 juin 1996, Fischer et autre, RFDA. 1996, p. 859.
2 - D. D. Bugny, Op. Cit., p. 75.
3 - A. Heurte, Op. Cit., p. 119.

2- موضوع الإلتزام

يتمحور التزام القاضي الإداري في الإجابة على المسألة الأولية المطروحة عليه من طرف القاضي العادي في التزامين: يتمثل الأول في الإجابة على المسألة الأولية المصاغة من طرف السلطة القضائية في الحالة أو الدرجة الأخيرة لقراراتها القضائية، ويتمثل الثاني في الإجابة على المسألة المطروحة فقط.

- **الإجابة على المسألة المطروحة من طرف السلطة القضائية في الحالة الأخيرة لقراراتها القضائية**

إن تداخل الإجراءات أمام جهات القضاء العادي والإداري، من الممكن أن يجعل من تحديد المسألة التي تفصل فيها جهة القضاء الإداري أمرا صعبا، غير أن قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 17 أكتوبر 2003 [1] قد حل هذا الإشكال.

في هذه القضية رفعت دعوى أمام المحكمة الابتدائية العادية لـ Perpignan، هدفها التقرير بأن عقد استئجار المرفق العمومي للماء الشروب غير مطابق لبعض الأحكام التشريعية، فأوقفت هذه المحكمة الفصل في الدعوى بموجب حكم صدر في 2 مارس 1999، وطرحت مسألة أولية على المحكمة الإدارية بـ Montpellier، تهدف إلى التحقق من مشروعية شروط عقد اكتراء المرفق العمومي المتعلق بتوزيع الماء الشروب المبرم في 8 ديسمبر 1994، وقد رفضت هذه المحكمة الإدارية طلبات المدعي الرامية إلى التصريح بتأسيس الدفع بعدم المشروعية [2]، بموجب حكم مؤرخ في 21 ديسمبر 2000، فتم تسجيل استئناف في هذا الحكم أمام المحكمة الإدارية الاستئنافية بـ Marseille، فأرسل رئيس هذه المحكمة المذكرة إلى مجلس الدولة لأنه عندما يتعلق الأمر بالطعن بتقدير المشروعية، فإن الاستئناف يعود وجوبا إلى مجلس الدولة [3]، تطبيقا لنص المادة 321-1 من قانون العدالة الإدارية، وفي نفس الوقت تم تسجيل استئناف أمام القضاء العادي، ضد حكم الإحالة الصادر عن المحكمة الابتدائية العادية في 2 مارس 1999.

بموجب قرار 7 ماي 2000 أيدت محكمة Montpellier (محكمة استئناف الأحكام العادية) حكم الإحالة الصادر عن المحكمة الابتدائية، لكنها وسعت المسألة الأولية المطروحة على القاضي الإداري، فطلبت من الأخير الفصل في مشروعية عقد اكتراء المرفق العمومي لتوزيع المياه، وأيضا في مدى مطابقة هذا العقد لبعض أحكام قانون البلديات، فقدم الطاعنون قرار المحكمة الاستئنافية بـ Montpellier خلال التحقيق في مذكرتهم، وطلبوا من مجلس الدولة الفصل في المسألة المطروحة من طرف جهة القضاء العادي. لقد وجد مجلس الدولة نفسه في مواجهة

---

[1] - CE. sect.17 octobre 2003, syndicat des copropriétaires de la résidence Atlantis et autres, req. N° 247747, AJDA. 2003, N°- 38, 10 novembre 2003, p. 2030, 2031.

[2] - F. Donnat, D. Casas, obligations de la juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle renvoyée à elle par l'autorité judiciaire, AJDA. 2003, N°- 38, 10 Novembre 2003, p. 2030.

[3] - يعود الإختصاص بالاستئناف إلى مجلس الدولة وليس إلى المحكمة الإدارية الاستئنافية، ونتيجة لذلك، فليس من الممكن الطعن بالنقض في قرار القاضي الإداري الفاصل في الطلب الفرعي.

R. Rouquette, petit traité du procès administratif, Op. Cit., p. 778.

المسألة التالية: هل يجب عليه أن يفصل، تطبيقا لقواعد الإجراءات، فقط في المسألة الأولية المطروحة من طرف المحكمة الابتدائية العادية، أم يجب عليه أن يأخذ في الاعتبار طلب الطاعنين، وأن يفصل في المسألة المطروحة من طرف المحكمة الاستئنافية، وقد اختار الحل الثاني، وحسبه: "وفي هذه الشروط ...فإنه يعود لمجلس الدولة ...أن يفصل في مجموع المسائل المصاغة من طرف السلطة القضائية في الحالة الأخيرة لقراراتها القضائية" [1].

من الآن فصاعدا، فإن المسألة الأولية التي يفصل فيها القاضي الإداري هي المسألة المحالة اليه من جهة القضاء العادي في الشكل النهائي لأحكامها أو قراراتها القضائية، غير أن هذا الموقف من جانب مجلس الدولة قد تعرض للنقد البناء من جانب الفقه، ذلك أن الحل الذي تبناه يتناقض مع قواعد الإجراءات المتعلقة بالاستئناف، فلا يستطيع الأطراف الإستناد الى أسباب قانونية مختلفة، ولا تقديم طلبات جديدة، وكل طلب جديد يجب أن يصرح بشأنه بأنه غير مقبول من طرف قاضي الإستئناف [2]، غير أن مجلس الدولة قد ذهب في هذه القضية عكس القاعدة أو المبدأ الإجرائي المكرس، وقبل أن يفصل في طلب جديد لم تفصل فيه المحكمة الإدارية، بحجة واحدة وهي وجود اعتبارات حسن سير القضاء [3]، وبالتالي فقد سمح مجلس الدولة لنفسه بأن يعطي شرعية للإجراء المخالف، لأسباب عملية تتعلق بالاستجابة لالتزامه في توضيح القضاء العادي، ولعلاج واحد من أهم الانتقادات الموجهة لآلية المسائل الأولية، والمتعلق بالتمديد الغير مفيد لمدة الدعوى، ولكي يبقى بعيدا عن إدانة المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان على أساس الحق في مدة معقولة للدعوى، بسبب هذه الإعتبارات لم يعدم هذا الموقف ممن يدافع عنه، اذا أخذنا في الاعتبار أن المسألة الأولية المطروحة من طرف السلطة القضائية تقتضي أو تفرض قواعد أخرى بالإضافة الى القواعد الإجرائية الداخلية التي تخص القاضي الإداري، والتي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، عندما يتعلق الأمر بالتزام الأخير بالإجابة على المسألة المطروحة من طرف السلطة القضائية كاملة [4]. ومع ذلك، فإن أخذ مجلس الدولة في الاعتبار لتوابع الاجراءات أمام جهات القضاء العادي، لا يحمل بذاته تجديدا، فالمجلس يستخلص منذ مدة طويلة نتائج وجود استئناف أو طعن بالنقض ضد قرار الإحالة الصادر عن القاضي العادي، فعندما يكون القرار القضائي الآمر بالإحالة موضوع ابطال نهائي، فإن مجلس الدولة يصرح بألا وجه للفصل في الطعن.

- **الإلتزام بالإجابة على المسألة المطروحة فقط**

تعلن قرارات 17 أكتوبر 2003 Atlantis و24 نوفمبر 2004 Ville de Nice، صراحة القاعدة التي بموجبها: "لا يعود لجهة القضاء الإداري الفصل في المسائل الأخرى، غير تلك التي أحيلت إليها من

[1] - « dans ces conditions, et alors même que le tribunal administratif n'a pas été amené à se prononcer sur la question posée par la juridiction administrative, dans toute l'étendue que lui a donnée la cour d'appel de Montpellier, il appartient au conseil d'Etat, pour des considérations, de bonne administration de la justice de se prononcer sur l'ensemble de la question formulée, dans le dernier état de ses décisions juridictionnelles, par l'autorité judiciaire, D. D. Bugny, Cit., p. 76.

[2] - CE. 6 novembre 1970, Consorts Bertrand c/ commune de la crau, CE. 17 février 1975, SCI les Floralies, in F. Donnat, D. Casas, Op.Cit., p. 2028.

[3] - D. D. Bungny, Op. Cit., p. 76.

[4] - F. Donnat, D. Casas, Op.Cit., p. 2029.

طرف السلطة القضائية". فالقاضي الإداري لا يستطيع أن يفصل في مشروعية القرارات الإدارية، غير تلك أحيلت إليه من طرف السلطة القضائية [1]، وبعبارة أخرى، لا يستطيع أن يقدر مشروعية القرارات الإدارية التي لم تذكر في قرار الإحالة، بالمقابل فإن القاضي الإداري ملزم بالإجابة على مجموع المسائل المطروحة، وكل المسائل المطروحة [2]، فلا يفصل في جانب ويهمل الآخر، أو أن يجيب جزئيا، لذلك تقوم الجهة القضائية الإدارية العليا، بمراقبة القرارات التي يقوم في إطارها القاضي، بالفصل في أكثر من المسألة المطروحة من طرف القاضي العادي [3]، فإذا كانت المسألة الأولية تتعلق حصريا بنطاق الترخيص الممنوح من طرف الإدارة، فلا يحق للأطراف أن يطلبوا من المحكمة الإدارية التحقق من الطريقة التي استعمل بها هذا الترخيص، وبمناسبة طعن للتصريح بالمشروعية، ينازع في حكم واحد من أحكام القرار، لا يستطيع الأطراف توسيع رقابته لمجموع القرار[4].

كما يقوم مجلس الدولة بإلغاء أحكام المحاكم الإدارية التي تهمل الفصل في مجموع المسائل المحالة من طرف السلطة القضائية، وهذا احتراما للمبادئ العامة المتعلقة بتوزيع الاختصاصات بين النظامين القضائيين، وهكذا يفلت تحديد موضوع الدعوى بشكل كلي تقريبا عن الأطراف وعن القاضي الإداري، اللذان لا يستطيعان بأي حال من الأحوال اعطاؤه توسيعا أو امتدادا معينا [5]، غير أن التزام القاضي الإداري بالإجابة على المسألة الأولية، يتغير بالنظر إلى مدى وضوح المسألة المطروحة من طرف القاضي العادي، فيجب التمييز بين الفرضية التي تحدد فيها جهة القضاء العادي مضمون المسألة الأولية المطروحة والفرضية التي لا تحدد فيها مضمون هذه المسألة.

- **تحديد القاضي العادي لمضمون المسألة المطروحة**

أعلن قرار مجلس الدولة الصادر في 24 مارس 2004 Ville de Nice بأنه: "عندما تعلن جهة القضاء العادي عن الوجه أو الأوجه المستند إليها أمامها والتي تبدو لها بأنها تبرر الإحالة، فإن جهة القضاء الإداري تكون مقيدة بهذه الأوجه". إن هذا القرار لا يحمل تحديدا، فقد سبق لهذا المجلس أن أقر هذه القاعدة، بموجب قراره المؤرخ في 23 مارس 1956 [6]، وتطبيقا له فإن القاضي الإداري ليس بإمكانه التحقيق في أي وجه آخر، تم تقديمه من قبل الأطراف، وإن كان من النظام العمومي، فاختصاص القاضي الإداري ليس مقيدا بالطلبات والدفوع المثارة من جانب الأطراف، لكن بحكم الإحالة الصادر عن القضاء العادي، فيجب على القاضي الإداري قبل أن يفصل في المسألة المحالة، أن يتحقق مما إذا كانت الأوجه المثارة من جانب الأطراف، تتناول تلك المستند إليها من طرف القاضي

---

[1] - D. D. Bugny, la compétence du juge administratif…, Op. Cit., p. 77.
[2] - F. Donnat, D. Casas, Op. Cit., p. 2028.
[3] - « le juge administratif est habilité à se prononcer sur le sens ou la validité des seuls actes renvoyés à son examen, à l'exclusion de tous autres », CE. 23novembre 1906, sœurs de visitation de limoges, 2 juillet 1909, communauté des Augustines…, in A. Heurte, Op. Cit., p. 112, 113.
[4] - CE. 2 Aout 1907, Abbé Garcin, CE. 14 Février 1908, Abbé valette, in A. Heurt, Op. Cit., p. 113.
[5] - la règle pour le juge administratif est alors simple: les questions soumises à lui sont définies non par les conclusions des parties, mais par la décision de sursis à statuer du juge du fond, F. Donnat, D. casas, Op. Cit., p. 2028.
[6] - CE. 23 Mars 1956, Piquet, in A. Heurt, Op. Cit., p, 113.

العادي في قرار الإحالة، ذلك أن قاضي الإحالة الذي سيكون دائما المحكمة الإدارية، غير مدعو للفصل في ادعاء أُخطر بها بصفة أصلية، وهو لا يتدخل إلا ليساهم في الحكم في نزاع معروض للفصل فيه، وبناء على الدعوة الشكلية من القاضي العادي، وعليه فإن أطراف الدعوى لا يقومون إلا بدور متواضع [1].

إن تحديد الأوجه التي يجب أن تفصل فيها جهة القضاء الإداري، تبرر بضرورة المحافظة على إرادة القاضي الأصلي، وبالغرض من الإحالة الأولية، والمتمثل في الحصول على الإجابات الضرورية التي تسمح بحل النزاع في الموضوع، وهو ما يبين المصالحة بين مبدأ فصل السلطات الإدارية والقضائية والقاعدة التي بموجبها يكون قاضي الدعوى هو قاضي الدفع [2] .

إن القاضي الإداري ملزم في كل نزاعات المشروعية الأخرى بأن يثير بنفسه أوجه النظام العمومي، المعرفة بأنها أوجه تتعلق بمسألة ذات أهمية، لكنه يخضع في إطار نزاع تقدير المشروعية لالتزام معاكس، فهو لا يثير الأوجه المتعلقة بالمشروعية من تلقاء نفسه، بل يجب أن يرفضها إذا أثارها الأطراف ولم يثرها القاضي العادي، لذلك فإن المصالحة بين مبدأ فصل السلطات الإدارية والقضائية والقاعدة التي بموجبها فإن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، قد تمت على حساب مقتضيات المشروعية [3]. لذلك فإن اختصاص القاضي الإداري يكون أكثر اتساعا، عندما لا يضع القاضي العادي حدودا لمضمون المسألة الأولية.

- ***عدم تحديد القاضي العادي لمضمون المطروحة***

لم يحدد القاضي العادي في قرار 17 أكتوبر 2003 [4] M et Mam Bompard et autres مضمون المسألة الأولية التي يريد إخضاعها لجهة القضاء الإداري، لا في أسباب القرار ولا في منطوقه، حيث طلب من القاضي الإداري تقدير مشروعية القرار الإداري دون توضيح الأوجه التي تبرر الإحالة.

حسب مجلس الدولة [5]، يكون القاضي الإداري في هذه الحالة مجبرا على فحص كل الأوجه المقدمة أمامه دون أن يبحث عما إذا كانت هذه الأوجه قد أثيرت في الدعوى العادية [6]. فجهة القضاء الإداري من المفروض أنها ملزمة دائما بعدم الإجابة إلا على المسألة المطروحة لكنها، في هذه الحالة ملزمة بالفصل في جميع الأوجه التي يثيرها

---

1 - A. Heurte, Op. Cit., p. 112.

2 - « … si le principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire explique l'existence même des questions préjudicielles, celles – ci doivent être entendues strictement des lors qu'elles dérogent a un autre principe, celui en vertu duquel le juge de l'action doit être le juge de l'exception ». F. Donnat, D. Casas, Op. Cit., p. 2029.

3 - D. D. Bugny, Op. Cit., p. 78.

4 - CE. 17 octobre 2003, M. et M^{ame} Bompard et autre, AJDA. 2003, N°- 38, 10 novembre 2003, p. 2029, 2030.

5 - « lorsque la juridiction de l'ordre judicaire a énoncé dans son jugement le ou les moyens invoqués devant elle qui lui paraissent justifier ce renvoi, la juridiction administrative doit limiter son examen à ce ou ces moyens et ne peut connaitre d'aucun autre, fut- il d'ordre public, que les parties viendraient à présenter devant elle à l'encontre de cet acte ». in F. Donnat, D. Casas, Op. Cit., p. 2029.

6 - D. D. Bugny, Op. Cit., p. 78.

الأطراف، الذين بإمكانهم الاستناد إلى أوجه من النظام العمومي، دون الإهتمام بما إذا كانت هذه الأوجه قد أثيرت أو لا أمام جهة القضاء العادي.

إن هذا الحل غير واضح وغير معقول في إطار أن القاضي الإداري، قاضي الإحالة يقوم بالفصل في أوجه لم يتم الاستناد إليها أمام القاضي العادي، القاضي الأصلي [1]. لذلك اعتبر بعض الفقه [2]، بأن القاضي الإداري لا يكمل مهمته القضائية إذا اقتصر على التصدي لحجج الأطراف، ولم يثر بنفسه وجه النظام العمومي الذي يسمح بالتصريح بعدم المشروعية، ففي الفرضية التي لم يحدد فيها القاضي العادي مضمون المسألة الأولية، فإن القاضي الإداري يكون مجبرا على طرح السؤال التالي: هل القرار الإداري مشروع ؟ إن عدم الأخذ بعين الاعتبار لأوجه النظام العمومي، من الممكن أن تقوده إلى إجابة غير دقيقة أو غير صحيحة على القاضي العادي، فيمكن أن يضطر إلى رفض الأوجه المستند إليها أمامه من جانب الأطراف، وأن يصرح بأن القرار مشروع، في حين أنه مقتنع بأنه غير مشروع بالنظر إلى أوجه النظام العمومي التي لا يمكن أن يثيرها من تلقاء نفسه، لذلك فمن الضروري جدا الإعتراف باختصاص الفحص التلقائي لأوجه النظام العمومي، في إطار الطعن لتقدير المشروعية. مع ذلك فهناك ما يخفف من صرامة ومن مساوئ هذا الحل، ذلك أن القاضي الإداري ليس ملزما فقط بالمسألة المحالة إليه، لكن ملزم أيضا بإعطائها المعنى المفيد [3]. في هذا الإطار بإمكانه أن يحدد رغبات ومقاصد القاضي العادي، من خلال أسباب حُكمة التي قد تعلن عن الوجه الذي يبرر الإحالة الأولية، ومن خلال الظروف الواقعية والقانونية في تاريخ القرار [4].

في الأخير من المهم التذكير، بأن التزام القاضي الإداري بأن يُثير من تلقاء نفسه أوجه النظام العمومي، يكتسي بعض الخصوصية في إطار الطعن لتقدير المشروعية، ومن ذلك أنه لا يمكن الإستفادة من قواعد هذا النظام المتعلقة بقابلية الطعون وخاصة نفاذ الطعن ضد القرار المعني، لأن الطعن بتقدير المشروعية يرفع بدون مراعاة شرط الميعاد، وقد سبق توضيح ذلك في المبحث الأول. مع ذلك فإن اختصاص القاضي الإداري في الفرضية التي لا تحدد فيها جهة القضاء العادي مضمون مسألتها، تقترب من ذلك الذي يمتلكه في نزاعات المشروعية الأخرى، وفي كل الأحوال فإن إرادة القاضي العادي حاضرة دائما، لأنه في الأخير هو من يقرر عند صياغة قرار الإحالة أن يوقع على بياض للقاضي الإداري، أو على العكس أن يحدد اختصاصه بتحديد مضمون المسألة، إنه هو من يحدد النقاش الذي سيثور أمام القاضي الإداري [5].

---

1 - Ibid, p. 79.
2 - B. Seiller, l'exception d'illégalité des actes administratives, thèse de l'université Paris, II, 1995, p. 780, 547, in D. D. Bugny, Op. Cit., p. 79.
3 - F. Donnat, D. Casas, Op. Cit., p.2029 ; CE, 27 octobre 2009, SCI Victor, AJDA. 2009, p. 2032, obs. C. Biget ; A. Heurt, Op. Cit., p. 114.
4 - CE. 9 juillet 2010, M^{me} Lemberzat. In CH. Debbasch, F. Collin, Op. Cit., p. 651.
5 - D. D. Bugny, Op. Cit., p. 79.

ب– ضرورة الجواب على المسألة الأولية للفصل في النزاع الأصلي

إن هذا الشرط يبرر بذاته، أن القاضي لن يكون له سبب لوقف الفصل إلى حين الفصل في المسألة الأولية، إذا كان الجواب على هذه المسألة ليس له أي تأثير على قراره الخاص، لذلك فمن الضروري معرفة ما إذا كان الجواب على المسألة المسماة أولية، هو ضروري للحكم الذي سيصدر في الموضوع، فإذا لم يكن كذلك فإن التعاون بين النظامين القضائيين قد انحرف عن معناه. لذلك طبقت محكمة التنازع هذه القاعدة الأساسية في الكثير من القرارات، وألغت نتيجة لذلك، تلك التي أثارت النزاع حول مسائل زُعم بأنها أولية في فرضيات يخضع فيها حل النزاع إلى المحاكم العادية، ولا يتعلق بالجواب على هذه المسائل [1].

من جانبه سهر مجلس الدولة على وجوب توفر هذا الشرط، وقد أظهر تبرير وقف الفصل بوجود المسائل الأولية، باستعمال صياغات من نوع: "الحل المعطى للعريضة يتعلق في النهاية بمعرفة ما إذا كان..." [2].

وفي نفس الإطار ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى ضرورة أن: "يكون الفصل في المسألة الأولية لازما للحكم في الدعوى" [3]، والمحكمة الإدارية العليا إلى أنه يجب أن: "يكون الفصل في الدفع ضروريا للفصل في الدعوى" [4]، ومحكمة النقض الفرنسية (الدائرة الجنائية)، إلى أنه يجب أن: "تكون المسؤولية الجنائية متوقفة على الفصل في المسألة المدعى بها " [5].

المطلب الثاني: أثر إعمال المسائل الأولية

ترتب المسائل الأولية القضائية، نتائج في مواجهة الجهة القضائية التي أثارتها وقررت وقف الفصل، والجهة القضائية المختصة بالفصل فيها والمسماة جهة الإحالة أو قاضي الإحالة.

الفرع الأول: أثر إعمال المسألة الأولية في مواجهة قاضي الدعوى الأصلية

إن وجود المسألة الأولية تلزم القاضي الأصلي المخطر بالنزاع، بأن يتوقف عن الفصل وأن يحيل للجهة القضائية الأخرى الفصل في هذه المسألة [6]، غير أنه لا يوجد إخطار تلقائي، بل أن الطرف المعين من طرف القاضي العادي، أو الطرف المتعجل هو من يجب عليه أن يخطر المحكمة الإدارية [7]. وعند هذا الحد، يكون لقرار وقف

---

[1] - TC. 20 mai 1882, Rodier, TC. 10 novembre 1933, Cascarosa et Landes, T.C. 6 Juillet 1957, préfet de la Seine, D. 1958, p. 310, in R. Odent, Op. Cit., p. 120.

[2] - CE. 20 mai 1955, Blondel, in R. Odent, Op. Cit., p. 120.

[3] – محكمة القضاء الإداري، 20 ديسمبر 1970، السنة 25، ص 201.

[4] – المحكمة الإدارية العليا، 16 ماي 1971، السنة 16، ص. 294، 29 ديسمبر 1990، السنة 35، ص. 1798.

[5] – محكمة النقض، الدائرة الجنائية، 29 يناير 1940، السنة 5، ص. 89، 28 مارس 1977، السنة 28، ص. 421.
أشار إلى هذه القرارات، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 94.

[6] - CE. 27 Avril 2007, commune de Bailleval, in CH. Debbasch, F. Colin, Op. Cit., p. 548, 549.

[7] - R. Rouquette, petit traité du procès administratif, Dalloz, 2010, p. 776, 777.

الفصل نوعين من النتائج على الجهة التي أصدرته، فهي لا تستطيع الرجوع في قرارها من جهة، ومن جهة أخرى فـ مرتبطة بالإجابة التي يقدمها قاضي الإحالة على المسألة المطروحة.

أولا: حجية حكم وقف الفصل في الدعوى في مواجهة القاضي الأصلي

لا تستطيع الجهة القضائية التي أوقفت الفصل في الدعوى الرجوع على قرارها، فلا تستطيع اطلاقا أن تعتبرها واضحة، أو أنها تدخل في مجال اختصاصها، المسألة التي بواسطة قرار له حجية الشيء المقضي فيه، ولو في مواجهتها، صرحت بأنها أولية، غير أنها تبقى حرة في الإعتراف بأن المسألة المطروحة لا يجب أن تمارس التأثير الحاسم أو القاطع الذي منحته له في البداية، على حل النزاع [1]. ومثال ذلك قرار الإبعاد الذي سبق إدراجه، فكون المحكمة الإدارية أوقفت الفصل في مسألة الجنسية، فلا يشكل ذلك قانونا عائقا أمام رفض هذه المحكمة للعريضة لأنها متأخرة، أو إبطال قرار الإبعاد لأنه ممضي من طرف سلطة غير مختصة، وبالتالي فإن قاضي الموضوع له الإمكانية نظريا لأن يترك المسألة الأولية إذا كان يستطيع الفصل في النزاع لأسباب أخرى، وهو بهذا لا يضر بفصل السلطات ولا بالحقوق التي أنشأها قراره الخاص [2].

ثانيا: إرتباط قاضي الدعوى بجواب قاضي الإحالة

يُفرض الحكم في المسألة الأولية على قاضي الموضوع، ما أن يصبح نهائيا بمعنى أنه لا يقبل الاستئناف، أو أن طرق الطعن العادية قد استنفذت، وهنا يُرتب قرار جهة الإحالة كل آثاره ويُقيّد قاضي الموضوع، ويظهر بوضوح بأنه نتيجة للتعاون بين الجهات القضائية للنظامين القضائيين [3] .

وبناء عليه فإن قاضي الدعوى الأصلية ليس بإمكانه التمسك بأن المسألة الأولية مفصول فيها إلا إذا حاز قرار قاضي الإحالة قوة الشيء المقضي فيه، بمعنى أنه صدر في الدرجة الأخيرة، وليس قابلا للاستئناف، لأن للأخير أثر موقف أمام المحاكم القضائية، والقاضي الذي أوقف الفصل لا يستطيع الفصل في القضية مادام لم يفصل في هذا الاستئناف، بالمقابل وبالنظر للطابع الغير موقف للطعن بالنقض، فإن القاضي الذي أوقف الفصل ليس ملزما بالانتظار إلى أن تفصل محكمة النقض [4] .

وبالتالي تبقى الجهة القضائية التي أُخطرت أولا، ملزمة بالحل الذي قدمه قاضي الإحالة، ما لم تتوصل إلى الفصل في النزاع مؤسسة حكمها على نقطة قانونية أخرى، غير تلك التي طُرحت لأجلها المسألة الأولية، ففي هذه الحالة تستطيع أن تفصل دون انتظار جواب الجهة القضائية المحال إليها [5].

---

1 - R. Odent, Op. Cit., p. 121.
2 - Ibid., p. 122.
3 - D. Granjon, Op. Cit., p. 90.
4 - R. Odent, Op. Cit., p. 122.
5 - CH. Debbash, F. Colin, Op. Cit., p. 549.

ضف إلى ذلك أن قاضي الإحالة قد لا يجيب على المسألة الأولية عندما يُهمل الأطراف اخطاره، ذلك قرار وقف الفصل لا يتناول تحديد قاضي الإحالة، بل يكتفي بتحديد المسألة الأولية المطروحة، ويمنح للأطراف أو لأحدهما ميعادا لإخطار الجهة القضائية المختصة، فيحدث أن تُوجه المسألة الأولية إلى محكمة غير مختصة، ويستنفذ الميعاد، ولا يتم الفصل في هذه المسألة كما أراد القاضي الأصلي. في هذه الحالة وأمام عدم وجود جواب قاضي الإحالة، فليس للقاضي الذي طرحها أن يتجاوز اختصاصه ويفصل فيها بنفسه، فلا يستطيع إلا أن يتحقق من أنه لم تتم الإجابة على المسألة المطروحة، واعتبار أن الطرف الذي أثار هذه المسألة لم يقدم التبرير الجيد لدفعه، حيث أنه لم يخطر القاضي المختص، لذلك عادة ما يتم التصريح بعدم قبول طلبه، كون صاحب الدفع لم يباشر الإجراءات الكافية لكي يفصل القاضي، أو أنه لم يخطر القاضي في شروط تسمح للأخير بالفصل في المسألة المطروحة [1].

لكن إذا أجاب قاضي الإحالة على المسألة المطروحة عليه، فما الطبيعة الحقيقية لحجية الشيء المقضي به، وما مدى تأثير جواب المسألة الأولية على الفصل في الموضوع ؟ هذا ما يقودنا إلى توضيح حدود وعيوب التعاون الموجود بين النظامين القضائيين.

أ- حجية القرارات الصادرة عن قاضي الإحالة

يلتزم قاضي الموضوع بالحكم الصادر في الإحالة، فعندما يلغي القاضي القرار الإداري، فإن الحكم الصادر عنه يحوز الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، حجية تنطبق على القاضي العادي [2]، فقد اعترفت محكمة النقض الفرنسية منذ 1930، بالحجية المطلقة للتصريح بعدم المشروعية الصادر في المسألة الفرعية من القاضي الإداري، واعتبرته مماثلا للقرار الصادر بالإلغاء، في دعوى تجاوز السلطة [3]، كان ذلك بموجب قرار Gautrand الصادر في 4 ديسمبر 1930 [4]، حيث تتخلص ظروف هذه القضية في أنه على إثر قرار العمدة ...الذي حظر بشكل عام كل المواكب بإقليم القرية، خالف راعي الكنيسة هذا القرار، فقدم للمحاكمة أمام قاضي المخالفات، الذي قرر وقف الفصل في الدعوى الجنائية لحين أن يفصل القاضي الإداري في مسألة مشروعية قرار العمدة، وفي الفاتح أوت 1928، فصل مجلس الدولة في الطعن لتقدير المشروعية، بعدم مشروعية قرار العمدة، وأثناء ذلك، كان القس المعني، قد اتهم بمخالفة ذات القرار، وبتاريخ 9 جويلية 1928، أدانته محكمة جنح Abli فطعن بالنقض في هذا الحكم، واستند في طعنه على قرار مجلس الدولة الذي قرر عدم مشروعية قرار العمدة، فقررت محكمة النقض بواسطة غرفتها الجنائية في 4 ديسمبر 1930، تمتع القرار الصادر عن مجلس الدولة بالحجية المطلقة، وشبهته من حيث آثاره بحكم الإلغاء الصادر عن قاضي تجاوز السلطة، وهذا يعني بأن تقرير عدم المشروعية يلزم كل المحاكم الأخرى [5] .

---

1 - R. Odent, Op. Cit., p. 122.
2 - cass. Civ. 8 novembre 2005, CNAVC/ Nouara Ait Idir ; CE. 29 novembre 1912, Boussuge, in CH. Debbash, Op. Cit., p. 653.
3 - J. Castagné, Op. Cit., p. 80.
4 - Ibid., p. 80.
5 - cass. Civ. 1. 19 juin 1985, office national de la chasse, D. 1985, p. 427 ; cass. Civ. 1. 8 novembre 2005 CNAV. c/ Nouara Ait Idir, in CH. Debbasch, Op.Cit., p. 653.

لكن قد يُعاد طرح نفس المسألة بصفة أولية، حيث لا يكون الأطراف على الأقل هم أنفسهم في الدعوى الأو فهل يجب أن يكون الجواب مماثلا ؟ للإجابة على هذا السؤال، قال M.Ch. Durand [1] بأن: "حجية الشيء المقضي به في مجال القرارات الملتمسة تلزم القاضي الذي التمسها، وهكذا يحلل هذا المبدأ، بأن الذي يلتمس وحده، وحده مرتبط بالنقطة الوحيدة الخاضعة لفحصه، بهدف أخذها بعين الإعتبار في مواجهة أطراف الدعوى فقط ".

إن هذا الجواب ضيق ومنتقد، لأنه يؤدي إلى مضاعفة المسائل الأولية، وتأخير حل الدعاوى، فإذا كان هذا الحل ينطبق فيما يخص الدفع بتفسير قرار إداري أمام القاضي الإداري، فإنه لا يصلح عندما يتعلق الأمر بالدفع بتقدير مشروعية قرار إداري أمام القاضي الإداري، فمتى صرّح الأخير، بأن القرار غير مشروع، فإن قراره يصبح نهائيا، ويتمتع بالحجية المطلقة للشيء المقضي به، لكن فحتى وإن تم التصريح بأن القرار غير مشروع، فإنه لا يزول مع أنه يصبح غير قابل للتطبيق، لأنه لا يمكن أن نتصور بأن المشروعية ممكن أن تتغير، فالقرار الصادر في هذه الفرضية يتماثل مع القرار الصادر بناء على الطعن لتجاوز السلطة [2].

ب– مدى التأثير الحقيقي لجواب المسألة الأولية على القرار في الموضوع

المبدأ بسيط، فالجواب على المسألة الأولية ضروري للحكم الذي سيصدر في الموضوع، وسيكون فاصلا أو قاطعا بالنسبة لهذا الحكم، لأنه يربط قاضي الموضوع. لكن لأثر حكم الإحالة المكيف بأنه فاصل وقاطع عدة درجات، فإما أن الجواب على المسألة الأولية لا يشكل إلا عنصرا في النزاع من ضمن عناصر أخرى، وبالتالي فعندما يحصل عليه قاضي الموضوع، ويدمجه في مجموع النزاع الذي يجب أن يفصل فيه، نقول بأنه يوجد تعاون، لكن ليس الجواب على المسألة الأولية هو الذي أملى القرار.

وإما أن الجواب على المسألة الأولية يكفي لاتخاذ حل للنزاع في الموضوع، وهذه هي الوضعية القصوى، في هذه الحالة يتخذ قاضي الموضوع القرار ولا يفعل غير استخلاص النتائج.

وفي الحالة الأخيرة، لا يمكن التكلم عن استقلالية قاضي الموضوع، وبعبارة أخرى فإن استقلاليته لا تعني شيء، فالتعاون بين الجهات القضائية أصبح أكثر ودية، بحيث أنه إذا لم تكن هناك ضرورة لاحترام توزيع الاختصاصات، فإن قاضي الفرع يستطيع أن يفصل في الموضوع [3]. والمثال التقليدي البسيط يتمثل في المسألة الأولية في موضوع الجنسية المطروحة من طرف القاضي الإداري المخطر بطعن ضد قرار الطرد، فإذا صرح القاضي العادي بأن الفرد له صفة الوطني وليس الأجنبي، فلا يستطيع إلا ابطال قرار الطرد الذي لا يكون صحيحا إلا إذا خاطب أجنبيا. وقد كتبM. J. Guyenot في هذا الاطار: "بأن تعاون النظامين القضائيين يظهر كاملا، حيث أن قاضي المسألة الأولية مضطر في الواقع للفصل في المسألة الأساسية المعلقة أمام جهة القضاء الإداري، حتى أن فصل الاختصاصات

---

1 - M. CH. Durand, in D. Granjon, Op. Cit., p. 90.
2 - Ibid., p. 90.
3 - M. Ch. Durand, N° 254, in D. Granyon, Op. Cit.

بين النظام القضائي والنظام الإداري ما هو إلا فصل شكلي، فالقاضي العادي سيملي على القاضي الإداري الموضوع" [1].

وهكذا فإنه يحدث أن يُحرف التعاون بين النظامين القضائيين عن معناه أو عن اتجاهه، فلو لم يوجد مبدأ الفصل وتوزيع الإختصاصات، لكان بإمكان قاضي المسألة الأولية أن يحل النزاع في موضوعه، دون أن يكون معرض لخطر الخطأ، بالمقابل يحدث أن يؤدي توزيع الاختصاصات المطلق، إلى التجاوز أو الإفراط في المسائل الأولية وينتهي إلى شل المساهمة الحقيقية المثمرة.

الفرع الثاني: أثر إعمال المسألة الأولية في مواجهة قاضي الإحالة

ينشئ قرار وقف الفصل التزاما على عاتق جهة الإحالة، منذ إخطارها بالمسألة الأولية، في الشروط المحددة، وبموجب قواعدها الإجرائية الخاصة، بحيث تلزم بالفصل في المسألة المحالة إليها. وعلى هذا الأساس نتناول في نقطة أولى إجراءات طرح المسألة الأولية أمام قاضي الإحالة، وفي نقطة ثانية حجية حكم وقف الفصل بالنسبة لقاضي الإحالة.

أولا: إجراءات طرح المسألة الأولية أمام قاضي الإحالة

إذا لم توجد إجراءات قضائية خاصة، يطبق بشأن المسألة الأولية ما يتفق مع طبيعة الدعوى أو الطعن بناء على إحالة من قاضي الدعوى، من القواعد الإجرائية العامة التي يلتزم قاضي الإحالة بإعمالها على المنازعات التي يختص بنظرها، أما إذا وجدت هذه الإجراءات فيجب احترامها.

أ- شروط وجود الدعوى

إن سير الدعوى المنعقدة بموجب حكم الإحالة، تتجاذبها قوتان متعارضتان الدعوى من جهة، والمحددة بموجب القرار الصادر عن القاضي العادي والمعلقة عليه جزئيا، هذا التأثير يظهر أساسا في شروط وجود وقبول الطعن القضائي، لكن من جهة أخرى، فإن الدعوى الإدارية ليست ملحقا بسيطا للدعوى الأصلية، وقاضي الإحالة يطبق أيضا قواعد اجرائية خاصة به.

وبالتالي فإن حكم الإحالة هو الشرط الذي يسمح بتحريك اختصاص المحكمة الإدارية [2]، بل يفعل أكثر من ذلك في بعض الفرضيات، بحيث أنه هو الذي ينشئ الإختصاص، نكون بهذا الصدد، عندما لا يخرج موضوع النزاع فقط، عن معرفة أو اختصاص جهة القضاء الإداري، لكن عندما لا يكون للأطراف صفة الرفع التلقائي للطعن لتجاوز السلطة، فحكم الإحالة مطلوب في هذه الحالة للحصول على تقدير المشروعية [3]. وعندما ترفض المحكمة

[1] - J. Guyenot, Note sous CE. 22 octobre 1965, in D. Granjon, Op. Cit., p. 91.
[2] - questions préjudicielles, www.justice-en-ligne-be/ 31.10.2012.
[3] - A. Heurte, le recours sur renvoi des tribunaux judiciaires, AJDA. 14 années, 20 novembre 1958, p. 112, 113.

العادية صراحة طلب وقف الفصل المقدم من الطاعنين، فلا يمكن أن تنعقد الدعوى الإدارية، كما أن مجرد و
الفصل من طرف القاضي المدني أو الردعي، لا يؤهل المعنيين للجوء أمام القاضي الإداري.

وما دامت الدعوى الإدارية معلقة على حكم الإحالة، فإن كل حدث قانوني يؤثر على هذا الحكم سيكون له بدون أدنى شك، انعكاس على وجود الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية، وهذا ما يؤدي إلى زوالها إذا ألغي قرار المحكمة المدنية في الاستئناف أو النقض، أو أن تفصل محكمة المخالفات في الموضوع دون انتظار الجواب على سؤالها [1]، أو أن تفصل المحكمة المدنية، قبل استنفاذ طرق الطعن المباحة داخل نظام القضاء الإداري [2].

يبقى أن نشير إلى أنه وباعتبار الدعوى الإدارية في هذه الحالة امتداد للدعوى القضائية السابق مباشرتها، فإن قاضي الإحالة غير مؤهل للتحقق من قبول الدعوى الأصلية.

1- الأطراف

يقتضي نزاع السؤال أن يتخذ الأطراف المبادرة لإخطار القاضي الإداري، فمن هم الأطراف الذين يملكون صفة التداعي ؟ إن كل من كان طرفا في الدعوى الأصلية القضائية، التي أدت إلى صدور حكم الإحالة، يملك الصفة لإخطار جهة القضاء الإداري، بمعنى أن من يملك الصفة لرفع الدعوى الأصلية يملك الصفة أيضا لإخطار المحكمة الإدارية، فالفرد الذي كان طرفا أمام المحكمة المدنية والذي لم يخاصم أمام القاضي الإداري، سيكون مقبولا قيامه باعتراض الغير على قرار الأخير [3]، وبمفهوم المخالفة فإن الأشخاص الذين لم يشتركوا في الدعوى الجنائية أو المدنية ليست لهم الصفة لإخطار القاضي الإداري.

2- الميعاد

إن الرغبة في حماية المراكز المكتسبة، دفعت بالمشرع إلى وضع مواعيد قصيرة نسبيا يلتزم القضاء بتطبيقها بطريقة صارمة، وبالتالي فإن الطعن لتقدير المشروعية بناء على إحالة المسألة الأولية، معروف مُنح للمترافعين الذين سينازعون بطريقة غير مباشرة في قرار إداري تبعا لحكم الإحالة، ذلك أن هذا الطعن لا يصطدم بأي حال من الأحوال بنهاية عدم القبول المستخلصة من انقضاء الميعاد.

فالمحاكم العادية غالبا ما تمنح ميعادا للمترافعين للجوء إلى السلطة الإدارية، وقد تردد مجلس الدولة حول ما إذا كان يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار هذا النص الذي أدمج في حكم الإحالة، لكن القضاء الحالي ثابت بهذا الخصوص، فحتى وإن لم يرفع الطاعون طعونهم أمام السلطة الإدارية في الميعاد المحدد، فهذا الظرف لن يكون له من

[1] - 13 avril 1907, Ministre de la justice c/ communauté… ; CE. 17 mai 1933, Abbé Florens, in A. heurte, Op. Cit., p.113.
[2] - CE, 19 février 1937, Sec. Soc. Des marchés de Royan, CE, 19 mars 1932, Abbé Dumas, 17 octobre 1952, Synd climatique de Besançon. Dominique et autres, in A. Heurte, Op. Cit., p. 131.
[3] - 26 décembre 1919, Rodin, in A. Heurte, Op. Cit., p. 115

أثر [1]، إلا في السماح لهذه الجهة القضائية بالفصل في انقضاء هذا الميعاد، لكن ذلك لن يشكل سببا لرفض العريضة واعتبارها غير مقبولة [2]. وهو الحل الذي يفسر بالانشغال باحترام استقلالية القاضي الإداري.

عند هذا الحد تتوقف القوة الملزمة لحكم الإحالة على المحكمة الإدارية، فيعود للقاضي العادي في إطار سلطاته أن يضع قاعدة موجهة لتجنب التثاقل والتأخير وإهمال المترافعين، لكن وتطبيقا للمبدأ الذي بمقتضاه أن سقوط الحق لا يمكن أن يتم إلا بموجب القانون، فإن استقلالية الأنظمة القضائية تشكل عائقا أمام التعليق الكلي للدعوى الإدارية على الدعوى القضائية.

3- الإجراءات

لا يقدم التحقيق في النزاع أية خصوصيات، حيث يتميز بتبسيط الإجراءات، فمبدأ استقرار النزاع مدعم باعتبار إطار الدعوى الإدارية محدد بموجب قرار الإحالة الصادر عن القاضي العادي، فأشخاص الدعوى وموضوع الدعوى والأوجه محددة مسبقا بطريقة ممكن أن تتغير.

وكما هو عليه الحال بالنسبة للطعن لتجاوز السلطة، فإن الطعن لتقدير المشروعية لا يقبل عندما يطرح مسألة واقعية بسيطة، كما أن المحكمة الإدارية قد تأمر بالتحقيق وبالخبرة عندما يكون الجواب عن المسألة القانونية مشروط أو مقيد بالظروف الواقعية [3].

إن القاضي الاداري ورغم أنه لا يتخذ بنفسه قرار في الموضوع، فإنه يصدر حكما حقيقيا، بتمتع بقوة الحقيقية القانونية، وفي هذا الإطار فإن قواعد القانون المشترك المتعلقة بطرق الطعن تلقى تطبيقها العادي.

ثانيا: حجية وقف الفصل بالنسبة لقاضي الإحالة

سبق أن أشرنا إلى أن قاضي الإحالة لا يمكن أن يخطر بالمسألة الأولية، إلا بموجب حكم وقف الفصل الصادر من طرف قاضي الموضوع، الحكم الذي يخطر به عن طريق الأطراف، أو عن طريق الطرف المستعجل من بينها، غير أن هذا الحكم لا يشير على المترافعين بالمحكمة المختصة ضمن النظام القضائي بالمسألة الأولية [4]، فإعمال مبدأ استقلالية الأنظمة القضائية، هنا أقوى من التعاون الذي ينتظره أحدهما من الآخر، فيعود إذن للمترافعين ايجاد المحكمة المختصة.

ومهما يكن حكم الإحالة، فله على المحكمة التي أحيل إليها بواسطة الأطراف حجية الشيء المقضي به [5]، ويترتب على ذلك أن قاضي الإحالة متى كان مختصا، ملزم بالفصل في المسألة الأولية المخطر بها قانونا، دون أن

---

1 - J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif..., T-2, Op. Cit., p. 95.
2 - CE. 13 juillet 1926, abbés Freneau, in R. Odent, contentieux administratif.., Op. Cit., p. 125 ; CE. 19 janvier 1973, Fernandez, in R. Rouquette, Op.Cit., p. 775.
3 - CE. 3 mai 1940, Min. Trav. publ,…, in A. Heurte. Op. Cit., p. 118.
4 - Cass. Commercial, 7 juillet 1992, civ. 1 er, 16 mars 1999, in S. Guinchard, droit et pratique de la procédure civile, Op. Cit., p. 859.
5 - D. Granjon, les questions préjudicielles…, Op. Cit., p. 89.

يتساءل عما إذا كان القاضي الذي أوقف الفصل قد قام بذلك عن صواب أو عن خطأ، وما إذا كان لا يتدخل بخصوص هذه النقطة باختصاصات منافسة، بل لا يستطيع أن يشير بأنه وبحسب رأيه، فإن النزاع المرفوع أمام القاضي المدني يعود لاختصاص القاضي الإداري [1]. بعبارة أخرى إن قاضي الإحالة ملزم بالفصل رغم كل الاعتبارات، كعدم جدوى الإحالة وغياب الطابع الجدي أو الطابع النهائي للقرار الفردي المطلوب تقدير مشروعيته[2].

وبالمقابل فمهما تكن الأهمية التي ستكون للحكم في المسألة الأولية على الفصل في موضوع القضية، فليس لقاضي الإحالة أن يطلع على موضوع القضية، الذي يخرج عن اختصاصه، بل وحتى لو كان له اختصاصا منافسا في هذا المجال، فليس له الاطلاع على الموضوع، وليس له أن يتساءل عما إذا كان جواب المسألة المحالة إليه ضروري أو غير ضروري لقاضي الموضوع، فهذا يعود لتقدير الأخير فقط، لكن في حالة الشك والغموض بإمكانه أن يلتمس من قاضي الموضوع توضيح حدود المسألة المطروحة، بتحديد تفكيره وتفسير قراره الخاص بالإحالة [3].

هذا ويحدث أحيانا ألا يجد قاضي الإحالة شيء يفصل فيه، فيغلق النقاش القضائي بإصدار قرار بألا وجه للفصل، ويحدث ذلك عندما يصبح القرار القضائي المقرر لوقف الفصل والإحالة موضوع إبطال قضائي [4].

وللتقييم نقول أنه إذا كان اتساع الطعن بناء على إحالة المحاكم العادية، يمثل فائدة مزدوجة عملية ونظرية، تتمثل الفائدة العملية في إنشاء تعاون حقيقي بين الأنظمة القضائية، فبواسطة هذا النزاع الفرعي يمكن إنشاء تعاون حقيقي، وإن كان جزئيا بين الأنظمة القانونية، فقد وجد قاضي الموضوع في الطعن لتقدير المشروعية ركيزة القضاء الأكثر تحررا من قضاء جهة النقض، يضمن حماية فعالة للحريات الفردية، كل هذا من أجل إقامة توازن حقيقي بين المصالح القائمة.

بينما تبرز الفائدة النظرية خاصة عندما تطرح المسألة الأولية على المحكمة الإدارية بناء على دعوة من المحكمة العادية، حيث تقدم هذه الدعوى خصائص مميزة، فشروط وجودها وقابليتها بُسّطت، ولا أدل على ذلك، من أن القاضي العادي يشترط لقبول الدعوى الصفة والمصلحة والأهلية، في حين ينشغل فقهاء القانون العام بتحديد ما إذا كانت الصفة والمصلحة والأهلية هي مفاهيم مختلفة، أم أن الصفة تظم المفهومين الآخرين [5]، كما أن الصفة المطلوبة

---

[1] - CE. 26 mars 2008, Cne de saint- demis de la rénion c/ Sté lwcofer, AJDA. 2008, p. 1223.
[2] - R. Rouquette, petit traité du procès administratif…, Op. Cit., p. 776
[3] - D. Granjon, les questions préjudicielles, Op. Cit., p. 89; R. Odent, Op. Cit., p. 125; CE, 9 Avril 1943, Guérin et autres, CE 24 juin 1953, comm. de Lacanau, in A. Heurte, Op. Cit., p. 117.
[4] - R. Rouquette, petit traité du procès administratif…, Op. Cit., p. 778, CE. Sec. 1 mars 1946, in R. Odent, Op. Cit., p. 125.

[5] - A. Heurte, recours sur renvoi des tribunaux judiciaire, Op. Cit., p. 120

لإخطار القاضي الإداري لا تطرح أي مشكل، فكون الطاعن طرف في الدعوى القضائية، فإن ذلك هو الش الضروري والكافي للظهور في الدعوى الإدارية [1].

لكن من جهة أخرى، أثار أسلوب المسائل الأولية البسيطة الكثير من الإنتقادات بسبب إطالته لمدة الدعوى، وتعقيده للإجراءات، لذلك تمنى بعض الفقهاء صدور تعديل تشريعي يحدد أو يؤطر بل يحد ويلغي المسائل الأولية[2].

إلا أن هذه الآراء على أهميتها والقيمة العلمية التي يتمتع بها أصحابها، فلا يبدو بأنها قدرت كما يجب الوظيفة الأساسية للمسائل الأولية، في المحافظة على مبدأ فصل السلطات، والإحتفاظ لكل قاض بالإختصاصات الموكلة له قانونا، ومنع وضعه في مكان غريب عليه، يحس فيه بأنه مجرد من كل سلاح. لذلك ظهرت في مقابل هذه الآراء المتشددة آراء، دعت إلى المحافظة على اجراء المسائل الأولية، لكن في إطار عدة شروط منها:

– تعديل إجراءات طرح المسألة الأولية، بحيث يجب أن تطرح في شكل إجراء بسيط [3]، أو إنشاء نظام التحويل المباشر للملف من الجهة المخطرة أصلا إلى جهة الإحالة [4]، على غرار إخطار محكمة عدل المجموعة الأوروبية بالمسألة الأولية من طرف مجلس الدولة أو محكمة النقض [5].

– منح مدة قصيرة للجهة القضائية المخطرة بالمسألة الأولية للفصل فيها، وهذا يقتضي أن يمنح القاضي المخطر، في إطار ممارسته لسلطته في إدارة الإجراءات، أولوية للتحقيق وللحكم في القضية، ولهذا يجب عليه أن يتسلح تماما بعزيمة القرار والتقرير، لأنه يوجد في كل الأحوال طرف يلزمه بالتأخير [6]، ونحن نتفق كليا مع الرأي الأخير، لأن الفصل الصارم بين الأنظمة القضائية، يُرتب نتائج وعيوب لا يمكن تداركها، تتناقض حتى مع مبدأ الفصل، فالقاضي العادي سوف يصدر قرارات تدخل في مجال اختصاص القاضي الإداري، والعكس صحيح، وما يترتب على ذلك من صدور أحكام وقرارات متناقضة عن الجهتين القضائيتين، تمس بشكل مباشر بحقوق وحريات الأفراد وتعرضها للخطر، لذلك فالأفضل من ذلك هو المحافظة لكل قاضي على اختصاصاته، بواسطة المسائل الأولية، مع محاولة إيجاد الحلول المناسبة، كتبني إجراء الإحالة التلقائية من القاضي المخطر إلى قاضي الإحالة، ومنح قاضي الإحالة مدة قصيرة محددة، يلتزم فيها بالفصل في المسألة المحالة إليه.

---

1 - J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, T-2, librairie générale de droit et de jurisprudence, 3eme édition, Paris, 1984, p. 93.

2 - J. F. Flauss, les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administrative et judicaire, thèse de l'université de Strasbourg, 1996, p. 330, 293 ; Y. Gaudemet, les questions préjudicielles…, RFDA. 1990, p. 764, 776, 770.

3 - D. Labetoul, l'avenir du dualisme juridictionnel…, Op. Cit, p. 1773.

4 - M. F. Mazars, le dualisme juridictionnel en 2005…, Op. Cit., p. 1779.

5 - D. Labetoul, Ibid., p. 1773.

6 - Ibid., p. 1773.

تعني دراسة طرق ممارسة الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري، البحث عن كيفية فصل مختلف جهات النظامين القضائيين في المنازعات التي تثيرها مثل هذه القرارات، بمقتضى القواعد التي تحكم توزيع الاختصاصات القضائية. بعبارة أخرى، في إطار أية ظروف، وبموجب أية شروط في الاختصاص وبموجب أي تقنية من التقنيات الإجرائية القضائية يمكن لجهة قضائية معينة، أن تقدر قانونا مشروعية قرار ضبطي معين ؟

حيث أن طرق أو كيفيات أو إجراءات الفصل في الدفع بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، تختلف وفقا لما إذا كانت الدعوى الأصلية التي يتصدى لها القاضي، والتي بمناسبتها يتمسك بعدم مشروعية هذا القرار، دعوى مطروحة أمام القاضي العادي (مدني أو جنائي) أو أمام القاضي الإداري. ومرد هذا الإختلاف هو بالطبع إختلاف هذه الدعاوى سواء من حيث الخصوم أو الموضوع أو أثر الحكم الذي يصدر عنها، الأمر الذي قد يحدو بالمشرع إلى أن يفرد لكل دعوى تنظيما إجرائيا خاصا، وإن كان هذا لا يحول دون أن يُضّمن أحيانا هذه التشريعات أحكاما عامة مشتركة، وبناء على ما سبق فإننا نميز على مستوى هذا العنوان بين: رقابة القاضي العادي لمشروعية قرارات الضبط الإداري في المبحث الأول، ورقابة القاضي الإداري لمشروعية قرارات الضبط الإداري في المبحث الثاني.

المبحث الأول: رقابة القاضي العادي لمشروعية قرارات الضبط الإداري

إن الدعاوى التي تُطرح أمام القاضي العادي ويمكن أن يثور أثناء نظرها الدفع بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، إما أن تكون جنائية وإما أن تكون مدنية. وإذ تختلف الأحكام القانونية التي تنظم الدفع بعدم المشروعية في الدعويين، فإن إيضاح هذه الأحكام يقتضي أن نقسم هذا المبحث إلى: رقابة القاضي الجنائي لمشروعية قرارات الضبط الإداري في المطلب الأول، ورقابة القاضي المدني لمشروعية قرارات الضبط الإداري في المطلب الثاني.

المطلب الأول: رقابة القاضي الجنائي

إن رقابة القاضي الجنائي لأعمال الضبط الإداري تدخل في نطاق نظرية المسائل التابعة، أي المسائل التابعة للدعوى الأصلية، والتي بموجبها يوجد اختصاص مشترك للنظامين القضائيين العادي والإداري معا، فالشخص المتابع أمام المحاكم الجنائية غالبا ما يدفع بعدم مشروعية النص الذي توبع على أساسه، يتعلق الأمر إذن برقابة تمارس بناء على الدفع بعدم المشروعية. وبناء عليه فإن أساس وحجم رقابة المحاكم الجنائية الحالية، لا يمكن فهمها إلا بمعرفة أصولها التاريخية أو بالرجوع بطبيعة الحال إلى النظام القضائي الفرنسي، حيث يتبين لنا نتيجة لذلك، أن تحديد القواعد المتعلقة باختصاص هذه المحاكم بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، ومنها القرارات الضبطية، لم يكن عملا يسيرا، بل كان نتيجة لجهد كبير من جانب الفقه وخاصة من جانب القضاء.

الفرع الأول: أساس ومدى الرقابة

نتطرق لأساس الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري في نقطة أولى، ولمداها في نقطة ثانية.

أولا: أساس الرقابة

يُقصد بأساس الرقابة الأساس القانوني أو القضائي الذي خوّل للمحاكم القضائية الجنائية، الإختصاص بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، ويُميز الفقه الفرنسي في هذا الصدد بين مرحلتين أساسيتين: المرحلة السابقة على قرار محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets والمرحلة اللاحقة لهذا القرار.

أ- المرحلة السابقة لقرار محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets

لقد تم تسجيل ثلاثة مواقف لكل من القضاء والمشرع ضمن هذه المرحلة، يتعلق الأمر بموقف المحاكم العادية قبل صدور قرار الغرفة الجنائية المذكور في 03 أوت 1810، وموقف محكمة النقض بموجب القرار الأخير، وموقف المشرع الفرنسي سنة 1832.

1- موقف المحاكم العادية قبل صدور قرار الغرفة الجنائية في 03 أوت 1810

(رفض المحاكم العادية رقابة مشروعية القرارات الضبطية)

إن القاعدة التي حظرت على المحاكم القضائية تقدير مشروعية القرارات الإدارية الضبطية، هي قاعدة قديمة جدا في القانون الوضعي، بل وقبل وجودها في التشريع الثوري الفرنسي، كانت موجودة تقريبا وبعبارات مماثلة في تصريحات وأوامر ملوك فرنسا [1]، فاستقلال الإدارات العمومية في مواجهة الجهاز القضائي يتعلق في الواقع بضرورة حكومية، وبموقف سياسي مؤيد للحكومة، وعليه فإن منح المحاكم القضائية سلطة مراقبة الإدارة، في بلد كانت فيه الإدارة شديدة التركيز، وكانت فيه المرافق العمومية شديدة التطور، سيُوصل إلى إعطاء السلطة القضائية تأثير وتفوق كبيرين. ضف إلى ذلك أن ذكريات اعتداءات البرلمانات القضائية كانت حاضرة دائما في ذاكرة المؤسسين، عندما حددوا شروط فصل السلطات، لذلك فإن القاضي العادي كان يرفض دائما التدخل في النشاط الإداري، بسبب المنع المعلن بهذا الصدد بموجب النصوص الثورية [2]، هذا المبدأ الذي لم يتم إلغاءه لا تشريعيا ولا قضائيا خلال العديد من السنوات، رتب عدم اعتراف أية جهة قضائية باختصاصاتها، في تقدير مشروعية القرارات الإدارية التي تشكل قرارات ضبطية. في الواقع لقد اعتبرت المحاكم العادية بأن فحص المشروعية مخالف لمبدأ الفصل بين السلطات في روحه وفي معناه، وقد استمرت هذه الوضعية على صرامتها إلى غاية 1810. وهذا لا يعني بأن مناسبات الفصل في هذا الموضوع غير موجودة، فقد وجدت نصوص ثورية تعاقب على مخالفة القرارات الضبطية بعقوبات الغرامة والسجن، حيث طُبق الجزاء أمام محاكم المخالفات. نتطرق بهذا الصدد الى حالتين:

---

[1] - R. Odent, contentieux administratif, Tome-1, Dalloz, 2007, p.373

[2] – لذلك جاءت المادة 13 من الباب الثاني من قانون 16-24 أوت 1790 تبين ذلك في العبارات التالية:

« les fonctions judiciaires sont distincts et demeureront séparées des fonctions administratives, Les juges ne pourront à peine de forfaiture, troubler de quelque manière qui soit, les opérations administratifs ni citer devant eux les administrateurs à raison de leur fonctions ».

هذا وأضاف قانون 13 فريكتوز للعام الثالث : "حظرا مضاعفا على المحاكم في تقدير مشروعية القرارات الادارية مهما كانت، تحت طائلة القانون"، وإذا كان المشرع الثوري قد فكر أساسا في معاقبة هذا النوع من التجاوزات فهو يقصد أيضا حظر التجاوزات المعاكسة وهذا ما ذهبت إليه المادة 17 من الباب الثاني من قانون 16-24 أوت 1970:

« L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni par les justiciables distraits de leurs juges naturels, ni par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui seront déterminées par la loi ».

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة الأولى من الفصل 08 من الباب الثالث من دستور 03 سبتمبر 1971:

« Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le corps législatif, ni par le roi » in R. Odent, Droit administratif, Op. Cit., p. 373.

- **الحالة الأولى:**

يتعلق الأمر بالكثير من القرارات البلدية التي صدرت في هذه الفترة، والتي كانت تمنع تنظيم الحفلات الراقصة يوم الأحد، حتى لا يتزامن هذا اليوم مع عاشر يوم في رزنامة الجمهورية، أي عاشر يوم في أشهر الثورة الفرنسية.
لقد كان المخالفون لهذه القرارات التنظيمية الضبطية كثيرون، فيلجئون إلى المحاكم للاستفادة من البراءة، لكن المحكمة العليا كانت تنقض كل الأحكام، وتُقرر بأن القرارات الضبطية البلدية هي قرارات إدارية لها قوة القانون، وبالنتيجة لا يمكن إلغاؤها إلا عن طريق الإدارة الأعلى المختصة [1].

- **الحالة الثانية:**

تتعلق بقرار صدر في 22 Vendémiaire (شهر القطاف في الرزنامة الفرنسية)، الذي أُتخذ بمناسبة متابعة جنائية تمت بسبب مخالفة قرار ضبطي، منع غلق المحلات يوم الأحد، في حين أن القانون ينص فقط على غلق المحلات في اليوم العاشر. ولقد كانت محكمة النقض صارمة في هذه القضية، فعدم مشروعية قرار سلطة الضبط كانت واضحة، لكن المحكمة العليا وإن لاحظت عدم المشروعية هذه، فإنها رفضت استخلاص نتائجها وصرحت بما يلي: "...وإن اتضح بأن هذا القرار مخالف للقانون، فإن القرارات المتخذة من طرف الجهاز الإداري لها قوة القانون، ولا يمكن إلغاؤها من طرف المحاكم العادية، وأن هذا الحق غير مخول إلا للسلطات الإدارية...." [2].

لقد دامت هذه الوضعية لعشرات السنوات، حيث بقي القضاء العادي بسبب التفسير الخاطئ لمبدأ الفصل، يرفض مراقبة مشروعية القرارات الضبطية، كما بالنسبة لكل القرارات الإدارية. فهل أُبعدت هذه المحاكم كليا عن المسائل المرتبطة بنشاط الإدارة ؟ إن المبدأ الذي تم تكريسه في 1790 وفي الكثير من المناسبات بعد ذلك، يعرف استثناءات، فقد حدث تطور مهم في سنة 1810.

2- موقف محكمة النقض في قرارها الصادر في 03 أوت 1810

(رقابة المشروعية المؤسسة على قضاء الغرفة الجنائية)

بسبب القاعدة الناتجة عن مبدأ الفصل بين السلطات، والمتمثلة في عدم تدخل المحاكم القضائية في النشاط الإداري، شعر القاضي الردعي بسرعة بالإنزعاج في ممارسة مهامه، لأنه كان ملزم بالتوقف عن الفصل في كل مرة يدخل فيها قرار إداري في تكوين الجريمة. لذلك بذلت المحاكم الردعية جهدا للتوفيق بين مبدأ الفصل بين السلطات والمقتضيات الأساسية لمهمتها [3]، وقد بدأت هذا الجهد بالضبط في 03 أوت 1810 [4]، عندما نقضت محكمة

1 - J. Castagné, le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administrative, Op. Cit., p. 54.
2 - M. Pelletier, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif, thèse, paris, 1952, p.16, in J. Castagné., Op. Cit., p. 54, 55.
3 - D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire, LGDJ. Paris, 1995, p. 8.
4 - Crim. 3 aout 1810, Sirey, vol .3, 1809- 1810, p. 224.

النقض أربعة عشرة حكما صادرا عن محكمة مخالفات la Rochelle، التي وقّعت على المتهمين عقوبة مخ قرارات تنظيمية بلدية، تنص على عدم مشروعية الراحة الأسبوعية [1].

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن عمدة مدينة La rochelle وعمدة بلدية Nieul أصدرا قرارين، صدّق عليهما محافظ المديرية، يمنعان العمل والإتجار أيام الأحد والأعياد تحت طائلة عقوبة المخالفة، وقد قُدم عدة أفراد للمحاكمة لمخالفتهم هذه اللائحة أمام محكمة المخالفات، التي حكمت ضدهم بالعقوبة، وقد طعن النائب العام لمصلحة القانون على مختلف الأحكام التي صدرت عن محكمة مخالفات La Rochelle، تأسيسا على أنها تنطوي على تجاوز للسلطة، وتخالف أيضا قرار الحكومة الصادر في 07 تريميدور (الشهر الحادي عشر في عهد الثورة الفرنسية) السنة الثامنة، وقانون 18 جرمينال (الشهر السابع في عهد الثورة الفرنسية) السنة العاشرة، الذين تركا للمواطنين الحق في تصريف مشاغلهم اليومية أيام الأحد والأعياد. وقد نقضت محكمة النقض الأحكام المطعون فيها بموجب قرار 03 أوت 1810.

يرجع الفضل في جزء كبير من هذا التغيير القضائي، إلى تدخل النائب العام Merlin، الذي قدم تقريرا أجاب من خلاله على السؤال الذي طُرح، لمعرفة ما إذا كانت المحاكم القضائية تملك تقدير مشروعية القرارات الإدارية، وذلك بالتمييز بين ما يلي:

"...حين يتعلق الأمر بقرار فصّل بموجبه العمدة أو المحافظ في وضعية خاصة، والتي تُرفع فيما بعد أمام المحاكم، أو عندما يتعلق الأمر بقرار اتخذ بموجبه هذا أو ذاك (العمدة أو المحافظ)، تدابير عامة لحماية النظام العمومي وأنشأ بموجبها قرارا تنظيميا حقيقيا...ففي الفرضية الأولى يجب على المحاكم حتى وإن تحققت بأن المحافظ أو العمدة قد تجاوز اختصاصاته، أن تمتنع عن الفصل، وتنتظر إبطال القرار الغير المشروع من طرف السلطة الإدارية العليا، أما في الفرضية الثانية فإن المحاكم لا يلزمها ولا يمكنها مراعاة القرار إلا باعتباره مطابق للقانون، لا ينبغي لها ولا يجوز لها تطبيق النصوص العقابية للقرار، إلا بموجب القانون الذي اتخذت في إطاره، وليس في القرار بل في القانون وحده يجب عليها (المحاكم) أن تبحث عن اختصاصاتها...".

بالنسبة ل Merlin فإنه في حالة وجود قرار إداري تنظيمي من قرارات الضبط الإداري، فإن المحاكم القضائية ليس لها فقط الحق، بل عليها واجب التأكد من مشروعيته قبل النطق بمعاقبة المخالفين لأحكامه.

أمام هذه المعطيات لم تتأخر محكمة النقض في تغيير موقفها، بموجب قرارها الشهير الصادر في 03 أوت 1810 السالف الذكر، والذي أعطت بموجبه التبرير الأول لحق القاضي الردعي في تقدير مشروعية القرارات الإدارية، فقررت ما يلي: "إن المحاكم الجنائية المطبقة للقانون وللقانون وحده ليس بإمكانها أن تستمد العقوبات إلا من القانون، وأن المحاكم لا يمكنها أن تحكم على صحة القرارات الإدارية، ولا أن تعيق تنفيذها، ولا يمكنها المساعدة على هذا التنفيذ إلا بموجب الوسائل التي تدخل في دائرة سلطاتها، بحيث أنه وفي شأن الضبط المحلي فإنه وفي حالة مخالفة

[1] - J. Castagné, le contrôle juridictionnel..., Op, Cit., p. 55.

اللوائح التي تصدرها السلطات الإدارية المنوط بها هذا الاختصاص، فلا يجوز للمحاكم أن تعاقب عن هذه المخالفات إلا في حدود تعلق هذه اللوائح بتنفيذ قانون ساري المفعول، يتضمن عقوبة ضد المخالفين، أو أن تدخل (المخالفات) في المسائل المعهودة لرعاية ولسلطة الإدارة المحلية" [1].

إن قيمة هذا القرار المبدئي، لا تنحصر في كونه يشكل أول إعتراف بحق المحاكم الردعية في تقدير مشروعية القرارات الإدارية، ولكنه يبيّن أيضا بأن الإدارة عندما تلجأ إلى العدالة الجنائية لإجبار الأفراد على تنفيذ قراراتها، فإنها تصبح إراديا تحت نظام قانون العقوبات، وبالتالي لا يحق لها في هذه الحالة الادعاء بحقها في تقدير مشروعية قرارها بنفسها، بعد أن تحركت الجهة القضائية الردعية، كما لا يمكنها أن تطلب تقسيم ذلك، فهي تسلم للقاضي قرارها كاملا، فقط لكي تطلب منه ضمان تنفيذه[2].

وقد أصبحت التفرقة التي وضعها Merlin قضاء مستقرا لمحكمة النقض، تطبقها بأمانة ودقة، وكانت نتيجة لذلك ترفض دائما الإعتراف للمحاكم القضائية، بإمكانية تقدير مشروعية القرارات الإدارية الفردية، وإن كانت صادرة في مجال الضبط الإداري. لكن السؤال الذي يطرح نفسه بهذا الصدد، ما هو سبب التفرقة بين القرارات الإدارية إلى تنظيمية وفردية ؟

إذا كان النائب العام Merlin لم يكشف في تقريره عن سبب التفرقة التي وضعها بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، فقد اقترح الفقيه Mestre شرحا، مفاده أن الحكم على صحة القرارات الفردية يعني في الحالة التي تقدر فيها عدم مشروعيتها، المساس بوجود القرار نفسه، فمثل هذه القرارات التي لا تطبق إلا على شخص واحد، فإن استبعادها يعني إلغاؤها، وهو ما يُشكل خروجا على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، وعلى عكس ذلك، فإن هذا الاعتبار غير وارد فيما يخص القرارات التنظيمية التي تكون محلا لتطبيقات عديدة، والتي لا يعني استبعادها بخصوص أحد الأفراد، استبعادها بالنسبة لبقية الأشخاص [3]. وهذا يعني بأن رقابة القرار الفردي أخطر من رقابة القرار التنظيمي. في حين أرجع الفقيه Jean Marie Auby هذا التمييز إلى فكرة أن تقدير مشروعية القرار الإداري الفردي، تقتضي معرفة أعمق بالقانون الإداري من تلك الضرورية لرقابة القرارات التنظيمية [4]. أما التبرير الأخير الذي تم تقديمه لإخراج القرارات الإدارية الفردية من مجال رقابة المشروعية الإدارية، فتمثل في أن الدفع بعدم المشروعية لم يتم قبوله أمام المحاكم القضائية، إلا بسبب التماثل الذي من الممكن أن يوجد بين القرار التنظيمي الإداري والقانون، لكن ولكون هذه المماثلة الغير منطقية كانت غير فعالة لتبرير رقابة المشروعية من طرف

1 - D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire , Op. Cit., p. 19.

2 - D. Tsevas, Op. Cit., p. 20.

3 - M. Mestre, recherche sur l'exception de l'illégalité, mélange Hauriou, p.581, in J. Castagné, Op. Cit. p. 57.

4 - « le principe retenu par l'arrêt se fonde essentiellement sur les nécessités logiques de la répartition des compétences, sur l'intérêt de réserver au juge spécialité dans l'application du droit public la connaissance des actes inhérents à ce droit » J. M. Auby, note sous, T.C. 5 Juillet 1951. Sirey, 1952. 3.1.

القاضي الردعي، فإنها بقيت دون تأثير على التمييز بين القرارات الفردية والتنظيمية بالنظر إلى الدفع بعدم المشروعية[1]. إذن في نهاية المرحلة الثانية للتطور، وفي غياب كل نص تشريعي، يوجد قضاء محكمة النقض الذي أعطى للمحاكم القضائية الردعية الحق في تقدير مشروعية القرارات التنظيمية.

3- رقابة المشروعية المؤسسة على نص تشريعي

بعد وقت قليل من التصريحات القضائية الأولى بالاختصاص القضائي بالدفع بعدم المشروعية، صدر نصين تشريعيين يُكرسان هذا الاختصاص، وهما الأمر المؤرخ في 01 جوان 1828 [2] وقانون 28 أفريل 1832. فقد قنن المشرع موقف محكمة النقض السالف الذكر، فأدرج بتاريخ 28 أفريل 1832، في نهاية المادة 471 من قانون العقوبات (الذي يتضمن فقط 14 فقرة) الفقرة 15 [3]، التي اعترفت للقاضي الجنائي بالإختصاص في مجال تقدير المشروعية، لكن هذا الاختصاص كان محدودا لأنه لا يعني إلا قرارات الضبط الإداري المتخذة لضمان السكينة، الأمن، والصحة العمومية. ولأن القاضي الجنائي مختص فقط بتقدير مشروعية القرارات التي تشكل أساسا للمحاكمة وليس مختصا بتقدير مشروعية القرارات المستند إليها كوسيلة دفاع، فإنه يحق لنا أن نتساءل عما إذا كان هذا الاختصاص يشمل بالمرة القرارات الفردية والتنظيمية.

لقد أصبح للرقابة إذن أساس تشريعي هو المادة 471- 15، الذي يظل معناه مطبقا كلما أحالت محكمة التنازع إلى المبدأ المستوحى من هذا النص، وإلى الفكرة التي مقتضاها أن الدعوى يجب أن يفصل فيها بسرعة، وبأنه يجب الحد إلى أقصى حد ممكن من المسائل الأولية التي تعرقلها.

وقد استبدلت هذه المادة بالمادة 26- 15 من قانون العقوبات، الصادر بموجب المرسوم المؤرخ في 23 ديسمبر1958، هذه الأخيرة لم تتغير كثيرا عن سابقتها لكنها جاءت أكثر اتساعا [4]، ومع ذلك فإن المحاكم لا تؤسس عليها حقها في تقدير مشروعية القرارات الإدارية إلا نادرا، ففي القرارات الصادرة بعد ظهور النصوص التشريعية السابقة، ظهرت محكمة النقض مترددة قليلا فيما يخص اتساع رقابتها، لكنها لم تضع مع ذلك حقها في تقدير مشروعية القرارات الإدارية موضع شك.

---

1 - D. Tsevas, Op. Cit., p.106 ،105.
2 - D. Tsevas, Op. Cit., p. 103 .
3 - l'article 471-15 du code pénal, punissait d'amende ceux contrevenant au « decrets et arrêtés de police légalement fait par l'autorité municipale », « théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire répressif », http://fr.jurispedia.org/11 septembre 2012.
4 - l'article 471- 15 du code pénal est devenu l'article 26-15 de la partie règlementaire du code pénal du 23 décembre 1958 .cette article punit « ceux qui auront contrevenu au decrets et arrêtés publiés par l'autorité municipal », in R. odent, contentieux administratif, Op. Cit, p. 582.

يبدو هذا الموقف للمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 19جويلية 1833 [1] والذي جاء فيه: "باعتبار هذا التنظيم يدخل في دائرة الاختصاصات الممنوحة للسلطة المحلية في مجال الأمن، الصحة العمومية، وحيث أنه إذا كان يتضمن أحكاما تضع عقبات أو تعرقل الصناعة أمام فئة من المواطنين للمصلحة العامة، فإن طريق اللجوء إلى الإدارة الأعلى مفتوح لتعديله أو إلغائه، لكن وما دام باقيا فإن هذا القرار التنظيمي ملزم". يتبع ذلك أن الحكم الملغى قد تعدى على اختصاصات السلطة الإدارية (ما يعني ضمنيا أن القرار التنظيمي مشروع).

نفس الصياغة تم الأخذ بها في قرار آخر صدر 13 جوان 1835 [2]، ومن المفيد أن نوضح هنا بأن الوجه المرفوع يتعلق بمسألة ملائمة وليس مشروعية، فبدون أن تتنكر المحكمة العليا لحقها في تقدير مشروعية القرار المتنازع فيه، رفضت أن تقوم بتقدير ملائمته. فضلا عن ذلك قبلت المحكمة العليا بموجب قرار 17 سبتمبر 1841 [3]، عشرون سنة قبل مجلس الدولة الإنحراف بالسلطة، والحال أنه إذا كانت محكمة النقض قد ظهرت محتشمة فيما يخص اتساع رقابتها، فإنها لم تضع حقها في إجراء هذه الرقابة موضع شك، بل أن الغرفة الجنائية لم تؤكد في السنوات التالية لهذا القضاء على حقها، لكن على واجب القاضي الجنائي في تقدير مشروعية القرارات التنظيمية.

ب– موقف محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets

إن قرار Avranches et Desmarets الشهير الصادر عن محكمة التنازع هو قرار مهم، ليس لأنه وضع قواعد في مجال رقابة مشروعية القرارات الإدارية من طرف القاضي الجنائي، لكن لأنه فرض أيضا وبنفس المناسبة التمييز بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، مع أن التاريخ القضائي لرقابة المشروعية الإدارية من طرف القاضي الجنائي، يشهد بأن هذا التمييز لم يتم وضعه من طرف هذه المحكمة، لكن ترجع أصوله التاريخية إلى بداية رقابة مشروعية القرارات الإدارية من طرف المحاكم الردعية. بعبارة أخرى لقد فصلت محكمة التنازع بموجب هذا القرار في مسألة مزدوجة: فهي لم تعين فقط سلطات القاضي الردعي حسب النموذج التنظيمي أو الفردي للقرار، الذي يجب على الأخير أن يقوم بتقدير مشروعيته، لكنها فصلت أيضا في الحالة التي يُشكل فيها هذا القرار أساسا للمتابعة أو يُستند إليه كوسيلة دفاع، كما يلي: "ينتج عن طبيعة مهمة القاضي الجنائي بأن له مبدئيا الإختصاص الشامل بشأن كل النقاط، التي يتوقف عليها تطبيق أو عدم تطبيق العقوبة، فيعود إليه لهذا الغرض تقدير مشروعية القرارات التنظيمية سواء استخدمت كأساس للمحاكمة أو أثيرت كوسائل دفاع، حيث أن اختصاص المحاكم الجنائية لا يعرف حدود في هذا المجال، إلا بالنسبة لتقدير مشروعية القرارات الإدارية الغير تنظيمية، لأن هذا التقدير محفوظ للجهات القضائية الإدارية، ما لم يرد نص يقضي بغير ذلك [4].

([1]) –(3) et (4) crim. 19 juillet 1833, crim. 13 juin 1835, crim. 17 septembre 1841, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 102, 103.

[4] - T.C. 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, Sirey, 3.1, note Auby: « considérant qu'il résulte de la nature de la mission assignée au juge pénal que celui-ci a, en principe, plénitude de juridiction sur tous les point d'où dépend l'application ou la non application des peines; qu'il lui appartient, à cet effet, non seulement d'interpréter, outre les lois, les règlements administratifs, mais encore d'apprécier la légalité de ceux – ci qu'ils servent de fondement à

لقد اعترفت الجهة القضائية العليا للقاضي الردعي بالإختصاص الشامل [1]، حول كل النقاط التي يتعلق بها أو يتعلق بها تطبيق العقوبات. فطبيعة المهمة المخولة للقاضي الجنائي كافية لتبرير مخالفة مبدأ الفصل بين السلطات، أو بالأحرى الفصل بين الهيئات الإدارية والقضائية. يتعلق هذا الاختصاص الشامل بالتفسير وتقدير المشروعية، ثم إن هذا الاختصاص يعود لكل الجهات القضائية الردعية، ويخص كل التنظيمات، سواء التي تشكل أساسا للمتابعة أو التي يتم الإستناد إليها كوسيلة دفاع، كما أن القاضي الجنائي ليس له فقط سلطة ممارسة الإختصاصات المعترف له بها، بل يقع عليه واجب القيام بذلك.

وقد أثار قرار Avranches et Desmarets نقاشا فقهيا كبيرا، بسبب إحيائه للتمييز بين القرارات الفردية والتنظيمية، ومن الآراء المهمة، نذكر رأي العميد Patin [2]، لأن موقفه أثر فيما بعد في موقف الغرفة الجنائية، وبالنسبة إليه، فبالتركيز على مهمة القاضي الجنائي ذاتها، لا يمكن التمييز بين القرارات الفردية والتنظيمية، فبمناسبة مخالفة شخص لقرار فردي، نطلب من القاضي الجنائي متابعة هذا الشخص، مع منعه من تقدير مشروعية هذا القرار، هذا يعني إما إرغامه على النطق بعقوبة غير مشروعة أو إيقاف الفصل في المسألة السابقة، وتأخير تطبيق الجزاء، بإعمال المسائل الأولية في الدعاوى الجنائية، وهو أمر مؤسف من الناحية الاجتماعية [3]، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فكيف يتأذى مبدأ الفصل بين السلطات عند تقدير مشروعية القرار الفردي، أكثر مما يتأذى عند تقدير مشروعية قرار تنظيمي، وكيف يجوز لمحكمة المخالفات أن تقدر مشروعية مرسوم، ولا يجوز لها أن تقدر مشروعية قرار ضبط إداري يصدره عمدة [4].

في الواقع إن آثار تقرير عدم مشروعية القرار الإداري، لا تختلف في حالة القرار التنظيمي عن حالة القرار الفردي، فحجية ما يتضمنه الحكم الجنائي من تقرير عدم مشروعية القرار الإداري، هي في الحالتين حجية نسبية لا تتعدى نطاق الخصومة الجنائية التي صدر فيها، فلا يستفيد منها إلا من صدر لصالحه الحكم، بتبرئته مما هو منسوب إليه، ولا وجه للقول بأن القرار التنظيمي يستمر قابلا للتطبيق على حالات فردية أخرى، وليس الأمر كذلك بالنسبة

---

la poursuite ou qu'ils soient invoqués comme moyen de défense; que la compétence de la juridiction pénale ne connait de limite, en ce domaine, que quant à l'application de la légalité des actes administratifs non règlementaires,….en vertu de la séparation des pouvoirs … » «théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire répressif », http:// fr. jurispédia. org/ 11septembre2012 .

[1] – مبدأ الاختصاص الشامل (plénitude de juridiction) للمحاكم الجنائية، وهو مبدأ قانوني عام، يزكي إجراء المسألة السابقة، وهو أيضا مبدأ خاص، من شأنه أن يعطل عمل مبدأ عام أخر هو مبدأ الفصل بين السلطات، ومن ثم إجراء المسألة الأولية، ويقوم هذا المبدأ الخاص بدوره على أساسين، الأول : أن القاضي العادي هو حارس الحريات الفردية ضد التعسف الإداري، وقد وصفت المادة 660 من دستور 4 أكتوبر 1958 السلطة القضائية بأنها حارسة الحرية الفردية، ونصت المادة 136 من تقنيين الإجراءات الجنائية الفرنسي على أن تختص المحاكم العادية دائما دون سواها بكل حالات الاعتداء على الحريات الفردية. الثاني: أن القاضي الجنائي هو وحده المختص، بتقدير العناصر أو الأركان المكونة للجريمة، ولا يجوز أن يتوقف الحكم الذي ينطق به على سلطة أخرى ولو كانت قضائية.

[2] - crim. 13 mars 1952, D. 1952, p. 397, rapport Patin.

[3] - J. M. Auby, note sous, T.C. 5 juillet 1951, S. 1952, 3. 1.

[4] - Lamarque, note sous, cass, crim, 21 décembre, 1961, Dame le Roux, JCP. 1962, p. 12680.

إلى القرار الفردي، لأن هذا مرده إلى أن الأول بحكم انطوائه على قواعد عامة ومجردة يظل قابلا للتطبيق على حالا فردية، في حين أن القرار الفردي، لا يصادف سوى تطبيقا وحيدا، غير أن هذا لا يعني أنه يترتب على تقرير عدم مشروعية القرار الإداري الفردي إلغاؤه، فالقاضي الجنائي ليس له ذلك، ويظل القرار الفردي قائما في التنظيم القانوني، كالقرار التنظيمي، على الأقل من الناحية النظرية والقانونية، إلى أن يتقرر إلغاؤه من طرف القاضي الإداري، أو سحبه من طرف السلطة الإدارية المختصة، ولذلك فإن إعمال مبدأ شمول اختصاص القاضي الجنائي، دون مبدأ الفصل بين السلطات يتعين أن يكون بالنسبة إلى النوعين من القرارات الإدارية [1].

ورغم هذه الانتقادات فقد أصرت محكمة التنازع على موقفها في الأحكام اللاحقة [2]، أما محكمة النقض فقد ترددت كثيرا قبل أن تتخذ موقفا نهائيا، فقد حافظت الغرفة الجنائية على قضائها التقليدي، واستمرت في قبول رقابة القاضي الجنائي لمشروعية القرارات الفردية، المعاقب عليها جنائيا، والمرتبطة بالمادة 471- 15 من قانون العقوبات، يتعلق الأمر بأكثر دقة بالقرارات الفردية المتعلقة بالضبط العام لحماية النظام والأمن والصحة العمومية [3]. لكنها سرعان ما غيرت موقفها متبعة قضاء محكمة التنازع [4]، إلا أن هذا التوافق لم يدم طويلا بين الجهتين القضائيتين، حيث هجرت الغرفة الجنائية القضاء المقيد لمحكمة التنازع، واتجهت إلى توسيع رقابة مشروعية القرارات الإدارية الفردية، يتضح ذلك من خلال قرار Dame Leroux الصادر في 21 ديسمبر 1961 [5]، والذي ورد بالعبارات التالية: "...إذا كانت المادة 13 من قانون 16 و24 أوت 1970 ومرسوم 26 فريكتيدور السنة الثالثة، تمنع المحاكم القضائية من أن تخل بأي طريقة كانت بعمل الجهاز الإداري، بأن يمثل أمامها الإداريون بسبب وظائفهم وأن تطّلع على قرارات الإدارة، فإن هذه الأحكام لا تشكل عائقا أمام قيام القضاة بواجبهم، عندما تكون هذه القرارات الفردية أو التنظيمية مقترنة بعقوبة جنائية يطلب من المحاكم العادية إصدارها، دون تقدير ملائمتها. لكن ولضمان تطابقها مع القانون، على الأقل عندما تكون هذه القرارات واضحة، فليس من الضروري تفسيرها". لقد أكدت المحكمة العليا على أن للقاضي الردعي واجب مراقبة مشروعية كل القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية بشرطين:

الأول: أن يكون القرار التنظيمي أو الفردي، الذي على أساسه يستطيع القاضي الردعي ممارسة رقابة المشروعية "معاقب عليه جنائيا"، غير أن المحكمة لم توضح معنى القرار "المقترن بعقوبة جنائية "، يتعلق الأمر بالتأكيد بالقرار

---

1 - J. Castagné, Op.Cit., p.63.

2 - T.C. 06 novembre 1967, préfet de Loire – et – cher. JCP. 1968. 2. P. 15448, note Souty; T.C. 6 novembre 1967, coutanceau, AJDA. 1968, p. 407, note Moreau.

3 - crim. 29 janvier 1957, crim. 14 février 1957, crim. 4 mai 1957, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 112.

4 - Crim.15 octobre 1958, 23 décembre 1959, 20 janvier 1960, 5 décembre 1957, in D. Tsevas, 0p. Cit., p 112.

ففي القرار الأخير المتعلق بالمتابعة من أجل مخالفة تشريع الصيد، صرحت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض بأن القاضي الردعي يجب أن يحيل إلى القاضي الإداري المسألة المسبقة.

5 - Cass. Crim. 21 décembre 1961, Dame le Roux, JCP. 1962, 12680, note Lamarque, « théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire répressif », http: // fr. jurispedia.org /11septembre 2012.

مصدر التجريم الجنائي، وبعبارة أخرى القرار الذي يشكل أساس المتابعة. وبهذه الصياغة تكون محكمة النقض أقصت من رقابة المشروعية الممارسة من طرف القاضي الجنائي، القرارات المستند إليها كوسيلة دفاع أو كفعل تبريري، ومن الناحية الإجرائية فإن هذا الشرط يقتضي توقف القاضي الجنائي عن الفصل في الدعوى، وإحالة الأطراف للادعاء أمام القاضي الإداري المختص. وعند هذا الحد فإن قضاء محكمة التنازع أكثر اتساعا من قضاء Dame Leroux، لأنه منح الاختصاص ليس فقط بخصوص القرارات التي تشكل أساسا للمحاكمة، لكن أيضا تلك التي يتم الاستناد إليها كوسيلة دفاع.

الثاني: أن تكون هذه القرارات واضحة، لا تحتاج إلى تفسير، بعبارة أخرى لقد منع قرار Dame Leroux القاضي الجنائي من تفسير القرارات الإدارية الفردية أو التنظيمية [1].

إن هذا الحل المقيد والأجنبي، قد تم هجره بموجب قرار Canivet et Dame Moret [2]، الذي نقضت بموجبه الغرفة الجنائية قرار المحكمة الاستئنافية، التي قدرت مشروعية قرار محافظ الشرطة الذي استند إلى مخالفة استغلال خمارة في منطقة محمية، فأعادت المحكمة العليا التبرير الوارد في قرار Dame Le Roux معدلة الجملة المتعلقة بالتفسير:" مع التحفظ فيما يتعلق بالقرارات الفردية التي يجب أن تكون واضحة ولا تحتاج إلى تفسير".

وعليه فإن القاضي الردعي لا يستطيع تقدير مشروعية القرارات الفردية، إذا لم تكن مقترنة بعقوبة جنائية، رغم أن حل النزاع يتعلق بمشروعيتها، لا بتفسير هذه القرارات الفردية. لكن واستنادا إلى المادة 66 من دستور 1958، والمادة 136 من قانون الإجراءات الجزائية، وبخاصة المادة 62 فقرة 2 من الدستور، والتي بحسبانها، فإن قرارات المجلس الدستوري تفرض على السلطات العمومية وكل السلطات الإدارية والقضائية، عمقت الغرفة الجنائية من مجال اختصاصها، وقررت بموجب قرار Vuckovic [3]، الصادر في 25 أفريل 1985، بأن القاضي الردعي مختص بتقدير مشروعية القرار الإداري الفردي الغير معاقب عليه جنائيا، في حالة ما إذا كان هذا الأخير يعتدي على حرية فردية. فقد كان Vuckovic يقيم إقامة غير شرعية بفرنسا، فأحيل إلى محكمة الجنح لارتكابه جريمة مخالفة تشريع الأجانب. وفي الاستئناف قررت المحكمة تلقائيا بأن الدفع المستخلص من بطلان إجراءات الاستجواب والمثار أمام قضاة الدرجة الأولى، هو دفع مسبق يقتضي وقف الفصل فيه حتى صدور القرار عن الجهة المختصة.

وأمام الغرفة الجنائية بمحكمة النقض لفت النائب العام الإنتباه، إلى أن الأمر لا يتعلق بتقدير مشروعية قرار يرتبط به حل النزاع بل بالفصل في مشروعية قرار يشكل أساس الدعوى العمومية [4]، فنقضت محكمة النقض قرار محكمة الاستئناف، وسمحت للقاضي الردعي بتقدير مشروعية القرار الإداري الفردي الغير مقترن بعقوبة جنائية.

---

1 - D. Tsevas, 0p. Cit., p. 114.

2 - Crim. 1 juin 1967, JCP. 1968, II, 15505, note Lamarque.

3 - crim. 25 avril 1985, D.1985. p. 329, concl. Dontenwille.

4 - « ici, il ne s'agit pas, en effet, d'apprécier la légalité d'un acte dont peut dépendre la solution du procès, il s'agit, de façon beaucoup plus impérieuse, de statuer sur la légalité d'un acte qui est le soutien lui – même de toute l'action publique engagée, car il est le point de depart. ce n'est pas la solution du procès qui est en cause, c'est son « existence » même, M. Dontenwille, D. 1985, p. 329.

وانطلاقا من هذا القرار أصبح بإمكان القاضي الردعي أن يقدر مشروعية القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، وإن تكن مقترنة بعقوبة جنائية بشرط أن تعتدى هذه القرارات على الحرية الفردية [1].

أخيرا تضمن القانون الجنائي الجديد رقم 685- 92 في 22 جويلية 1992 المادة 111- 5، التي تنص على أن: "تختص المحاكم الجنائية بتفسير القرارات الإدارية التنظيمية أو الفردية وبتقدير مشروعيتها، عندما يتعلق حل الدعوى الجنائية بهذا الفحص" [2].

فبالإضافة إلى خروجه الصريح على مبدأ الفصل بين السلطات، فقد كان لهذا النص الفضل في إزالة التردد السابق بشأن العلاقة اللازمة بين الجريمة والقرار الإداري، لكي يتمكن القاضي الجنائي من مراقبة هذا الأخير، كما أن المشرع بمده نطاق الرقابة إلى كل الحالات التي يتوقف فيها حل القضية الجنائية على فحص القرار الإداري، أوضح موقفا لم يكن واضحا بسبب تردد القضاء الجنائي، واختلافه عن قضاء محكمة التنازع، كما أنه (المشرع) قد أدان بطريقة غير مباشرة القضاء، بدء من قرار 3 أوت 1810 إلى قرار محكمة التنازع في 5 جويلية 1951 [3]، عندما نص على أن يدرج في نطاق رقابة القاضي الجنائي القرارات الإدارية التنظيمية والفردية.

بيد أن إقرار المشرع، بموجب هذا النص لمبدأ الاختصاص الشامل للقاضي الجنائي، تغليبا له على مبدأ الفصل بين السلطات وقواعد توزيع الاختصاص بين جهتي القضاء الإداري والقضاء العادي، لا يحول بينه وبين إلزام الأخير، في بعض الحالات وبموجب نصوص خاصة، بمراعاة هذا المبدأ وهذه القواعد، والاحتفاظ بالتالي للقاضي الإداري باختصاصه بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، ومن ثم اللجوء إلى إجراء المسألة الأولية.

يتبين مما سبق أن الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري ، بفرنسا، قد مر بعدة مراحل:

الأولى: قبل نشوء نظام القضاء المزدوج بها، حيث كان الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية، بما فيها قرارات الضبط الإداري، لا يعدو أن يكون أثرا من آثار إجراء المسألة الأولية، إذ كان يتعين على القاضي الجنائي إعمالا لمبدأ الفصل بين الإدارة العامة والمحاكم العادية، أن يحيل مسألة مشروعية القرارات الإدارية، بوجه عام إلى السلطات الإدارية.

الثانية : بدأت بصدور قرار محكمة النقض الغرفة الجنائية في 3 أوت 1810، والذي اعتبر الدفع بعدم مشروعية لوائح الضبط أمام القاضي الجنائي مسألة سابقة يختص بالفصل فيها، إعمالا لمبدأ شمول الاختصاص وقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع. أما بالنسبة للدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري الفردية، فقد عدّها الحكم مسألة أولية.

---

[1] - D. Tsevas, 0p. Cit., p. 124.

[2] - L'article 111- 5 de la reforme pénal dispose que : «les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs règlementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque de cet examen de la légalité dépend la solution du procès pénal qui leur soumis », «théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judicaire répressif », http:// fr.jurispedia/org/11septembre2012

[3] - V. Lesclous, l'appréciation des actes administratifs par le juge répréssif, la semaine juridique, JCP. 1994, N°- 1, p. 144.

وكان مقتضى ذلك، وجود نوعين من الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري: أحدهما لا يقترن بطلب وقف الفصل في الدعوى الجنائية، ولا يجوز أن يقترن به، لأن الفصل فيه من اختصاص القاضي الجنائي بحسبانه قاضي الأصل والفرع معا. والآخر يقترن بطلب وقف الفصل في الدعوى، بل يتعين أن يقترن به، لأن الفصل فيه يخرج من إختصاص القاضي الجنائي ويدخل في إختصاص القاضي الإداري.

الثالثة: تبدأ بتقنين المشرع لقضاء محكمة النقض، بقانون 28 أفريل 1832، حيث قرر الأخير صراحة، بأن الدفع بعدم مشروعية لوائح الضبط أمام القاضي الجنائي بمناسبة الدعوى الجنائية المعروضة عليه هو مسألة سابقة، يختص القاضي الجنائي بالفصل فيها، أما فيما يتعلق بالدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري الفردية، فقد اختلفت أحكام القضاء بشأنه، فمحكمة التنازع اعتبرته سواء قبل أو بعد حكمها في قضية Avranches et Desmarets مسألة أولية، بينما ذهبت محكمة النقض عن طريق غرفتها الجنائية، إلى أنه مسألة سابقة أي أنه في هذه المرحلة كان الدفع بعدم مشروعية لوائح الضبط الإداري أمام القاضي الجنائي، يمتنع أن يقترن بطلب وقف الفصل في الدعوى لحين الفصل فيه من طرف القاضي الإداري، أما الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري الفردية، فإن اقترانه أو عدم اقترانه بطلب وقف الفصل في الدعوى الجنائية،كان يتوقف على مدى التزام قاضي الموضوع الجنائي بقضاء محكمة التنازع أو بقضاء الغرفة الجنائية بمحكمة النقض.

والمرحلة الأخيرة من التطور هي التي حسم فيها المشرع الفرنسي هذا الخلاف، بموجب المادة 111- 5 من قانون العقوبات الجديد، حيث منح القاضي الجنائي الاختصاص بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ومنها قرارات الضبط الإداري التنظيمية والفردية، والتي يكون الفصل في مدى مشروعيتها لازما للفصل في الدعوى الجنائية، أي أنه اعتبر الدفع في كل الحالات مسألة سابقة، لا يجوز أن يقترن بطلب وقف الفصل في الدعوى لحين الفصل فيه من طرف القاضي الإداري [1].

أما في الجزائر فقد سجل المشرع الجزائري تدخلا وحيدا في الموضوع، وهو المتعلق بالنص على حق القاضي الجزائري في فحص مدى مشروعية القرار الإداري الذي تستند عليه الإدانة [2]، يتعلق الأمر بالمادة 459 من قانون العقوبات التي تنص على أن: "يعاقب بغرامة من 3000 إلى 6000 دج، ويجوز أن يعاقب أيضا بالحبس لمدة ثلاثة أيام على الأكثر، كل من خالف المراسيم والقرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية، إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقب عليها بنصوص خاصة".

فكثيرا ما تجد المحاكم الجزائية نفسها ملزمة بأن تفصل في قضايا تتعلق بمشروعية الأعمال الإدارية، التي تثار بمناسبة الدعاوى المقامة أمامها، فثمة العديد من المخالفات الناجمة عن انتهاك القرارات التنظيمية، حيث لا يمكن بصددها أن يحكم على المخالف إلا إذا ثبت انتهاكه لقرار تنظيمي قانوني، ولذلك فحين تثار مشروعية القرار التنظيمي بصورة عارضة، فإن الأمر يتطلب معرفة ما إذا كانت المحكمة الجزائية مختصة للفصل في هذه القضية الفرعية.

---

[1] – محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 188-191.

[2] – محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص. 196.

إن المحاكم الجزائية تتمتع عادة بهذا الحق وذلك للأسباب التالية [1]:

- يتمتع القاضي الجزائي بشمولية الاختصاص القضائي، فهو قاضي الدعوى الرئيسية بالإضافة إلى الطلبات العارضة، التي يحتج بها المتقاضون بمناسبة هذه الدعوى.
- ينبغي من جهة ثانية، ألا تتبعثر فعالية وسرعة القمع الجزائي، بسبب القضايا السبقية الحكم [2]، التي يمكن لتأثيرها الطويل أن يعود بالفائدة على المذنب، أو أن يضايق البريء.
- أخيرا وهذه هي الحجة الرئيسية، وهي أن قانون العقوبات يمكن أن يفسر وكأنه يخول القاضي الجنائي حق ممارسة مثل هذه السلطة بموجب المادة 459 من قانون العقوبات، حيث تُفسر عبارة "المتخذة قانونا" الواردة بنص المادة، وكأنها تعطي للقاضي الجنائي، بالذات، حق تقدير مشروعية القرار الذي يشكل أساس المتابعة.

فضلا على أن قاعدة فصل السلطات لم تعد قائمة منذ إلغاء التشريع الفرنسي بالجزائر، ولم يعد ثمة ما يحول دون قيام أي قاضي، بصفة عارضة بتقدير مشروعية كل عمل إداري سواء كان فردي أو تنظيمي، وهذا يعني بأن تطبيق القاعدة القائلة بأن قاضي الدعوى الرئيسية يعتبر قاضي الطلب الفرعي، يجب أن يكون عاما، إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك.

غير أن الهيئات القضائية مازالت تتأثر بالقواعد القديمة، وتميل إلى وصف بعض القضايا الفرعية، بأنها قضايا سبقية الحكم (أولية) دون أن يلزمها القانون بذلك، وهكذا فإن الهيئات القضائية الفاصلة في المواد العادية، تعلن عدم اختصاصها للنظر بصفة عارضة في مدى مشروعية الاستيلاء [3].

وأمام هذه الممارسات القضائية، صرح الأستاذ أحمد محيو بمايلي: "نحن لا نرى تماما ما يمنع من اعتبار هذه القضايا العارضة، قضايا سبقية النظر، لأنها لا تنطوي على صعوبات خاصة يتعذر حلها [4]. ونحن نؤيده تأييدا مطلقا في هذا الطرح، فالقاضي الجنائي الجزائري لا يملك مبرر الفصل بين السلطات، وهو يتمتع بنفس التكوين الذي يحضى به القاضي الإداري في الجزائر، إضافة الى أن إعمال المسألة الأولية في المواد الجنائية، من شأنه أن يطيل زمن المتابعة، وقد يفوت فرصة تحقيق الردع في المجتمع.

ثانيا: مدى الرقابة

انتهينا إلى أن الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري يعتبر مسألة سابقة في النظام الفرنسي، يختص بالفصل فيها القاضي الجنائي، يبقى لنا مع ذلك أن نتساءل عما إذا كان اختصاص القاضي الجنائي قد امتد ليشتمل القرارات الفردية، وهذا عبر مراحل التطور، وما إذا كانت هذه الرقابة مسموح بها لكل المحاكم القضائية الجنائية ؟

---

[1] – أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجف وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط – 5، 2003، ص. 123.

[2] – يكون الطلب العارض (الدفع بعدم المشروعية) قضية سبقية الحكم عندما تلزم المحكمة، بأن تتوقف عن الفصل في الأساس، وتنتظر صدور حكم بصدد الطلب العارض، من قبل القاضي المختص، ولا تستأنف المحكمة الفصل في الدعوى الرئيسية، إلا بعد صدور الحل المتعلق بالقضية الفردية، أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 120.

[3] – المجلس الأعلى، 2 جويلية 1969، حولية العدالة 1969، ص 323. أشار إليه، أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 125.

[4] – أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 125.

أ- من الناحية المادية: قرارات الضبط الإداري الخاضعة للرقابة

اقتصر حق المحاكم الجنائية في تقدير مشروعية القرارات الإدارية في بداية الأمر على قرارات الضبط التنظيمية، ثم امتد ليشمل جميع القرارات التنظيمية، بغض النظر عن المجال الذي صدرت فيه، لتصل في نهاية المطاف بموجب المادة 111- 5 من قانون العقوبات الجديد إلى تقدير مشروعية القرارات الفردية.

فإذا كان مقتضي اختصاص القاضي الجنائي بنظر الدفع، إلتزامه بالفصل فيه احتراما لقواعد الاختصاص، فما هي حدود هذا الالتزام ؟

1- القرارات التنظيمية

لقد اعترفت محكمة النقض للقاضي الجنائي بحقه في فحص مشروعية التنظيمات أو اللوائح الضبطية الصادرة عن المحافظ أو العمدة منذ 1810، وهي الولاية التي كرسها المشرع الفرنسي سنة 1932 في الفقرة 15 من المادة 471 من قانون العقوبات القديم، والتي تم استبدالها بالمادة 26- 15 [1].

منذ هذا التاريخ وبعد تردد قليل، عمّمت الجهات القضائية تدريجيا مجال تطبيق النص التشريعي سالف الذكر، تعميما تجاوز مجال التنظيمات الضبطية إلى كل التنظيمات مهما كان متخذها ومهما كان شكلها، ولإعطاء فكرة عن إتساع التفسير القضائي للمادة 471- 15 ثم المادة 26- 15، نجد أنها تمتد لتشمل المراسيم المتعلقة بنظام الصحافة في المستعمرات، ولوائح الإدارة العمومية [2]، والمراسيم التشريعية التي لم يُصادق عليها بعد. فلا يوجد إذن في مجال الضبط كما في المجالات الأخرى للتدخل الإداري، أي قرار تنظيمي بإمكانه أن يفلت من تقدير المشروعية الممارسة من طرف القاضي الجنائي عندما يقدم أمامه الدفع بعدم المشروعية.

فضلا على أن كل قرار تنظيمي ضبطي سواء كان صادرا عن العمدة أو المحافظ أو الوزير أو رئيس الدولة، يقبل النظر في مشروعيته عن طريق الدفع. لكن ولأجل هذا، من الضروري أن يرفع الدفع بعدم المشروعية أمام القاضي، لأن الأخير غير ملزم في الحالة المعاكسة بالتحقق من عدم مشروعية القرار. وفي حالة ما إذا كان القرار التنظيمي مشوب بعدم المشروعية، فإن القاضي ملزم بالإجابة على الطلبات المقدمة أمامه في هذا الشأن، فهو ملزم بفحص مشروعية القرار المتنازع فيه، لهذا تنقض الغرفة الجنائية كل القرارات التي تتجاهل هذا الالتزام [3].

2- القرارات الفردية

في الوقت الذي كان فيه تقدير مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية من طرف المحاكم القضائية، يستند إلى قضاء الغرف الجنائية، فإن اختصاصها لتقدير مشروعية القرارات الضبطية الفردية لم يكن مقبولا، لكن وبعد تدخل المشرع سنة 1932، تم تبني قضاء جديد مؤسس على تفسير المادة 471- 15 من قانون العقوبات، اعترف

---

[1] - J. Castagné, Op. Cit., p. 58, 59.
وأيضا ،حلمي الدقدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة فرنسا ومصر ومبادئ الشريعة الإسلامية ،دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1989، ص. 197.

[2] - Cass. Crim. 26 avril 1951, D. 1951, p. 601.

[3] - J. Castagne, 0p. Cit., p. 59.

بإدخال تدابير الضبط الفردية في نطاق فحص المشروعية الذي يقوم به القاضي الجنائي. وقد استند هذا القضاء الجديد إلى الحجج التالية:

– فالمادة 471– 15 من قانون العقوبات، تشير إلى فئة المخالفين الذين تعاقبهم وهم: "الغير ممتثلين للتنظيمات أو القرارات المنشورة من طرف السلطة البلدية". وإذا كان النص قد فرق بين اللوائح والقرارات، فإن هذا يعني بوضوح أن كلمة قرارات لن تقصد سوى القرارات الفردية [1]، لكننا لا نجد نفس الصياغة في النص الجديد (المادة 26-15)، ومع ذلك فإنها توقع جزائها على "المخالفين للمراسيم والقرارات arrêtés المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية، أو القرارات المنشورة من طرف البلدية". وهنا يمكننا أن نلاحظ ما يلي:

– أن النص لم يميز في أي وقت بين القرارات الفردية والتنظيمية، وأن مصطلح arrêté في معناه القانوني هو مصطلح عام يعني التدابير الفردية أكثر ما يعني التدابير التنظيمية [2].

– فضلا عن هذه الحجج التفسيرية توجد أسباب عملية تبرر اختصاص القاضي الجنائي، في مجال القرارات الضبطية الفردية، لأنه وكما أعلن ذلك M. Pelletier، فإن تطبيق القرار التنظيمي الضبطي يقتضي غالبا اتخاذ قرارات فردية، وقاضي المخالفات ملزم بالفصل في جانب واحد من مسألة المشروعية المزدوجة، (بأن يفصل في مشروعية اللائحة، ولا يفصل في مشروعية القرار الفردي الصادر تنفيذا لها)، فسيكون عملا شاقا، بل سخيفا أن نميز بين نزاعين في مجال المخالفات [3].

إن قيمة هذه الحجج مفصول فيها من طرف المحاكم القضائية، لأنه ومنذ زمن طويل كان حق القاضي الجنائي في تقدير مشروعية التدابير الضبطية الفردية موضوع قضاء ثابت. فقد كان قضاء الغرفة الجنائية من 1820 إلى 1950 في مجموعه لصالح إختصاص القاضي الجنائي بتقدير مشروعية هذه القرارات. فقد قامت المحاكم الجنائية برقابة مشروعية القرارات الفردية المعاقب عليها جنائيا حتى قبل دخول المادة 471– 15 من قانون العقوبات حيز النفاذ [4]. لكن ولأن هذا القانون ظهر بعد فترة بسيطة من قيام المحاكم القضائية برقابة المشروعية الإدارية، فبإمكاننا أن نميز بين فئتين من التبريرات المتعلقة برقابة القرارات الفردية، وهي التبريرات المؤسسة على نص تشريعي يبيح هذه الرقابة وتلك المعدة في غياب هذا النص. فبالتأكيد أن تقدير مشروعية القرارات الفردية في الفرضية الأولى لا تثير مشاكل، فالمحاكم لم تتأخر في توسيع مجال تطبيق المادة 471– 15 من قانون العقوبات، على التدابير الفردية المعاقب عليها من طرف محكمة المخالفات.

إن القضاء المستقر بهذا الصدد، يفسر بالحجة التي جاء بها Pelletier، والتي مفادها أن تطبيق التنظيم الضبطي يشترط اتخاذ قرارات فردية، وأن قاضي المخالفات ملزم بالفصل بموجب تحقيق واحد في المسألة المزدوجة للمشروعية. وتطبيقا لذلك، وعند إصدار الغرفة الجنائية لقرارها في 29 نوفمبر 1935، لم تقم الأخيرة بأي تمييز

---

1 - J. Castagné, 0p. Cit., p. 60.
2 - Ibid., p. 60.
3 - M .Pelletier, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif, Paris, 1952, p.16 ; in J. Castagné, Op.Cit., p. 60.
4 - D.Tsevas, Op. Cit., p.160.

بحسب ما إذا كان الأمر يتعلق بتقدير مشروعية لائحة تمنع بعض خدمات النقل في البلدية أو قرار يرفض ترخيص فردي [1].

لكن كيف كان موقف القاضي الجنائي في غياب نص تشريعي بإمكانه أن يشكل أساسا لرقابته ؟

إن قضاء الغرفة الجنائية قبل1950 كان بصفة عامة لصالح رقابة القرارات الفردية، حتى في غياب النص التشريعي، فهو يؤسس قضائه خاصة على الاختصاص الشامل للقاضي الجنائي [2].

ب– من الناحية الشكلية: جهات الرقابة

إن النص المرجعي في هذا المجال، هو نص المادة 471- 15 التي استبدلت بالمادة 26- 15 من قانون العقوبات، والتي استبدلت بدورها بالمادة 610- 5 [3]من التقنين الجنائي الجديد الصادر سنة 1992، والتي جاء بها: "يعاقب على مخالفة النواهي أو الإلتزامات المنصوص عليها بمراسيم أو قرارات الضبط، بالغرامة المقررة بالنسبة لمخالفات الدرجة الأولى". لم يذكر هذا النص إلا المخالفات التي يعود الفصل فيها لقاضي المخالفات، وهو ما يغطي مجال الضبط الإداري العام، إذ تجد أوامره عقابها في هذا النص [4]. لكن من الممكن أن نصادف عند تطبيق النصوص التشريعية المنشأة للضبط الخاص، بعض التنظيمات الضبطية المعاقب عليها بعقوبات أشد، بواسطة عقوبات الجنح مثلا. فما هو القرار الواجب اتخاذه ؟ هل يجب توسيع إمكانية تقدير مشروعية التدابير الضبطية لقاضي الجنح أم يجب قصرها على قاضي المخالفات ؟

تاريخيا تم بسرعة قبول هذا التوسع، لكن حتى صدور قرار محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets بقي حول هذا الموضوع بعض الغموض، فاستنادا إلى التفسير الموسع للمادة 471- 15، أعلنت بعض قرارات محكمة التنازع وخاصة قرار Mignon [5]، الصادر في 04 جوان 1910 بأن: "المحاكم المدنية على خلاف محاكم الجنح والمخالفات لا يجوز لها أن تقدر مشروعية القرارات الإدارية"، لكن بعض الفقهاء فسروا هذا القرار على أنه لا يُشير إلا إلى استئنافات المخالفات [6]. في حين أن هذا التفسير الواسع كان مسلما به قبل صدور قرار محكمة التنازع السالف الذكر، فمحكمة النقض قد قررت اختصاص القاضي الجنائي في قرارها الشهير الصادر في 03 أوت 1810. وبعد صدور قرار Avranches et Desmarets وبالنظر إلى عمومية عباراته زالت إمكانية المناقشة أو المنازعة حول هذه النقطة، واتضح بأنه لم تعد ثمة مشكلة بخصوص المحاكم الجنائية المخولة قانونا بمباشرة الرقابة على مشروعية قرارات الضبط الإداري التنظيمية، فقد أصبحت هذه السلطة لكل هذه المحاكم [7].

---

1 - Ibid., p. 107

2 - cass. Crim. 7 décembre 1883, S. 1885, I, 89; cass. Crim. 3 decembre 1904, S. 1905, I, p. 478.

3 - L'Article 610- 5 dispose que : « la violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police sont punis de l'amende prévue pour les contraventions de la première classe ».

4 - J. Castagné, 0p. Cit., p.61.

5 - Ibid., p. 61.

6 - M. Waline, traité élémentaire de droit administratif, 5ème edition, p. 264, in J. Castagné, ibid.p. 61.

7 - R. Meurisse, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux répréssifs, GP. 1953, 2eme semestre, p. 6.

ج- حدود تقدير القاضي الجنائي لمشروعية قرارات الضبط الإداري

طالما أن الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، أمام القاضي الجنائي هو مسألة سابقة، فإن الأخير يلتزم بأن يراقب مشروعية هذا القرار [1]، موضوع الدفع، ليقف على مدى مطابقته للقانون، من ناحية الإختصاص وقواعد الشكل، والمشروعية المتضمنة في القوانين والنصوص ذات القيمة التشريعية، والإتفاقيات الدولية، والدستور وديباجته، إضافة الى بعض المبادئ، دون أن ننسى رقابة الإنحراف بالسلطة والخطأ الظاهر في التقدير [2]. فإذا وقف برقابته عند أركان القرار الخارجية، وأغفل فحص أركانه الداخلية، رغم إثارتها من صاحب الشأن، فإنه يكون قد تجاهل مباشرة السلطات المخولة له، واستحق حكمه النقض [3]، لأن الأمر يتعلق بقواعد توزيع الاختصاص، فإذا تجاهل القاضي الجنائي ممارسة اختصاصه، كان حكمه مخالف للقانون وعرضة للإلغاء [4]. وإذا أوقف الفصل في الدعوى الجنائية، وكلف الخصوم برفع مسألة تقرير مشروعية قرار الضبط الإداري إلى القاضي الإداري المختص، فإن حكمه أيضا يكون محلا للإلغاء [5]. وعليه فإن القاضي الجنائي ملزم بالتصدي في الحال للدفع، حتى ولو كان قرار الضبط الإداري موضوعا لطعن مقام بالفعل أمام القاضي الإداري.

وإذا كانت النصوص التشريعية والأحكام القضائية، قد خولت للقاضي الجنائي تقدير مشروعية القرارات الإدارية، فليس له أن يُراقب ملائمة قرارات الضبط الإداري، و ليس له أيضا أن يقضي بإلغائها إذا قدر عدم مشروعيتها، بل يجب أن يقتصر قضاؤه على إعلان أو تقرير عدم المشروعية، وأن يرفض بناء على ذلك توقيع العقوبة بل يقضي ببراءة المتهم، في حالة ما إذا كان القرار هو أساس المحاكمة أو عنصرا من عناصر الجريمة، فإذا خالف ذلك،

---

[1] - Le texte 111- 5 est muet quant à la portée du contrôle du juge actuellement sur le respect des règles de compétence, de formes de détournement de pouvoir. Erreur manifeste d'appréciation…. », « la compétence du juge judiciaire en dehors des textes » ; http:// playmendroit.free.fr/11 septembre 2012 .

[2] - V. Lesclous, Op. Cit., p. 144, 145.

[3] - Cass. Crim. 1 juin 1967, JCP. 1968. 2. p. 15505.

[4] - Cass. crim. 17 juin1980.

وقد جاء بهذا القرار: " أن محكمة استئناف الجنح، وإذا رفضت ما طلب منها صراحة من فحص...مشروعية قرار رفض تجديد سند الإقامة، أساس المحاكمة، التي أثيرت أمامها بشكل جدي، فإن المحكمة تكون قد تنكرت لالتزاماتها، وخالفت نصوص المواد 13 من قانون 16-24 أوت 1970 ومرسوم 16 فريكتيدور للسنة الثالثة، والمادة 593 من قانون الإجراءات الجنائية، مما يتعين معه نقض الحكم....."، أشار إلى هذا القرار محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، هامش رقم 366، ص.215.

[5] - cass. crim. 30 octobre 1990.

وقد جاء به : " ...ومن حيث أن المتهم الذي يحاكم عن امتناعه عن تنفيذ قرار إبعاده عن فرنسا، دفع بعدم مشروعية هذا القرار، فاعتبرت المحكمة أن الأمر يتعلق بمسألة أولية، وحددت للمتهم ميعادا لرفع الطعن بعدم مشروعية قرار الإبعاد إلى المحكمة المختصة، فإن المحكمة بقضائها تكون قد خالفت نطاق اختصاصها مما يتعين معه نقض حكمها وإلغاؤه.

أشار إلى هذا القرار محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، هامش 367. ص. 215.

cass. Crim. 7 mai 1951, Gerval, D. 1951, p. 413.

فإن الغرفة الجنائية تنقض قراره، لأن الحكم الذي ينطق بعدم شرعية القرار الإداري من اختصاص القضاء الإداري عملا بمبدأ الفصل بين السلطات[2].

وفي حالة ما إذا قدر القاضي الجنائي أن بعض نصوص لائحة الضبط الإداري مشروعة، والأخرى غير مشروعة فما الذي يجب أن يقرره ؟ وهل أن عدم شرعية اللائحة غير قابل للإنقسام ؟ في هذه الحالة يجب على القاضي الجنائي أن يقضي بالعقوبة في حالة مخالفة النصوص المشروعة، لأنه ووفقا لتعبير محكمة النقض فإنه: "لا يجوز أن تنعكس عدم مشروعية بعض النصوص على النصوص المشروعة" [3].

الفرع الثاني: آثار الحكم في الدفع بعدم المشروعية

بالرجوع إلى نص المادة 111- 5 من القانون الجنائي رقم 685 الصادر في 22 جوان 1992، التي تنص على أن: "تختص المحاكم الجنائية بتفسير القرارات الإدارية التنظيمية أو الفردية وبتقدير مشروعيتها، عندما يتوقف على هذا الفحص حل القضية المطروحة عليها". وكذلك المادة 386 من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي التي تنص على أن: "يقدم الدفع الفرعي قبل أي دفاع في الموضوع، ولا يقبل إلا إذا كان من شأنه أن يجرد الواقعة التي تستخدم أساسا للمحاكمة من طابع الجريمة. كذلك لا يقبل إلا إذا استند على وقائع أو أسانيد تبرر إدعاء المتهم، وإذا قبلت المحكمة الدفع حددت ميعادا يتعين فيه على الخصوم أن يرفعوا الأمر إلى المحكمة المختصة، فإذا لم يعقد المتهم الخصومة في هذا الميعاد، وأثبت بذلك اهتمامه، تصرف المحكمة النظر عن الدفع، وإذا رفض الدفع تستأنف المرافعات سيرها" [4].

وبالرجوع إلى المادة 331 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، التي تنص على أنه: "يجب إبداء الدفوع الأولية قبل أي دفاع في الموضوع، ولا تكون مقبولة إلا إذا كانت بطبيعتها تنفي عن الواقعة التي تعتبر أساس المتابعة وصف الجريمة. ولا تكون جائزة إلا إذا استندت إلى وقائع أو أسانيد تصلح أساسا لما يدعيه المتهم. وإذا كان الدفع جائزا منحت المحكمة مهلة يتعين على المتهم فيها رفع الدعوى إلى الجهة القضائية المختصة...".

نستنتج بأنه يشترط لقبول القاضي الجنائي للدفع الفرعي توفر عدة شروط:

أولا: أن يكون من شأن الدفع أن يجرد الواقعة التي تستخدم كأساس للمحاكمة من طابع الجريمة.

---

[1] – ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط– 4، 2010، ص. 177.

[2] - cass. crim. 1 juin 1967, dame Canivet, JCP. 1968. 2. p. 15505.

[3] - crim. 5 mai 1934.G.P. 1934.2.459.in J. Castagné, Op. Cit., p. 63.

[4] - L'article 386 du code pénale dispose que : « l'exception préjudicielle est présentée avant toute défense au fond. Elle n'est recevable que si elle est de nature à retirer au fait qui sert de base à la poursuite le caractère d'une infraction. Elle n'est admise que si elle s'appuie sur des faits ou sur des titres donnant un fondement à la prétention du prévenu. Si l'exception est admissible, le tribunal imparti un délai dans lequel le prévenu doit saisir la juridiction compétente, faute par le prévenu d'avoir introduit l'instance dans ce délai et de justifier de ses diligences il est passé outre à l'exception. Si l'exception n'est pas admise les débats sont continués ».

ثانيا: أن يستند إلى وقائع وأسانيد تبرر ادعاء المتهم.

ثالثا: أن يبدي قبل أي دفاع في الموضوع، أي بعد استجواب الهوية وقبل الإستجواب حول الوقائع [1].

وبشأن كيفية التمسك بالدفوع الفرعية ميّز المشرع الفرنسي بين حالتين:

الحالة الأولى: يكون فيها الخصوم هم الذين يثيرون الدفوع الفرعية، التي يكون حلها لازما للفصل في الدعوى الجنائية، فأوجب عليهم المشرع أن يتمسكوا بهذه الدفوع قبل أي كلام في موضوع الدعوى الجنائية، وإلا سقط حقهم في إبدائها، فإذا تم إبدائها بعد الكلام في الموضوع، وجب الحكم بعدم قبولها، وهذا مؤداه أن الدفع الفرعي ومنه الدفع بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، لا يعدو أن يكون في هذه الحالة، وبنص من القانون دفعا إجرائيا.

والحالة الثانية: وهي التي يثير فيها القاضي الجنائي من تلقاء نفسه الدفع الفرعي بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، حيث يشكل الدفع في هذه الحالة دفعا موضوعيا، متى كان القرار يشكل أساس المحاكمة الجنائية أو عنصرا من عناصر الجريمة.

غير أن الأمر هنا يتعلق بمبدأ الإختصاص الشامل للقاضي الجنائي في الدعوى الجنائية، وليس على أساس اعتبار الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه متعلقا بالنظام العمومي، إذ يظل الأمر مجرد رخصة للقاضي، ولا يجوز النعي على حكمه بأنه لم يثر من تلقاء نفسه عدم مشروعية قرار لم ينازع فيه المتهم، إذ لا التزام عليه في هذا الخصوص [2].

ومتى قبل القاضي الجنائي النظر في موضوع الدفع الفرعي بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، سواء أثاره الخصوم وتوفرت في شأنه سائر شروط قبوله، أو تصدى له القاضي الجنائي من تلقاء نفسه، فإن حكمه لا يخرج عن أحد الأمرين: فإما أن يرفض القاضي الجنائي الدفع، لأن القرار محل الدفع مشروع، ثم يفصل في الدعوى الجنائية في ضوء عناصرها وظروفها الأخرى. وإما أن يعلن عدم مشروعية القرار، لصدوره مشوبا بعيب أو أكثر من عيوب قرارات الضبط الإداري، ثم يرتب آثاره، بأن يمتنع عن تطبيقه ويرفض توقيع العقوبة ويقضي ببراءة المتهم. لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص يتعلق بحدود الأحكام التي يصدرها القاضي الجنائي، فهل تتمتع هذه الأحكام بالحجية المطلقة أو بمجرد الحجية النسبية ؟

---

[1] - V. Lesclous, Op. Cit., p. 145, 146 ; cass .crim. 18 janvier 1997, in « la compétence du juge judiciaire en dehors des textes », http : //playmendroit.free.fr/ 11 septembre 2012.

[2] - crim. 7 juin1995, « si en application de l'article 386 du code de procédure pénale l'exception préjudicielle invoquant l'illégalité d'un acte administratif règlementaire on individuel droit être présentée par les parties avant toute défense au font il se déduit de l'article 111- 15 du code pénal que le juge peut déclarer d'affice l'illégalité d'un tel acte lorsqu'il lui apparait qu'elle conditionne la solution du procès qui lui est soumis ». In «théorie des questions accessoires….. », Op.Cit.

مبدئيا ليس لحكم القاضي الجنائي الصادر في الحالتين، إلا حجية نسبية [1]، فلا ينصرف أثره إلا إلى خصوم الدعوى الجنائية، التي أثير بمناسبتها الدفع بعدم مشروعية القرار. مع ذلك لاحظ الفقيه Jeau Castagné [2] أنه إذا كان الأمر واضح من الناحية القانونية، بمعنى أن تقرير القاضي الجنائي عدم مشروعية قرار الضبط مثلا، يحوز فقط حجية نسبية، بمعنى أن آثاره لا تكون إلا في مواجهة الطرف الذي اختصم في القضية، فإذا كان القرار الغير مشروع لائحة ضبط، فإن تقرير القاضي الجنائي، في إحدى الدعاوى الجنائية عدم مشروعية هذه اللائحة، لا يحول دون محاكمة مخالفين آخرين في دعاوي أخرى طبقا لذات اللائحة، فتقرير عدم مشروعية اللائحة لا يعني إلغائها .

هذا الكلام صحيح في حالة تقرير عدم مشروعية القرارات التنظيمية، لكن إذا تعلق الأمر بتقرير عدم مشروعية قرار فردي، وبالنظر إلى طبيعته، فإن استبعاد تطبيقه بين الخصوم وحدهم المعنيين به، سيؤدي عمليا إلى ذات نتيجة الحكم بالإلغاء الحقيقي للقرار. لكن وأيضا من الناحية العملية، فإن القاضي الجنائي عندما يرفض توقيع الجزاء لعدم مشروعية القرار التنظيمي الذي تم الإستناد إليه، فإنه يحكم على الأخير بالعدم [3].

الفرع الثالث : مخرج التناقض بين أحكام القضاء العادي و الإداري

قد يصادف أن يتزامن النظر في الدفع بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري أمام القاضي الجنائي، والذي يكون الفصل فيه لازما للحكم في الدعوى، بالطعن لتجاوز السلطة أو لتقرير مشروعية ذات القرار أمام القاضي الإداري. فهل يجب أن يتوقف القاضي الجنائي عن الفصل، عندما يتم الادعاء أمامه بطعن بالبطلان، رفع في نفس الوقت أمام القاضي الإداري ؟

سبق للغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية أن فصلت منذ مدة طويلة في هذه المسألة، معلنة أن القاضي الجنائي يجب أن لا يتوقف عن الفصل في هذه الحالة [4]، ومقتضى ذلك أنه يوجد تقديران بشأن مشروعية قرار الضبط الإداري، أحدهما يمارسه القاضي الجنائي والآخر يمارسه القاضي الإداري [5]. وقد يتفق التقديران فلا تثور أية مشكلة، وقد يختلفان

---

1 - V. Lesclous, Op. Cit., p. 145.
2 - J. Castagné, Op. Cit., p. 63.
3 - « …si l'acte est un règlement municipal, croit- on que le tribunal territorialement compétent se dejugera d'une instance à l'autre ? », J. M. Auby, note sous TC. 5 juillet 1951, Sirey, 1952. 3. 1.
4 - Cass .crim. 10 novembre 1937, In D. Tsevas, Op. Cit., p.126.
5 – إن التناقض بين أحكام القاضي الجنائي وأحكام القاضي الإداري، مرده إلى تبني مبدأ الاختصاص الشامل للقاضي الجنائي وقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وإذا كان الفقه قد سجل عدة مآخذ على إجراء المسألة الأولية، وما ترتبه من وقف للدعوى الجنائية لحين الفصل في مدى مشروعية القرار الذي يتخذ كأساس للمحكمة الجنائية أو يشكل عنصرا من عناصر الجريمة من طرف القاضي الإداري، فإن إعمال المسألة السابقة قد رتب مشكلة تناقض الأحكام.

فتظهر مشكلة التناقض بين الأحكام [1]. وقد عمل القضاء على إيجاد حلول ملائمة لهذه المشكلة، وما يلاحظ على هذه الحلول القضائية، أنها تختلف بالنظر إلى القاضي الذي فصل أولا في مشروعية قرار الضبط الإداري، بموجب قرار نهائي حائز لقوة الشيء المقضي فيه [2]. لذلك فسوف نقسم هذا الفرع إلى نقطتين، نتناول في الأولى الحالة التي يفصل فيها القاضي الإداري أولا، وفي النقطة الثانية، نتناول الحالة التي يفصل فيها القاضي الجنائي أولا.

أولا : القاضي الإداري فصل أولا

إن القاضي الإداري المخطر بالطعن لتجاوز السلطة أو الطعن لتقدير المشروعية، بإمكانه أن يتبنى موقفين مختلفين: فإما أن يقرر رفض الطعن لتجاوز السلطة، لأن القرار محل الطعن مشروع، وإما أن يقرر إلغاء قرار الضبط الإداري أو يقرر عدم مشروعيته.

أ– رفض القاضي الإداري للطعن

تقرر القاعدة في هذه الحالة بأن هذا القرار لا يتمتع بالحجية المطلقة، بل بمجرد الحجية النسبية، لذلك يظل القاضي الجنائي مستقلا وحرا في شأن تقدير مشروعية قرار الضبط الإداري [3]. فإذا صرح أن هذا القرار مشروعا، فلا يطرح أي مشكل، لكن إذا صرح بعدم مشروعيته، فلا شك من وجود التناقض بين القرارين. ويقدم القضاء أمثلة في هذا المجال، من ذلك قرار مجلس الدولة الصادر في 08 أوت 1882، والذي رفض بموجبه المجلس الطعن لتجاوز السلطة، المقدم من طرف السيد Pergod ضد قرار منعه من دق الأجراس، دون ترخيص مسبق. في حين نقضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، الحكم المطعون فيه القاضي بإدانة السيد المذكور لمخالفته ذات القرار، بناء على أن القرار الذي اتخذ كأساس للمحاكمة هو قرار غير مشروع، وهذا بموجب قرارها المؤرخ في 17 نوفمبر 1882 [4].

كما لم يمنع قرار مجلس الدولة الصادر يوم 08 فيفري 1985، الذي قرر مشروعية مرسوم 29 ديسمبر 1982 بشأن سعر الكتاب، الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية، من أن تقضي في 21 مارس 1985 بعدم مشروعية هذا المرسوم جزئيا [5]. فأحكام الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، تؤكد بأن حجية قرار القاضي الإداري برفض

---

[1] – فمثلا وبخصوص مرسوم العفو الشامل فقد اعتبر مشروعا من طرف محكمة النقض،

(cass. 14 ovembre1963, D. 1964, p. 625.)

ثم ألغي من طرف مجلس الدولة.

(CE. 22 novembre 1963, Dalmas de Polignac, RDP. 1964, p. 692.)

[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 83.

[3] - Cass .crim. 04 mars 1986, in D.Tsevas, Op. Cit., p. 126.

بموجب هذا القرار قررت محكمة النقض، بأن رفض الطعن ببطلان قرار إداري فردي معاقب عليه جنائيا أمام المحكمة الإدارية، لا يشكل عائقا أمام قبول الدفع بعدم مشروعيته أمام المحاكم العادية.

[4] - CE. 8 aout 1882, Cass .crim.17 novembre 1882. In J. Castagné, Op. Cit., p.84.

[5] - CE. 8 février 1985, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc. Cass. Crim. 21 mars 1985.

أشار إلى هذين القرارين محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 232.

طلب إلغاء القرار الإداري، هي حجية نسبية لا تقيد القاضي الجنائي حين يتصدى للفصل في الدفع بعدم مشروعية ذات القرار، بمناسبة الدعوى الجنائية المطروحة أمامه [1].

ب– إلغاء القاضي الإداري للقرار أو تقرير عدم مشروعيته

منذ صدور قرار الغرفة الجنائية بمحكمة النقض في قضية Abbé Gautrand، أصبحت الحجية التي تتمتع قرارات الإلغاء هي ذات الحجية التي تتمتع بها التصريحات بعدم المشروعية، فكلاهما أصبح يتمتع بالحجية المطلقة [2]. ويترتب على هذا الأساس، أن قرار القاضي الإداري يفرض على القاضي الجنائي، ويلتزم الأخير بإعمال مقتضاه، سواء صدر الحكم بالإلغاء في الطعن لتجاوز السلطة أو بتقدير عدم المشروعية في الطعن لتقدير المشروعية، كما يترتب أيضا:

1– أن تسقط بقوة القانون، المتابعات الجنائية المنعقدة على أساس مخالفة القرار الذي حكم قاضي تجاوز السلطة بعدم مشروعيته.

2– إذا كانت هذه المحاكمات قد تمخضت عن أحكام إدانة، طعن عليها بالنقض، ولم تحز بعد قوة الشيء المقضي فيه، فإن الغرفة الجنائية بمحكمة النقض تنقض هذه الأحكام، دون أن تحيل ملفات القضايا إلى قاضي الموضوع لانعدام الأساس القانوني [3].

مع ذلك يظهر هذا الحل قابلا للإنتقاد، فعندما يصبح حكم الإدانة نهائيا، فلا يمكن مراجعته أو إعادة النظر فيه، لأن محكمة النقض لا تعتبر قرار القاضي الإداري بعدم المشروعية واقعة جديدة تتيح لها إعادة النظر.

غير أن الإدارة تمتنع عن متابعة تنفيذ الأحكام التي تتضمن الإدانة والتي حازت قوة الشيء المقضي فيه [4].

إن الحجية المطلقة تفرض على القاضي الجنائي والغير الجنائي[5]، وهذا ما ورد بقرار محكمة النقض المؤرخ في 1953/05/19 [1]، والذي صرح بأن: "لقرارات إلغاء القرار الإداري، حجية مطلقة تفرض على المحاكم العادية عندما تتطرق لمناقشة ما تم الفصل فيه من طرف السلطة القضائية الإدارية".

---

[1] - crim . 18 juillet 1957. in R. Odent, contentieux administratif, Op. Cit., p. 582.
بموجب هذا القرار قررت محكمة النقض، أن رفض المحكمة الإدارية للطعن الموجه ضد قرار تنظيمي يتضمن عقوبة جنائية لا يشكل عائقا أمام فحص القاضي الردعي لمشروعية هذا القرار.

[2] - B. Seiller, Note sous, TC. 17 octobre 2011, SCEA Du chéneau, RFDA. Novembre décembre 2011. p.1135. « en cas de déclaration préalable par le juge administratif, les juges judiciaires qui attribuent a de telles déclarations une autorité absolue (civ. 1er .19 juin 1985, p. 426.rap. P .Sargos), n'exerceront certainement pas leur propre compétence et se borneront à tirer les conséquences de l'appréciation de juge administratif » ;
La décision du juge administratif s'impose au juge pénal, s'il annule l'acte en cause… », « la compétence du juge judiciaire en dehors des textes », http : // playmendroit. Free.fr /11 septembre, 2012.

[3] - Cass. Crim. 25 mars 1882, Darry, D.1882, 1. P. 486.

[4] - J. Castagné .Op. Cit. p. 85.

[5] - Cass. Crim. 4 janvier 1946, G.P. 1946, 2, p.86.

افترضنا لحد الآن، بأن القرار الصادر من طرف القاضي الإداري بتقدير مشروعية قرار الضبط الإداري، صدر قبل صدور قرار نهائي من القاضي العادي، في الواقع من النادر أن تمر الأمور بهذه الطريقة، لأن الإجراءات الإدارية هي إجراءات بطيئة بالنظر إلى الإجراءات القضائية، وفي غالب الأحوال يصدر القاضي العادي حكمه ويحوز قوة الشيء المقضي فيه، في الوقت الذي يقدر فيه القاضي الإداري مسألة المشروعية.

ثانيا: القاضي الجنائي فصل أولا

المبدأ الذي يحكم هذه الفرضية، هو أن القاضي الإداري لم يلزم أبدا بالقرار الصادر عن القاضي الجنائي [2]. فله أن يصدر قرارا يتفق مع ما توصل إليه القاضي الجنائي، وهو الأمر الذي لا يرتب أية صعوبات.كما بامكانه أن يصدر قرارا يتعارض مع تقدير المشروعية، الذي قام به القاضي الجنائي. في هذه الحالة نميز بين موقفين:

أ – رفض القاضي الإداري الإلغاء أو التصريح بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري في الوقت الذي لا يعتبره القاضي الجنائي كذلك

في هذه الحالة يفصل القاضي الجنائي أولا، ويقضي بعدم مشروعية القرار، ثم يقرر القاضي الإداري مشروعيته ويرفض الغاؤه، و تقدم لنا قضية Beaujour في هذا الشأن مثالا حيا، حيث أصدرت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، قرارا بتاريخ 26 جويلية 1885 صرحت بموجبه بعدم مشروعية قرار عمدة Decaen الذي أمر بإزالة خزان مياه صغير غير صحي، في حين قضى مجلس الدولة برفض الطعن بالإلغاء في ذات القرار [3].

لكن تسير الأمور في بعض الأحيان في الإتجاه المعاكس .

ب– إلغاء القاضي الإداري لقرار الضبط الإداري أو التصريح بعدم مشروعيته، في الوقت الذي يعتبره القاضي الجنائي مشروعا

تُقدم قضية Pariset الشهيرة مثالا عن هذا الموقف، فالسيد Pariset هو رجل صناعي أدانه قاضي المخالفات، بسبب مخالفته قرار المحافظ، الذي حظر عليه استغلال مصنعه، فطعن أمام محكمة النقض (الغرفة الجنائية) التي قضت برفض الطعن [4]. وكان قد طعن بالإلغاء على قرار المحافظ أمام مجلس الدولة، فقضى بإلغاء القرار، لأنه صدر مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة، بأن استخدم "...سلطات الضبط المخولة له بالنسبة للمؤسسات الخطرة والمزعجة والمضرة بالصحة لغرض آخر..." [5].

---

[1] - Cass. Civ.19 mai 1953, société la ruche Picarde, S. 1954, 2. p. 4.

[2] - « la compétence du juge judiciaire en dehors des textes », http://playmendroit. Free.fr/11 septembre 2012.

[3] - J. Castagné. Op. Cit., p.86

[4] - cass .crim. 21 aout 1874, Sirey, 1975.1.483.

[5] - CE. 26 novembre 1875, Pariset, M. Long et (al.) les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17eme édition, 2009, p. 27.

وهو ما حدث أيضا في قضية Beaugé، فقد منع عمده Biarritz المستحمين، من أن ينزعوا ملابسهم أو يرتدوها في مكان آخر غير المنشآت الإستحمامية، فمحكمة النقض وفصلا في دفع بعدم مشروعية القرار قررت مشروعيته[1]. شهر بعد ذلك قضى مجلس الدولة بأن نفس هذا القرار مشوب بالإنحراف بالسلطة، لأنه اتخذ لحماية المصالح المالية لمستغلي المنشآت الإستحمامية وليس أبدا لحماية الآداب والحشمة على الشواطئ [2].

إذن يُكرس قضاة مجلس الدولة ومحكمة النقض التناقض بين أحكامهما، وسيظل هذا المشكل مطروحا ما دام النظام القانوني، مستمر في تبني الإختصاص الشامل للقاضي الجنائي وقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.

المطلب الثاني: الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري أمام القاضي المدني

نعلم بأنه يوجد أمام المحاكم القضائية العادية نزاع مشروعية القرارات الإدارية، بموجب شروط الاختصاص الخاصة المستنبطة من المبدأ العرفي، والذي بمقتضاه فإن المحاكم العادية هي حارسة الملكية الخاصة والحرية الفردية. إذ يحدث أثناء طرح قضية على القاضي المدني أن يستند أحد خصومها على قرار ضبط إداري، فيدفع خصمه بعدم مشروعية هذا القرار [3]. كما يمكن أن تُقام دعوى تعويض ضد هيئة الضبط الإداري لإلزامها بتعويض المدعي فيها عن الأضرار التي أصابته من جراء قرار ضبط إداري غير مشروع [4].

وعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، وإن كانت في هذه الأحوال مسألة فرعية بالمعنى التقني للمصطلح، لأنها لا تُشكل موضوع المنازعة الأصلية، غير أنه يتوقف في غالب الأحوال، على البت في المسألة الفرعية حل المنازعة الأصلية. فهل تعتبر عدم مشروعية القرار مسألة سابقة، يستطيع القاضي العادي أن يتصدى لبحثها أم يجب عليه أن يتوقف عن الفصل في الدعوى لحين الفصل في الدفع بعدم المشروعية من طرف القاضي الإداري ؟

وإذا كنا قد رأينا إنتصار مبدأ الاختصاص الشامل وقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، على مبدأ الفصل بين السلطات وقاعدة توزيع الاختصاصات، بشأن الدفع بعدم مشروعية القررات الإدارية، بما فيها قرارات الضبط الإداري أمام القاضي الجنائي، فإنه يستحيل التسليم دائما للقاضي المدني بالاختصاص برقابة مشروعية قرارات الضبط الإداري، لأن هذا من شأنه أن يمنع بالكامل، عمل مبدأ الفصل بين السلطات وقواعد توزيع الاختصاصات بين جهتي القضاء، مما يترتب عليه إفراغ القضاء الإداري من اختصاصه، كما يستحيل أيضا التقرير بحرمان القاضي المدني في بعض الأحوال من ممارسة الاختصاص برقابة مدى مشروعية قرارات الضبط الإداري، لأن هذا قد يؤدي في هذه الأحوال إلى بطء تحقيق العدالة والمساس بحسن أدائها.

---

[1] - cass .crim. 6 juin 1924, Beaugé, CE. 4 juillet 1924, Beaugé, in R. Odent, contentieux administratif, Op. Cit., p. 582.
[2] - R. Odent, Ibid., p. 582.
[3] - J. Castagné, Op. Cit., p. 65.
[4] - G. Dupuis, M. J .Guédon, P. Chrétien, droit administratif, Sirey, 12eme édition, 2011, p. 693.

لذلك فإن الأصل في هذا الشأن، هو عدم اختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، إلا هذه القاعدة ليست مطلقة بل تعرف بعض الاستثناءات، وهذا ما يشكل محور المطلب الأول والثاني على التوالي.

الفرع الأول: عدم إختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري

إن دراسة مدى اعتبار الدفع بعدم مشروعية لوائح الضبط الإداري، أمام القاضي المدني مسألة أولية أو سابقة يقتضي التطرق إلى التطور القضائي الذي حدث في فرنسا، بخصوص هذا الموضوع. من خلال دراسة موقف القضاء العادي قبل صدور قرار محكمة التنازع في قضية Septfonds، وموقف الأخيرة في هذا القرار، وأخيرا موقف القضاء العادي اللاحق لهذه القضية، في ثلاث نقاط متتالية:

أولا: موقف القضاء العادي قبل صدور قرار محكمة التنازع في قضية Septfonds

قبل صدور هذا القرار المبدئي الصادر عن محكمة التنازع، كان موقف المحاكم المدنية موافقا على رقابة مشروعية القرارات التنظيمية الإدارية، وبهذه الصيغة أقامت الجهات القضائية المدنية، في تلك الفترة تمييزا بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، أسوة بالحلول التي استخلصها القاضي الجنائي، عندما قرّر بأنه يختص بتقدير اللوائح دون القرارات الفردية. فقالت الغرفة المدنية بمحكمة النقض، في أحد قراراتها بأن القرارات التنظيمية لا تشكل قرارات إدارية خاصة ولا فردية... لكن وبخصوص الأحكام العامة الصادرة بموجب السلطة التنظيمية للإدارة والتي تستفيد هكذا من طابع القانون... فإنه يعود للسلطة القضائية ليس فقط تطبيقها عندما تكون أحكامها واضحة ودقيقة، لكن أن تُقدر مشروعيتها وتُفسر معناها [1]. أما بالنسبة للقرارات الفردية، فقد قالت الغرفة المدنية، بأن تقدير مشروعية القرارات الإدارية بالمعنى الضيق للكلمة الخاصة والفردية، تشكل مسألة أولية تحال أمام القضاء الإداري [2].

يبدو بأن محكمة النقض قد شيدت التمييز بين القرارات التنظيمية والقرارات الفردية، استنادا إلى قضائها على أساس الطابع التشريعي للوائح، فالقرارات التنظيمية وإن كانت الإدارة هي التي تصدرها، إلا أن لها بسبب عمومية وتجريد نصوصها طابع القانون الذي يصدر عن السلطة التشريعية، وللقاضي المدني بل عليه قبل إعمال أحكامها بشأن ما يعرض عليه من منازعات، أن يتأكد من مشروعيتها، وإذا تبين له أنها غير مشروعة فيتحتم عليه ليس إلغاؤها ولكن الامتناع عن تطبيقها. وهو تبرير لا يتفق مع الطابع الشكلي المحض لمعيار العمل التشريعي، فالقانون يصدر عن السلطة التشريعية فيما تصدر اللائحة عن السلطة التنظيمية [3].

---

[1] - Cass. civ. 24 octobre 1917, Sirey, 1918-1919, 1. p. 193.

[2] - Cass. civ. 14 février 1922, Dalloz, 1923.1. p. 149, (2 ème espèce).

[3] – محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص.263.

ثانيا: موقف محكمة التنازع في قضية Septfonds

لقد وضعت محكمة التنازع بموجب قرار Septfonds [1]، مبدأ عدم الإختصاص العام للقاضي العادي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، سواء تعلق الأمر بالقرارات الفردية أو التنظيمية. لقد تدخل هنا مبدأ الفصل بين السلطات لتوزيع الإختصاص بين القضاء العادي والإداري [2]، كما أعاد هذا القرار الأخذ بالحجة المستعملة غالبا من طرف القاضي العادي في تلك الفترة، والقائلة بأن التنظيم يستفيد من طابع القانون [3]، على النحو التالي:

1- يظهر اختصاص القاضي في تفسير اللوائح، على اعتبار أنه يفسر القانون الذي تشاركه اللائحة صفة العمومية، من أجل سرعة التطبيق، يضاف إلى ذلك أنه من العسير أن ترفض المحاكم القضائية، تفسير قاعدة عامة وضعت للتنفيذ، في حين لها وظيفة في تفسير القاعدة التشريعية التي وضعتها سلطة أعلى موضوعيا بالنسبة لمستوى القاعدة التنفيذية.

2- في حين لا يستطيع القاضي المدني أبدا تقدير مشروعية العمل الإداري التنظيمي أو الفردي، ولا يستطيع أكثر من تفسير تدبير فردي بالقدر الذي يفترض توضيحه للملف الإداري. فيما عدا ذلك توجد مسألة أولية على القاضي المدني إرجاعها إلى القضاء الإداري للفصل فيها.

والواضح من المبدأ الذي أرساه هذا القرار [4]، عدم اختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية القرارات التنظيمية من بينها القرارات الضبطية. ورغم أن مسألة تقدير مشروعية القرارات الإدارية لم تطرح مباشرة على القاضي، فقد أوضحت محكمة التنازع بأكثر مما طلب منها بأنه: "وبسبب طابع الأجهزة التي صدر عنها...، فإنه يعود للقضاء

---

[1] - TC. 16 juin 1923, Septfonds, M. long, P. weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, Op. Cit., p. 234.

[2]- حلمي الدقدوقي، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة فرنسا ومصر ومبادئ الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص. 211.

[3] - M. long et (al.), Op. Cit., p. 234 : « il participe du caractère de l'acte législatif. Puisqu'il contient des dispositions d'ordre générale et règlementaire ».

[4] - وقد قام قرار محكمة التنازع في قضية Septfonds على أساس أنه: "لما كانت المادة 22 من القانون 1875/03/13 المعدلة بموجب قانون 1888/12/28 تنص على أن يتبع مرفق السكك الحديدية في وقت الحرب السلطة العسكرية. وفقا لأحكام المادة 19 من التنظيم الخاص بوسائل النقل الاستراتيجية المعتمدة بمرسوم 1913/12/08 فلوزير الحرب إذا ما قدر فائدة ذلك أن يرخص بالاستيلاء الجزئي أو الكلي على وسائل النقل التجارية وله أن يصدر طبقا لمرسوم 1914/10/29 قرار بشأن كل شبكة نقل يحدد فيه شروط الميعاد والمسؤولية التي تتم فيها التنقلات التجارية بما في ذلك نقل الطرود البريدية المرخصة بموجب المادة 19 من اللائحة الخاصة بوسائل النقل الاستراتيجية ومن حيث أنه بموجب هذه النصوص صدر في 1915/03/31 قرار وزيري الحرب والأشغال العمومية ومن حيث أنه إذا اعتبر هذا القرار بسبب طبيعة العضوين الذين أصدراه قرارا إداريا وأنه إذا كانت مراقبة مشروعيتة بهذه الصفة تدخل إذن في اختصاص القضاء الإداري وحده فإن له طبيعة العمل التشريعي لأنه يحتوي على نصوص عامة وتنظيمية ومن ثم تختص المحاكم العادية المنوط بها تطبيقه بهذه الصفة الأخيرة بتحديد معناه إذا عرضت مشكلة تفسير أثناء نزاع تختص بنظره وبناء على هذا فإن محكمة باريس وإذا اقتصرت فقط على تحديد مدى هذا القرار فإنها لم تخالف مبدأ الفصل بين السلطات".

TC. 16 juin 1923, Septfonds, Op. Cit., p. 234.

الإداري وحده مراقبة المشروعية" [1]، وقد سبق وأن رأينا كيف أن محكمة النقض، وتبريرا لموقفها المؤيد لاختصاص القاضي العادي بتقدير مشروعية القرارات التنظيمية، لجأت إلى التماثل الموجود بين القرارات التنظيمية والقانون على الأقل من الناحية الموضوعية. غير أن هذا التبرير يتضمن مغالطة فلا يمكن للقاضي العادي تقدير مشروعية هذه القرارات، على أساس التماثل لأنه لا يختص أصلا بتقدير مشروعية القانون، بل أن محكمة النقض تريد أن تقول، بأن القاضي العادي عندما يقدر مشروعية التنظيم، فإنه لا يبطله بل يكتفي باستبعاد تطبيقه في حالات معينة [2].

لقد وضعت محكمة التنازع بموجب قرار Septfonds مبدأ قضائي مستقر، منعت بمقتضاه القاضي المدني من تقدير مشروعية القرارات التنظيمية، وقد التزم القضاء العادي وعلى رأسه محكمة النقض بهذا المبدأ، فدراسة قضاء المحاكم

المدنية [3]، يبين لنا بأن الأخيرة لم تعترف إطلاقا بحقها في تقدير مشروعية هذه القرارات [4]، بل أن الدفع الجدي بعدم المشروعية يشكل مسألة أولية يجب أن يفصل فيها القاضي الإداري.

وقد أيد بعض الفقه هذا الإتجاه خاصة في مجال قرارات الضبط الإداري التنظيمية، فيستحيل بالنسبة إليه أن يختص بتقدير مشروعيتها غير القاضي الإداري والجنائي بسبب اقترانها بالعقوبة الجنائية [5]. لكنه انتقد من طرف بعض الفقهاء الذين لم يعتبروا اختصاص القاضي المدني في هذه الحالة تطاولا على اختصاص القاضي الإداري [6].

الفرع الثاني: حدود عدم اختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري

لقد عرفت القاعدة التي وضعها قرار Septfonds والتي تمنع القاضي العادي من تقدير مشروعية القرارات الإدارية التنظيمية والفردية، بعض الاستثناءات، بسبب المبدأ السائد في فرنسا، والذي رددته المادة 66 من دستور 1958، والمتمثل في أن القاضي العادي حامي الحرية الفردية، ونتج عن ذلك أن أصبح القاضي المدني مختصا بتقدير

---

[1] – كما وردت في مضمون القرار محل الدراسة و الذي سبق عرضه في الهامش السابق.

[2] - A. Ben Abd Allah, « théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire », http // : fr. jurispedia.org/16 mai 2011.

[3] - D. Tsevas, Op. Cit., p. 93.

[4] - «le juge judiciaire...ne peut sans excéder ses pouvoirs apprécier la légalité d'un acte administratif …, qu'il soit de nature réglementaire ou individuelle……. », Cass .civ, 2ème, 10 février 1993, D. 1991. 1. R. p.61.

[5] - « tout acte de police administrative comporte une sanction pénale, celle de l'article R. 26-15° du code pénal ou celle plus sévère que peut avoir créé le législateur dans le cadre d'une police spéciale.
Par suite il semble impossible d'envisager que dans le cas où l'acte de police n'est pas déféré devant la juridiction administrative pour contrôle de sa légalité. Il puisse être mis en question sur ce mème point ailleurs que devant une juridiction répressive, puisque s'agissant dans tous les cas d'un acte comportant sanction pénale », J. Castagné. Op. Cit., p. 65.

[6] – عبد القادر رباينة، الرقابة على النشاط الإداري، الرقابة الإدارية والقضائية، دار القلم، المغرب، ط– 1، 2010، ص. 238.

مشروعية القرارات الفردية في حالة الإعتداء المادي [1]، والقرارات التنظيمية في حالة الإعتداء على الحريات العمومية وبتقدير مشروعية القرارات الفردية والتنظيمية في حالة مخالفتها للقانون الأوروبي أو لقضاء المستقر .

أولا– الإختصاص بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري في حالة الإعتداء المادي

لقد وُلد الإعتداء المادي في فترة كان فيها القاضي العادي هو القاضي الحقيقي، وكان فيها مجلس الدولة جهازا إداريا أكثر منه قضائيا، وتتابعت فيها الأنظمة، وأنشأت مناخا لعدم الاستقرار السياسي، وساد فيها العداء للقضاء الإداري، ومن هذا العداء القديم استقر عُرف، جعل من السلطة القضائية الحامي الطبيعي للمواطن ضد إعتداءات الإدارة [2]. وإن كانت هذه الوقائع تعود إلى فترة تاريخية قديمة تميزت بها فرنسا، فإن القاضي الإداري الفرنسي قد جُهز اليوم بوسائل فعالة بموجب قانون 125/95 المؤرخ في 18 فيفري 1995، وقانون 597 لسنة 2000 الصادر في 30 جويلية 2000 المتعلق بالإستعجال الإداري، جعلت منه منافسا قويا للقاضي العادي، فأصبح النقاش يدور اليوم عن زوال تبريرات وجود نظرية الإعتداء المادي، وعن مدى ملائمة بقائها، وبناءً على ما تقدم فسوف نتناول مفهوم الإعتداء المادي في نقطة أولى، وزوال مبررات اختصاص القاضي العادي به في نقطة ثانية، ومدى ملائمة إلغاء نظرية الاعتداء المادي في نقطة ثالثة.

أ– مفهوم الإعتداء المادي

تنطلق نظرية الإعتداء المادي في التطبيق، على إثر نشاط تنفيذي مادي تقوم به الإدارة، وقد شابه عيب جسيم، فيمُس في النهاية حقا من حقوق الملكية أو حرية من الحريات العمومية [3]. وبناءً عليه فإنه يشترط لوجود الاعتداء المادي ثلاثة شروط، يتمثل الأول في وجود تنفيذ مادي، والثاني في ارتكاب عدم مشروعية جسيمة وظاهرة، والثالث في الإعتداء على الملكية أو الحرية العمومية [4].

1– وجود تنفيذ مادي

فإصدار قرار إداري مخالف للقانون لا يكفي بذاته لتشكيل الاعتداء المادي، بل لا بد من وجود تنفيذ مادي لهذا القرار، وهو العملية التنفيذية المادية التي تستهدف تحقيق مصلحة عملية لهذا الاعتداء.

---

[1] – مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلة علمية محكمة، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص. 208.

[2] - S. Tsiklitiras, la protection éffective des libertés publiques par le juge judicière en droit Français, LGDJ. 1991, p. 59.

[3] – مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 160، وأيضا مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق، مجلة علمية محكمة دورية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص. 207.

[4] – مهند نوح، المرجع السابق، ص. 207.

2- عدم مشروعية جسيمة وواضحة

لتحقق الاعتداء المادي يشترط أيضا أن تخالف الإدارة القانون، بموجب قرارها بشكل صارخ وجسيم، أما مجرد المخالفة البسيطة فإنها قاصرة على بلوغ ذلك، فعندما تبلغ عدم المشروعية حدا من الجسامة، فإن القرار يفقد طبيعته كأحد عناصر النظام القانوني، ويتحول إلى مجرد فعل مادي يحكمه نظام قانوني مغاير لذلك الذي تخضع له التصرفات القانونية المشروعة أو المشوبة بعدم مشروعية بسيطة.

إن عدم المشروعية الجسيمة والواضحة، قد تلحق قرار الضبط الإداري محل التنفيذ أو ترتبط بعملية التنفيذ المادية، وفي هذا قالت محكمة التنازع الفرنسية: "إن الإعتداء المادي الذي يبرر خروجا على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، إختصاص المحاكم القضائية عندما تقوم الإدارة بالتنفيذ الجبري، في شروط غير مشروعة، لقرار حتى وإن كان مشروعا ملحقة بذلك ضررا جسيما بحق الملكية أو بحرية أساسية، أو عندما تتخذ قرارا له مثل هذه الآثار إذا كان هذا القرار غير قابل للإرتباط بسلطات الإدارة ..." [1].

فقد يكون القرار الذي أصدرته الإدارة مشوبا بعيب شديد الجسامة إلى حد لا يكون معه مجرد قرار غير مشروع، بل يصل إلى أن يكون قرارا معدوما، في هذا الإطار يندرج قرار المحكمة الإدارية بأكادير المغربية التي أعلنت أن: "سحب الإدارة لجواز سفر الطاعن، يعتبر من الإعتداء المادي على الحريات العامة، الذي تعتبر القرارات الصادرة في اطاره من قبيل القرارات المنعدمة" [2]. وقد تكون حالة الإنعدام ناتجة عن أن الإدارة لم تصدر القرار على الإطلاق، وإنما عمد بعض أعوانها إلى التنفيذ دون أن يحصلوا على قرار سابق، وقد تنتج حالة الإنعدام أيضا عن أن القرار الذي نفذ قد ألغي من طرف جهة القضاء الإداري المختصة، ومع ذلك نفذته الإدارة. كما قد تكون عملية التنفيذ أيضا مشوبة بعدم مشروعية جسمية وظاهرة، بأن تلجأ الإدارة مثلا، إلى إجراءات التنفيذ المباشر في غير الحالات المرخص لها بذلك، أو أن تهمل إجراءات معينة فرضها القانون، كضمانة للأفراد قبل التنفيذ [3]، غير أن إغفال الإجراءات الثانوية لا يكفي لتحويل عملية التنفيذ المادية إلى اعتداء مادي [4].

- الإعتداء المادي الناتج عن عدم المشروعية الجسيمة والظاهرة لقرار الضبط الإداري

ينتج الاعتداء المادي في هذه الحالة عن صدور قرار الضبط الإداري مشوبا بعدم مشروعية جسيمة وظاهرة، ويتجسد ذلك في عدم قابلية القرار للإرتباط بأي نص تشريعي أو تنظيمي [5]، أو عدم قابليته للإستناد إلى ممارسة سلطة من سلطات الإدارة [1].

---

[1] - T.C. 19 janvier 2004, Société CLPK..., JCP. 2005. 1. 171.

[2] – محكمة أكادير الإدارية، حكم رقم 2004/29، المؤرخ في 12 فيفري 2004، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، ص. 217، 218.

[3] – مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 161 .

[4] - Cass. Civ. 25 octobre 1954, AJDA. 2. p.12.

[5] - T.C. 17 février 1947, consorts Perrin, D. 1947. J. P. 135.

وتجسيدا لذلك وبخصوص حرية التنقل، قالت محكمة النقض الفرنسية: "أن حرية التنقل الأساسية لا تقتصر على الإقليم الوطني، ولكنها تضمن أيضا حق المغادرة وأن هذا الحق معترف به صراحة بموجب المادة 2- 2 من البروتوكول الرابع المكمل للإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، وبموجب المادة 12- 2 من العهد الدولي لنيويورك، المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، ولا يمكن تقييده إلا بموجب الأثر الناتج عن قانون يستجيب لضرورة حماية الأمن الوطني، النظام العمومي، السكنية والصحة والأخلاق العمومية، أو حقوق وحريات الغير أو للاحتياط ضد الجرائم الجنائية، وأن رفض تسليم أو تجديد جواز السفر الذي تقتضي حيازته الممارسة الفعلية للحق في مغادرة الإقليم الوطني، لا يمكن تقريره إلا بموجب النصوص التشريعية التي تستجيب لإحدى الغايات السابقة [2].

لقد اعتبرت محكمة النقض أن كل أنواع الرفض أو سحب جواز السفر في غياب نص تشريعي من هذا النوع، من شأنها أن تنشئ التزاما بالنسبة للسلطة المختصة في كل الفرضيات، مع أن الإحالة إلى عهد نيويورك كالاتفاقية الأوروبية، لا تنص على إمكانية تقييد الحق في مغادرة البلاد لأسباب مالية، من شأنها أن تجعل كل نص تشريعي في هذا المجال، غير فعال لأنها ترجح المعاهدات على القوانين الداخلية [3].

وقد أكدت محكمة التنازع على قضاء محكمة النقض، فيما يخص حرية التنقل، لكنها خففت من مداه، لأنها لم تحيل إلى القيود الناتجة عن الإتفاقيات الدولية، وصرحت بأن هذا الحق لا يمكن تقييده إلا بالقانون [4]، وهذا يعني بأن القانون بإمكانه أن يمنع المدينين بالضرائب من مغادرة الإقليم الوطني. وبالتالي فإنه يشكل اعتداء ماديا، الإجراء الغير قابل بشكل ظاهر للإرتباط بسلطات الإدارة، والمتوفر في إطار أن نظام سحب جوازات السفر غير ممنوح بموجب القانون للإدارة لضمان تغطية الضرائب [5].

وفي نفس الإطار صدر قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Carlier [6]، الذي تم اقتياده إلى قسم الشرطة وصودرت منه آلة التصوير، عندما باشر بتصوير واجهة كنيسة في الطريق العمومي، كما مُنع من الدخول إليها، فيما سُمح بذلك للسائحين الآخرين. وعند فصله في الدعوى، ميّز مجلس الدولة الفرنسي بين قرار المنع من زيارة الكنيسة،

لقد صرحت محكمة التنازع في هذا القرار بأنه: "عندما تخطر بطلبات من طرف الطاعنين لأجل وضع اليد أو تسلم العقار المنزوع بفعل أمر الاستيلاء، فإن المحاكم المدنية يجب أن تصرح بعدم الاختصاص، خارج الحالة التي لا يكون فيها هذا الأمر قابل للإرتباط بشكل ظاهر بأي نص تشريعي أو تنظيمي، فإن هذا الأمر لا يشكل إلا اعتداء ماديا ".

[1] - T.C. 27 juin 1966, sieur Guigon, AJDA. 1966, p. 547.

[2] - in S. Tsiklitiras, la protection effective des libertés publiques par le juge judiciaire en droit Français, 0p. Cit., p.137.

[3] - Ibid., p. 138.

[4] - TC. 9 juin 1986, RDP. 1987, p.1079.

[5] - « considérant que l'ordre de retirer son passeport à M. Eucat …ne découle ni de poursuites pénales, ni de la mise à exécution d'une contrainte par corps, qu'une t'elle mesure, qui porte atteinte à la liberté (d'aller et venir) est manifestement insusceptible de se rattacher à l'exercice d'un pouvoir conféré par la loi à l'administration pour assurer le recouvrement d'impôts directs : qu'elle constitue donc une voie de fait », in S. Tsiklitiras, 0p. Cit., p. 139.

[6] - CE. 18 novembre 1949, Callier.

أشار إليه جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط-1، 2006، ص. 460 .

وبين إجراء القبض عليه، ومصادرة آلة التصوير، فاعتبر القرار الأول غير مشروع للإنحراف بالسلطة، فيما قضى بـ اختصاصه، فيما يخص القبض ومصادرة آلة التصوير، لأنه لم يجد أي نص تشريعي أو تنظيمي يبرر تصرف الإدارة، ويخول وزير الداخلية منع أي مواطن من التنقل داخل الجمهورية.

وفي نفس السياق أعلنت الغرفة الإدارية بملجس قضاء قسنطينة، بأن صلاحيات الإدارة في مجال النظام والأمن العموميين، لا ينبغي أن تمارس إلا في إطار القوانين واللوائح، ودون المساس بالحريات الفردية، لذلك فإن تصرف الإدارة بسحبها جواز السفر من المدعي ... لا يمكن أن يُكيّف إلا على أنه تعديا ..." [1]. ومن بعدها مجلس الدولة الجزائري، الذي اعتبر في قرار له، بأن قيام المستأنف (الوزير فوق العادة المكلف بإدارة شؤون ولاية الجزائر) مباشرة باتخاذ القرار التحفظي المتعلق بالشقة التي كانت تشغلها المستأنف عليها وبتغيير الأقفال، يشكل تعديا صارخا [2]، وقد اعتبر هذا القرار تعديا من ناحيتين:

1- أن هذا المقرر الخاص بالإستيلاء على المسكن وتغيير الأقفال يعد تصرفا خطيرا يمس بحرمة المسكن، والتي تعتبر من الحقوق الشخصية الأساسية.

2- أن هذا المقرر غير مشروع، لكونه يمثل اعتداء صارخا على اختصاصات سلطة القضاء [3].

إن هذا المفهوم الواسع للتعدي، الذي لا يشمل فقط العمل المادي للإدارة، وإنما أيضا كل تنفيذ لقرار إداري غير مشروع، هو المسلك العام لاجتهاد المحكمة العليا المتطابق مع اجتهاد القضاء الفرنسي حول مفهوم التعدي أو الاعتداء المادي، غير أن المحكمة العليا قد خرجت عن هذا المسلك العام في حالات نادرة، وجنحت نحو تضييق مفهوم الاعتداء المادي، عندما صرحت في قرار لها صادر بتاريخ 21 جانفي 1984، بأنه لا مجال لاختصاص القضاء المستعجل في القضايا، التي تتخذ فيها الإدارة قرارات إدارية، وهي بذلك قد استبعدت حالة من حالات التعدي، استقر عليها الاجتهاد في كل من الجزائر وفرنسا، ومفاد هذه الحالة، أن القرارات المشوبة بعدم مشروعية صارخة تشكل تعديا عندما تُنفذ [4]. لقد ذهبت هذه المحكمة إلى أبعد من ذلك عندما صرحت: "بأنه لا يمكن التمسك بالتعدي عندما تقوم الإدارة بتنفيذ عمل بالقوة، غير مرتبط بتطبيق نص تشريعي أو تنظيمي، ومن شأنه أن يمس بحرية أساسية أو بحق الملكية" [5]، فما هو التعدي إذن إذا لم يتجسد في هذه الصورة ؟ لقد كانت الغرفة الإدارية

---

[1] - cour de Constantine (ch. Adm.) ordonnance du 30 novembre 1983, affaire N°- 1374/83 (ch. C/ Ministre de l'intérieure, non publié:

أشار إليه مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، د م ج، الجزائر، 09- 2009، ص. 158.

[2] – مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، قرار مؤرخ في 8 مارس 1999، أشار اليه: لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، ط- 2002، ص. 53.

[3] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع السابق، ص. 63.

[4] – المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف رقم 420/50 فهرس 1984، " اليوم والشهر غير مقروئين، قضية رئيس بلدية رئيس بلدية القصر ضد (د.ب، ع.أ) غير منشور، أشار إليه مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص. 160 .

[5]– المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، استئناف استعجالي رقم 35152 بتاريخ 21 جانفي 1984، قضية فريق ط، رئيس بلدية ...والي ولاية...، غير منشور، أشار إليه: مسعور شيهوب، المرجع السابق، ص. 160.

بمجلس قضاء قسنطينة، أكثر حكمة عندما صرحت بأن: "القرار الصادر عن الإدارة خارج أي إطار شرعي، وبالتالي غير مرتبط بتطبيق أي نص قانوني يشكل تعديا..." [1].

– الإعتداء المادي الناتج عن عدم المشروعية الجسيمة والظاهرة لعملية التنفيذ

ينتج الإعتداء المادي في هذه الحالة، عن التنفيذ الغير مشروع لقرار مشروع أو مشوب بعدم المشروعية البسيطة، ويتجسد ذلك في عدم مشروعية طرق التنفيذ أو التعارض التام بين التنفيذ ومضمون القرار المنفذ [2]، وفي هذا الإطار، أعلنت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة أن: "التنفيذ غير القانوني لنص قانوني يشكل تعديا.." [3].

غير أن أكثر حالات عدم المشروعية الجسيمة وقوعا، وأكثرها ارتباطا بقرارات الضبط الإداري، هي حالة عدم مشروعية طرق التنفيذ، حيث يعد استخدام الإدارة أسلوب التنفيذ الجبري، في الحالات التي لا يجوز لها أن تستعمله المثال النموذجي لهذه الحالة [4]، إذ تلجأ إليه سلطات الضبط الإداري عندما يمتنع الفرد المخاطب بالقرار عن التنفيذ، فتلجأ إلى القوة لكفالة ذلك، دون الحاجة للإلتجاء إلى القضاء، مكتفية بقرارها كسند تنفيذي، وهذا هو امتياز التنفيذ المباشر أو الجبري، بيد أنه يلزم لمشروعية الإلتجاء إلى هذا الطريق، أن يتم في أحوال وأن يستوفي شروط معينة، وإلا شكل اعتداء ماديا، متى كان جسيما ومحله ملكية خاصة أو حرية أساسية. وفي تحديده لشروط التنفيذ المباشر، تبنى مجلس الدولة الفرنسي نظرية المفوض روميو التي رافع بها، في قضية Société immobilière de sain – juste [5]، بحيث أن التنفيذ الجبري يكون مشروعا في ثلاث حالات:

---

[1] - Cour de Constantine, (CH. Adm), ordonnance du 21/01/1987 affaire N° 1924/86 (M. BC) /le wali de..., nom publié:

أشار إليه، مسعود شيهوب، المرجع السابق، ص .159 .

[2] - J. Castagné ,0p. Cit., p. 72.

[3] - Cour de Constantine (Ch. adm), ordonnance Du 22 janvier 1986, affaire N : 1660/85 (entreprise …. c/Wilaya….), non publier :

أشار إليه مسعود شيهوب ، المرجع السابق ، ص. 159.

[4] – قرار مشهور لمحكمة النقض الفرنسية مؤرخ في 8 أفريل 1935 يوضح ذلك: حيث أنه وبتاريخ 7 فيفري 1934 أمر محافظ شرطة باريس جريدة L'action Française لدى موزعيها في باريس ومقاطعة السين، فكلفت الشركة صاحبة الجريدة محافظ الشرطة بالحضور أمام قاضي الصلح، ثم أمام المحكمة المدنية، ثم رفع النزاع أمام محكمة التنازع التي قررت أن مصادرة الجرائد ينظمها قانون 29 يوليو 1881، وإذا كان للعمدة أو لمحافظ الشرطة في باريس، أن يتخذ الإجراءات الضرورية للمحافظة على حسن النظام والأمن العام، فإن هذه المهام لا تخولهما أن يستعملا بطريق التدابير الوقائية، سلطة مصادره الجريدة والتي يظهر من ملف الدعوى بأنها كانت عامة شملت كل مكان تباع فيه الجريدة سواء في باريس أو في الضواحي دون تبرير أن هذه المصادرة كانت ضرورية لضمان المحافظة على النظام العمومي أو إسترجاعه، وأن التدبير المطعون فيه يشكل في هذه الحالة اعتداء ماديا يوجب اختصاص السلطة القضائية .

T.C. 8 Avril 1935, action Française, M .long . et (al.), les grands arrêts..., 0p. Cit., p. 292.

[5] - Romieu, concl. Sur, l'arrêt du T.C. 2décembre 1902, société immobilière de saint – Just, M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 0p. Cit., p. 61.

الحالة الأولى: حالة وجود نص صريح في القانون يخول للإدارة حق التنفيذ الجبري باستخدام القوة المادية، في تنفيذ نص القانون أو نص القرار الإداري الذي لا يصدر إلا لتطبيق القانون [1].

الحالة الثانية: حالة عدم وجود نص يلزم الأفراد بالتنفيذ، إذا لم ينص في القوانين أو اللوائح على عقوبة تطبق عند مخالفة أحكامها، لأن ذلك يؤدي إلى تعطيل هذه النصوص، خلافا لما تقضي به القواعد العامة المسلم بها، وقد اشترط روميو لهذه الحالة:

– عدم وجود جزاء قانوني على مخالفة النص المراد تنفيذه .

إن هذا الشرط هو شرط أساسي لمشروعية التنفيذ الجبري، وكما قال مفوض الحكومة Léon Blum [2]، فإن التنفيذ الإداري لا يبرره في الأصل إلا ضرورة كفالة الخضوع للقانون، واستحالة تحقيق ذلك بأي إجراء قانوني آخر، وإلى أبعد من هذا ذهب مفوض الحكومة روميو، عندما قال بأن الأمر لا يقتصر فقط على وجود الجزاء الجنائي، بل يمتد إلى كل اجراء قانوني قادر على إخضاع المعارضين[3]، والجزاء القانوني الذي يستبعد التنفيذ الجبري هو قبل شيء جزاء جنائي[4]. هذا يعني بأنه في وجود الجزاء الجنائي يجب أن تمتنع الإدارة عن التنفيذ المباشر وإلا اعتبر ذلك اعتداء ماديا، غير أنّ محكمة النقض قد اعتنقت مذهبا مغايرا [5]، بفضل قرارها الصادر في 11 ماي 1949 [6]، والذي جاء فيه أن: "الجزاء الجنائي مرتبط برفض المالكين الإمتثال لمصادرات المساكن"، ما يفسر بأن الإدارة تمتلك حق إجراء التنفيذ الجبري رغم وجود الجزاء الجنائي، وبدورها تراجعت محكمة التنازع عن قضائها السابق، الذي كان مؤسس على وجود جزاءات جنائية، وقبلت قانونية التنفيذ الجبري لهذه الاستيلاءات [7].

وبالتالي فإن مشروعية التنفيذ الجبري تستدعي:

– أن يكون الإجراء الذي تقوم به الإدارة مستندا إلى نص قانوني في أساسه [8].

– أن يعارض أو يمانع المخاطبون بالقانون تنفيذه.

---

[1] – اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بصدد الأحكام المتعلقة بدخول وإقامة الأجانب، بأن القرارات المتخذة في اطار نظام الضبط الإداري قابلة للتنفيذ بالطريق الجبري.

CC. N°93 – 325 DC, du 10 aout 1993, in M. long, et (al.), Op. Cit., p. 63.

وقد استغلت محكمة التنازع نتائج هذا القرار بموجب قرار 20 جوان 1994 .

T.C. 20 juin 1994, M. long et (al.), Op. Cit., p. 63.

[2] - CE. 17 mars 1911, Blum, in M. long et (al.), les grands arrêts ..., 0p. Cit., p. 64.

[3] - CE. 23 janvier 1925, Anduran, D. 1925. 3. 43.

[4] - « Si la sanction pénale existe, l'exécution forcée administrative n'existe pas…. », Romieu, concl. sur T.C. 2 décembre 1902, Ibid., p. 64.

[5] - S. Tsiklitiras, 0p. Cit., p. 72.

[6] - Cass. Crim. 11 mai 1949, S. 1949. 1. p. 129.

[7] - S. Tsiklitiras, 0p. Cit., p. 72; TC. 12 mai 1949, Dumon, in M. long et (al.), les grands arrêts..., Op. Ci., p. 64.

[8] - Cour de cassation, 1 mars 1991 Sté des Bourses Français, RFDA. 1991, P.358.

للمحافظ أن يتخذ الإجراءات اللازمة لإزالة أسباب التلوث البيئي، وأن ينفذ ذلك جبرا وبصورة مباشرة على نفقة المخالف، وذلك دون انتظار ما أسفرت عنه الدعوى الجنائية التي رفعت في مواجهته لذات السبب.

– أن يكون الغرض من الإجراء الذي تتخذه الإدارة تحقيق مضمون النص القانوني، فلا يجوز أن تستخدم إجراءات التنفيذ الجبري لتحقيق أغراض خاصة سياسية أو شخصية تخالف بها الأغراض العامة التي قصدها القانون [1]، كما لا يجوز أن تتجاوز إجراءات التنفيذ ما يكون لازما لضمان الإمتثال لحكم القانون، وهذا يعني بأن قرارات الضبط الإداري لا تكون مشروعة إلا في الحدود التي تكون فيها ضرورية للمحافظة على النظام العمومي واسترجاعه [2].

الحالة الثالثة: حالة الضرورة ويقصد بها أن تجد الإدارة نفسها أمام خطر داهم، يستوجب دفعه اتخاذ إجراء إداري مباشر للمحافظة على الأمن أو السكينة أو الصحة أو النظام العمومي، دون احترام للمواعيد وللإجراءات ودون انتظار حكم القاضي. فللجهات الإدارية في الظروف الاستثنائية اتخاذ اجراءات تجاوز حدود اختصاصاتها العادية، بقصد مواجهة حاجات اللحظة بسرعة فائقة [3]، ومن ثم يجوز للإدارة في هذه الحالة أن تلجأ إلى التنفيذ الجبري حتى وإن لم يوجد نص صريح يجيز لها أن تسلك هذا السبيل للتنفيذ، وكما قال Romieu عندما يحترق المنزل، فلا يمكننا أن نطلب من القاضي أن يرخص بإرسال المطافئ [4].

وبناء على ذلك فإن الإستعجال يصحح بذاته الإجراءات الغير مشروعة في الظروف العادية. وله في مجال التنفيذ الجبري نفس آثار الظروف الاستثنائية [5]، في كل الأحوال فإن حالة الضرورة تسبب انقلابا في القيم القانونية، لذلك يفحص القاضي في كل مرة ما إذا كان يوجد استعجال حقيقي أو خطر حال [6].

3– الإعتداء على حق الملكية أو إحدى الحريات الأساسية

لا يقوم الإعتداء المادي إذا لم يقع تعد على الملكية الخاصة سواء المنقولة أو العقارية [7] للأفراد أو على حرياتهم الأساسية، وبالنسبة للاعتداء على الأخيرة، فقد يتعلق الأمر بالاعتداء على الحريات الفردية أو الحريات العمومية كحرية الصحافة، وحرية العبادة وحرمة المسكن.....إلخ [8].

وفي تحديده لمعنى الحرية الأساسية في نطاق نظرية الإعتداء المادي، اعتبر مجلس الدولة أن كل حرية نص عليها الدستور أو الإتفاقيات الدولية هي حرية أساسية كحرية إدارة الهيئات المحلية، والحرية الدينية، وحرية الرأي....إلخ. بل لقد اعتبر المجلس أن الحق في الحياة العائلية المستقرة، المنصوص عليها في المادة 55 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق

---

[1] – عبد الحميد جبريل حسين آدم، التنفيذ المباشر الإداري، تطبيقاته والرقابة القضائية عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص.29.

[2] - TC. 8 avril 1935, Action française, M. long et (al.), les grands arrêts..., Op. Cit., p. 292.

[3] - CE. 22 novembre 1946, Mathian, S. 1947. 1. 41, note, Mestre.

[4] - Romieu, concl. sur TC. 2 déc 1902, Op. Cit., p. 63.

[5] - CE. 28 juin 1918, heyriès, M. long et (al.), les grands arrêts ..., Op. Cit., p. 194.

[6] - CE. 21 juin 1993, préfet de la corse…, D. 1994. p. 37, note Muscatelli et Pastorel; TC. 8 avril 1935, action Française, M. long et (al.), les grands arrêts..., Op. Cit., p. 292.

[7] - J. Castagné, Op. Cit., p. 69.

[8] - TC. 8 avril 1935, action Française, M. long et (al.), Op. Cit., p. 292.

بشأن مصادرة جريدة دون وجه حق.

TC. 4 juillet 1934, Gure de Realmont, S. 1935. 3. p.129.

بشأن أمر عمدة بإزالة سور كنيسة دون سند قانوني.

الإنسان تشكل حرية أساسية. ولا يقصر المجلس وصف الحرية بالأساسية على ما ورد في صلب الدستور، و يتجاوزه إلى ما نصت عليه مقدمة الدساتير من حريات مثل حرية الإضراب، وما أعتبره المجلس الدستوري مبدأ ذو قيمة دستورية مثل مبدأ التعددية، كما يمتد مفهوم الحرية الأساسية إلى الحرية التي تعكس قيم ومصالح جوهرية بالغة الأهمية كحرية الإجتماع والجمعيات، وإلى الحقوق أيضا كالحق في الملكية أو اللجوء السياسي أو الحق في الحياة [1].

ومتى توفرت شروط الإعتداء المادي في قرار الضبط الإداري، فإنها تنزع عنه صفتة الإدارية، ويصبح القاضي المدني مختصا بتقدير مشروعيته، وبإثبات وجود الإعتداء المادي وإصدار الأوامر بوقف هذا الإعتداء.

وقد قبل القاضي تاريخيا أن يصدر الأوامر في مواجهة الإدارة عندما تتصرف كفرد عادي، حيث أن مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، يمنعه فقط من إصدار الأوامر في مواجهة الإدارة عندما تتصرف كسلطة عمومية، هذا ما يسمح لنا بتفسير سبب حصر القضاء لسلطة إصدار الأوامر من طرف القاضي العادي، المتدخل بصفته حارس الحريات والملكية في فرضيات الإعتداء المادي [2]، وقد أقرت محكمة التنازع في 17 جوان 1948 ومحكمة النقض (الغرفة المدنية) في 04 نوفمبر 1986 هذه الفرضية [3]. وهذا هو السبب الذي دفع ببعض الفقهاء إلى القول، بأن اختصاص القاضي العادي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية في حالة الإعتداء المادي لا يشكل استثناء على قاعدة الحظر، لأن الأمر يتعلق بقرار زالت عنه الصفة الإدارية [4]، وبالتالي فإن نظرية الإعتداء المادي، يمكن أن تلعب دور الحامي الذي لا يمكن أن يعوض باعتبارها تعطي سلطات واسعة للمحاكم القضائية، فبإمكان القاضي العادي أن يتحقق من وجود الاعتداء المادي وأن يأمر بوقفه[5]، أو أن يحكم بالتعويض عنه وبإزالته وإلغاء الأعمال

[1] – محمد باهي أبو يونس الحماية القاضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دراسة لدور قاض الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافقات الإدارية الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص.25 .

[2] - "...le juge civil est saisi a raison d'une voie de fait, l'administration soumise à sa compétence, a subi une déchéance consécutive à la dénaturation de son action et n'est plus qu'un plaideur comme les autres, il n'est alors anormal qu'elle soit soumise aux injonctions juridictionnelles". G. Vedel, « la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP. 1950, 1, p. 851, in S. Gibert, le juge judiciaire gardien de la propriété privée immobilière, étude de droit administratif, Marie et Martin, Paris, 2011, p. 626.

[3] - S. Gilbert, le juge judiciaire gardien de la propriété immobilière, 0p. Cit., p. 224.

[4] - A. Bockel, « la voie de fait, Mort et résurection du notion discutable », D. 1970, p. 29 et S.

[5] - TC. 17 mars 1949, D. 1949, p. 209, concl, Delvolvé.

التي تشكل اعتداء ماديا [1]، بل له أن يستعين في سبيل سرعة تنفيذ أوامره، بالغرامة التهديدية [2]، وبالمقابل يستطيع القاضي الإداري بدوره أن يتحقق من وجود الاعتداء المادي [3]، قبل أن يقرر عدم اختصاصه.

وهذا يعني بأن القاضي العادي يتمتع بالاختصاص الشامل من اللحظة التي يقرر فيها وجود الاعتداء المادي، من جهة، ويعني بأن تقدير مشروعية القرار هو اختصاص مشترك بينه وبين القاضي الإداري، من جهة أخرى [4].

أما في الجزائر وقبل الإصلاح القضائي الذي تحقق بصدور قانون الإجراءات المدنية في 1966، فقد كانت الإنتهاكات الموجهة للحرية وللملكية الخاصة، تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي، إذا كانت تشكل اعتداء ماديا، وقد تم اعتماد هذا الحل من قبل المجلس الأعلى، بموجب قراره المؤرخ في 25 مارس 1966 [5]، غير أن صدور قانون الإجراءات المدنية، وعلى وجه الدقة المادة 7 منه، قد أدخل تغييرا هاما عن طريق منح الإختصاص بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري، في حالة الإعتداء المادي إلى القضاء الإداري تطبيقا للمعيار العضوي .

ولقد سنحت الفرصة للمحكمة العليا لتطبيق المعيار العضوي في مجال الإعتداء المادي، وهكذا وفي قرارها الصادر بتاريخ 4 فيفري 1978، أعلنت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بأن المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية بنصها على اختصاص الغرفة الإدارية بالمنازعات التي تكون الدولة طرفا فيها، لا تكون قد اقتصرت على تحويل اختصاص المحاكم الإدارية التي كانت سائدة سابقا، ولكن أيضا الإختصاص في المواد التي تكون الإدارة طرفا فيها، والتي كانت سابقا (في النظام الفرنسي المطبق أنذاك) من اختصاص المحاكم العادية، ومن بين هذه المواد، دعاوى التعدي[6].

وقد كيفت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا، وضع اليد على الأموال قبل إيداع مبلغ التعويض في هذه القضية، بأنه مجرد اعتداء مادي، ولم تأخذ بالدفوع المثارة من طرف الإدارة، التي كانت تتمسك بحالة الاستعجال، غير أنه بالرجوع إلى حيثيات القرار، تبين أن القاضي أعتبر أن التمسك بحالة الضرورة غير مجدي، لأن الإدارة لم تثبت أن

---

[1] - كما للقاضي أن يأمر بطرد الإدارة من العقار الذي احتلته، وايقاف الأشغال التي شرعت فيها، والأمر بإزالة المنشآت التي أقامتها، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 163.

[2] - « tout juge peut, meme d'office, prononcer une astreinte pour assurer l'éxécution de sa décision, le juge de l'exécution peut assortir d'une astreinte une décision rendue par un autre juge, si les circonstances ont font apparaitre la necessité, article 33 de la loi du 9 juillet 1999. CE. 13 juillet 1966, Guiguon, in M. C. Rouault et (al.), « la loi source de compétence du juge judiciaire en matière administrative », in droit administratif, 0p. Cit., p. 210.

[3] - CE. 13 juillet 1966, Guignon, in M. C. Rouault, et (al.), la loi source de compétence du juge judiciaire en matière administrative, in droit administratif, Op. Cit., p. 210.

[4] - G. Dupuis, M. J. Guédon, P. Chrétien, droit administratif, 0p. Cit., p. 695; « théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire », http://fr.jurispedia.org/16mai2012.

[5] – المجلس الأعلى، 25 مارس 1966، بن كوشة، حولية العدالة، 1967، 1966، ص. 271، أشار إليه أحمد محيو، المنازعات الإدارية، ترجمة فايز انجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003، ص. 102.

[6] – المحكمة العليا، 4 فيفري 1978، والي ولاية عنابة ضد زراوي بوجمعة.

Le recueil de la jurisprudence administrative, R. khelloufi et H. Bouchahda, publié par l'institut de droit d'Alger, 1999, p .137

حالة الإستعجال حالت دون إيداع مبلغ التعويض، ويفهم من هذا أنه لو أثبتت الإدارة أن هناك ظروف طارئة منعت من احترام الإجراءات لكيّف القاضي وضع اليد تكييفا آخرا [1].

وفي مناسبة أخرى، أعلنت الغرفة الإدارية بمجلس قضاء قسنطينة أن تصرف الإدارة بسحبها جواز السفر من المدعي، في غياب قرار يمنعه من تحريك دعوى الإلغاء، لا يمكن أن يكيّف إلا على أنه تعديا، إن التعدي من اختصاص القاضي الاستعجالي [2]. وهو ذات الموقف الذي تبناه مجلس الدولة الجزائري، عندما صرح بأن: "البلدية عندما قامت بتهديم وحجز وتكسير ما قام المستأنف بانجازه، وما وضعه من أدوات ومواد البناء بدون إذن قضائي خاص...تكون قد قامت بفعل التعدي...وبالتالي القول باختصاص قاضي الاستعجال" [3].

في الحقيقة إن موقف المشرع والقاضي الجزائريين يستحق الإشادة، فإذا كان اختصاص القاضي العادي الفرنسي في حالة الإعتداء المادي، قد تقرر كما سبق، وأن أشرنا بسبب مجاملة القاضي الإداري الفرنسي للإدارة، ونظرة الشك والريبة اتجاهه، وعجره عن تحقيق الحماية الفعالة للمتقاضي، لأنه لم يكن في تلك الفترة يملك سلطة إصدار الأوامر، ولا سلطة إرفاقها بالغرامة التهديدية، وبالمقابل كان القاضي العادي يتمتع بضمانات أكبر، مما دفع إلى اعتباره الحامي الطبيعي للحريات الأساسية ولحق الملكية في التقاليد القانونية الفرنسية، فبالإضافة إلى أن الجزائر لم تعرف هذه الأسباب التاريخية، فإن هذه النظرية لا تستند في بلادنا إلى سند تشريعي، بل إنها تخالف روح التشريع الجزائري وبخاصة المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، كما لا يوجد في النظام القضائي الجزائري سببا يدعو للقول بأن أحد القضاة يوفر ضمانات أقوى من الآخر، لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم، لعدم وجود معيار واضح في هذا الشأن، فهما يتكونان تكوينا مماثلا ويتبعان قانونا أساسيا واحدا، ذلك أن أعضاء المحاكم الإدارية ومجلس الدولة في الجزائر ينتمون إلى القانون الأساسي للقضاء [4].

بدوره أعلن القضاء الإداري المغربي، على غرار القضاء الإداري الجزائري، إختصاصه بخصوص الإنتهاكات الإدارية التي تُشكل اعتداء ماديا، وهذا مانلمسه في القرار الصادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى المغربي، المؤرخ في 18 ماي 2005 [5].

---

[1] – ليلى زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، ص. 24.

[2] - cour de Constantine (ch. adm.), ordonnance, Du 30 novembre 1983, préc.

[3] – مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، قرار رقم 018915، المؤرخ في 11 ماي 2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، لسنة 2004، ص. 240.

[4] – وذلك تطبيقا لنص المادة 20 من القانون العضوي رقم 98- 01، التي تنص على أن قضاة مجلس الدولة يخضعون للقانون الأساسي للقضاء، أي أن سلك القضاة واحد دون اعتبار للإزدواجية القضائية،... وبالتالي يمكن كذلك تنقل القضاة من هرم لآخر شريطة أن يتم تعيينهم من طرف رئيس الجمهورية. رشيد خلوفي، النظام القضائي الجزائري، مجلس الدولة، مجلة الموثق، العدد 2، جويلية- أوت، 2001، ص. 27- 37.

[5] – المجلس الأعلى المغربي، الغرفة الإدارية، قرار رقم 412، مؤرخ في 18 ماي 2005، عبد الله درميش، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 327.

ب- زوال مبررات إختصاص القاضي العادي في حالة الإعتداء المادي

لقد تغيرت الركائز التي قام عليها مبدأ الحراسة القضائية للملكية الخاصة العقارية والحريات الأساسية، والتي تتمثل في استقلالية القاضي العادي وفي الضمانات التقنية التي يقدمها الأخير، وبالمقابل إلى ضعف سلطات القاضي الإداري، وعدم قدرته على منافسة القاضي العادي ، فمنذ 1995 و2000 تغير هذا السياق .

1- تقديم القاضي الإداري لضمانات الإستقلالية

لقد حافظ غياب الإعتراف الدستوري في فرنسا باستقلالية القاضي الإداري قبل 1980، على جو الشك اتجاه علاقات القاضي الإداري بالإدارة، وكانت سببا في حرمانه من الإختصاص بحماية الملكية الخاصة والحرية الفردية، ودليل ذلك الفقرة 4 من المادة الوحيدة [1] في القانون الدستوري المؤرخ في 3 جويلية 1958: "يجب أن تبقى السلطة القضائية مستقلة، حتى تضمن بنفسها احترام الحريات الأساسية، كما هي محددة بموجب ديباجة دستور 1946 وإعلان حقوق الإنسان".

وفي منعطف بازر كرّس المجلس الدستوري بموجب قراره الصادر في 22 جويلية 1980 [2] ، استقلالية القضاء الإداري، وهكذا أصبحت استقلاليته مكرسة دستوريا منذ ذلك الوقت، بالإضافة إلى ضمانات الإستقلالية التي يقدمها القانون الأساسي للقاضي الإداري [3]، من عدم قابلية أعضاء الجهات القضائية الإدارية الشاغلين لوظائف الحكم للعزل.

2- تجديد الضمانات التقنية الممنوحة للمتقاضي من طرف القاضي الإداري

لقد أصبحت سلطات القاضي الإداري الفرنسي موضوعا لتعديلات عميقة تسمح له على الأقل نظريا بمنافسة القاضي العادي.

- منح القاضي الإداري سلطة الأمر

لقد مُنح القاضي الإداري سلطة إصدار الأوامر ضد الإدارة بموجب قانون 95-125، كما مُنح القاضي الجزائري هذه السلطة أيضا بموجب قانون 08-09.

---

[1] - S. Gibert, 0p. Cit., p. 638.

[2] - CC.80- 119DC, 22 juillet 1980 :« qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la constitution en ce qui concerne l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'independance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement; qu'ainsi, il n'appartient ni au législateur ni au gouvernement de censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence ».

[3] - S. Gilbert, 0p. Cit., p. 647.

فبعد العديد من التجديدات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي (رقابة مشروعية القرارات الإدارية بالنظر إلى القوا
الأوروبية، الإلتزام بإلغاء التنظيمات الغير مشروعة، تفسير المعاهدات من طرف القاضي.... إلخ) وعن المشرع، كقانون 17 جويلية 1980 المتعلق بالغرامة التهديدية، صدر قانون 95-125 المؤرخ في 08 فيفري 1995 [1]، المتعلق بتنظيم الجهات القضائية وبالإجراءات المدنية الجنائية والإدارية والذي وضع حدا لمبدأ منع القاضي الإداري من إصدار الأوامر للإدارة، تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ومنح القاضي الإداري ضمانات تقنية معادلة لضمانات نظيره العادي [2]، بحيث سمح له هذا القانون بإصدار الأوامر عندما يقتضي قراره أن يتخذ شخص من أشخاص القانون العام، أو تنظيم مكلف بإدارة مرفق عمومي تدبيرا تنفيذيا محددا، يأمر القاضي بالتدبير، مذيلا عند الإقتضاء بموعد للتنفيذ، على أنه يجب أن يخطر القاضي بطلبات تصب في هذا الإطار، عندما يُمهر أمره بموعد للتنفيذ، كما يتيح له هذا القانون أيضا، عندما يقتضي القرار أو يفرض أن يتخذ الشخص العمومي قرارا بعد تحقيق جديد، يكتفي القاضي بأن يأمر باتخاذ قرار جديد في ميعاد محدد، في هذه الحالة أو في تلك، وعند إخطاره بطلبات في هذا الإتجاه، يستطيع أن يُمهر أوامره بالغرامة التهديدية [3].

وإذا كانت الخاصية الأكثر بروزا للمبدأ الذي بمقتضاه، فإن القاضي العادي هو حامي المليكة الخاصة، هي بدون منازع الإختصاص الحصري للقاضي العادي لوضع حد للإعتداء المادي، باللجوء عند الإقتضاء إلى سلطة الأمر، فإن المتقاضي بإمكانه اليوم أن يخطر القاضي الإداري من أجل وضع حد للإعتداء على ملكيته، بشرط ألا يشكل هذا الإعتداء اعتداء ماديا، لأنه إذا اعترف للقاضي الإداري بأنه مختص بوضع حد للاعتداء المادي، فسيكون ذلك نهاية لنظرية الاعتداء المادي، وهذا واحد من الأسباب التي دفعت ببعض الفقه إلى المطالبة بالقضاء على هذه النظرية.
وإذا كانت سلطة الأوامر لم ترصد لإزالة الاعتداء المادي [4]، فإن إنشاء استعجال الحريات يشكل التعديل الأكثر خطورة، على بقاء مبدأ القاضي العادي الحامي الطبيعي للملكية والحرية الأساسية، لأن تطبيقه يعيد للنقاش سبب وجود الإعتداء المادي.

كما فعّل المشرع الألماني إلى حد كبير ومنذ زمن طويل، من آثار بسط رقابة القضاء على أعمال الإدارة، إذ وضع مبدأ الأثر الواقف للقرار محل الخصومة، فور رفع دعوى الإلغاء، خصوصا بالنسبة للإجراءات اللاحقة على اتخاذ القرار، بالإضافة الى ذلك منح قانون 1960، المتعلق بالمحاكم الإدارية للقاضي إمكانية توجيه الأوامر للإدارة بوجوب اتخاذ قرار ذي محتوى معين، مع إمكانية إرفاق ذلك الأمر مع الجزاء المتمثل في الغرامة التهديدية [5].
بدوره منح المشرع الجزائري بموجب التعديل الجديد الذي حمله قانون 08-09، لقضاة الجهات القضائية الإدارية سلطة إصدار الأوامر ضد الإدارة، وهذا ما تضمنته المواد 978 و979 من القانون المذكور، حيث نصت المادة

---

[1] - http:// www. legifrance.grouv.fr /11septembre2012.
وأيضا مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلة علمية محكمة، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص. 213.

[2] - S. Gilbert, 0p. Cit., p. 651, 652.
[3] - G. Gondouin, .Op. Cit., p. 45.
[4] - TC. 23 octobre 2000, Boussadar, AJDA. 2001, p.143 ; TC. 19 novembre 2001, M^elle Mohamed, AJDA. 2002, p. 234.

[5] – مهند نوح، المرجع السابق، ص. 214.

978 على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار، إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية، باتخاذ تدابير تنفيذ معينة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، في نفس الحكم القضائي بالتدبير المطلوب مع تحديد أجل للتنفيذ عند الاقتضاء "، فيما نصت المادة 979 على أنه: "عندما يتطلب الأمر أو الحكم أو القرار إلزام أحد الأشخاص المعنوية العامة أو هيئة تخضع منازعاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، باتخاذ تدابير تنفيذية معينة، لم يسبق أن أمرت بها، بسبب عدم طلبها في الخصومة السابقة، تأمر الجهة القضائية الإدارية المطلوب منها ذلك، بإصدار قرار إداري في أجل محدد".

نلاحظ في البداية أن هذه المواد، قد وردت في الباب السادس من الكتاب الرابع المتعلق بالإجراءات المتبعة أمام الجهات القضائية الإدارية، تحت عنوان تنفيذ أحكام الجهات القضائية الإدارية، وهذا يعني بأن المشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي، قد منح لقاضي الجهات القضائية الإدارية، سلطة إصدار الأوامر للإدارة لإلزامها على تنفيذ أحكامه، وله في سبيل ذلك، أن يأمرها باتخاذ تدابير تنفيذية معينة، مع تحديد أجل للتنفيذ، بعبارة أخرى، يستطيع القاضي الجزائري إذا تأكد من وجود اعتداء مادي من طرف الإدارة، أن يلغي قرارها من النظام القانوني وأن يأمرها بوقف الإعتداء المادي، بإزالة الأشغال مثلا أو بالخروج من الملكية أو غير ذلك، متى طلب منه ذلك، فإذا لم يطلب منه ذلك، فله أن يأمر بما يراه مناسبا لتنفيذ قراره السابق في الدعوى التي ترفع لهذا الغرض، وبهذا الصدد فهو يتمتع بسلطة الأمر بالغرامة التهديدية، وهو مبلغ مالي يدفع عن كل يوم تأخير من طرف الشخص العمومي الممتنع عن التنفيذ، وهذا هو مربط الفرس، فإذا كان بعض القانونيين في الجزائر يعتقدون بأن المشرع وبمجرد نصه على سلطة الأمر بالغرامة التهديدية يكون بذلك قد زود القاضي بسلطات فعالة قادرة على حماية حقوق وحريات المواطنين، فهم على خطأ، لأن مبلغ الغرامة ستلتزم الإدارة بدفعه بعد تصفيته مثله في ذلك مثل مبالغ التعويض التي يُحكم بها ضدها، فهل ساهمت هذه المبالغ التعويضية في حماية حقوق وحريات المواطنين، أم أن الموظفين الإداريين يدوسون على هذه الحقوق، والجزاء الوحيد الذي ينتظرهم هو مبلغ من المال يدفع من ذمة الشخص العمومي، الذي يتبعونه، هذا المبلغ الذي كان من المفروض أن يُرصد لخدمة المصلحة العامة.

والسؤال الذي يطرح في هذا المقام: لماذا تفي الغرامة التهديدية في فرنسا بهذا الغرض ولا تفي به عندنا ؟

يكمن الجواب في أن المشرع الفرنسي نص بموجب المادة السابعة من قانون 16 جويلية 1980، المتعلق بالغرامات التهديدية في المجال الإداري، وبتنفيذ الأحكام من طرف السلطة العمومية [1]، على جواز الحكم على الموظفين الذين تؤدي تصرفاتهم إلى الحكم على الشخص الإعتباري العمومي بغرامة تهديدية، بسبب عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المتأخر للحكم القضائي، بغرامة قد تصل إلى حد المرتب السنوي الذي يتقاضوه في التاريخ الذي كان ينبغي أن ينفذ فيه الحكم من طرف محكمة التأديب المالية [2].

[1] - La loi n°80/539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcés en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public://droit.org/jo/textes/id.htm/

[2] - « La cour de discipline budgétaire et financière »,www.Ccompte.fr/cour des comptes/publications/

فالمشرع الفرنسي عندما أنشأ نظام الغرامات التهديدية وضع في نفس الوقت آلية لتفعيلها، وهي محكمة التأديب المالية، هذه المحكمة بالإضافة إلى امتلاكها لسلطة التنزيل والتوبيخ والعزل وغير ذلك، فلها أن تحكم على الموظف الذي تسبب في إدانة إدارته بغرامة تهديدية، حدها الأقصى المرتب السنوي الذي يتقاضاه الموظف في تاريخ امتناعه عن تنفيذ الحكم القضائي، أو تنفيذه تنفيذا متأخرا. وما دام الموظف ملزم بالدفع من ذمته المالية الخاصة، فلا شك أن فعالية هذه الوسيلة ومن ورائها سلطة إصدار الأوامر ستكون عظيمة. وقد أثبت الواقع القضائي الفرنسي بأنه وبمجرد وضع طلبات أمام القاضي تهدف إلى توقيع الغرامة التهديدية، تسارع الإدارة إلى تنفيذ أوامر الأخير، ففي سنة 2001، تم تسجيل 21 طلب لتوقيع الغرامة التهديدية أمام محكمة Douai الإدارية، وبمجرد تسجيل العرائض، سارعت الإدارات إلى تنفيذ التزاماتها، فلم يبقى أمام المحكمة ولا ملف واحد لتفصل فيه، بسبب تنازل المعنيين عن عرائضهم.

أما والوضع هكذا في الجزائر، فإننا لا نتوقع أن تكون لسلطة الأمر أو لسلطة فرض الغرامة التهديدية، أيه فائدة عملية ما دامت الذمة المالية للموظفين المخالفين لأوامر القضاء، بعيدة عن مخاطبة النصوص القانونية.

– إنشاء إستعجال الحريات واق من تطور الإعتداء المادي

لقد تبنى المشرع الفرنسي القانون رقم 597/2000 المتعلق بالإستعجال أمام الجهات القضائية الإدارية [1]، ابتدع بموجبه وسيلة جديدة وفعالة تسمح للقاضي الإداري، بتدارك السلوكات الغير مشروعة للإدارة، وأن يجبرها على وقف هذه التصرفات، كما يستطيع أن يلزمها بالقيام بتصرف معين، عندما يكون لتصرفها صدى على الحرية الأساسية مانحا إياه فعالية مماثلة لنظيره العادي في المجال الاستعجالي.

كما أن المشرع الجزائري وتأثرا بنظيره الفرنسي، أثر كثيرا في دور القاضي الإستعجالي في حماية الحريات الأساسية، بموجب المادة 920 [2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. حيث أصبح القاضي الإداري الاستعجالي يختص بموجب هذا النص باتخاذ جميع التدابير التي يراها ضرورية، لوقف انتهاكات الأشخاص العمومية المعنوية أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، إلا أن هذا الاختصاص ليس اختصاصا مطلقا، بل مقيدا، بشرط أن تشكل هذه الانتهاكات مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات، ومهما بلغت جسامة هذه الانتهاكات فينبغي ألا تشكل اعتداء ماديا، لأن نص المادة واضح في أن ترتكب هذه الانتهاكات الخطيرة عند ممارسة هذه الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات لسلطاتها.

والسؤال الذي يطرح، هو معرفة ما اذا كان قانون 30 جوان 2000 الفرنسي، لم يعلن نهاية الاعتداء المادي، في إطار أن انشاء هذه النظرية قد تم لأن القاضي الإداري، لم يستطع أن يوقف الإعتداءات المادية، ولا

---

[1] - Loi ni 2000-597 du 30 juin 2000, JORF. 1 juillet 2000, p. 9948, http://www.legifrance.gouv.fr/11 septembre 2012.

[2] – تنص هذه المادة على ما يلي: "يمكن لقاضي الاستعجال، عندما يفصل في الطلب المشار إليه في مادة 919 أعلاه، إذا كانت ظروف الاستعجال قائمة، أن يأمر بكل التدابير الضرورية للمحافظة على الحريات الأساسية المنتهكة من الأشخاص المعنوية العامة أو الهيئات التي تخضع في مقاضاتها لاختصاص الجهات القضائية الإدارية، أثناء ممارسة سلطاتها، متى كانت هذه الانتهاكات تشكل مساسا خطيرا وغير مشروع بتلك الحريات، يفصل قاضي الاستعجال في هذه الحالة في أجل ثمان وأربعين (48) ساعة من تاريخ تسجيل الطلب ".

يتمتع بالسلطات الكافية، والحال أن الأخير قد ارتقى إلى حارس للحريات الأساسية، عندما طُبق قانون استعجال الحريات، بطريقة تُكبل مبدأ القاضي العادي حارس الملكية الخاصة، مماثلا الحق في الملكية بالحرية الأساسية، بمفهوم المادة 521- 2 [1]، من قانون العدالة الإدارية، مخضعا بذلك وبشكل جزئي الإعتداء المادي لمجال تطبيق استعجال الحريات، خاصة أمام رفض مجلس الدولة اعطاء تعريف للحرية الأساسية، وقرّر في النهاية مماثلة مختلف الحقوق والأهداف ذات القيمة الدستورية بالحرية الأساسية، عندما تقتضي حماية هذه الحقوق والأهداف ذات القيمة الدستورية إحترام الأخيرة (الحرية الأساسية) [2]. وهكذا قرر مجلس الدولة بموجب قراره المؤرخ في 29 مارس2002، أن الحق في الملكية يتمتع بطابع الحرية الأساسية [3]، وهذا يعني بأنه متى تم الإعتداء على حق الملكية، فإن القاضي الإداري الإستعجالي يتمتع حياله بجميع السلطات التي يتمتع بها، عندما يتم الإعتداء على الحرية الأساسية، فقد يتم الاعتداء مثلا على حرية التجارة والصناعة من خلال الاعتداء على حق الملكية.

لا شك أن فعالية قانون استعجال الحريات، ستظهر أكثر، إذا علمنا أن تفضيل الطاعنون اللجوء إلى القاضي العادي، لا تظهر إلا في القضايا التي تستدعي تدابير استعجالية [4]. وقد قدم القانون محل الدراسة، مواعيد قصيرة خاصة في إطار الإستعجال من ساعة الى ساعة. أمام هذه الحقائق، تمنى أغلبية الفقهاء الفرنسيين، أن يطبق هذا القانون تطبيقا فعليا يؤدي الى التطبيق النادر لنظرية الإعتداء المادي أو إلى هجرها [5].

ج- مدى ملائمة إلغاء نظرية الإعتداء المادي

لقد ظهرت آراء فقهية كثيرة تدعو إلى هجر نظرية الإعتداء المادي[6]، لكونها تخالف مبدأ فصل السلطات القضائية والإدارية. وازدادت هذه المطالبات بصدور قانون 30 جوان 2000 [7]، فقد كانت المحافظة على نظرية الإعتداء المادي مبررة من طرف الفقه منذ بداية القرن العشرين، بأن القاضي الإداري لا يقدم ضمانات تقنية تسمح له بضمان حماية معادلة، لتلك التي يقدمها القاضي العادي، انطلاقا من وجهة النظر هذه، فإن التعديلات المستحدثة في 8 فيفري 1995 و30 جوان 2000، قد عدلت بصورة نوعية إطار النقاش، فالقاضي الإداري أصبح مجهزا من أجل حماية الملكية، فهل هو مستعد للقيام بذلك في كل الأحوال ؟ وهل من الملائم التأكيد على أنه متى كان القاضي

---

[1] – تنص هذه المادة على أن يطبق استعجال الحريات في حالة الاعتداء على الحرية الأساسية.

[2] - S. Gilbert, Op. Cit., p. 662.

[3] - CE. 29 mars 2002, AJDA. 2003, p. 345.

[4] - S. Gilbert, Op. Cit., p.668 ; G. Gouduin, «le dualisme juridictionnel, facteur d'amélioration des procédures», in le dualisme juridictionnel, limites et mérites, Dalloz, 2007, p. 43.

[5] - « L'enjeu principale est ici que le juge administratif puisse assurer une protection effective de toutes les libertés et de tous les droits fondamentaux – tel que le droit de propriété- rendant désormais inutile l'invocation de la voie à seul fin d'accéder au juge judiciaire des référés », N. C. Nourai, C. L. Depinay, « l'urgence devant le juge administratif, première application des articles L. 521-1 et 521-2 nouveaux du code de la justice administrative », LPA. 12 février 2001, N° - 30, p. 10.

[6] – مهند نوح، المرجع السابق، ص. 209.

[7] - N. C. Nourai, C. L. Depinay, l'urgence devant le juge administratif..., Op. Cit., C. Leclercq, « le déclin de la voie de fait », RDP. 1963 p. 712; G. Quiot, « voie de fait », juris- classeur, 1998, n° -29.

الإداري قادرا على الدفاع عن الملكية الخاصة، فقد حان الوقت للقضاء على نظرية الإعتداء المادي [1]، إن النقاش يستدعي عدة مستويات للتحليل.

1- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى مقتضيات الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان

إذا كانت المحكمة الاوروبية لحقوق الإنسان Strasbourg لا تكترث بوحدة أو بازدواجية القضاء، فإنها اعتبرت بأن الأضرار المرتبطة بازدواجية القضاء، يمكن أن تشكل خرقا للمادة 6-1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، ففي قضية Guillemin [2] أشارت محكمة Strasbourg إلى وجود صعوبات تعود ضمنيا إلى الإزدواجية، كما لاحظت بأن هذه الوضعية تهدد بتناقض القرارات، وأدانت فرنسا بسبب عدم الفصل في القضية في ميعاد معقول، هذا الشرط يشكل جزءا مكملا للمحاكمة العادلة. كما ذكرت المحكمة أيضا بأن التعقيد المرتبط بتقسيم قواعد الإختصاص، ليس من الظروف التي يمكن أن تختبئ وراءها الدول بهدف الهروب من التعويض على أساس المادة 6-1 المشار إليها، بالمقابل قضت بأن الطابع المعقول للمدة، إجراء يقدر تبعا لظروف الدعوى، وبالنظر إلى المعايير المكرسة من طرف قضاء المحكمة، لاسيما تعقد القضية، سلوك الطاعن والسلطات المختصة [3]، كما يشكل تعقد قواعد الإختصاص القضائي، خرقا للقانون الأوروبي بالنظر إلى تجاهل أحكام المادة 1 من البروتوكول رقم 1.

وفي تقريرها المؤرخ في 4 جوان 1994 [4]، بينت اللجنة الأوروبية لحقوق الإنسان ما يلي: "اعتبارا للبطء الذي تسير به الإجراءات المتعلقة بملكية الطاعن، فإن اللجنة قد استنتجت بأن قرارات السلطات والقضاء الفرنسي قد صدرت خلال فترة طويلة جدا، وبالتالي لم تراع التوازن بين المصلحة العمومية والمصلحة الخاصة".

وسواء كان الأساس هو المادة 6-1 من الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، أو المادة 1 من البروتوكول رقم 1، فإن تنظيم قواعد الإختصاص والإجراءات القضائية، قد تأثر مباشرة بقضاء محكمة Strasbourg، ما أجّج بطريقة غير مباشرة النقاش المتعلق بالمحافظة أو بالتعديلات التي يجب إلحاقها بالإزدواجية القضائية، وإذا كان قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان قد وضّح بأنه من الضروري معالجة الأضرار المرتبطة بالازدواجية القضائية والكثيرة في مجال نزع الملكية، وإلا تعرضت فرنسا لإدانات متكررة من طرف الأخيرة، فإن المبدأ الذي بمقتضاه يكون القاضي العادي حامي الملكية الخاصة العقارية معني أيضا بهذين القضائيين. فضرورة معالجة المساوئ المرتبطة بالإزدواجية القضائية غير ملائمة لتطور النظرية، لأن أغلب الصعوبات التي تواجه المالكين مرتبطة بأن الحامي النظري للملكية "القاضي العادي"، في انتظار أن يفصل القاضي الإداري في مشروعية أو في معنى القرار

---

1 - M. Verpeaux, « le juge administratif, gardien du droit de propriété », RFDA. 2003, p. 1103.
2 - CEDH. 21 février 1997, Guillemin, AJDA. 1997, p. 399.
3 - CHDH. 2 aout 2000, Sautonner, c/France, in S. J. Gilbert, Op. Cit., p. 813.
4 - commission européenne des droits de l'homme, Rapport du 4 juin 1994, phocas c/ France, in S. Gilbert, Op. Cit., p. 813.

الإداري، وبناء عليه فإن قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان يشهد على ضرورة تعديل المبدأ، الذي بمقتضاه القاضي العادي هو حامي الملكية الخاصة العقارية لكن ماهي هذه التعديلات ؟

2- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى الإستقلالية الفعلية للقاضي الإداري

لقد تكرست استقلالية القاضي الإداري الفرنسي دستوريا منذ 1980، لكن عمليا يشكك بعض الممارسين بل ينازعون في كون القاضي الإداري أصبح مستقلا، وفي كونه أصبح مؤهلا نتيجة لذلك للحماية الفعالة للملكية الخاصة العقارية، لأنه ورغم هذه القيمة الدستورية، فلا يتعلق الأمر إطلاقا باستقلالية مطلقة، فالإدارة تستطيع وبدون أن تحل محل القاضي الإداري أن تضغط عليه. فضلا عن ذلك فإن الثقافة الإدارية التي يتمتع بها القاضي الإداري، وعلاقاته المنتظمة مع الإدارة لا تسمح له بعرقلة عملها، إضافة إلى أن القاضي الإداري في التصور الجماعي قريب جدا من السلطة التنفيذية [1]، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى، فإن الضمانة التي يقدمها القانون الأساسي للقاضي الإداري، والمتمثلة في عدم قابلية أعضاء الجهات القضائية الإدارية الشاغلين لوظائف الحكم للعزل، هي ضمانة مقبولة ومعمول بها بموجب التقاليد بالنسبة لأعضاء مجلس الدولة، ومكرسة بموجب القانون بالنسبة لأعضاء المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الإستئنافية، أما بالنسبة للمستشارين فإنهم قابلين للعزل، وهذا الوضع ناتج عن كون أعضاء مجلس الدولة هم موظفون وليسوا قضاة، وإذا كان التطور الذي بدأ في ظل الجمهورية الثالثة قد جعل منهم قضاة فعليين، فإن الأحكام التي تعينهم لم تعدل، فلا يمكن بالتالي إعطائهم الوصف القانوني للقضاة، فضلا عن أن قانون 19 أكتوبر 1946 (المادة 2) وأمر 4 فيفري 1994 (المادة 2) ينص وعلى أن نظامهم الأساسي ذو طابع تنظيمي [2].

3- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى سلطة الأمر التي أصبح يملكها القاضي الإداري

يذكّر مجلس الدولة بصورة ثابتة بأنه لا يحق للقاضي الإداري، أن يوجه الأوامر للإدارة خارج الحالات التي حددها قانون 8 فيفري 1995 [3]، وهذا يعني بأن سلطة إصدار الأوامر ليست مطلقة، إنما محصورة في الأوامر التي من شأنها أن تلزم الإدارة بتنفيذ الشيء المقضي به، إن الأمر الذي يضمن تنفيذ القرار القضائي، والذي يجب أن يقدم بشأنه طلب، لا يقضى به إلا في الحالة التي يقتضي فيها الحكم بالضرورة اتخاذ تدبير تنفيذي في إتجاه محدد، وفي الحالة التي يقتضي فيها الحكم بالضرورة إتخاذ قرار جديد بعد تحقيق جديد [4].

---

1 - S. Gilbert, Op. Cit., p. 646, 647.
2 - D. Drago, « autour de la réforme du conseil d'Etat », AJDA. 1963, pp. 524- 536.
3 - CE. 28 février 1996, Fauqueux, « considérant qu'il n'appartient pas au juge administratif, en dehors des cas prévu par la loi du 8 février 1995, de se substituer à l'administration ou de lui adresser des injonctions », RFDA. 1996, p. 397.
4 - G. Goudouin, Op. Cit., p. 45.

يبقى لنا أن نتساءل بعد هذا، عما إذا كان القاضي الإداري يقبل أن يستعمل سلطاته الجديدة من أجل تخ الحماية الحقيقية للملكية الخاصة العقارية ؟ إن الإطلاع على القضاء الإداري في هذا الشأن، يُرجح الكفة لصالح الإجابة السلبية، بسبب تردد القاضي الإداري في اللجوء إلى سلطة الأمر. وهذا ما يثبته الواقع العملي حيث أن القاضي الإداري يميل إلى استعمال سلطاته الجديدة بأدنى حد ممكن، حتى لا يعيق تدخل الإدارة، وإن تأكد من عدم المشروعية، باسم المحافظة على المصلحة العمومية التي تختلط أحيانا بالمصلحة الإدارية [1]. فالسلطات وحدها لا تكفي بل لا بد من وجود إرادة، والقاضي الإداري ليس مجردا اليوم من وسائل حماية الحق في الملكية، بل يقتضي الأمر ألا يتردد في استعمالها [2].

لكن يجب أن ننتبه إلى أن القاضي الإداري، يقبل بصعوبة تطبيق وقف التنفيذ الإستعجالي وبصورة جد استثنائية استعجال الحريات، إلا أنه عندما أصبح مستقلا عن الإدارة في 1872، فإنه لم يمرن ولم يخفف من رقابة التحكم الإداري في إتجاه محاباة الإدارة، إلا خلال ثلاثين سنة، وهو الذي لم يستعمل سلطة الأمر إلا منذ أكثر قليلا من عشرية واحدة. إذن يقتضي الأمر الإنتظار على أقل عشرون سنة حتى يتمكن القاضي الإداري بفضل سلطة الأمر ومختلف أنواع الإستعجال الإداري [3]، من جعل المتقاضين ينسون بأنها توجد نظرية الإعتداء المادي، وبالتالي وأمام إمكانية التدخل المباشر أو غير المباشر للإدارة في ممارسة العدالة الإدارية، بعبارة أخرى أمام الخوف وانعدام الثقة أحيانا في العدالة الادارية، وأمام تراجع حق الملكية الخاصة أحيانا، في مواجهة احتياجات دولة طموحة، يسهر القاضي الإداري على تسهيل مشاريعها بطريقة تعسفية. وأمام الدور السياسي لمجلس الدولة الذي لم يلغ بعد [4]، فقد رغب Napoléon في أن يكون مجلس الدولة، هيكل نصفه إداري ونصفه الآخر سياسي، وبعد التحولات التي أصابت العدالة الإدارية، حافظ الأخير على علاقة خاصة جدا مع الإدارة.

وأمام إمكانية الإنقاذ الذي يمثله القاضي العادي عند الإقتضاء، يبدو من الملائم جدا الإبقاء على هذه النظرية، فإذا ما أثبت القاضي الإداري، أنه بعيد عن الإعتبارات السياسية، وليأخذ وقته كاملا، فإن هذه النظرية ستزول تلقائيا شيئا فشيئا.

ثانيا– الإختصاص بتقدير مشروعية تنظيمات الضبط الإداري

بعد أربعة وعشرين سنة من صدور قرار Septfonds، تحولت محكمة التنازع عن المبدأ الذي أقره هذا القرار، تحولا كبيرا في مجال تقدير القرارات الإدارية عن طريق القاضي المدني، بواسطة قرار Barinstein الذي كرس

[1] – فقد اعتبرت محكمة Lyon في 7 جوان 1996، بعد أن اعترفت بعدم مشروعية قرار شفوي متخذ من طرف العمدة، بوضع شبكة قنوات في ملكية معينة، دون ترخيص المالك، "حيث أنه فيما بطلبات الأمر بنقل القنوات المشار إليها، فإن تنفيذ هذا الحكم لا يقتضي بالضرورة نقل القنوات المتنازع فيها، وبالنتيجة، فإن طلبات الطاعن الرامية إلى أن تأمر المحكمة البلدية بنقل القنوات لا يمكن قبولها".

T. A. Lyon, 7 Juin 1996, in S. Gilbert, Op, Cit., p. 655.

[2] - M. Verpeaux, « le juge administratif gardien de propriété », RFDA. 2003, p.1103.

[3] - S. Gilbert, Op. Cit., p. 834, 835.

[4] - B. Faure, « le dualisme juridictionnel et les libertés », in le dualisme juridictioonnel, limites et mérites, Dalloz, 2007, p. 110.

اختصاص القاضي الأخير بتقدير مشروعية القرارات التنظيمية التي تشكل اعتداء على الحرية الفردية وحق الملكية [1] وهو ما يشكل محور النقطة الأولى من هذه الدراسة على أن نتناول في النقطة الثانية مدى الرقابة التي كرسها هذا القرار.

أ- تقدير شرعية تنظيمات الضبط في حالة الإعتداء على الحرية الفردية أو حق الملكية

منحت محكمة التنازع للقاضي المدني سلطة تقدير مشروعية القرارات التنظيمية، التي تشكل اعتداء على الحرية الفردية أو حق الملكية، بموجب قرارها الصادر في 30 أكتوبر 1947 في قضية Barintein [2] والتي تتلخص وقائعها، في أنه ازاء مقاومة الخاضعين لأوامر الاستيلاء على المساكن التي صدرت في أعقاب الحرب العالمية الثانية مباشرة، تطبيقا لأمر 10 نوفمبر 1945، لجأت الإدارة إلى طريق التنفيذ الجبري لهذه الأوامر، وقد أجاز مرسوم 16 جانفي 1947 هذا الإجراء بشكل عام.

وقد طلب السيد Barintein مستأجر شقة، تم الإستيلاء عليها وشغلت بناء على هذا الإجراء من قاضي الأمور المستعجلة، طرد المستفيد من هذا الإستيلاء، فرُفع النزاع أمام محكمة التنازع التي قضت باختصاص القضاء العادي، وأقامت قضاءها على حجتين:

الأولى: وتتعلق بأن الحكومة لم يكن لها أن تسمح بالتنفيذ الجبري لقرارات الاستيلاء التي صدرت وفقا لأمر 1945، إذ أن رفض الإمتثال لهذه القرارات يعاقب عليه جنائيا، طبقا لنصوص قانون 11 جويلية 1938.

الثانية: تتمثل فيما تضمنه الحكم من أنه: "لما كانت محاكم القضاء العادي ليس لها كقاعدة عامة، وفيما عدا بعض الحالات المحددة، أن تتصدى لمشروعية القرارات الإدارية حتى اللائحية، فإنها واستثناء على هذا المبدأ، تختص بتقدير مشروعية الأحكام سالفة الذكر لمرسوم 16 جانفي 1947، بسبب طبيعة الإجراءات المنصوص عليها في النصوص المذكورة، والإنتهاك الجسيم الذي تنطوي عليه على مبدأ حرمة المسكن الخاص، ومن ثم للحرية الفردية، وكذلك على الإحترام الواجب لحق الملكية، وهذه الحجة ما تزال قائمة وصحيحة.

لقد قبل هذا القرار منح اختصاص استثنائي للمحاكم القضائية، للتحقق المباشر وبدون إحالة للقاضي الإداري، من عدم مشروعية مرسوم 16 جانفي 1947. هذا الإختصاص مبرر بالمرة بطبيعة الإجراءات المنصوص عليها بموجب هذا المرسوم، والتي هي تدابير قوة، وبخطورة الضرر الذي تلحقه بحرمة المسكن، وبالتبعية بالحرية الفردية، وبالإحترام المطلوب للحق في الملكية، وبالتالي فإنه لا يعود إلا للمشرع، أن يمنح للإدارة مثل هذه السلطات، وأن رفض الإمتثال للأوامر المتعلقة بها معاقب عليه بموجب قانون 11 جويلية 1938 المنشئ للعقوبات، وعليه ومن الآن فكون أن الإدارة تطابقت مع أحكام المواد المشار إليها في القرار التنظيمي الذي يرفض التنفيذ الجبري، فلن تتولد لا

[1] – عبد القادر رباينة، الرقابة على النشاط الإداري، الرقابة الإدارية والقضائية، دار القلم، المغرب، ط- 1، 2010، ص. 238.

[2] - TC, 30 octobre 1947, Barinstein, c/ Lemonier, JCP. 1947, 2, 3966, note Frejaville ; G.Vedel, « de l'arret Septfonds à l'arret Barinstein », JCP. 1948,1. N°- 682.

المسألة الأولية لتقدير قانونية هذه النصوص، ولا ترفع عن التنفيذ الجبري لأمر الاستيلاء طابع الإعتداء المادي والذي يرتب الإختصاص القضائي [1] .

إن قرار Barinstein يدعو المحاكم القضائية إلى إنقاذ الحرية الأساسية المهددة، عن طريق السلطة التنظيمية، مع ذلك لم تلتزم به الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، في حكمها الصادر في 11 ماي 1949 [2]، وقررت أن العقوبات المنصوص عليها بقانون 11 جويلية 1938، لا تنطبق على الاستيلاءات على المساكن التي تتم إعمالا لأمر 11 أكتوبر 1945، وفي اليوم الموالي، أي يوم 12 ماي 1949 [3]، اعتنقت محكمة التنازع ما ذهبت إليه الغرفة الجنائية بمحكمة النقض السابق، مقررة أنه:"مع عدم وجود النص الجنائي، فإن أحكام أمر 1945 لا يجوز أن يظل حبرا على ورق، ومن ثم فإن اجراء التنفيذ الجبري يكون في هذا الشأن صحيحا". وهكذا وحسب محكمة التنازع، فعندما تشكل القرارات الإدارية اعتداء جسيما على الحرية الفردية والحق في الملكية، فإن القاضي العادي يختص استثناء بتقدير مشروعيتها.

وباعتبار أن قرارات الضبط الإداري تندرج غالبا في هذه المجموعة من التدابير، فيجوز أثناء نظر قضية مدنية، أن تثار فرعيا مسألة مشروعية تدبير الضبط الإداري[4]، مستوفية للشروط السالفة، فيتولى القاضي المدني تقدير مشروعية هذا التدبير.

ب- مدى الرقابة التي تضمنها قرار Barinstein

إذا كان الواضح من حكم Barinstein أنه يمنح الإختصاص، للقاضي العادي الغير ردعي لمراقبة القرارات الإدارية التنظيمية، بما فيها لوائح الضبط الإداري، التي تنطوي على اعتداء جسيم على الحرية الفردية وحق الملكية، فقد تساءل الفقه عما إذا كان اختصاص القاضي العادي، في ممارسة هذه السلطة الرقابية على اللائحة يمتد ليشمل الإعتداء على أي حرية فردية مهما كانت.

ورغم أن القرار لم يقدم توضيحات بهذا الشأن، فقد اعتبر الفقه بأنه بإمكاننا أن نتبنى تفسيرا واسعا، إنه رأي M. Frejaville [5]، الذي يعتقد بأن الإعتداء الجسيم المشروط بموجب قرار Barinstein، يمتد إلى الإعتداء على أي حرية كانت، وأيضا رأي M. Waline، الذي يعتقد بأنه لا يوجد سبب منطقي يمنع من توسيع الحل إلى كل الإعتداءات الجسيمة على الحرية العمومية [6]. بدوره يرى الفقيه J. Castagné بأنه يبدو منطقيا قبول أن الإعتداء الجسيم بواسطة التنظيم الضبطي على الحرية العمومية مهما كانت، يرتب بنفس الطريقة كالإعتداء الواقع

---

1 - S. Tsiklitiras, Op. Cit., p. 67, 68.
2 - Cass. Crim. 11 mai 1949, S. 1949. 1.129.
3 - TC. 12 mai 1949, Dumont c / Bonnet, S. 1949.3. p. 45.
4 - J. Castagné, Op. Cit., p. 68.
5 - M. Frejaville, Note sous, TC. 30 Octobre 1947, JCP.1947. 2. 3966.
6 - in J. Castagné, Op. Cit., p. 68.

على حق الملكية، الإمكانية بالنسبة للقاضي العادي للقيام بتقدير مشروعية هذا التنظيم، وهذا بموجب Barinstein[1].

لكن إذا كانت رقابة مشروعية التنظيمات لا تثير صعوبات، لأن قرار Barinstein اتخذ في المجال التنظيمي، فليس الوضع كذلك بخصوص القرارات الفردية، التي لم تقدم بخصوصها عبارات القرار أية توضيحات، فهل يمكننا أن نقبل بأنه يحق للقاضي العادي أن يقوم بتقدير مشروعية قرار فردي يعتدي اعتداء جسيما على حرية عمومية؟

لقد انقسم الفقه حول هذه النقطة، فمنهم من يرى بأن الحل الذي جاء به قرار Barinstein لا يخص إلا القرارات التنظيمية، ولا يمتد إطلاقا إلى القرارات الفردية، ومنهم من رأى العكس.

ومن الرأي الأخير M. Frejaville [2]، والذي يرى بأن الموقف الذي تبناه القرار يتعين منطقيا أن يؤدي إلى القول بأحقية القاضي العادي غير الجنائي في مراقبة مشروعية القرارات الفردية، بذات شروط القرارات التنظيمية، لأن محكمة التنازع قصدت التحذير من الإعتداء الذي يتم بالقوة على بعض الحقوق، وأن تعاقب على هذا الإعتداء الذي يمكن أن يتولد إما عن قرارات تنظيمية أو قرارات فردية، ويكون الأمر كذلك لاسيما أن الإدارة يمكنها أن تثير الكثير من القرارات الفردية غير المشروعة عن طريق اللوائح أو حتى مجرد المنشورات، وتمد على هذا النحو التنفيذ المباشر عندما يجيزه المشرع إلى أبعد من الحدود المسموح بها.

وإلى هذه الحجة تضاف حجة أخرى مستمدة من استقرار مبدأ اختصاص القاضي الجنائي في فرنسا، بتقدير مشروعية لوائح وقرارات الضبط الإداري الفردية، إذ يستحب مع هذا الإستقرار القول باختصاص القاضي العادي بتقدير مشروعية القرارات الفردية التي تنطوي على اعتداء جسيم على الحريات العمومية [3].

في كل الأحوال، فإن القاضي العادي غير الجنائي مختص بتقدير مشروعية القرارات الفردية تطبيقا لقرار Barinstein، لأن الحجة الرئيسية التي قام عليها هذا القرار هي الإعتداء الجسيم على الحرية الفردية أو حق الملكية، وهذا ما يشكل شروط الإعتداء المادي، ومن ثم فكلما توفرت هذه الشروط، فإن القرار الفردي يشكل اعتداء ماديا، ينشئ سندا لاختصاص القاضي المدني لتقدير مشروعيته.

ثالثا: إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ظاهرة اللامشروعية والقرارات المتعارضة مع قانون الإتحاد الأوروبي تطبيقا لقضاء محكمة التنازع 2011/10/17.

أوردت محكمة التنازع الفرنسية بموجب قرارها الصادر في 30 أكتوبر 2011 [1]، استثناءين على قرار Septfonds، يتعلق الأول بالاعتراف باختصاص القاضي العادي الغير ردعي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية

1 - J. Castagné, Ibid., p. 68.
2 - Fréjaville, Note sous l'arrêt barinstein, JCP., 1947, 2, 3966.
3 - J. Castagné, Op. Cit., p. 69. 70.

المتعارضة مع قانون الاتحاد الأوروبي، ويتعلق الثاني بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ظاهرة اللامشروعية. حيث نزاع بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أمام محكمة Rennes، وقد كانت هذه المحكمة مختصة بالفصل في النزاع الأصلي، غير أن الطاعنون نازعوا في مدى مطابقة القرارات التنظيمية للقانون الأوروبي. هذا النزاع الذي يختص بالفصل فيه القاضي الإداري، تطبيقا لقرار محكمة التنازع الصادر في قضية septfonds في 1923، وتطبيقا للمبدأ الناتج عن المادة 13 من قانون 16- 24 أوت 1790 ومرسوم 16 فريكتيدور للعام الثالث، والذي بمقتضاه يختص القاضي الإداري مبدئيا بالفصل في هذه القضايا. رغم ذلك رفضت محكمة Rennes الدفع بعدم الإختصاص المقدم من طرف محافظ Ille et vilaine ، وأكدت على اختصاصها بهذه المسألة الفرعية، مؤسسة قرارها على أحكام المادة 55 من الدستور وعلى مبدأ أولوية القانون الأوربي، وعندما طرح النزاع أمام محكمة التنازع أصدرت القرار محل الدراسة.

أ- إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات المتعارضة مع قانون الإتحاد الأوروبي

إن السؤال المهم الذي طرح على محكمة التنازع، هو معرفة ما إذا كانت المادة 55 من الدستور، ومبدأ أولوية القانون الأوروبي، يمنحان للقاضي العادي الغير ردعي، الإختصاص بتقدير مدى توافق القرارات التنظيمية مع القواعد الدولية والأوروبية، وبعبارة أخرى كيف تؤثر المادة 55 ومبدأ سمو القانون الأوروبي على توزيع الاختصاصات القضائية ؟ وقد أعطت المحكمة الجواب التالي: إذا كانت أحكام المادة 55 من الدستور لا تفرض ولا تقتضي أية مخالفة لهذا التوزيع، فإن مبدأ أولوية القانون الأوروبي ومقتضيات حسن سير إدارة القضاء والموعد المعقول للمحاكمة، كلها عوامل من شأنها أن تتعارض مع إختصاص القاضي الإداري بتقدير مشروعية القرارات التنظيمية.

وبالتالي فإن محكمة التنازع قد اعترفت للجهات القضائية العادية الغير ردعية، بحق الفصل في مدى مطابقة القرارات الإدارية بما فيها القرارات الضبطية لقانون الإتحاد الأوروبي، وإن رفضت أن تؤسس اتساع اختصاص الجهات القضائية العادية على المادة 55 من الدستور، وهذا ما يشكل إدانة للحلول السابقة التي قبلت بموجبها محكمة النقض، أن يستبعد القاضي العادي القرار الإداري لتعارضه مع الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان [2]، وأكثر من هذا حظرت على القاضي العادي أن يقوم بتقدير مدى اتفاق القرار الإداري مع قاعدة دولية غير قواعد الاتحاد الأوروبي.

والحال أن المادة 55 من الدستور، التي تمنح للمعاهدات في إطار الشروط التي تحددها، حجية أسمى من حجية القوانين، لا تفرض ولا تقتضي أية مخالفة للمبادئ التي تحكم توزيع الإختصاصات القضائية عندما تكون مشروعية النصوص التنظيمية محل نزاع، وإن كان محل هذا النزاع تقدير مدى اتفاق هذه النصوص التنظيمية مع الإلتزامات الدولية. وإن كان ينتج عنها سمو القواعد الدولية على القوانين، فلا يمكن أن ينتج عنها منح القاضي العادي الاختصاص بتقدير مشروعية القرارات الإدارية بالنظر إلى القانون الدولي أو القانون الأوروبي. صحيح أن المادة 55

[1] -TC. 17 octobre 2011, N° 3828 et 3829, scea du cheneau, RFDA. N°- 6, novembre- décembre 2011, p. 1136.
[2] - Cass. ass. PLén. 22 décembre 2000, in B. Seiller, note, sous, TC. 17 octobre 2011, RFDA. Op. Cit., p. 1131.

تلزم الدول بالتجسيد الفعلي لهذا السمو، بمعنى أن تتمكن السلطة القضائية من مراقبة مدى تجاهل المعاهد الدولية، لكنها لا تمنع من أن يقوم القاضي العادي المخطر بالنزاع الأصلي، بإحالة المسألة الأولية للقاضي الإداري لتحديد ما إذا كان يجب أن يطبق أو لا القرار الإداري المعني [1]. إذن وبعد استبعاد المادة 55 من الدستور المستند إليها من طرف محكمة Rennes، لم يبقى أمام محكمة التنازع إلا أن تستند إلى قانون الإتحاد الأوروبي، للتوسيع من اختصاص الجهات القضائية العادية الغير ردعية، لتقدير مدى إتفاقية Conventionalité القرارات الإدارية، وقد اضطرت لقبول توسيع هذه الاختصاصات بصدد القانون الأوروبي، ورفضت ذلك بصدد القانون الدولي العام لعاملين اثنين [2]: يتمثل العامل الأول في التزام فرنسا باحترام قانون الإتحاد الأوروبي بموجب الإتفاقية المنشئة للإتحاد والمادة 88-1 من الدستور، فيما يتمثل العامل الثاني وبشكل أساسي في مبدأ فعالية القانون الأوروبي، إذ قبلت محكمة التنازع توسيع اختصاصات القضاة العاديين في مجال تقدير مدى اتفاق القرارات الإدارية مع قانون الإتحاد باسم مبدأ الفعالية، كما حددته محكمة عدل الإتحاد الأوروبي في العديد من القضايا [3]. فبإسم هذا المبدأ يستطيع القاضي العادي الغير ردعي، استبعاد تطبيق قرار إداري تنظيمي لصالح قانون الإتحاد.

لقد فرضت مقتضيات التكامل الأوروبي قبول الآليات العادية لرقابة دستورية القوانين [4]، والقاضي العادي يسيطر اليوم كليا على رقابة مدى احترام قانون الاتحاد الأوروبي من طرف المشرع، لذلك فهو بدون شك مسلح للقيام بنفس هذه الرقابة بصدد القرارات الإدارية هذا من جهة. ومن جهة أخرى فلو أن قضاء محكمة التنازع (30 أكتوبر 2011) أعطى الإختصاص الحصري للقاضي الإداري للفصل في الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية بالنظر إلى قانون الإتحاد، لكان من شأن ذلك أن يؤدي إلى تشابك المسائل الأولية، فبعد أن تحال مسألة تقدير المشروعية من القاضي العادي إلى القاضي الإداري، وتطرح على الأخير صعوبات في تفسير قانون الإتحاد، فإنه سيضطر إلى وقف الفصل، ويحيل بدوره المسألة الأولية الثانية إلى محكمة عدل الإتحاد، وكم كان سيترتب على ذلك من تعقيد في الإجراءات وزيادة في التكاليف المالية وامتداد طول المحاكمة.

لذلك فإن موقف محكمة التنازع جدير بالإشادة لتحقيقه لفعالية قانون الإتحاد الأوروبي، ولتحقيقه لمصلحة المتقاضين خاصة عندما منح القاضي العادي سلطة فحص المسألة الأولية الأولى (الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري)، واحتفظ له بإمكانية إخطار محكمة عدل الإتحاد بالمسألة الأولية الثانية. لكنه مع ذلك وضع تمييزا ومفاضلة بين قانون الإتحاد والقانون الدولي العام، كما أنه ترك الغموض سائدا فيما يخص مسألة الحماية الأوروبية لحقوق

---

[1] - « on ne peut inférer de ce principe une règle de compétence qui ferait de tout juge le gardien de la supériorité des traités sur les lois et sur les actes règlementaires ». A. R. Troizier. Note sous, T.C. 17 octobre 2011, RFDA. N- 6, Novembre-décembre 2011, p.1139.

[2] - B. Seiller, Op. Cit., p.1131.

[3] - CJUE. 22 Juin 2010, Melki et Abdeli. in A. R. Troizier, Op. Cit., p. 1141.
والتي قالت بصددها محكمة عدل الإتحاد بأن المسائل الأولية التي تؤدي إلى عدم التطبيق المؤقت لقانون الإتحاد، تشكل عائقا يحد من فعالية قواعد الاتحاد.

[4] - B. Seiller, Op.Cit., p. 1132.

الإنسان الناتجة عن اتفاقية حماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، فهل تستفيد أم لا من مخالفة مبدأ الفصل السلطات الإدارية والقضائية، المخصص للقانون الأوروبي [1] ؟

ب- إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ظاهرة اللامشروعية

لم تكتف محكمة التنازع بالخضوع جزئيا أمام الطلبات المتكررة من محكمة النقض، في مجال تقدير مدى مطابقة القرارات الإدارية [2] بما فيها القرارات الضبطية لقانون الإتحاد، لكنها استغلت الفرصة التي منحت لها لتخفف من قضاء Septfonds، استثناء على مبدأ اختصاص الجهات القضائية الإدارية بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، معلنة بأن القضاة العاديون سيكونون مختصون من الآن فصاعدا، بالتصريح بعدم المشروعية الظاهرة للقرارات الإدارية التي تتم المنازعة فيها أمامهم، هذا التوسع الجريئ لم يكن متوقعا، ذلك أن مسألة الإختصاص التي طرحت على محكمة Rennes ، لا تتعلق إلا بتقدير مشروعية القرارات الإدارية بالنظر إلى القانون الأوروبي، رغم ذلك قررت محكمة التنازع تلقائيا توسيع اختصاصات الجهات القضائية العادية عندما تكون عدم مشروعية القرار ظاهرة.

إن فحص قضاء محكمة النقض يدل على أنه لم يوجد لحد الآن ولو قرار واحد صادر عن الأخيرة، يسمح للجهات القضائية العادية الغير ردعية، أن تصرح بنفسها بعدم مشروعية قرار إداري وإن كانت ظاهرة [3].

وهذا ما يدل على أن القاضي العادي كان راض بهامش العمل الصغير المفتوح أمامه عن طريق آلية المسائل الأولية، لأنه غير ملتزم بالإحالة النظامية للجزء المعني من النزاع أمام القاضي الاداري، بمجرد إخطاره بالدفع بعدم مشروعية قرار إداري ما، فهو لن يحيل المسألة إلا بعد فحص ملائمة الدفع بعدم المشروعية بالنظر إلى النزاع.

عمليا، لا يقرر القاضي العادي وقف الفصل إلا عندما يتحقق من أن الدفع بعدم المشروعية ضروري لحل النزاع، وأنه دفع ذو طابع جدي، وهو يقوم بذلك خاصة عندما يكون ملزما بإحالة هذا الوجه إلى قاض آخر. بالمقابل إذا وقف على ضعف أوجه عدم المشروعية المستند إليها ضد القرار الإداري، يرفض الدفع بعدم المشروعية، ويعفي من اخطار القاضي الإداري، باعتراض يبدو باطلا وغير قابل للتأثير على نهاية النزاع. غير أن رقابة الطابع الجدي للدفع بعدم المشروعية، لا تمس بمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، لأن دور القاضي العادي يماثل دور المصفاة لملائمة الدفوع بعدم المشروعية[4].

---

1 - A. R. Trozier.Op.Cit. p. 1141.
2 - cass. com. 6 mai 1996, AJDA. 1996, p. 1033, note, M. Bazex.
civ. 20 décembre 2007, RDP. 2008, p. 1641, note, B. Seiller.
3 - B. Seiller, Op.Cit., p. 1133.
4 - Ibid., p. 1133.

1- أن تكون عدم المشروعية ظاهرة

لقد غيّر قرار 18 أكتوبر 2011 الوضع، بحيث أصبح القاضي العادي مختص بتقدير مشروعية القرارات الإدارية، عندما تكون عدم مشروعيتها ظاهرة، مما يجعله يعتدي على الإختصاص الحصري للقاضي الإداري، وهذا ما يدفع إلى ضرورة وضع أساس قانوني لهذا التوسيع.

إن ما يبرر إختصاص قاض الأصل بالفصل في الدفع المسند إليه أمامه، هو أن الإختصاص الشامل يعفي من الإحالة إلى جهة قضائية أخرى، ويوفر على الأطراف الإلتزام بمباشرة إجراءات طويلة ومكلفة، ويساهم في تفعيل العدالة وتسريع الإجراءات، وفي تمتع القاضي باستقلالية أكبر [1]، لأنه لم يعد مجبرا على تحويل المسألة الأولية لمشروعية القرار الإداري، وهو موقف يستحق الإشادة. كما أنه موقف ملائم من ناحية إشتراط عدم المشروعية الظاهرة، فلماذا نحيل الأطراف إلى القاضي المختص ليقول ما نعلم بأنه سيقوله، فخبرة القاضي الردعي في مجال تقدير مشروعية القرارات الإدارية، ترافع لصالح توسيع اختصاصات القاضي الغير الردعي في هذا النوع من المسائل، عمليا إنهم نفس القضاة الذين يشغلون الوظائف القضائية الردعية وغير الردعية، وقد يبدو غريبا منعهم عند ممارسة هذه، مما هو مسموح لهم عند ممارسة الأخرى.

يتعلق الأمر بما يعرف بنظرية القرار الواضح "L'acte clair"، وقد نقل قرار محكمة التنازع الجديد هذه النظرية في مجال تقدير مشروعية القرارات الإدارية [2]، فلأن عدم المشروعية هنا واضحة وظاهرة، فقد سمح للقاضي العادي أن يصرح بها بنفسه، وبهذا فقد أنشأت محكمة التنازع الفرنسية نظرية عدم المشروعية الظاهرة أو الواضحة التي تجنب الإحالات الغير مفيدة من نظام قضائي إلى آخر.

2- عدم مشروعية القرار بالنظر إلى قضاء مستقر

وضعت محكمة التنازع شرطا آخر للتخفيف من قرار septfonds، "...فقط عندما يبدو بشكل واضح، وبالنظر إلى قضاء ثابت، بأن الدفع قد يُقبل... "، لقد أصبح القاضي العادي الغير ردعي، يتمتع بسلطة استبعاد تطبيق القرارات الإدارية، عندما تكون عدم مشروعيتها ظاهرة، مع ذلك فإن هذه السلطة نسبية، لأن تقدير مشروعية القرار الإداري، لا يمكن أن تتم إلا بالنظر إلى قضاء سابق مستقر، لا يتعلق الأمر إذن، برقابة حقيقية لمشروعية القرارات الإدارية، بل برقابة تتم فقط بالنظر إلى قضاء ثابت [3].

إن مفهوم القضاء المستقر أو الثابت غامض، في إطار أن محكمة التنازع لم توضح على ماذا يعود وعلى من يعود، هل يتعلق الأمر بقرار صادر عن القاضي الإداري، سبق له التحقق من عدم مشروعية القرار الإداري المتنازع فيه

---

1 - F. X. Bernardin, « contrôle de légalité des actes administratifs, nouveaux pouvoirs du juge judiciaire », Http: // www. lepetitjuriste.fr / 11 septembre 2012.
2 - B. seiller. Op. Cit., p. 1134.
3 - F. X. Bernardin, « contrôle de légalité des actes administratifs, nouveaux pouvoirs du juge judiciaire », Http: // www. lepetitjuriste.fr / 11 septembre 2012.

أمام القاضي العادي، أم أن الأمر يتعلق بقضاء أوروبي أو عادي مستقر يفسر القاعدة الأعلى التي تجاهلها هذا الأ الإداري ؟ فتسبيب قرار محكمة التنازع الجديد رغم أنه أخذ حجما كبير، إلا أنه لم يوضح القضاء الذي يصدر عنه القضاء المستقر، فضلا عن ذلك، فإن الطابع المتسع لعبارة "بالنظر إلى قضاء ثابت"، ستسمح بدون شك بالتعسف من جانب القاضي العادي، فما سيكون ثابتا أو مستقرا هو ما يعتبره الأخير كذلك، والذي يفي بحاجته في التصريح بأنه مختص لاستبعاد القرار الإداري.

في الأخير نتساءل عما إذا كانت محكمة التنازع، تدرك الطبيعة الأصلية للمسألة التي سيعود إليها التحقق منها، لكي تقرر أي القضاء مختص، ففي إطار قرار SCEA du cheneau المؤرخ في 17أكتوبر 2011، فإن الاختصاص القضائي يتعلق بالطابع الظاهر أو غير الظاهر لعدم مشروعية القرار الإداري المتنازع فيه، بعبارة أخرى ستكون محكمة التنازع مضطرة لأن تقدر بنفسها مشروعية القرار الإداري، بغرض تحديد ما إذا كانت جسيمة بما يكفي، تبرر تحقق القاضي العادي منها بنفسه، في هذا الإطار يمكنها أن نتساءل عن الطابع "المستقر" للقضاء الذي تنجم عنه مشروعية القرار الإداري [1].

وإذا كان القضاء في فرنسا، قد استقر على أن الدفع بعدم مشروعية القرارات التنظيمية والفردية، بما فيها قرارات الضبط الإداري، أمام القاضي المدني مسألة أولية، يتعين على الأخير أن يطبق إجراء المسألة الأولية بخصوصها ويقضي بوقف الفصل في الدعوى المدنية المفروضة عليه متى توفرت شروطه، لحين الفصل في الدفع الأولي بعدم المشروعية من طرف القاضي الإداري، فإن القضاء في مصر قد جرى على اعتبار الدفع بعدم مشروعية اللوائح يشكل دائما مسألة سابقة على القاضي المدني أن يتصدى له، متى كان الفصل فيه لازما للفصل في المنازعة الأصلية موضوع الدعوى المدنية، فإذا تبين له تعارضها مع القواعد القانونية الأعلى مرتبة، أعمل الأخيرة، وامتنع عن تطبيق اللوائح [2]. أما بخصوص القرارات الفردية، فقد استقر قضاء الدائرة المدنية بمحكمة النقض المصرية، منذ العمل بالقانون 165 سنة 1955 في شأن تنظيم مجلس الدولة، بأن القاضي المدني لا يختص بتقدير مشروعية القرارات الإدارية الفردية، أيا كان المجال الإداري الذي تستخدمها فيه الجهة الإدارية [3].

أما في الجزائر، فقد سنحت الفرصة للمحكمة العليا أن تعلن رأيها، وإن كان موقفها يتسم بنوع من التناقض وعدم الاستقرار، فقد رفضت في البداية منح الإختصاص للمحاكم العادية لتقدر مشروعية القرارات الإدارية، كان ذلك بموجب قرار غرفة القانون الخاص الذي جاء فيه: "عندما يثار أثناء خصومة رفعت كما ينبغي شرعا أمام محاكم القضاء العام، دفع بعمل اداري، فإنه على تلك المحاكم إرجاء الفصل إلى تقدير السلطة الإدارية لذلك الدفع" [4]، ثم

---

[1] - B. Seiller, Op. Cit., 1134.

[2] – محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 267، 268.

[3] – المرجع نفسه، ص. 277.

[4] – المحكمة العليا، غرفة القانون الخاص، 2 يوليو 1969، مجموع أحكام الجزء الثاني، أشار اليه محمد ابراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 3، 2006، ص. 195.

غيرت هذا الموقف بموجب قرار لاحق، يتعلق الأمر بقرار المحكمة العليا (الغرف مجتمعة) بتاريخ 16 ماي 1981[1] حيث تقدمت المدعية بطلب إلغاء قرار والي ... المتضمن منح الشقة التي تحتلها إلى شخص آخر، دفع الوالي بعدم الإختصاص تطبيقا للفقرة الثانية من المادة (7 من ق إ م) القديمة، التي كانت تجعل منازعات أملاك الدولة من اختصاص المحاكم المنعقدة في مقار المجالس(القضاء العادي)، ونفس الدفع تقدم به وزير الداخلية، أحالت الغرفة الإدارية القضية إلى رئيس المحكمة العليا في 4 أفريل 1981، وفي 6 أفريل 1981 قرر رئيس المحكمة إحالة القضية إلى الغرفتين المدنية والإدارية مجتمعتين، غير أن هذه التشكيلة المختلطة قررت بدورها في 18 أفريل 1981، إحالة القضية على المحكمة العليا مجتمعة بجميع غرفها، وهكذا قررت الأخيرة: أنه فيما يتعلق بالإختصاص "فإن النزاع لا يمكن حله إلا من خلال فحص علاقات الدولة بالمستأجرين في إطار نصوص الأملاك الشاغرة (إن مرسوم 23 أكتوبر 1976 تحت رقم 76147 والذي حل محل مرسوم 68- 88 المؤرخ في 23 أفريل 1968، هو الذي يسير قواعد هذه العلاقة)، وهذه العلاقة هي تعاقدية "علاقة الإيجار"، وعلى هذا فإن دفع وزير الداخلية والوالي باختصاص المحاكم المنعقدة في مقار المجالس في محلة ، لقد تبنى المشرع في المادة (7 من ق إ م) معيارا مبسطا، معيارا عضويا متخليا بذلك عن المعيار المادي، وأنه وضع استثناءات في الفقرة الثانية من نفس المادة (وهي المادة 7 مكرر من ق إ م)، وتظهر في قائمة هذه الاستثناءات منازعات أملاك الدولة (لم تعد الآن من ضمن الاستثناءات فقد ألغيت منذ تعديل 1986)، إذا كانت المحكمة العليا حقيقة مختصة وفقا للمادة (274 ق إ م) بدعاوى إلغاء القرارات الفردية والتنظيمية، إلا أنه وفقا للمادة (276 ق إ م)، فإن دعوى الإلغاء لا تكون مقبولة، إذا كان الطاعنون يمكلون طريق الطعن الموازي، وفي قضية الحال فإن الطاعنه تملك طريق الطعن أمام القضاء الكامل، (ويقصد القضاء العادي).

ومع انعقاد الإختصاص للقضاء العادي، فإن المحكمة ترى أنه من حق هذا الأخير تقدير مدى مشروعية القرارات المتعلقة بأملاك الدولة، وقد جاء رأيها بعبارات واضحة: "حيث أنه تطبيقا لقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الاستثناء، فإن المصلحة العملية التي تتماشى مع نية المشرع في تبسيط إجراءات المنازعات وتقريب القضاء من المتقاضين، يتطلب منح الإختصاص بتقدير المشروعية لقاضي المنازعات المنصوص عليها بالفقرة الثانية من المادة (7 ق ا م) القديمة. حيث أنه بالفعل، فإنه بالنسبة لهذه القضايا التي لم تعد تتطلب نظاما خاصا، فإن المحكمة مختصة بتقدير مدى مشروعية قرارات الإدارة، ويكون الهدف منها شل أثار القرار دون إلغائه، ولهذه الأسباب تصرح المحكمة (المجلس الأعلى) بعدم قبول دعوى المدعية. وفي هذا تكريس واضح لرقابة القاضي العادي، على مشروعية القرارات الإدارية.

وقد سار المجلس الأعلى على هدى هذا القرار في قضية لاحقة، بموجب قراره المؤرخ في 12 ديسمبر 1988[2]، بعد أن رُفع أمامه طعن بالنقض بتاريخ 25 جوان 1985، في القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر في

[1] – المحكمة العليا، الغرف مجتمعة، 16 ماي 1981، قضية (الأنسة م . ف ضد وزير الداخلية ووالي ...)، أشار إليه مسعود شيهوب ، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الاختصاص، الجزء الثاني، د م ج، 1999، ط – 5، 2009، ص. 108، هاش، رقم 2.

[2] – حيث أن ج ع م طعن بتاريخ 25 جوان 1985 بالنقض في قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر في 6 جوان 1984 قضى: بقبول استئناف سير الدعوى بعد الخبرة شكلا، بعدم صحتها موضوعا وبرفض طلب المستأنف.

6 جوان 1984، الذي جاء فيه : "حيث أنه من المقرر قضاء أنه إذا كانت المحاكم العادية لا يمكنها إلغاء القرار الإدارية، إلا أنها تستطيع استبعادها إذا لاحظت أنها مخالفة للنصوص القانونية، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بتجاوز السلطة غير مبرر ويستوجب رفضه...".

ثلاثة سنوات بعد ذلك جاءت المحكمة بموقف مغاير للمواقف السابقة، مقررة بموجب قراراها الصادر في 8 جويلية 1991 [1] ما يلي : "... متى كان من المستقر عليه قضاء، أن سلطة مراقبة أعمال الإدارة تعود للقضاء الإداري، فإن قضاة الاستئناف في قضية الحال، الذين أبعدوا تطبيق القرار الصادر عن رئيس دائرة المرسى الكبير الذي ألغى القرار، الذي منح سابقا السكن المتنازع غليه للمدعى عليه، راقبوا بقضائهم كما فعلوا قانونية قرار صادر عن سلطة إدارية، متجاوزين بذلك السلطة الممنوحة لهم، ومتى كان ذلك فقد استوجب نقض القرار المطعون فيه". وهو الحل الذي أكده مجلس الدولة الجزائري في قراره المؤرخ في 08 مارس 1999 [2]، والذي جاء فيه: " ... أن قيام المستأنف مباشرة باتخاذ القرار التحفظي المتعلق بالشقة، التي كانت تشغلها المستأنفة عليها وبتغيير الأقفال، يعد تعديا صارخا. حيث أنه ووفقا لنص المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية ، فإن قاض الإستعجال الإداري مختص للأمر بوقف التعدي، وبالنتيجة فإن قاضي الدرجة الأولى كان على صواب عندما أمر بإرجاع المفاتيح إلى المستأنف عليها" [3].

إن قضاء المحكمة العليا يستوجب الملاحظات التالية:

لقد كان حري بالمحكمة العليا أن تحافظ على موقفها الأول، وأن تكرس اختصاص المحاكم العادية بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ومنها القرارات الضبطية، عندما يتم الدفع أمامها بعدم مشروعية الأخيرة، مراعاة لتسهيل

حيث يعاب على القرار المطعون فيه تجاوز السلطة ومخالفة المادة 517 الفقرة 5 من القانون المدني والمادة 274 من قانون الإجراءات المدنية، إذ بالرغم من أن مجلس قضاء الجزائر، أمر بهدم البناية موضوع النزاع بقرار مؤرخ في 16 مارس 1978، ومن أن مجلس قضاء الجزائر الذي طرح عليه طلب إسقاط حق البقاء في الأماكن، عيّن خبيرا للتأكد من حالة البناية، بقرار صادر بتاريخ 15 ماي 1982، فقد ارتأى القرار المطعون فيه أن قرار 15 ماي 1982 أبطل قرار المجلس الشعبي البلدي لمدينة الجزائر المؤرخ في 16 مارس 1978 والآمر بالهدم، وفي ذلك مخالفة للقانون وتجاوز للسلطة، إذ لا يمكن أن يخضع القرار الإداري الصادر عن المجلس الشعبي البلدي لمراقبة المجلس الأعلى، إلا في إطار المادة 274 من قانون الإجراءات المدنية.

.....لكن حيث أن ما ورد في القرار المطعون فيه، من أن القرار الصادر بتاريخ 15 ماي 1982، قد الغي ضمنيا الخبرة الواردة عن السيد ش... وكذا تبليغ قرار رئيس المجلس الشعبي لبلدية الجزائر بتاريخ 27 مارس 1978، فالأمر إذن يتعلق بمجرد التبليغ لا بالقرار الصادر عن المجلس الشعبي البلدي بتاريخ 16 مارس 1978 خلافا لما زعمه الطاعن بالنقض، وحيث أن القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ 15 ماي 1982 لاحظ أن قرار المجلس البلدي المؤرخ في 16 مارس 1978، والمبلغ للأطراف في 27 مارس 1978، اعتمد على محضر للخبرة التي أجراها الخبير المعين، من طرف المستأنف، وأن هذا القرار لم يتخذ تلقائيا، وبالتالي فهو غير مطابق لأحكام المادة 517 من القانون المدني، وحيث ليس هناك إذن إلغاء للقرار الإداري، خلافا لما يزعمه الطاعن بالنقض. وحيث أنه لا يمكن بوجه من الوجوه للمحاكم العادية أن تلغي قرارا اداريا، ففي استطاعتها استبعاده بعد الملاحظة بأنه مخالف للنصوص القانونية، المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 46155 بتاريخ 12 ديسمبر 1988، المجلة القضائية لسنة 1990، عدد 4، ص. 153.

[1] – المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 73922، بتاريخ 8 جويلية 1991، المجلة القضائية لسنة 1993، ص. 77.

[2] – مجلس الدولة، الغرفة الثالثة، قرار مؤرخ في 8 مارس 1996، غير منشور، أشار اليه لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، العدد 09 لسنة 2009، ص. 23.

[3] – تقابل المادة 171 مكرر من قانون الإجراءات المدنية، المادة 921 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي تنص على ما يلي: "...وفي حالة التعدي أو الاستيلاء أو الغلق الإداري يمكن لقاضي الاستعجال أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري المطعون فيه".

الأمر على المتقاضين وتبسيطا للإجراءات أمامهم من جهة. ومن جهة أخرى، فإذا كان هذا الحل الأخير المطبق طرف المحكمة العليا مستوحى من التطبيق القضائي الفرنسي المكرس لأول مرة بموجب قرار Septfonts، فإن للتطبيق الفرنسي أسباب ليوجد في فرنسا، وهذه الأسباب غير موجودة في الجزائر، لذلك يحق لنا أن نتأسف على نقل هذا القضاء بهذه الطريقة الغير معقولة في نظامنا القضائي، فالقانون الإداري الفرنسي مبني على مبدأ بدونه لن تكون الكثير من الأشياء كما هي عليه الآن، مبدأ فصل الهيئات الإدارية عن القضائية، المفهوم الفرنسي لفصل السلطات المنصوص عليه حاليا في عدد من المبادئ الأساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية، والتي تمنع على المحاكم القضائية أن تخل بأي شكل بعمليات الجهاز الإداري أو أن تفصل أو تطّلع على قرارات الإدارة. فهذا المبدأ المستوحى منه قرار Septfonds لا يمت بصلة للجزائر، أين لا يشترط أن تخضع العدالة الإدارية لكي تكون فعالة بالضرورة إلى منطق النظام المستوحاة منه. فلا يوجد في تاريخنا السابق للإستعمار، في تقاليدنا، في مفهومنا للعدالة ما يمنع أن يمارس القاضي وظيفته الطبيعية وأن يفصل في المسألة الفرعية عندما يخطر بالمسألة الأصلية. ثم أنه ليس مقنعا الأخذ بحل قضائي أجنبي تعود جذوره إلى قرنين من التاريخ ،حضي بانتقاد شديد في بلده الأصلي من طرف الفقه القديم والحديث على السواء [1].

بسبب أن هذه المسألة الأولية ما وجدت أبدا لتسمح بجعل العدالة أكثر سرعة وأكثر سهولة، أو تتحقق على الأقل في ميعاد معقول، وقد لاحظنا كيف أن فرنسا قد أدينت من طرف المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، بسبب أن الجهات القضائية الإدارية قد استغرقت للفصل نهائيا في إحدى الدعاوى 7 سنوات كاملة. لذلك فإن التكيّف ليس غلطا إذا كان واضحا، على أن يتم تجنب عيوب ما تم تكييفه، ومن هنا فإن القضاء العادي في الجزائر وعلى رأسه محكمة النقض مدعو لتكريس اختصاص القضاء العادي بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري عندما يدفع أمامها بعدم مشروعيتها.

[1] - Y . Gaudemet, « les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions », RFDA. Septembre - octobre, 1990, p. 78.

يمكن تقسيم الطرق الإجرائية لطرح رقابة مشروعية القرارات الضبطية، على أساس مدى حرية الخصوم في الإلتجاء إلى القاضي الإداري، وبناء عليه تنقسم هذه الطرق إلى:

الطرق الإجرائية التي يلزم أن يكون لدى الخصوم قبل الإلتجاء اليها ترخيص من القاضي العادي، وإن كان لهم بعد صدور هذا الإذن حرية إستعمال طريق التقاضي المرخص به، متحملين الآثار القانونية المترتبة على ذلك، وهذه هي الطعون لتقدير مشروعية القرارات الإدارية، بناء على إحالة من القاضي العادي.

والطرق التي يستقل الخصوم، بكامل إرادتهم في أن يطرحوا بها أمام القاضي الإداري، مسألة مشروعية القرارات الإدارية، وتتمثل في الطعن لتجاوز السلطة (دعوى الإلغاء)، والطعن لتقرير إنعدام القرارات الإدارية، وكذلك الدفع بعدم مشروعية هذه القرارات، بالمعنى الواسع.

المطلب الأول: الطعن لتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري بناء على إحالة من القاضي العادي

يهدف الطعن لتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري، إلى التصريح بعدم مشروعية هذه القرارات دون إلغائها، وهو لا يقبل كطعن أصلي، بل يكون دائما طعنا فرعيا [1]، يتم بناء على إحالة من المحاكم العادية الردعية أو غير الردعية [2]، هذا الطعن يسمح بالإجابة على سؤال القاضي العادي حول مدى مشروعية القرار محل الإحالة، عندما يعتبر الأخير بأنه من الضروري الحصول على جواب لهذه المسألة للفصل في النزاع العادي، مع ذلك لا يطرح عمليا هذا المشكل في القانون الجنائي الفرنسي، فليس للمحاكم الردعية الفرنسية، أن توقف الفصل في الدعوى، انتظارا لقرار الجهة القضائية الإدارية، لتمتع القاضي الجنائي بالاختصاص الشامل بتقدير مشروعية القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية، تطبيقا لنص المادة 111- 5 من قانون العقوبات [3]، ومن المفروض ألا يطرح في الجزائر بسبب وجود المادة 459 من قانون العقوبات.

إن القاضي الإداري المخطر بالطعن لتقدير مشروعية قرار ضبطي معين، يلتزم بالقيام بذلك، إذ يبقى تطبيق هذا القرار معلقا أمام المحاكم العادية، وفي هذه الحالة يقتضي الأمر أن يفصل القاضي بالنظر إلى طبيعة وموضوع الطعن،

[1] - R. Rouquette, petit traité du procés administratif, Dalloz, 2010, p.164.

[2] – عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دراسة علمية تحليلية ومقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والنظام القضائي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص. 54.

[3] - Cass, crim, 21 février 2006, Société Sorfati, in C. Debbasch, F. Colin, Droit administratif, Economica, Paris, 10eme édition, 2011, p. 569.

أخذا في الاعتبار للظروف القانونية والواقعية في تاريخ اتخاذ قراره [1]. وللإحاطة أكثر بموضوع الطعن لتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري، يقتضي الأمر التطرق إلى طبيعة الطعن وشروط قبوله ، وإلى النظر في الطعن والفصل فيه، لكن ولأن هذا الموضوع قد سبق التطرق إليه في المبحث الثاني من الفصل الأول، فسنكتفي بما لم تتم دراسته من عناصر، والمتمثلة في طبيعة الطعن في الفرع الأول، والإختصاص بنظر الطعن في الفرع الثاني.

الفرع الأول: طبيعة الطعن لتقدير المشروعية

يُكيف الطعن بتقدير مشروعية القرار الإداري، بالنظر إلى موضوعه، بأنه طعن موضوعي ينتمي إلى قضاء المشروعية، ذلك أن المدعي يستهدف من وراء رفعه، بيان ما إذا كان القرار محل الطعن يتطابق مع القاعدة القانونية الأسمى منه أم لا. لكن ورغم أن شروط الطعن لتقدير المشروعية بناء على إحالة من القاضي العادي هي ذات الشروط المقررة لدعوى تجاوز السلطة [2]، ورغم أن الطعنين يتفقان في الطبيعة، بحيث أن كلاهما ينتمي إلى قضاء المشروعية، فإنهما يختلفان من عدة نواح تتمثل فيما يلي:

– أن الطعن لتقدير مشروعية قرار إداري بناء على إحالة من القاضي العادي هو طعن فرعي، وليس طعنا رئيسيا، كالطعن لتجاوز السلطة، بمعنى أنه ينشأ عن خصومة منعقدة أمام محكمة عادية ترتبط بها مسألة المشروعية التي تطرح على القاضي الإداري.

– أن محل الطعن لتقدير المشروعية هو استصدار قرار من القاضي الإداري المختص بعدم مشروعية القرار محل الإحالة، وليس إلغاء هذا القرار [3]، فمهمة القاضي الإداري في الطعن لتقدير المشروعية، هي بيان ما إذا كان القرار موضوع الطعن مشروعا أم لا. وفي ضوء هذا التقرير يستخلص القاضي العادي النتيجة اللازمة للفصل في المنازعة الأصلية المنعقدة أمامه.

– أن الطعن لتقدير المشروعية أوسع مدى من الطعن لتجاوز السلطة، فمحل هذا الأخير لا يكون سوى طلب الحكم بإلغاء قرار إداري، أما الأول فقد يكون محله قرار إداري أو عقد إداري أو غير ذلك، كما يجوز أن يكون موضوع الطعن لتقدير المشروعية مجرد الحصول من القاضي على رد، بشأن مدى وجود القرار الإداري محل الطعن، وكذلك الوقوف على ما إذا كان القرار الإداري محل المنازعة قد كان ساريا عند تطبيقه.

الفرع الثاني: الإختصاص بنظر الطعن

يرفع الخصم صاحب الصفة طعنه بموجب عريضة الدعوى أمام القاضي الإداري المختص لتقدير مشروعية القرار الإداري بناء على إحالة من القاضي العادي، مزودا طعنه بالأسباب والطلبات المتعلقة بعدم مشروعية القرار،

---

[1] – ونعني بتاريخ اتخاذ القرار، تاريخ توقيعه، فالقاضي يقدر مشروعية القرار بالنظر الى الظروف المحيطة به في تاريخ توقيعه، وهذا هو المبدأ المكرس في هذا الشأن.

– CE. 9 juillet 2010, Mme Lembezat, in C. Debbasch, F. Colin, Ibid., p. 651.

[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 80

[3] – عمار عوابدي، دعوى تقدير الشرعية، المرجع السابق، ص. 72.

محل المسألة الأولية، وإن كان لا يلزم بشرح هذه الأسباب، إذ يكفي المدعي أن يطلب من القاضي الإداري تقدير مشروعية القرار، لكن المدعي لا يكتفي في غالب الأحوال بذلك، بل يعرض الحجج التي يستند إليها لإقناع القاضي الإداري بعدم مشروعية القرار، ويثير بذلك أوجه البطلان المختلفة التي تلحق القرار. وقبل التطرق لجميع هذه الأوجه، يقتضي أن يكون قاضي الإحالة مختص ولائيا (أولا) ونوعيا (ثانيا) ومحليا (ثالثا).

أولا: الإختصاص الولائي[1]

يُفرق الفقه والقضاء بين ولاية المحاكم واختصاصها، باعتبار الولاية هي التي تعنى بتعين وظيفة كل جهة من الجهات القضائية المختلفة، في حين أن قواعد الاختصاص تعنى بتعيين المحكمة المختصة في داخل الجهة القضائية الواحدة، سواء كان هذا التعيين بحسب نوع القضية أو بحسب موطن الشخص، ولقبول الطعن لتقدير المشروعية بناء على إحالة من القاضي العادي، يتعين أن يدخل تقدير مشروعية القرار محل الإحالة في اختصاص القاضي الإداري، لذلك فإن الأخير ملزم بالتحقق، وعند الاقتضاء من تلقاء نفسه، ودون دفع من الخصوم، مما إذا كان تقدير مشروعية القرار الإداري المحال إليه يدخل في اختصاصه.

وبناء عليه فلا يجوز للأخير أن يتصدى لتقدير مشروعية قرار يعتبر عملا من أعمال السيادة، وإذا طرحت عليه عدة قرارات يدخل تقدير مشروعية بعضها في اختصاصه فلا يتصدى سوى لتقدير مشروعية هذه، ويقضي بعدم اختصاصه بنظر البعض الآخر.

غير أنه ملزم بالفصل في الطعن بناء على إحالة من القاضي العادي، إذا كان تقدير مشروعية القرار الإداري محل الطعن يعود إلى اختصاص الأخير، كما هو الحال بالنسبة للمحاكم الردعية الملزمة بقوة القانون بتقدير مشروعية القرارات الإدارية الفردية والتنظيمية.

وإذا كانت محكمة النقض الفرنسية تُلزم المحاكم العادية، عندما يكون من حقها أن تقدر مشروعية القرار أن تباشر ذلك، وإلا اعتبرت متجاوزة لسلطاتها [2]، فإن مجلس الدولة، ورغم ذلك، يقضي دائما بقبول الطعن لتقدير المشروعية عندما يرفع أمامه.

ثانيا: الإختصاص النوعي

يرتبط تحديد القاضي المختص نوعيا بنظر الطعن لتقدير المشروعية، بناء على إحالة من القاضي العادي، بالقرار محل المنازعة، ويكون الاختصاص في فرنسا للمحاكم الإدارية باعتبارها صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية، لذلك لا يجوز أن يرفع الطعن مباشرة أمام مجلس الدولة، إلا إذا كان يختص كقاضي ابتدائي نهائي، بتقدير مشروعية هذا القرار، فإن الإختصاص بتقدير مشروعية القرار ينعقد له.

وفي الجزائر وتطبيقا لنص المادة 800 [1] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، وبالتالي في الطعن لتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري، وتطبيقا لنص المادة

[1]– عمر زودة، تعليق على القرار رقم 01 الصادر بتاريخ 03 ماي 2000 عن محكمة التنازع، مجلة مجلس الدولة، العدد– 2، لسنة 2002، ص. 116.

[2] - Cass. Crim. 7 mai 1951, D. 1951.p. 413.

1-1 من قانون 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998، المتعلق بالمحاكم الإدارية، فإنها تُنشأ محاكم إدارية كجهة قضائية للقانون العام في المادة الإدارية. غير أنه يجب أن يُرفع هذا الطعن أمام مجلس الدولة في القضايا التي يختص بها كقاضي إبتدائي نهائي، تطبيقا لنص المادة 901 [2] من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي عندما يتعلق الأمر بقرارات الضبط الإداري الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

ثالثا: الإختصاص المحلي

تطبيقا لنص المادة 803 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، فإن الإختصاص الإقليمي للمحاكم الإدارية يتحدد طبقا للمادتين 37 و38 من هذا القانون.

هذا ويؤول الاختصاص الإقليمي تطبيقا للمادة 37 من نفس القانون، للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة إختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا تعدد المدعى عليهم، فإن الإختصاص الإقليمي يؤول إلى الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أحدهم، تطبيقا لنص المادة 38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

المطلب الثاني: الطعن والدفع المباشر بعدم المشروعية أمام القاضي الإداري

قد يطرح أصحاب الشأن أمام القاضي الإداري مباشرة، مسألة تقدير مدى مشروعية قرارات الضبط الإداري، دون الحصول على إذن سابق من القاضي العادي، وذلك عن طريق الطعن بالإلغاء أو بتجاوز السلطة، أو الدفع بعدم المشروعية.

---

[1]- المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "المحاكم الادارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الادارية، تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو احدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها".

[2]- المادة 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يختص مجلس الدولة كدرجة أولى وأخيرة، بالفصل في دعاوى الالغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات الادارية المركزية، كما يختص بالفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة".

الفرع الأول: الرقابة بواسطة دعوى تجاوز السلطة

تتم الرقابة بناء على دعوى لتجاوز السلطة [1]، عندما يلجأ صاحب المصلحة إلى القاضي الإداري، ويطلب منه أن يُضاهي قرار الضبط الإداري موضوع الطعن بالقواعد القانونية التي تنظمه، وأن يثبت عدم اتفاق القرار مع تلك القواعد، ليتوصل في الأخير إلى إلغائه لعدم مشروعيته، وبالتالي فإن الأفراد الذين يودون إلغاء قرار ضبطي غير مشروع، عليهم أن يحددوا في البداية القاضي المختص نوعيا وإقليميا، ويُقدموا عريضتهم بكتابة ضبط المحكمة المختصة، في الميعاد القانوني، وهو المحدد بأربعة أشهر تسري من تاريخ التبليغ الشخصي، بنسخة من القرار الإداري الفردي، أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي، سواء تعلق الأمر بالطعن أمام المحاكم الإدارية أو أمام مجلس الدولة، وهذا تطبيقا للمادتين 829 و907 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08- 09، فإذا اختار الشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار، فله أن يقوم بذلك خلال أربعة أشهر تسري من تاريخ تبليغ أو نشر القرار الإداري، وللجهة الإدارية مهلة شهرين تسري من تاريخ تبليغ التظلم للرد، بحيث يُفسر سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد بعد انتهاء المدة المحددة بمثابة قرار بالرفض، تطبيقا لنص المادة 830 من نفس القانون، في هذه الحالة وفي حالة صدور قرار صريح برفض التظلم، يستفيد المعني من أجل شهرين، لتقديم طعنه القضائي، الذي يسري من تاريخ انتهاء أجل الشهرين الممنوح للإدارة أو من تاريخ الرفض الصريح. لقد وحّد المشرع بموجب هذا القانون المواعيد أمام المحاكم الإدارية وأمام مجلس الدولة[2]، وهو أمر يحسب له.

وعندما تخضع القضية للقاضي الإداري، فإنه يتحقق من مدى توفر الشروط الشكلية والموضوعية في القرار الضبطي محل الطعن، ليقرر في النهاية، إما إلغاء القرار المطعون فيه أو رفض الطعن لمشروعية القرار.

وفي إطار الطعن لتجاوز السلطة يُطرح السؤال التالي: هل أن اختصاص المحاكم المدنية الفرنسية بكل الدعاوى ضد أعمال الإدارة المكونة للإعتداء المادي، يستبعد كل اختصاص للقاضي الإداري، عندما لا يكون العمل قابل للإرتباط بوضوح بتطبيق نص تشريعي أو لائحي، أو قابل بوضوح للإرتباط بممارسة سلطة معترف بها للإدارة ؟

إن الجواب لن يكون إلا سلبيا، لأن مجلس الدولة الفرنسي يعترف بإمكانية رفع دعوى تجاوز السلطة ضد القرارات التي تشوبها عدم مشروعية جسيمة ترتب إنعدام القرار محل الطعن [3]، وإذا كان المجلس يكتفي في هذه الحالة بإلغاء العمل المطعون فيه بدعوى تجاوز السلطة، فإنه يقرر بوضوح أن "العمل غير موجود" "inexistant " أو أن

---

1 - « le recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit, le respect de la legalité. » CE. 17 février 1950, dame Lamotte, RDP. 1951, p. 478, concl. J. Delvolvé. note M. waline.

وبموجب قراره المؤرخ في 31 جانفي 1987، قرر المجلس الأعلى أن الطعن بالبطلان من أجل تجاوز السلطة يطعن به حتى في حالة عدم وجود نص قانوني يقضي به في جميع القرارات الإدارية التي تتضمن وتلحق ضرر بالغير. جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 225.

2 – محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، طبقا للقانون 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار العلوم للنشر والتوزيع، 2009، ص. 163.

3 - CE. 28 février 1986, comm. Rép / des landes, AJDA. 1986, p. 326, Obs. J. Moreau.

"القرار باطل ولا أثر له" "nul et de nul effet "، أو أن القرار باطل ولا يعمل به " nul et non avenu "، بمعنى أن العمل مجرد من كل المظاهر القانونية، وأن وصف القرار الإداري منزوع عنه، ولهذا السبب يتقرر الإختصاص أيضا للقضاء العادي للتصريح بعدم وجوده [1]، لنزوله من مرتبة القرار الإداري، لذلك يزود القضاء الأفراد بسند رسمي يقوي من مركزهم إتجاه الإدارة، عند اللجوء إلى القضاء المدني للحصول على التعويض [2].

لكن، وإذا كان الطعن لتجاوز السلطة والطعن لتقرير الانعدام، يتفقان في أنهما ينتميان إلى قضاء الإلغاء، ويشتركان في الطرح الحصري لمسألة قانونية موضوعية تتمثل في المشروعية، وبالتالي فإنهما يتمتعان بنفس الطبيعة القانونية، وأنهما طعنان أصليان هجوميان، وأن قواعد البحث القضائي هي ذاتها في الطعنين، فإنهما يختلفان من عدة نواح:

– فقد جرى مجلس الدولة الفرنسي على أن يستخدم في قراراته عند إلغاء القرار الباطل، عبارة la décision est annulée، أو يعتبر القرار مشوبا بتجاوز السلطة l'acte est entaché d'excès de pouvoir، خلافا للعبارات التي جرى بها قضائه لإعلان انعدام القرارات الإدارية.

– أن الطعن لتجاوز السلطة يستأثر القاضي الإداري بالإختصاص به، في حين أن الطعن لتقرير الانعدام يشترك في الإختصاص به كل من القاضي العادي والقاضي الإداري.

– أن الطعن لتجاوز السلطة يهدف الى أن يصرح القاضي الإداري بإلغاء القرار بسبب عدم مشروعيته، في حين أن الطعن لتقرير الانعدام يهدف إلى التصريح بعدم الوجود القانوني (الناتج عن جسامة العيوب التي تشوب القرار محل الطعن).

في الحقيقة إن هذا الطعن غير معروف، لذلك عادة ما يلجأ الطاعنون إلى الطعن لتجاوز السلطة ملتمسين إلغاء القرار المعدوم، لكن ولأن القاضي لا يستطيع أن يلغي ما ليس موجودا، فإنه يُعيد تكييف الطعن، ويفصل وكأنه أُخطر بالطعن لتقرير الإنعدام، ويصرح بأن القرار معدوم ولا يعمل به [3].

جدير بالذكر أن القاضي الإداري يفصل في الطعن لتجاوز السلطة، وفقا للقواعد التي يخضع لها هذا الطعن، وأنها لا توجد أحكام خاصة تطبق على الطعن لإلغاء قرارات الضبط الإداري، أما بالنسبة لموضوع هذا الطعن فقد يكون طلب إلغاء كلي أو طلب إلغاء جزئي لقرار الضبط الإداري، وإذا كان طلب الإلغاء الكلي لا يثير أية صعوبة أمام القاضي الإداري، فإنه يشترط لقبول طلب إلغاء قرار الضبط الإداري جزئيا، أن يكون القرار موضوع الطعن قابلا للتجزئة [4].

---

[1] - TC. 27 juin 1966, Guigon, AJDA. 1966, p. 547

[2] – حلمي الدقدوقي، المرجع السابق، ص. 367 .

[3] - CE. 8 janvier 1971, Assoc. des magistrats de la cour des comptes, AJDA. 1971, p. 672, Ass. 15 mai 1981, Maurice, AJDA. 1982, p. 86, concl. A. Bacquet

[4] - CE. 12 octobre 1979, Poidevin, AJDA. 1980, p.252 ; CE. 1 juillet 1981, Soc .carrières chalumeau, AJDA. 1982, p.364.

وقد جاء في هذا القرار، "من حيث أن يتعين على القاضي الإداري، إذا قدمت له طلبات تستهدف الإلغاء الجزئي لقرار تشكل نصوصه كلا لا يقبل التجزئة، أن يرفض هذه الطلبات، أيا كانت أوجه الطعن الموجهة ضد القرار، ومن حيث أن رخصة البناء بالترميم التي أصدرها محافظ...إلى السيد Mazaz

إذا لم يتم الطعن في القرار الإداري في الميعاد المحدد، فإنه يصبح قرارا نهائيا وعنوانا للحقيقة، لكنه لا يكتسب مع ذلك شهادة المشروعية، لذلك فمن الممكن الدفع بعدم مشروعيته، بمناسبة الطعن على قرار أخر صدر تطبيقا له، فيتم إلغاء هذا القرار الآخر، وإن كان خاليا من أي عيب، ويلغي فقط بسبب عدم مشروعية القرار النهائي المدفوع بها. وعادة ما يُسمى الوجه المستخلص من عدم مشروعية قرار آخر غير القرار المنازع فيه، بالدفع بعدم المشروعية [1].

وقد قبل القضاء الدفع بعدم المشروعية، لسهره على تحقيق إنشغالين شرعيين، يتعلق الأول بضمان إستقرار القواعد والمراكز القانونية، فيما يتعلق الثاني، بتجنب إدامة واستمرار اللامشروعية، وقد نجح الإنشغال المتعلق بالاستقرار، وأيضا بتحقيق "الأمن القانوني"، فيما يخص الدفع بعدم مشروعية القرارات غير التنظيمية [2]، إلا أن مبدأ عدم قبول الدفع بعدم المشروعية بخصوص القرارات الإدارية غير التنظيمية، يعرف استثنائين ، بحيث يمكن الإستناد إلى الدفع بعدم مشروعية قرار غير تنظيمي، تعزيزا لطلب التعويض عن الضرر الناتج عن هذا القرار [3]، كما يمكن الإستناد للدفع بعدم مشروعية قرار غير تنظيمي نهائي، تعزيزا للطعن ضد قرار آخر، عندما يكون هناك مجال لتطبيق نظرية الأعمال المعقدة، والتي تتحقق عندما يتوقف إتخاذ قرار إداري نهائي على إتخاذ قرار أو عدة قرارات متتابعة، يتعلق الأمر بقرارين اثنين، بحيث يكون اتخاذ الأول ضروري لاتخاذ الثاني [4].

أما فيما يخص القرارات التنظيمية، فقد رُجح الإنشغال الثاني، فبموجب قضاء صريح ساد منذ بداية القرن العشرين[5]، فإن عدم المشروعية التي تشوب القرار التنظيمي يجوز الإستناد إليها في أي وقت وإن اقتضى الأمر عدة سنوات بعد نشر هذا القرار، وبالتالي فإن الدفع المستخلص من عدم مشروعيتها، بإمكانه أن يشكل مبدئيا وبصفة عامة، وفي كل وقت عائق لتطبيق هذه اللوائح الغير مشروعة.

وإذا كانت هذه الإمكانية مكرسة قضائيا، فإن الدفع بعدم المشروعية مقيد بشرطين [6]، يتمثل الأول: في أن يشكل القرار المنازع فيه تدبيرا تطبيقيا للقرار التنظيمي المدفوع بعدم شرعيته [1]. ويتمثل الثاني: في أن تتعلق مشروعية

، اقترنت تطبيقا للمادة 421- 28- 4 من تقنين التنظيم، شرط ذو طبيعة معمارية يفرض على المرخص له أن يستخدم الحجر اللوزي الطبيعي للبلد، وهو مادة بناء أصلية تقع في مجال رؤية كنيسة في ذات صف البناء محل الترخيص، وأن هذا الشرط يعتبر، في ظروف الحالة، ركنا من أركان الرخصة الممنوحة، ويشكل معها كلا لا يتجزأ، من ثم فإن حكم المحكمة الإدارية المطعون فيه، وإذا قضى برفض طلب المدعي بإلغاء رخصة البناء بترميم سقف منزله، فيما تضمنه من إلزامه باستخدام الحجر اللوزي الطبيعي للبلد، يكون قد صدر متفقا مع حكم القانون، ويغدو الطعن عليه لا يستند إلى أساس حريا بالرفض".

1 - CE. ASS. 5 mars 2003, Aggoun, AJDA. 2003, p. 726. Chron. F. Donnat et D. Casas.

2 - CE. 14 fevrier 1997, Group, foncier agricole de la Baume, LPA. juin 1997, N°- 74, concl. J. C. Bouichot.

3 - CE. 3 decembre 1952, Bubois, JCP. 1953, N° 7353, note G. Vedel; CE. Sect. 14 octobre 1960, Laplace, AJDA. 1960, 1, p.160, chron, M. combarnous et J. M. Galabert, CE. Sec. 30 Avril 1976, Simeon, AJDA. 1976, p. 625, concl. M. E. Aubin…

4 - CE. 28 juillet 2000, Boullay, RFDA. 2000, p.1154.

5 - CE. 29 mai 1908, Poullin, D. 1910, 3, p. 17 ; CE. 2 Avril 1909, Moreau et perot, D. 1911, 3, p.14; CE. 9 decembre 1988, Depart..., AJDA. 1989, p. 269

6 - « si les requérants peuvent invoquer à l'appui de conclusions dirigées contre une décision administrative, l'illégalité dont serait entaché un reglement devenu definitif faut d'avoir été

القرار المنازع فيه بمشروعية القرار التنظيمي المدفوع بعدم مشروعيته، فلا يمكن المنازعة إلا في مشروعية أحكام النص التنظيمي التي على أساسها أتخذ القرار المتنازع فيه. فإذا كانت بعض أحكام القرار التنظيمي غير مشروعة وبعضها الآخر مشروعة، فلا يمكن للطاعن الحصول على إبطال القرار المتنازع فيه إلا إذا اتخذ على أساس الأحكام الغير مشروعة.

ومن هذا المنطلق، فإن الطعن بالإلغاء يختلف عن الدفع بعدم المشروعية سواء من حيث الطبيعة القانونية (أولا)، أو شروط قبول كل منهما (ثانيا) أو الفصل في الدفع، وحجية الحكم الصادر فيه (ثالثا).

أولا: الطبيعة القانونية للدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري

يستلزم تحديد الطبيعة القانونية للدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري أمام القاضي الإداري، الرد على السؤالين التاليين:

- هل يجوز أن يكون الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري أمام القاضي الإداري في الدعاوى التي يختص بنظرها مسألة أولية ؟ (أ)
- وهل هو دفع شكلي أم دفع موضوعي ؟ (ب)

أ- الدفع بعدم المشروعية: هل هو مسألة سابقة أم مسألة أولية ؟

إذا تم التمسك أمام القاضي الإداري أثناء نظره منازعة ما، أيا كان محلها بعدم مشروعية قرار ضبط إداري، وكان الأخير مختصا بالفصل في المنازعة الأصلية والدفع بعدم مشروعية القرار، فلا تقوم في هذه الحالة أية مشكلة، إذ أن الأمر لا يعدو أن يكون تطبيقا لمبدأ الاختصاص الشامل المقرر في هذه الحالة للقاضي الإداري.

أما إذا كان الدفع بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري، يخرج عن اختصاص القاضي الإداري، الذي ينظر النزاع، ويدخل في اختصاص قاضي إداري آخر، فيثور التساؤل في هذه الحالة، عن الطبيعة القانونية للدفع بعدم المشروعية، هل يُعد مسألة سابقة أم مسألة أولية ؟ والسؤال بتعبير آخر ، هل يمكن التسليم بوجود المسألة الأولية داخل جهة القضاء الإداري ؟

لقد سلّم مجلس الدولة الفرنسي، قبل الإصلاح القضائي سنة 1953 للمحاكم الإدارية، حين يعرض عليها ما يدخل في إختصاصها من منازعات أن تنظر بطريق الدفع، في مشروعية القرارات الإدارية التي تخرج منازعات مشروعيتها عن إختصاص هذه المحاكم، فيما لو رفعت إليها بطريق الدعوى، وهذا التقدير للمشروعية يعتبر من جهة

---

attaqué dans le delai du recours pour excés de pouvoir, un tel moyen ne peut etre accueilli que dans la mesure, ou la decision dont l'annulation est demandée constitue une mesure d'application de celle dont l'illégalité est invoqué par voie d'exception et ou sa légalité est subordonnée à celle du premier texte » CE. 19 fevrier 1967, SOC. des établissements, Petit Jeau, AJDA. 1967, p. 285.

[1] - CE. Sect. 17 octobre 1980, Bert, AJDA. 1980, p. 649, chron. M. A. Feffer et M. Pinault.

أخرى بالنسبة إلى القاضي الإداري إلتزاما لا يستطيع أن يتحلل من مباشرته، برفع الأمر إلى مجلس الدولة، بطإجراء المسألة الأولية [1]، وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه على الطبيعة الملزمة لهذا الإختصاص[2] .

وبموجب الإصلاح القضائي لسنة 1953 قنن المشرع الفرنسي هذا القضاء، إذ أصبحت المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية [3]، وحلت المادة 6 من مرسوم 28 نوفمبر 1953 المشكلة، بنصها على إختصاص المحاكم الإدارية، كذلك بنظر الدفوع التي تدخل في إختصاص أي قاضي إداري آخر، ومن ثم أصبح من سلطة القاضي الإداري أن يقدر مشروعية أي قرار إداري سواء كان تنظيميا أو فرديا، تكون منازعة مشروعيته من إختصاص مجلس الدولة بطريق الدعوى، ثم صدر قانون المحاكم الإدارية بمرسوم 03 جويلية 1973، وقرر في المادة 39، أن المحاكم الإدارية التي تختص بنظر الدعوى الأصلية، تختص أيضا بنظر كل الدفوع التي تكون من إختصاص قاضي إداري آخر، وحين صدر تقنين القضاء الإداري رددت المادة 312- 3 [4] ذات الحكم ، وصار الدفع بعد مشروعية قرار الضبط الإداري داخل القضاء الإداري مسألة سابقة دائما.

وبالتالي فعندما تطرح المسألة الأولية داخل نفس النظام القضائي، فلا تطرح مبدئيا أية صعوبات، فالجهة القضائية المخطرة بالنزاع الأصلي، تكون دائما مختصة بالفصل في المسائل الفرعية [5]، ولعل هذا الحل يُفسر بالإنشغال الدائم بعدم تأخير حل النزاعات الذي غالبا ما ترتبه التعقيدات الإجرائية [6].

لكن يحدث أن الجهات القضائية التابعة لمجلس الدولة توقف الفصل خطأ إلى غاية حل المسألة الأولية من طرف مجلس الدولة، حيث تعتقد بأن المسألة أولية في حين أنها لم تكن إلا مسألة سابقة. ففي البداية كان مجلس الدولة عندما تصبح قرارات الإحالة الصادرة في هذه الشروط نهائية، يكتفي بالإشارة إلى الخطأ المرتكب، ويتصرف بعد ذلك كقاضي إحالة عادي [7]، لكنه عدّل قضاءه حول هذه النقطة، وصرّح بأنّه باطل كل قرار بالوقف وإن أصبح نهائيا، عندما يصدر عن جهة قضائية واقعة تحت رقابته أو عندما يكون هو نفسه قاضي النقض [8] .

هذا ويستفاد من أحكام القضاء الإداري المصري، أنه يمتنع على أي من محاكم مجلس الدولة، أن تتصدى للدفع بعدم مشروعية قرار يكون الفصل فيه لازما للفصل في دعوى معروضة عليها وتدخل في إختصاصها، متى كان موضوع الدفع لا يدخل في إختصاص المحكمة بطريق الدعوى، وإنما يدخل في إختصاص محكمة أخرى من محاكم

---

1 - J. Castagné, 0p. Cit., p.79.
2 - CE. 8 janvier 1924, Raymond; CE. 16 juin 1950, Ets Battle, in J. Castagué, 0p. Cit., p. 79.
3 – مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، د م ج، الجزائر، ط– 5، 2009، ص. 173.
4 - l'article 312- 3 du code de justice administrative énonce que « le tribunal territorialement compétent pour connaitre d'un recours est « compétent pour connaitre de l'exception relevant de la compétance d'une juridiction administrative » ».
5 - CE. Sect. 14 juin 1968, union depart des sociétés …, AJDA. 1969, p. 57, note R. Savy.
6 - CH. Debbasch, F. Colin, Op. Cit., p. 548.
7 - CE. 11 décembre 1935, Vally, in R. Odent, contentieux administratif…, Op. Cit., p. 124.
8 - CE. Sect. 16 juin 1950, Etablissement Batle, in R. Odent, Op. Cit., p. 124.

مجلس الدولة، فإجراء المسائل الأولية التي تنظم أحكامه المادة 129 من قانون المرافعات المدنية والتجارية، الصا بالقانون رقم 13 لسنة 1968 والمادة 16 من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1972، يطبق أمام محاكم مجلس الدولة المصري، حتى وإن تم إبداء الدفع بعدم المشروعية، أمام محكمة القضاء الإداري صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدرية [1].

وبالنسبة لوضع المسألة في الجزائر، فإن الإطلاع على المواد 809 و810 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يوضح بأن المشرع الجزائري قد فضل تطبيق المسألة الأولية بخصوص الطلبات التي تعرض على المحاكم الإدارية وتكون من إختصاص مجلس الدولة، فيما أعمل المسألة السابقة بخصوص الطلبات التي تخطر بها المحكمة الإدارية، ويعود الإختصاص الإقليمي بها إلى محكمة إدارية أخرى.

– إعمال المسألة الأولية

عندما تخطر المحكمة الإدارية بطلبات مستقلة في نفس الدعوى، لكنها مرتبطة، بعضها يعود إلى إختصاصها والبعض الآخر يعود إلى إختصاص مجلس الدولة، يحيل رئيس المحكمة جميع هذه الطلبات إلى مجلس الدولة، وهذا تطبيقا لنص المادة 809 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وبعبارة أخرى فعندما يتم الدفع بعدم مشروعية قرار إداري أمام المحكمة الإدارية، ويكون الفصل في هذا النزاع من إختصاص مجلس الدولة، فإن المحكمة تلتزم بإحالة المسألة الأولية عن طريق رئيسها، إلى مجلس الدولة للفصل في جميع الطلبات، رغم أن المشرع نص في المادة 800 من نفس القانون، على أن المحاكم الإدارية صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية .

– إعمال المسألة السابقة

على خلاف الأمر فيما يخص توزيع الإختصاص النوعي بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، التي قصد المشرع تطبيقها تطبيقا صارما، فإن المادة 810 من قانون الإجراءات المدنية، تمنح الإختصاص للمحكمة الإدارية المختصة إقليميا للفصل في الطلبات التي تعود إلى إختصاصها الإقليمي، وفي الطلبات المرتبطة بها التي يعود الإختصاص الإقليمي فيها إلى محكمة إدارية أخرى .

فلو رفعت دعوى أمام محكمة إدارية، ثم دفع أمامها بعدم مشروعية قرار يكون الفصل فيه لازما للفصل في الدعوى، غير أن الفصل في مدى مشروعية هذا القرار، فيما لو تمت المنازعة في مشروعيته بطريق الدعوى، يعود للاختصاص الإقليمي لمحكمة إدارية أخرى، فإن الإرتباط بين الدعوى الأصلية التي تنظرها المحكمةالإدارية وبين الدفع بعدم مشروعية القرار، يبيح مخالفة قواعد الإختصاص الإقليمي.

وقد أصاب المشرع الجزائري في إتباع هذا المنهج، لأنه يبسط إجراءات الفصل في الخصومة، ويضمن سرعة الفصل، بإعمال قواعد الإرتباط ومنح القاضي الإداري الذي ينظر في الدعوى، إختصاص الفصل في مشروعية

[1]– محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 369.

القرارات الإدارية، بما فيها قرارات الضبط الإداري، الذي يبدى أمامه أثناء نظر هذه الدعوى ويكون لازما للفصل فيها، والذي يخرج الفصل فيه عن إختصاصه الإقليمي فيما لو رفع بطريق الدعوى.

ب- تكييف الدفع بعدم المشروعية هل هو دفع شكلي أم موضوعي

ينتمي الدفع بعدم المشروعية أمام القاضي الإداري موضوعيا، كالطعن لتقدير المشروعية بناء على إحالة من قاضي الدعوى الأصلية، والطعن لتجاوز السلطة ، والطعن لتقرير الإنعدام، إلى قضاء المشروعية، وان كان ثمة أوجه إختلاف بينهما.

1- الدفع بعدم المشروعية والطعن لتقرير المشروعية

يختلف الدفع بعدم المشروعية عن الطعن لتقدير المشروعية، من ناحية أنه مسألة سابقة يختص بالفصل فيه القاضي الإداري، بحسبانه قاضي الدعوى، في حين أن الطعن لتقدير المشروعية هو مسألة أولية يرفع أمام القاضي الإداري كقاضي إحالة، ويرتبط بهذه التفرقة، أن إبداء الدفع بعدم المشروعية لا يتوقف كالطعن لتقدير المشروعية على إحالة من قاضي الدعوى الأصلية، وإنما يبديه صاحب الشأن بمحض إرادته، كدفع أو دفاع في دعوى مقامه عليه أو منه أمام القاضي الإداري، وهو يأخذ صورة الدفع (الدفاع) لا شكل الطعن، والحكم الذي يصدر فيه هو عنصر في الدعوى الإدارية التي يبدى بمناسبة نظرها، في حين أن الحكم الذي يصدر في الطعن لتقدير المشروعية، هو عنصر في دعوى أخرى تدخل في الإختصاص الولائي أو النوعي لقاضي آخر غير القاضي الذي يفصل في الطعن. وفي هذا الإطار، صرحت المحكمة الإدارية بالدار البيضاء المغربية بأن: "دعوى فحص الشرعية لا يمكن عرضها على القضاء الإداري إلا إذا كان الحكم في قضية معروضة على محكمة عادية غير زجرية، يتوقف على تقدير شرعية قرار إداري، ففي هذه الحالة يتعين على الأخيرة أن تؤجل الحكم في القضية، وتحيل تقدير مشروعية القرار الإداري إلى المحكمة الإدارية..." [1].

وفي حالة القرارات الفردية يختلف ميعاد التمسك بهما، فالطعن لتقدير المشروعية بناء على إحالة من القاضي العادي لا يخضع لميعاد الطعن بالإلغاء، في حين يتعين الدفع به خلال هذا الميعاد قبل صيرورة القرار نهائيا، إذا كان الهدف منه إلغاء قرار بني عليه.

ويختلفان أيضا من ناحية الآثار المترتبة عنهما، فإذا كان الدفع بعدم المشروعية، من شأنه أن يسمح بإلغاء الأحكام التنظيمية وغير التنظيمية والفردية [2]، فإنه يترتب على الطعن لتقدير المشروعية، الإمتناع عن تطبيق القرار الغير مشروع أو الإقرار بخطأ سلطة الضبط الإداري في دعوى المسؤولية الإدارية.

---

[1] – المحكمة الإدارية بالدار البيضاء المغربية، الحكم عدد 97، ملف رقم 2003/11، المؤرخ في 1 مارس 2004، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، مجلة الحقوق المغربية، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، مطبعة الأمنية، الرباط، السحب الثاني، 2010، ص. 33.

[2] - CE. 27 fevrier 1995, ASSOC. de défence des quartiers de fréjus, AJDA. 1995, n°468, concl .B. Du Marais; CE. 9 juillet 1991, Palazzi, AJDA. 1991, p. 827, obs. F. J. Laferriére.

2- الدفع بعدم المشروعية والطعن لتجاوز السلطة والطعن لتقرير الإنعدام

يختلف الدفع بعدم المشروعية عن الطعن لتجاوز السلطة، وعن الطعن لتقرير الإنعدام في أن الأول طريق إجرائي للدفاع، في حين أن الآخرين طريقين إجرائيين للهجوم. وبشأن المواعيد فإن الدفع بعدم مشروعية القرار الفردي، الغير مشوب بعيب عدم المشروعية الجسيمة، بتعيين إبداؤه في الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء، إذا كان الغرض من تقرير عدم مشروعيته، أن يحكم قاضي تجاوز السلطة بإلغاء قرار فردي آخر بني عليه، ويكون للحكم الصادر في الدفع حجية نسبية، ولا يترتب عليه زوال القرار من التنظيم القانوني للمجتمع، أما إذا كان القرار الفردي محل الدفع بعدم المشروعية منعدما، فإن تحقيق العدالة وحسن سير القضاء، وإعلاء المشروعية يوجب أن يتفق الدفع بعدم مشروعية القرار المنعدم، بحسبانه لا يعدو في هذه الحالة أن يكون طعنا لتقرير الإنعدام، مع الطعن لتجاوز السلطة والطعن لتقرير الإنعدام، في تحلل الجميع من الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء، كذلك في أثر الحكم وهو زوال القرار من البنيان القانوني للمجتمع وتمتعه بالحجية المطلقة.

يتضح من خلال هذه المقارنة، أن الدفع بعدم مشروعية القرارات الإدارية بما فيها قرارات الضبط الإداري، أمام القضاء الإداري، ينتمي إلى الدفوع الموضوعية، ومن ثم يسري بشأنه كافة الأحكام الخاصة بهذا النوع من الدفوع، فهو دفع موضوعي من ناحية أن صاحب الشأن يستهدف من تقرير القاضي الإداري لعدم مشروعية القرار، رفض الدعوى إذا كان مدعى عليه، والحكم بإلغاء القرار المطعون فيه أو تعويضه عن الضرر الذي أصابه من القرار محل الدفع بعدم المشروعية إذا كان مدعيا، وكل هذا يبعد عن القواعد الإجرائية المتعلقة بسير الخصومة الإدارية، ويرتبط بوضوح بموضوع النزاع في هذه الخصومة.

ثانيا : شروط قبول الدفع بعدم المشروعية

يعتبر الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، شأن كل الدفوع الموضوعية، دفعا خادما، بمعنى أن صاحب الشأن لا يهدف من ورائه إلى مجرد تقرير عدم مشروعية القرار محل الدفع، بل خدمة الدعوى التي يلقي بهذا الدفع في مجراها، وذلك بأن يحكم قاضي الدعوى لصالحه برفض الدعوى، إذا كان المدعي عليه يقف فيها موقف المدافع، أو بأحقيته في تعويض يطلبه أو بإلغاء قرار يرغب في التخلص منه، وهو دفع يحق لصاحب الصفة أن يبديه، إذا كان مدعيا عليه، أثناء نظر الدعوى، أما إذا كان مدعيا فله أن يضمنه أسانيد صحيفة دعواه عند إيداعها كتابة ضبط المحكمة، وهذا هو الغالب، وله أن يتمسك به أيضا، أو يضيف أثناء نظر الدعوى إلى ما سبق أن ذكره، بعريضتها أوجه عدم مشروعية أخرى، كما له أن يتمسك بهذا الدفع في مذكرات مكتوبة تقدم أثناء المرافعة في الدعوى وتودع ملفها، أو شفاهة في مواجهة الخصوم مع إثباته في محضر الجلسة، وذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى، وقبل صدور حكم نهائي فيها، مع مراعاة ما قد يرد من نصوص خاصة في القانون الذي ينظم إجراءات التقاضي أمام جهة القضاء الإداري، وإذا كان هذا الدفع لا يتطلب بحسبانه دفعا خادما للدعوى، شروطا خاصة لقبوله في الحالة التي يكون فيها من يتمسك به مدعا عليه، أو مدعيا يطلب الحكم بتعويضه عن الأضرار التي ألمت به جراء القرار محل الدفع بعدم المشروعية، فإن الأمر على خلاف ذلك، إذا كان الدفع بعدم مشروعية قرار ضبط إداري،

لائحي أو فردي، يتمسك به مدع في دعوى يبتغي منها إستصدار حكم من قاضي تجاوز السلطة، بالغاء قرار على القرار محل الدفع، إذ يلزم لقبول الدفع، إذا كان بعدم مشروعية قرار ضبط لائحي شرطين، الأول: أن يكون موضوع الطعن بالإلغاء قرارا تطبيقيا للائحة، سواء كان هذا القرار التطبيقي قرار فرديا أو لائحيا [1]، والثاني: أن يكون هذا القرار التطبيقي محلا للإلغاء في الميعاد، أما إذا كان الدفع بعدم مشروعية قرار ضبط فردي، فإنه يلزم لقبوله كذلك شرطين، الأول: أن يكون موضوع الطعن بالإلغاء، طلب الحكم بإلغاء قرار ضبط فردي صدر بناء على قرار ضبط فردي سابق، والثاني: أن يقدم طلب إلغاء القرار الفردي الثاني، والدفع بعدم مشروعية القرار الفردي الأول، خلال الميعاد المقرر للطعن لتجاوز السلطة[2]، إذ بصيرورة القرار محل الدفع بعدم المشروعية نهائيا، بفوات مواعيد الطعن عليه بالإلغاء، ينتفي القول بوجود رابطة بين هذا القرار وبين القرار محل الطعن في دعوى الإلغاء، غير أنه يتعين ملاحظة أن العبرة في تقدير القاضي الإداري لمدى قبول الدفع بعدم مشروعية قرار فردي في التاريخ الذي أثير فيه هذا الدفع أمام قاضي تجاوز السلطة، وليس في التاريخ الذي يفصل فيه هذا الأخير في مدى صحة هذا الدفع [3].

ثالثا: الفصل في الدفع وحجية الحكم الصادر فيه

يباشر القاضي الإداري رقابته بفحص الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري، تمهيدا للفصل بالإلغاء في القرار الذي بني عليه، فيبدأ بتحديد طبيعة القرار، موضوع الدفع بعدم المشروعية، أي بالوقوف على ما إذا كان يعتبر قرارا لائحيا، ومن ثم يجوز الدفع بعدم مشروعيته حتى وإن صار نهائيا بعدم الطعن عليه في الميعاد المقرر للطعن بالإلغاء، أم قرارا فرديا، وبالتالي يلزم أن يدفع بعدم مشروعيته خلال الميعاد المذكور، ثم يتأكد من أن الرابطة القانونية بين القرارين، تتمثل في أن القرار موضوع الطعن بالإلغاء لا يعدو أن يكون اجراء تطبيقيا للقرار الأول، الذي يدفع صاحب الشأن في دعوى الإلغاء بعدم مشروعيته، ومتى خلص من دراسته إلى توفر الشرطين، شرع في فحص أوجه عدم المشروعية التي يأخذها المدعي، على القرار محل الدفع بعدم المشروعية، وليس له أن يتجاوزها ولو بشأن الدفوع المتعلقة بالنظام العمومي، ويختلف هذا الدفع في هذه النقطة عن الطعن لتجاوز السلطة .

---

[1] - CE. sect .17 octobre 1980, Bert, AJDA. 1980, p. 649, chron, M. A. Feffer et D. Casas, préc.

[2] - CE. Sect. 9 novembre 1966, Toumbouros, D. 1967, p. 696, concl. G. Braibant, CE. 28 mai 1997, Manoharan, RFDA. 1997, p. 886.

تم قبول الدفع بعدم مشروعية قرار رفض تسليم بطاقة الإقامة إستنادا إلى الطعن بعدم مشروعية قرار الإقتياد إلى الحدود

CE. 17 décembre 1997, prefet de l'Isère C. Arfaoui, RFDA. 1998, p. 197,

وقد جا بهذا القرار قبول الدفع بعدم مشروعية رفض منح تأشيرة الدخول إستنادا إلى الطعن بالإلغاء ضد قرار الإقتياد إلى الحدود (لأن ميعاد الطعن لم ينقضي)

CE. 20 juin 1997, Kessai, AJDA. 1997, p. 894, conl. R. Abraham,

تم الإستناد في هذه القضية إلى عدم مشروعية قرار رفض منح بطاقة الإقامة بناء على عدم مشروعية قرار الإقتياد إلى الحدود، وقد أوضح هذا القرار بأنه قد تم الإستناد إلى عدم مشروعية الرفض في الوقت المناسب أمام المحكمة الإدارية المخطرة بهذا الرفض ...

[3] - " ...l'illégalité du refus ayant été invoquée en temps utile devant le tribunal administratif saisi de ce refus, l'exception demeure recevable meme après le rejet du recours par un jugment devenu definitif.

C'est la conséquence du principe selon lequel la recevabilité des moyens et exceptions est apréciée a la date à laquelle ils sont invoqués ", CE. sect. 20 juin 1997, kessai, préc.

وإن لم يوجد نص في القانون يلزم القاضي الإداري بأن يفصل في الدفع بعدم مشروعية القرار مع الطـ لتجاوز السلطة في القرار المرتبط بالقرار الأول، إلا أن الإرتباط بين القرارين، وكون الدفع بعدم مشروعية القرار الأول أو الأساس، هو دفع موضوعي خادم للفصل في موضوع دعوى الإلغاء، وحتى تجمع وثيقة الحكم الصادر في هذه الدعوى الدفوع وأوجه الدفاع والمنطوق، وتتيسر بذلك إجراءات خصومة الطعن على الحكم أمام قاضي الطعن، فإن القاضي يتصدى للفصل في الدفع بعدم المشروعية وفي الطعن بإلإلغاء في حكم واحد.

أما عن حجية الحكم الصادر في الدفع بعدم مشروعية القرار الإداري، فلقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن الحكم الذي يصدره القاضي الإداري بتقرير عدم مشروعية قرار بناء على دفع بذلك، هي حجية نسبية، وليست حجية مطلقة.

تعود منازعات مشروعية الضبط الإداري في الأصل إلى اختصاص القضاء الإداري، كما يُمكن أن تعود لاختصاص القضاء العادي، بموجب نصوص خاصة وإعمالا لقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، لذلك يقتضي الأمر أن تُحدد الطريقة التي يُمارس بها كل قاضي مُخطر، رقابته على مسألة المشروعية.

نحن نعلم بأن كل قرار إداري يتضمن عدد من العناصر المميزة، تتمثل العناصر التي تتعلق منها بالمشروعية الداخلية، بركن المحل، السبب والغرض، وأن مشروعية كل ركن من هذه الأركان تتحكم في مشروعية هذا القرار، لذلك فإن دراسة مدى أو مضمون الرقابة القضائية تتعلق بفحص الموقف الذي تتبناه المحاكم عند تقدير مختلف هذه العناصر.

وإذا كان القاضي الذي يُمارس الرقابة القضائية، قد ينتمي الى نظام القضاء الإداري أو إلى نظام القضاء العادي، فإن السؤال فوري الطرح هو التالي: هل تُفحص مشروعية القرار الضبطي بنفس الطريقة من طرف القاضي الذي ينتمي الى هذا أو ذاك النظام القضائي؟ في البداية، يبدو هذا الانشغال مدهشا لأن المشروعية مسألة موضوعية، لا يمكن أن تكون نسبية، تختلف باختلاف القاضي الذي يُراقب مدى التزام الإدارة بها، بل يتعين أن تكون مطلقة وموضوعية، لا تتغير أيا كان القاضي الذي يتولاها. فأوجه عدم المشروعية التي تدفع القاضي بأن يقرر "عدم مشروعية القرار محل المنازعة" يجب أن تكون واحدة لا تتغير، بل يجوز القول أنه يتعين أن تنهض بذات العبارات سواء في أحكام القضاء الإداري أو في أحكام القضاء العادي (الجنائي والمدني)، فلا توجد إلا مشروعية واحدة، ولا يمكن أن يكون القرار مشروعا أو غير مشروع وفقا للقاضي الذي يراقبه، فهل يُصادف هذا الحل المنطقي تطبيقا عمليا وواقعيا، بأن تتفق مناهج وطرق القضاء العادي والإداري في الرقابة على مشروعية قرارات الضبط الإداري ؟

هذا ويكون القرار الضبطي مشوبا بعيب من عيوب المشروعية الداخلية، بسبب عدم مشروعية محتواه، وهنا نكون بصدد عيب المحل أو عيب مخالفة القانون، أو بسبب عدم مشروعية أسبابه، وهنا نكون بصدد عيب السبب، وأخيرا، بسبب عدم مشروعية أهدافه، وهنا نكون أمام عيب الانحراف بالسلطة.

وعلى خلاف العيبين الآخرين، فإن عيب السبب ليس مسلما بوجوده كعيب قائم بذاته من طرف جميع الفقهاء، إذ أن بعضهم يجعله حالة من حالات مخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة، حيث يعتبرون في الحالة الأولى أن مخالفة التدبير الضبطي للقانون بمعناه الواسع تعني من ناحية أولى عدم المشروعية التي تتعلق بمحل التدبير، ومن ناحية ثانية الخطأ في الأسباب القانونية التي يقوم عليها هذا التدبير.

لكننا نؤمن بأن الأركان الثلاثة رغم اتصالها الوثيق، فإنه من الممكن تمييزهما في كل قرار إداري سليم، ولكل منهما دور مُهم. لذلك فإننا نميل إلى الإقرار باستقلالية كل منهما عن الآخر، وعليه سوف نتناول تلك العيوب الثلاث بالدراسة في فصول ثلاث، نتطرق في الأول إلى رقابة محل قرار الضبط الإداري، وفي الثاني إلى رقابة أسباب قرار الضبط الإداري، وفي الثالث الى رقابة غاية أو غرض قرار الضبط الإداري.

أوجد القضاء عيب مخالفة القانون في قضية Bizet أين عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن هذا العيب بتاريخ 13 مارس 1867 بعبارة: "المخالفة المباشرة للقانون" [1]، كما يُسمى أيضا بعيب المحل.

في الواقع، إن القاضي عندما يتحقق من مشروعية التدبير الضبطي، فإنه يتحقق من مدى تطابق مضمونه مع مبدأ المشروعية، وبأكثر وضوح مع القواعد التي تعلوه في سلم تدرج القواعد القانونية. ولتحديد هذه القواعد يجب أن يُفهم مصطلح "القانون بشكل واسع"، فهو لا يقتصر على معنى التشريع، بل يمتد ليشمل الدستور، المعاهدات الدولية، القوانين، المبادئ العامة للقانون، وقرارات العدالة الحائزة لقوة الشيء المقضي فيه.

وفي هذا الأمر يختلف القانون الفرنسي عن القانون الألماني، ففيما يُركز الأول الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية أو ما يسمى أيضا برقابة الشرعية القانونية الداخلية على احترام القانون الوضعي من طرف السلطة الإدارية، فإن القانون الألماني قد اتجه الى التركيز على مسألة احترام الحقوق الشخصية للخواص، بعبارة أخرى ففي حين أن القاضي الفرنسي يبحث عن التعارض المحتمل بين القرار والقواعد التي يجب أن تحترمها الإدارة، فإن القاضي الألماني لا يكتفي بفحص التصحيح القانوني للقرار الذي يشكل موضوع الطعن، لكنه يبحث عن معرفة ما إذا كان المترافع محق في الموضوع الذي ادعى به ضد الإدارة [2].

وفي كل الأحوال فإن عيب مخالفة القانون هو الضمانة الأكثر نجاعة لمبدأ المشروعية، لأنه يسمح بالنظر إلى طبيعته العامة بمعاقبة كل المخالفات لهذا المبدأ. ولقد سهر القاضي على تطوير هذه الوسيلة، ويكون من السهل علينا أن نتفهم دوره في هذا المجال، إذا اعتبرنا بأن تفسيره للقاعدة القانونية عند غموض النصوص يسمح له بإخضاع الإدارة لالتزامات غير ناتجة عن النصوص الصريحة للقانون [3].

[1] – لحسين بن الشيخ، آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، وسائل المشروعية، دار هومة، ط-1، 2006 ، ص. 212.

[2] - M. Fromont, « l'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », in mouvement du droit public, du droit administratif, au droit constitutionnel du droit Français au autre droit, mélanges en l'honneur de franck Moderne, 2004, Dalloz, p. 1123-1128.

[3] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المرجع نفسه، ص. 212.

عندما تتصرف الإدارة الضبطية فإنها تكون ملزمة باحترام المشروعية، ويجب عليها في كل مرة تتخذ فيها قرارا ضبطيا أن تتقيد بالقواعد الموجودة، والقانون الواجب الاحترام هو أساسا التشريع باعتباره تعبيرا عن الإرادة العامة للأمة، وإلى جانبه نجد القانون الأساسي وهو الدستور ثم مختلف التنظيمات، وإلى هذا يجب أن تضاف القواعد الدولية، والمتمثلة في الاتفاقيات والمعاهدات.

المطلب الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري للدستور

يُعد الدستور أول مقومات الدولة القانونية، وهو أداة إقامة النظام وتأسيس الهيئات الحاكمة، وتبيان العلاقة بين هذه الهيئات، وتحديد وسائل حماية المواطنين، علاوة على اهتمامه بالحقوق والحريات الفردية و ضمانات ممارستها.

لذلك تأتي القواعد الدستورية في المرتبة الأولى، وفي ظلها تتدرج بقية القواعد القانونية، هذا ما يترتب عليه سمو هذه القواعد، واحتلالها المرتبة الأولى، أو الموقع الأسمى على قمة التنظيم القانوني في الدولة، ويتبع ذلك التزام جميع سلطات الدولة باحترام هذه القواعد عند ممارسة اختصاصها في الحدود المرسومة لها، وعلى الوجه المبين في الدستور، ذلك أن سمو الدستور من حيث طريقة إصداره تبرر خضوع سائر السلطات لحكمه، وهذا ما يطلق عليه بالسمو الشكلي للدستور [1].

أما السمو الموضوعي فيتمثل فيما يتضمنه الدستور من أدوات تفعيل نصوصه، وعدم الخروج عليه، وكفالة احترام تلك النصوص، مثل تنظيم الرقابة على دستورية القوانين والرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، لضمان عدم اعتداء إحداهما على الأخرى.

وعلى هذا الأساس، فإن مخالفة تدابير الضبط الإداري لنصوص الدستور، تشكل مخالفة مباشرة للقواعد القانونية، والسؤال الذي يطرح هنا هو: ما المقصود بنصوص الدستور ؟ هل يقصد بها متنه أم ديباجته ؟ أم جميع القواعد الموجودة في قمة النظام القانوني ؟ في الحقيقة تعد غير مشروعة مخالفة تدابير الضبط الإداري لديباجة الدستور، وهذا ما سوف يكون محور الفرع الأول، وتعد كذلك مخالفة تدابير الضبط الإداري لمتنه، وهو ما سوف يكون محور الفرع الثاني.

[1] – محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دار النهضة العربية، ط-1، 2007، ص. 08، وأيضا محمد عبيد الحساوي القحطاني، الضبط الاداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، التزام الحدود وحيادية التنفيذ، دار أبو المجد للطباعة، 2005، ص.360

الفرع الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري لديباجة الدستور

لقد توسعت المجموعة الدستورية [1] في فرنسا، نتيجة لتضمن دستور 1958 لمقدمة قصيرة، أكد فيها على ارتباط الشعب الفرنسي بحقوق الانسان، ومبادئ السيادة الوطنية التي نص عليها إعلان حقوق الانسان والمواطن الصادر سنة 1789، وتم التأكيد عليها وتكملتها بموجب ديباجة دستور 1946، وأيضا الحقوق والواجبات المتضمنة في ميثاق البيئة لسنة 2004 [2].

وبهذا فإن ديباجة دستور 1958 تشمل: إعلان حقوق الإنسان و المواطن الصادر سنة 1789، مقدمة دستور 1946، وميثاق البيئة لسنة 2004. فيما يتكون الدستور الجزائري من ديباجة بسيطة، وهو ما سوف يكون محور النقطتين التاليتين.

أولا: ديباجة الدستور الفرنسي

ا- إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789

اختلف الرأي حول قيمة نصوص إعلان الحقوق والمبادئ الواردة في مقدمات الدساتير والمواثيق حيث ظهرت عدة اتجاهات.

فذهب الاتجاه الأول إلى انكار تمتع هذه المبادئ بطبيعة القواعد القانونية، ومن ثم فإن هذا الرأي يجردها من كل قيمة قانونية وإلزامية، فهي مجرد تعبير عن مبادئ فلسفية وسياسية، وعن آمال وأهداف السلطة التأسيسية. ويترتب على ذلك عدم التزام السلطات العمومية بهذه المبادئ، لأنها ليست قواعد قانونية محددة بالرغم من صدورها عن السلطة التأسيسية، إذ لو أرادت تلك السلطة أن تعتبرها من القواعد القانونية الملزمة لأدرجتها ضمن مواد الدستور نفسه [3].

وقد اعتنقت المحكمة العليا في مصر هذا الاتجاه في العديد من أحكامها، وبصدد إعلان حقوق الإنسان، قضت بأن:" الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 ديسمبر 1948 ووقعته مصر، لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة، وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدّق عليها... " [4].

---

[1] - تم استعمال مصطلح المجموعة الدستورية، للتنويه عن اتساع مجال القواعد الدستورية.

[2] - «Le peuple français proclame solennellement son attachement aux droit de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale telles qu'ils sont définis par la constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la charte de l'environnement de 2004».

[3] – ماجد الحلو، القضاء الإداري، 1985، ص. 18، عبد الحميد حشيش، الوجيز في القانون الدستوري، 1980، ص. 89.

و أيضا:

C. Demalberg, contribution à la théorie générale de l'Etat, T-2, 1920, p.581.

[4] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية و مبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الاسكندرية، (د، ت، ن)، ص. 34.

في حين يتجه الرأي الغالب في فرنسا إلى الاعتراف بالطبيعة القانونية للقواعد والمبادئ التي ترد في اعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير، مما يعني أن لهذه القواعد قوة إلزامية [1]، وان اختُلف بشأن تحديد هذه القوة.

والمفروض أن يؤدي تمتع هذه المبادئ بالقوة الإلزامية إلى تطبيقها والتزام السلطات العمومية باحترامها، بمجرد صدورها، إلا أن البعض من أنصار هذا الاتجاه يرى بأنه يشترط لتطبيق هذه المبادئ والالتزام بأحكامها من وقت صدورها، أن تكون قد اتخذت طابع القواعد الموضوعية المحددة، أما إذا وقفت عند مجرد بيان أهداف المجتمع الفلسفية أو السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية، فلا يمكن تطبيقها من وقت صدورها [2].

فيما يذهب البعض الآخر الى أنه يتعين التفرقة بين نوعين من النصوص التي تحتويها هذه الوثائق:

الأولى: وهي النصوص التي تشكل قواعد قانونية بالمعنى الفني الدقيق، فتكون بذاتها قابلة للتطبيق، وتكون لها الطبيعة القانونية وقوة الإلزام القانوني.

والثانية: وهي النصوص التي تقتصر على مجرد التعبير عن التوجهات والأهداف والآمال والمثل العليا، وهي التي يتعذر أن تكون قواعد قانونية واضحة المعالم، فلا تكون لها بداهة إلا قوة إلزام أدبية [3]. وبالرغم من اتفاق غالبية الفقه على أن للقواعد الواردة في هذه الوثائق طبيعة القواعد القانونية، وبالتالي قوة الإلزام القانوني، إلا أنهم اختلفوا في تحديد المرتبة القانونية لهذه القوة الملزمة، فظهرت بهذا الصدد ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يذهب إلى أن للمبادئ الواردة في هذه الوثائق قيمة قانونية أعلى من قيمة النصوص الدستورية ذاتها، باعتبارها تتضمن الأسس التي يجب أن تقوم عليها نصوص الدستور [4]. لكن يؤخذ على هذا الرأي أنه ليس هناك من القواعد القانونية ما يعلو الدستور، باعتبار أن السلطة المختصة بوضع الدستور، وهي السلطة التأسيسية الأصلية، هي سلطة عليا لا توجد سلطة أخرى تعلوها [5].

الاتجاه الثاني: يتجه هذا الرأي للاعتراف لهذه المبادئ بقيمة القوانين العادية، لكنها لا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية، ومن هؤلاء B. Chantebout والذي تبنى موقفا وسطا، فرآها تقع بين نصوص الدستور والقوانين [6].

---

[1] - M. Hauriou, Précis de droit constitutionnel, 1923, p. 85 ; Duguit, traité de droit constitutionnel, 2eme édition, 1921, p. 10.

[2] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد...، المرجع السابق، ص. 35.

[3] – محمد حافظ، القضاء الاداري، ط-7، 1979، ص. 29، عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الادارة، ط-1، 1970، ص. 42. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، 1970، ص. 24، محسن خليل، القانون الدستوري و النظم السياسية، 1987، ص. 12.

[4] - Duguit, Op. Cit., p. 10.

[5] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد، المرجع السابق، ص. 37 .

[6] – أشار إلى هذا الرأي فتحي فكري، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دستور 1971، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة و تطبيقاتها في مصر، 2004، ص. 49 .

الاتجاه الثالث: يذهب هذا الاتجاه، وهو الرأي الراجح، إلى الاعتراف للمبادئ الواردة في هذه الوثائق بنفس القوة القانونية لقواعد الدستور، استنادا إلى أنها نابعة هي الأخرى عن إرادة السلطة التأسيسية [1].

وحول قيمة نصوص الإعلان في هرم التدرج القانوني، يكاد الفقه الفرنسي يجمع على اعطائها هذه القيمة الدستورية. ومع ذلك هناك من لم يعترف بالقيمة الدستورية إلا للنصوص الخاصة بحقوق الانسان ومبادئ السيادة الوطنية دون سواها من المبادئ الواردة في الاعلان، تمسكا بالعبارات الواردة في مقدمة دستور 1958 التي تعلن تمسك الشعب الفرنسي بمبادئ حقوق الانسان ومبادئ السيادة الوطنية [2]. وقد ناقش جمهور الفقه الفرنسي وجهة النظر هذه وانتهى إلى أن جميع نصوص إعلان 1789، لها قيمة دستورية دون تمييز بينها [3].

ومن جهته وضع مجلس الدولة حدا نهائيا للمناقشات الفقهية، فبعد أن كان يرفض اعتبار نصوص إعلان الحقوق والمقدمة في مجملها كأنظمة قانونية، قبل بعد ذلك وجها مستخلصا من مخالفة المواد 8، 9 و10 من إعلان الحقوق، في قرار Candamine [4] وفحصا للوجه المستخلص من مخالفة قرار تنظيمي لنص وارد في تصريح 1789، قضى ببطلانه بموجب القرار المؤرخ في 12 فيفري 1960 [5].

ب- ديباجة دستور 1946

تضمنت ديباجة دستور 1946، الاشارة إلى المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية، والمبادئ المسايرة لروح العصر [6].

1- المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية

بواسطة قراره الشهير المؤرخ في 17 جولية 1971 المتعلق بالجمعيات، رد المجلس الدستوري حرية الجمعيات التي لم تكن من الحريات الواردة بإعلان 1789، ولم ينص عليها دستور 1946 إلى المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية [7]. وقد جاء في هذا القرار: " أن المبادئ المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية والتي أعيد تأكيدها بصورة رسمية من خلال مقدمة الدستور، تعتبر جزء لا يتجزأ من المقدمة التي يكون القانون المخالف لها غير

---

[1] – محسن خليل، القضاء الإداري و رقابته لأعمال الإدارة، 1968، ص. 17 ، و أيضا
Morange, « valeur juridique des principes contenus dans les déclarations de droit », RDP. 1945, p. 229.

[2] - Favoreu et L. Philip, les grands arrêts du conseil constitutionnel, Sirey, 2e édition, 1979, p. 32.

[3] - G. Vedel, Op. Cit., p. 56.

[4] - CE. 07 juin 1957, Candamine, RDP. 1958, P.58 ; J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 345.

[5] - CE. 12 février 1960, Société Eky, Cité in, J .Castagne, Op. Cit., p. 119.

[6] - « …le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion, de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés. Il réaffirme solennellement les droits et libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la déclaration des droits de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

[7] - CE. 17 juillet 1971, « M. C. Rouault, H. Faupin, G. Canel, la place de la loi dans la hiérarchie des sources du droit », annadroit, droit administratif, Gualino édition, 2005, p. 57.

دستوري" [1]. نتيجة لذلك تساءل بعض الفقه عما إذا كانت هذه المبادئ قد أصبحت تُشكل بعد صدور القرار دستورية جديدة [2] ؟ وقد أجاب الفقيهان Jean Marie Auby et Roland Drago بأنه يستشف من عبارات المجلس الدستوري بأنه استخلص مصادر جديدة ذات طبيعة دستورية [3] .

وإذا كان المجلس الدستوري قد تبنى هذا الموقف في 1971، فقد سبقه إلى ذلك مجلس الدولة، الذي اعترف إلى جانب جهات القضاء العادي بالقيمة الدستورية لمقدمة دستور 1946، بسبب الإحالة التي اشارت إليها المادة 81 من الدستور، والتي تضمن لكل المواطنين الفرنسيين " التمتع بالحقوق والحريات المضمونة بموجب مقدمة هذا الدستور". وعلى هذا الأساس أصدر المجلس قراره المؤرخ في 1956.10.11 مقررا القيمة القانونية للمبادئ الأساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية، وقد ورد في هذا القرار: " أن المبادئ الأساسية المتفق عليها بموجب قوانين الجمهورية والتي أعيد تأكيدها بموجب مقدمة الدستور، تعتبر قابلة للتطبيق على الاقليم الفرنسي وعلى كافة الرعايا الفرنسيين" [4].

2 – المبادئ المسايرة لروح العصر

تضمنت مقدمة دستور 1946 الإشارة إلى هذه المبادئ كما يلي: " يُعلن الشعب الفرنسي المبادئ السياسية والاقتصادية والاجتماعية كمبادئ ضرورية لروح العصر". وتتمثل هذه المبادئ في مبدأ المساواة بين الرجال والنساء والحق في اللجوء السياسي، والحق في الإضراب...الخ [5].

وإذا كانت كل مكونات مقدمة دستور 1958 تتمتع بالقيمة الدستورية، فقد أكد مجلس الدولة على تمتع هذه المقدمة التي يجب ألا تفصل عن باقي الدستور، بالقيمة الدستورية أيضا [6].

ج– ميثاق البيئة لسنة 2005

ميثاق البيئة الفرنسي نص ذو قيمة دستورية، صدر بموجب القانون الدستوري رقم 2005/205، المؤرخ في 1 مارس 2005 [7]. يكرس حقوق الإنسان والمجتمع في البيئة ويتضمن عدد من الحقوق أو المبادئ من الجيل الثالث، وهو يتكون من عشرة مواد.

---

1 - M. C. Rouault, H. Faupin, Ibid., p.56
2 - J. Rivero, « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, une nouvelle catégorie constitutionnelle » ? Dalloz, 1972, p. 265.
3 - J. M. Auby. R. Drago, Op. Cit., p. 345.
4 - CE. 11 juillet 1956, Amicale des annamites de paris, cité in J. Castagne, Op. Cit., p. 119 ; R. Zouaimia, C.M. Rouault, Droit administratif, Berti édition, 2009, p. 29.
5 - M. Debene, « le conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », AJDA. 1978, p. 351 et s.
6 - CE. 7 juin 1957, Candamine, RDP. 1958, p.58 ; J.M.Auby, R. Drago, Op. Cit ; p.345 ; CE. 12 février 1960, Sté Eky, cité in, J. Castagne, Op. Cit ; p. 119.
7 - J.O, N°51, du 05 mars 2005, p.3697, cité in http://www.légifrance.gouv.fr/02.08.2011

وبالاطلاع على هذه المواد نجد أن الميثاق يكرس حق فردي جديد، يتمثل في حق كل شخص في بيئة متوازنة وقادرة على الحفاظ على صحته. كما يتضمن تحديد قانوني يكمن في مفهوم الواجب، فتشير المواد 2 إلى 4 إلى واجب كل شخص والمواد 5، 6 و10 إلى واجب الهيئات العمومية والمواد 8 و9 إلى واجب القطاعات المعنية مثل التعليم والبحث، ويتمثل هذا الواجب في حماية البيئة. إضافة إلى هذا حمل الميثاق إلى المستوى الدستوري مبادئ أخرى، كانت موجودة مسبقا على المستوى التشريعي، وبهذا اصبحت هذه المبادئ تتمتع بقوة أكبر، كمبدأ المسؤولية البيئية، كما عرف الدستور مبدأ الحيطة [1].

وحول مدى تطبيق ميثاق البيئة، فإن القرارات الأولى الصادرة عن المجلس الدستوري ثم عن مجلس الدولة [2]، بيّنت إرادة قضاة القصر الملكي في تحذير الميثاق دون قتله، بمعنى تطبيقه على أطراف الأصابع، مع الاعتراف كليا بقيمته الدستورية، لذلك فباستثناء مبدأ الحيطة بقي الميثاق حبرا على ورق.

لكن الوضع بدأ يتغير منذ 2008، فقد اعترف كل من المجلس الدستوري ومجلس الدولة، لمجموع الحقوق والواجبات المحددة في ميثاق البيئة بالقيمة الدستورية، مثلها مثل الأحكام النابعة عن مقدمة الدستور، ويجب أن تفرض بالتالي على السلطات العمومية والهيئات الادارية. لكن هل يسمح هذا الاعتراف باللجوء إلى القاضي لضمان الحقوق المعترف بها بموجب ميثاق البيئة ؟ بصيغة أخرى، هل يمكن الاستناد إلى تجاهل أحكام الميثاق لمنازعة مشروعية القرارات الإدارية التي تعتبر في مجال البيئة قرارات ضبطية ؟

سوف نحاول الإجابة على هذا السؤال، من خلال عرض موقف مجلس الدولة في الموضوع، والذي يُكرس الرقابة القضائية في المجال البيئي، التي تعتبر أحدث اهتمامات الضبط الاداري. وقبل ذلك نتطرق بإيجاز لموقف المجلس الدستوري حول ميثاق البيئة، والذي وضحه عبر قراراته المتعلقة بقانون المركبات المعدلة وراثيا في 2008 وقانون المالية لسنة 2010[3].

وهكذا ففي القرار المتعلق بقانون المالية لسنة 2010 [4]، لم يُراقب المجلس الدستوري المادة 7 من القانون المتعلق بضريبة الفحم بسبب خرق الميثاق، لكن على أساس تجاهلها لمبدأ المساواة، لذلك يُمكن تفسير هذا القرار كتمويه للحقوق الواردة بالميثاق. ذلك أن المشرع الدستوري عندما قام بدسترة الميثاق، كان في نيته تجاوز القضاء

---

[1] - Charte de l'environnement, http:// fr.wikipedia.org/ 26.07.2011

[2] - Le 6,1 et 19 juin 2006, association eau et rivières de Bretagne, le 2. 7 et 26 octobre 2007, cité in N. Huten, M. A. Cohendet, la Charte cinq ans après, Revue juridique de l'environnement, N° - 1, 2010, p. 38.

[3] – لقد استند المجلس الدستوري للمرة الأولى إلى ميثاق البيئة بموجب قراره 514-2005 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بإنشاء الدفتر الدولي الفرنسي لتسجيل السفن، و قضى بأن المشرع لم يتجاهل مبدأ التنمية المستدامة المعلن عنه بموجب المادة 6 من الميثاق، ثم أصدر قرارا آخر بتاريخ 19 جوان 2008، يتعلق بقانون المركبات المعدلة جينيا، كما كانت له فرصة أخرى بموجب القرار 599-2009، المؤرخ في 29 ديسمبر 2009، حيث ألغى المجلس مواد قانون المالية ثم قرار رقم 116-2011 المؤرخ في 8 أفريل 2011 بصدد المواد 112-16 من قانون البناء و التعمير، أنظر :
Charte de l'environnement, http://fr.wikipedia.org/26.07/2011.

[4] - N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 41.

السابق للمجلس الدستوري (مراقب القوانين الضريبية الايكولوجية) بالنظر إلى مبدأ المساواة، غير أن الأخير مراقبته لضريبة الكربون أعاد قضائه السابق وكأن شيء لم يتغير، هذا من جهة.

لكن من جهة أخرى، يمكن القول أن هذا القرار يُظهر ارادة المجلس الدستوري في السهر على احترام كل نصوص ميثاق البيئة، فعند إخطاره بهذا النص لم ينازع البرلمانيون في مدى مطابقة ضريبة الكربون للميثاق، كما لم تستند الحكومة لذلك، بل أن المجلس الدستوري هو الذي أثار من تلقاء نفسه الوجه المتعلق بخرق المواد 2 ، 3 و4 من الميثاق. يبقى مع ذلك أن هذا القرار غير واضح فيما يخص المكانة التي تأخذها فعليا هذه المواد في تفكير القاضي.

– ذلك أن القانون يبدو بأنه لم يُراقب إلا بالنظر إلى مبدأ المساواة، وقد أراد القاضي الاعتماد على مواد الميثاق التي تُكرس هذا المبدأ، وليس على أساس هذه المواد مباشرة، فذكر المقرر مايلي: " في مجال البيئة، يُضيف ميثاق البيئة شروط تكميلية لمبدأ المساواة ".

– كما أراد أن يطبق هذه المواد في نفس الوقت الذي يُطبق فيه مبدأ المساواة، فذكر بأن الالتزامات البيئية بالحماية والوقاية والاصلاح تفرض على كل شخص، وبأنه لا يمكن اعفاء الصناعيين و المصدريين الأساسيين للغاز.

وقد أشار المجلس الدستوري بنفس المناسبة، إلى أن الالتزامات البيئية الناتجة عن الميثاق تفرض على كل شخص، ما يسمح منطقيا لكل متقاضي بالمطالبة باحترامها أمام المحاكم [1].

وبالمثل فإن مدى قرار قانون المركبات المعدلة وراثيا لسنة 2008 يبقى محدودا جدا، فأحكام القانون قد تمت مراقبتها لعيب عدم الاختصاص وليس لاعتبارات بيئية، رغم أن البرلمانيين حينما أحالو هذا القانون أمام المجلس الدستوري، دفعوا بأنه مخالف للمواد 5 و7 من الميثاق، فتجاهل المجلس هذه المواد وقرّر:" بأنه لا يعود إلا للمشرع تحديد الشروط والحدود التي يمارس في اطارها حق كل شخص في الوصول إلى المعلومات الصحيحة المتعلقة بالبيئة ...، وبأنه لا يعود للسلطة التنظيمية إلا اتخاذ الاجراءات التطبيقية للشروط والحدود الموضوعة من طرف المشرع" [2].

يبقى أن هذا الاعتراف لا يعزز بالضرورة فعالية أحكام ميثاق البيئة، فإذا كان يشكل من الناحية النظرية ضمانة ديمقراطية، فليس له من الناحية العملية أي تأثير إيجابي، ذلك أن المشرع كالسلطة التنظيمية قد يحاولان الحد من فعالية هذه المبادئ.

وإذا كان هذا القرار قد بيّن بوضوح اعتراف المجلس الدستوري بالقيمة الدستورية للحقوق والواجبات الواردة في الميثاق، فإن هذه الرقابة كانت عميقة نسبيا على مدى احترام مبدأ الحيطة، ومحدودة بالنسبة لمدى احترام الحق في الاعلام، وهذا ما يُكرس تمييز المجلس الدستوري بين مختلف مبادئ الميثاق.

---

[1] - N. Huten, M. A. cohendet, Op. Cit., p. 42.

[2] - L. Janicot, note sous CE. 3 octobre 2008, commune d'Annecy, RFDA. N6, Novembre-décembre, 2008, p. 1159.

وإذا كان هذا هو موقف المجلس الدستوري بخصوص ميثاق البيئة، فإن القرارات الأولى الصادرة عن مجلس الد الفرنسي في 2006 و2007، تشير إلى وجود تردد من طرف الجهة القضائية العليا في تطبيق الميثاق. فبموجب قراره المؤرخ في 19 جوان 2006 [1]، قضى مجلس الدولة بأنه: "عندما تتخذ نصوص تشريعية لضمان تنفيذ المبادئ المعلنة في المواد 1 و2 و6 من ميثاق البيئة...، فإن مشروعية هذه القرارات الادارية تقدر بالنظر إلى هذه الأحكام، مع التحفظ بشأن الأحكام التشريعية السابقة لدخول الميثاق حيز النفاذ والتي لا تتلاءم مع مقتضياته" [2].

يبدو بأن هذا الحل يستند إلى أساس غامض، بالإضافة إلى أنه ينقل إلى الميثاق القضاء محل الجدل الكبير، المتعلق بالمواد الغامضة بديباجة 1946، التي لا تفرض على الادارة في غياب توضيح كاف يتم بموجب الأحكام المتضمنة في القوانين أو الاتفاقيات الدولية المدمجة في القانون الفرنسي، وهنا تكمن خطورة هذا الحل، ولحسن الحظ فقد تم العدول عنه بموجب قرارات لاحقة [3].

1- التطبيق المباشر والمتغير للميثاق

بيّن قرار بلدية Annecy [4] المؤرخ في2008/10/03، توضيح لتتابع يقظة ميثاق البيئة، حيث فصل مجلس الدولة نظريا في مسألة تتمثل فيما يلي: إذا لم يتخذ أي نص تشريعي يوضح كيفية تطبيق مبدأ في الميثاق، فهل يمكن الاستناد مباشرة إلى هذا المبدأ أمام القضاء ؟ إجابة على هذا التساؤل وبموجب هذا القرار اعترف مجلس الدولة بوضوح بالتطبيق المباشر لمبادئ الميثاق عند سكوت المشرع، وبالاستعانة بالقانون في الحالات الأخرى.

- التطبيق المباشر للميثاق في حالة سكوت القانون

وُلد قرار مجلس الدولة في هذه القضية، بسبب طعن لتجاوز السلطة، ضد مرسوم تطبيقي (متخذ من طرف السلطة التنظيمية) للقانون المؤرخ في 2005/02/23، وكان موضوع هذا المرسوم هو تحديد إجراء الإعلام والمشاركة السابقين لتحديد مناطق تطبيق القانون الساحلي حول بحيرات الجبل الكبرى، وقد ذكرت البلدية بأن هذا المرسوم جاء مخالفا للمادة 7 من الميثاق المتعلقة بمبدئي الإعلام والمشاركة [5]. إلى هذا القرار لم تتح الفرصة للقاضي الإداري للتطبيق المباشر لأي نص من نصوص الميثاق باستثناء مبدأ الحيطة [6].

وقد اجتمعت شروط التطبيق المباشر للمادة 7، بدء فالمرسوم الذي اتخذ الميثاق تطبيقا له كان سابقا على الميثاق، ولا يشكل حاجزا، ثم أنه لا يوجد أي نص تشريعي ولا تعليمة أوربية ولا اتفاقية دولية تستطيع أن تضع مبدأ

---

1 - CE. 19 juin 2006, association eau et rivières de Bretagne, cité in N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 47.
2 - M. Long, P. weil, G. braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op. Cit., p.926.
3 - M. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 49
4 - M. Long et (al.), Op. Cit., p. 924.
5 - M. Long et (al.), Op. Cit., p. 924.
6 - CE. 6 et 1 avril 2006, ligue pour la protection des oiseaux, CE. 6, 1 et 13 juillet 2006, association France environnement, cité in N. Huten M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 50.

الإعلام والمشاركة موضع التنفيذ. في هذه الحالة فالنص الوحيد الذي يمكن تطبيقه بدون تردد هو ميثاق البيئة. وهذا قبل مجلس الدولة مراقبة دستورية المرسوم المتخذ بالنظر إلى المادة 7 من الميثاق، فقام بقراءة متقاطعة للمادة 7 مع المادة 34 من الدستور، واستنتج الاختصاص الحصري للمشرع لتحديد شروط و حدود مبدأ الإعلام والمشاركة. إذن لقد راقب القاضي الإداري المرسوم بالنظر إلى المادة 7 من الميثاق مباشرة، و بما أن أحكامه تساهم في إجراء الاستشارة والمشاركة الذي يعود حصريا للمشرع، فقد اعتبر أن المرسوم أتخذ من طرف هيئة غير مختصة ويجب إبطاله.

ومع ذلك اعتبر بعض الفقهاء بأن هذا القضاء غير صحيح إلا بالنسبة للقواعد المحددة والدقيقة، عكس قواعد الموضوع المفترض فيها الغموض، غير أن هذا التحليل لم يتم تأكيده بل تم نفيه بموجب الكثير من القرارات كما يلي:

ففي قرار 18 ديسمبر 2008، فحص مجلس الدولة الوجه المتعلق بالمادة 7 من الميثاق، ودون المرور عبر نصوص قانون البيئة، واعتبارا لأنه قد تم عقد الكثير من الاجتماعات العمومية للإعلام، وأن الوثائق قد تم توزيعها، فإن الجمعية المدعية لم تؤسس طلبها عندما ادعت أنه تم تجاهل المادة 7 من ميثاق البيئة. وهو نفس الحل الذي كرسه بموجب قراره المؤرخ في 23 فيفري 2009 [1]. يضاف إلى ذلك قرار 18 ماي 2009 الصادر عن المحكمة الاستئنافية الادارية ببوردو الذي طبقت بموجبه الميثاق بوضوح و بصورة مباشرة، فبعيدا عن رفض الوجه بسبب أن المواد المستند إليها شديدة الغموض قضت المحكمة بأنه: "لا ينتج عن التحقيق بأن ما يترتب عن الاستغلال، من شأنه أن يلحق ضررا بنوعية البيئة وبصحة مستعملي الماء". وبالتالي فإن الوجه المستخلص من تجاهل المواد الأولى والخامسة من الميثاق يجب تجاهله. وهكذا لم تلجأ المحكمة الإدارية الاستئنافية إلى أي نص تشريعي لتطبيق الميثاق [2].

وأخيرا وفي قرار 31 جويلية 2009 راقب مجلس الدولة مباشرة وبالنظر إلى المواد 3 و4 من الميثاق دستورية مرسوم صرّح الاشغال الضرورية لتحقيق مشروع مطار الغرب الكبير كمنفعة عمومية، وقد اعتبر بأنه: " وخلافا لما تم التماسه، فلا أحكام المادة 3 من ميثاق البيئة ولا أحكام مادته الرابعة تفرض إدراج أحكام خاصة في التصريح بالمنفعة العمومية". هنا أيضا لم يذكر مجلس الدولة بأن هذه المواد من الميثاق يجب أن تطبق باللجوء إلى الأحكام التشريعية، يتعلق الأمر اذن بالتطبيق المباشر للميثاق [3]. لكن إذا لم يجر القاضي الاداري عكس القاضي الدستوري أي تمييز بين مواد الميثاق فهو يطبق مباشرة المواد الأولى والثالثة والرابعة والخامسة من الميثاق، دون تمييز حسب ما إذا كانت تحيل إلى القانون أو لا.

وقد شرح مفوض الحكومة Yann Aguila في مرافعته حول قرار بلدية Annecy ، بأنه يجب أن يتمكن كل متقاض من الاستناد إلى ميثاق البيئة أمام القاضي، وخاصة القاضي الاداري، فلا يكفي تكريس القيمة الدستورية، بل يجب أيضا الاستناد إليها، ذلك أن الاعتراف بالقيمة الدستورية للميثاق لا تحتاج إلى مناقشة ما دام القاضي الاداري يطبق الدستور كل الدستور، ونتيجة لهذا التحليل توصل إلى نتيجة مفادها أنه: " إذا كان مبدأ

[1] - Cité in N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 52.
[2] - N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 52.
[3] - Ibid., p. 53.

دستوري عام يمكن أن يشكل بصعوبة أساس مباشر للاعتراف بحق شخصي لصالح الفرد، فمن المفروض أن هذا الـ
يمكن الاستناد إليه دائما في اطار طعن لتجاوز السلطة ضد القرار التنظيمي" [1].

يطرح هذا السؤال خاصة إذا علمنا أن مجلس الدولة، سبق له أن قضى بأن مبدأ التضامن الوطني المعترف به في الفقرة 12 من ديباجة دستور1946، لا يشكل في غياب كل نص تشريعي أساسا لدعوى قضائية بالتعويض. لكنه اعترف بإمكانية الاستناد إلى هذا المبدأ في اطار الطعن لتجاوز السلطة. فإذا اتبعنا هذا المنطق فليس من الممكن الاستناد إلى ميثاق البيئة، أمام القاضي للتمكين من الحقوق التي يتضمنها في غياب النصوص التشريعية التي توضح طرق تطبيقها.

يبقى أن هذا المنطق لا يمس بالحقوق التي يعترف بها الميثاق صراحة، كتلك التي تضمنتها المادة 7 منه، فالمشرع الدستوري كان أمامه الوقت الكافي لكي لا يسجل في الميثاق إلا المبادئ والأهداف، لكن ولأنه وضع حقوق فلا يوجد سبب لتكذيب النص بسبب غموض الصياغة، هذا إضافة إلى أن الاستحالة المادية للتكريس الكامل لهذا الحق سوف تكون مصدرا للا أمن القانوني [2].

وبهذا يكون مجلس الدولة قد أجاب على عدة أسئلة مبدئية منها: إمكانية استناد المتقاضيين الى ميثاق البيئة أمام القاضي الاداري، التأكيد على أنه لا الطابع الغامض للنص الدستوري ولا كونه يحيل إلى القانون، بإمكانه أن يشكل عائق أمام الاستناد إليه ضد قرار إداري غير مشروع، كما ذُكّر بالحدود الواجب الأخذ بها في حالة نظرية القانون الحاجز [3].

– التطبيق المُدعم للميثاق بواسطة قانون

لم يرفض مجلس الدولة إطلاقا في القرارات التي أصدرها تطبيقا لقضاء " Eau et rivières De Bretagne" تطبيق الميثاق، كما يفعل عند ما يقابل حاجز تشريعي، بل العكس هو الصحيح، حيث أنه قرر تطبيق الميثاق على ضوء الأحكام التشريعية التي تضع مبادئ الميثاق موضع التنفيذ، هذا ما يؤكده القرارين الحديثين التاليين:

– أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 07 ماي 2008 نتيجة لطعن بتجاوز السلطة، قدم من طرف جمعية حماية العصافير ضد التصريح بالمنفعة العمومية، لمشروع الطريق السريع، ذلك أنه يتعارض مع مبدأ التكامل الذي تضمنه المادة 6 من ميثاق البيئة. وقد فضل القاضي تطبيق المبدأ المذكور، على ضوء أحكام قانون البيئة، الذي يفرض على

---

[1] - Y. Aguila, « la valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement », RFDA. N°-6 Novembre – Décembre, 2008, p. 11.
[2] - N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 54.
[3] - L. Janicot, Op. Cit., p. 1159.

البرامج ومشاريع الأعمال شروط موجهة لحماية الأنواع الحيوانية، وبالنظر إلى ذلك اعتبر مجلس الدولة الاحتياطات الكافية قد اتخذت لتجنب اضطراب العصافير [1].

– وبالمثل قضى مجلس الدولة بموجب قراره المؤرخ في 23 أفريل2009، بأن الوجه المستخلص من تجاهل أحكام المادة 7 من الميثاق، يجب تقديره بالنظر إلى أحكام قانون البيئة. يتعلق الأمر بطعن لتجاوز السلطة مقدم من طرف العديد من الجمعيات ضد مرسوم أذن بإنشاء مفاعل نووي، وقد لاحظ مجلس الدولة بأنه وتطبيقا للأحكام التشريعية المتعلقة بالإعلام ومشاركة الجمهور، فإن النقاش والتحقيق العموميين قد تما قبل تسليم الترخيص بإنشاء المنشأة المتنازع عليها [2]، واستنتج بأن إجراءات إنشاء المشروع قد احترمت أحكام المادة 7 من الميثاق.

يتبّين من هذا القرار بأن الأحكام التشريعية لا تقلل من فعالية الميثاق، بل تساهم في تعزيزه.

2– التطبيق المباشر للميثاق في إطار الإلغاء الضمني

وضّح مجلس الدولة بموجب قراره المؤرخ في 19 جوان 2006 « Eau et rivière de Bretagne »، السالف الذكر بأنه: يمكن تطبيق الميثاق من خلال القوانين السابقة، بشرط ألا تكون متعارضة مع مقتضياته. وقد أصبحت هذه الفرضية أكثر ترجيحا، منذ قرار المجلس الدستوري المتعلق بالمركبات المعدلة وراثيا، وقرار مجلس الدولة المتعلق ببلدية Annecy، فكل حكم تشريعي سابق للميثاق، يفوض للسلطة التنفيذية مهمة تحديد المبادئ الأساسية لحماية البيئة، يجب اعتباره ملغى ضمنيا، ليس فقط بموجب المواد 3، 4 و7 من الميثاق، ولكن أيضا بموجب المادة 34 من الدستور.

– إلغاء الأحكام التشريعية المتعارضة (الغير منسجمة) مع الميثاق

أتيحت الفرصة لمجلس الدولة ليقول كلمته في هذا الموضوع، بموجب قراره الصادر في 12 جانفي 2009، في قضية جمعية فرنسا للطبيعة والبيئة، التي أثارت وجها مفاده أن المادة 512-17 من قانون البيئة ملغاه ضمنيا بموجب القانون الدستوري المؤرخ في 1 مارس 2005. هذه المادة تُلزم مستغل المنشأة المصنفة بالتزامات وقائية وإصلاحية، عندما يغلق هذه المنشأة، وقد أحالت كيفيات التطبيق لهذه الالتزامات إلى مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء. فلاحظ المدعون بأن هذه الأحكام التشريعية السابقة للقانون الدستوري ملغاة ضمنيا، بموجب المواد 3، 4 و7 من الميثاق، لأن المادة 3 من الميثاق تنص على أن الالتزام بالحفاظ على البيئة يمارس في إطار الشروط المنصوص عليها قانونا، وتنص المادة 4 على أن كل شخص ملزم بالمساهمة في إصلاح الأعطاب المضرة بالبيئة، وفق الشروط المنصوص عليها قانونا. أخيرا تنص المادة 7 على الاختصاص الحصري للمشرع في تحديد شروط وحدود الحقوق المعترف بها.

1 - N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 56.
2 - M .Long et (al.), Op. Cit., p. 927 ; N. Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p .56 .

بعد دراسة العريضة، توصل مجلس الدولة إلى أن النص التشريعي السابق للميثاق، والذي فوض صراحه للسلطة التنظيمية وضع شروط وحدود مبدأ من مبادئه، غير متناسب مع الميثاق، ويجب اعتباره ملغى ضمنيا [1].

وبالمثل صرّح مجلس الدولة بموجب قراره المؤرخ في 24 جويلية 2009، بالإلغاء الضمني للمادة 124-3 من قانون البيئة، لأنها أحالت إلى مرسوم يتخذ في مجلس الوزراء تحديد الطرق التي بمقتضاها تضمن السلطة الإدارية طرق إعلام الجمهور [2]. يظهر جليا الطابع السطحي لرقابة الإلغاء الضمني، فالأمر يتعلق برقابة ملائمة وتوافق وليس برقابة مطابقة، والتي لا تكون فعالة عند القيام برقابة الدستورية الخارجية، لذلك فإن القاضي الإداري مطالب بتفسير الميثاق تفسيرا صارما[3].

– التطبيق المباشر للميثاق تبعا لإلغاء قانون مخالف

عندما يتحقق القاضي من البطلان الضمني لحكم تشريعي، أصبح متعارضا مع الدستور فلا يستطيع أن يعتبره بأنه قادر على أن يضع مبادئ الميثاق موضع التنفيذ، وعندئذ فلا مانع من أن يراقب دستورية القرار المتخذ تطبيقا للنص الملغى مباشرة بالنظر للميثاق. وهكذا وفي القرار السابق المؤرخ في 24 جويلية 2009، راقب مجلس الدولة مباشرة وبالنظر للمواد 3 و7 من الميثاق، مشروعية مرسوم متخذ تطبيقا لنص تشريعي ملغى.

لقد أكد هذا القرار أن الحل المتخذ من طرف مجلس الدولة، في قرار بلدية Annecy ليس صحيحا فقط بالنسبة للمادة 7، فالمادة 3 أنشأت أيضا اختصاص المشرع، وبالتالي فإن السلطة التنظيمية ليست مختصة إلا فيما يتعلق بالإجراءات التطبيقية للشروط المحددة قانونا. يبقى السؤال مطروحا حول ما إذا كان بالإمكان تطبيق هذا القضاء على مواد الميثاق الأخرى التي لا تشير إطلاقا الى اختصاص المشرع خاصة المواد 1 ، 2 و6 ؟

فلو أتبعنا منطق المجلس الدستوري في قرار المركبات المعدلة وراثيا، فإن المادة 34 من الدستور، تكفي لإنشاء إختصاص للمشرع، لكن ليس من المؤكد أن مجلس الدولة سيسير كذلك خاصة فيما يتعلق بمبدأ الحيطة.

في الواقع سيطرح هذا المشكل، خاصة إذا علمنا أن القضاة لا يملكون سلاحا لمواجهة امتناع المشرع، كما لا يستطيعون إجبار البرلمانيين على ضمان فعالية الميثـاق. زد على ذلك، أن هذا المشكل قد يطرح حتى بصدد المواد التي يتعلق تطبيقها بتدخل المشرع، فهذا الأخير بإمكانه أن يشل نص الميثاق بامتناعه أو تقصيره، وفي هذه الحالة لا توجد في مواجهته أي وسيلة للإجبار.

وبالتالي فإن قرار 3 أكتوبر 2008، قد بيّن عجز النظام القانوني الفرنسي في مجال حماية الحقوق الأساسية، لذلك فإن الاعتراف باختصاص مكمل لصالح السلطة التنظيمية، كان سيسمح بضمان حماية فعالة لهذه الحقوق الأساسية التي يتضمنها الميثاق في مواجهة امتناع المشرع، لكن سيكون لهذا الحل نتائج سياسية صعبة القبول.

---

1 - N . Huten, M. A. Cohendet, Op. Cit., p. 57.
2 - N. Huten, M. A. Cohendet, Ibid., p. 57
3 - Ibid., p. 58, 59.

فالاعتراف للسلطة التنظيمية بإمكانية إكمال دور المشرع، سوف يؤدي إلى التعزيز المعتبر لدورها إلى درجة إعدام البرلمان. لذلك تبقى الوسيلة الوحيدة للتوفيق بين الاختصاص الحصري للمشرع وحماية الحقوق الأساسية المتضمنة في الميثاق، هي الإمكانية وأيضا الالتزام بالنسبة للإدارة بأن تسهر على احترام هذه الحقوق عند وضع قراراتها في انتظار تبني القانون هذا من جهة [1].

ومن جهة أخرى، ولحسن الحظ أن المجلس الدستوري قد منع المشرع من تبني قانون جديد يضمن أقل من السابق احترام قاعدة ذات قيمة دستورية، فمن الممكن أن تكون الإجراءات الجديدة مختلفة جدا عن السابقة بشرط ألا تنقص أو تقلل من فعالية الدستور. لكن هذا الأثر سائر في التراجع، فالمشرع ليس مجبرا من الآن فصاعدا إلا بعدم إلحاق ضرر بجوهر الحق. وهذا ما يبرر تشاؤم الكثيرين بشأن فعالية الميثاق. ويبقى الأمل في الدور الذي من الممكن أن تلعبه المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان في حث كل من المشرع والقضاة الفرنسيين على ضمان فعالية الميثاق، خاصة بعد أن أكدت بأنه يوجد واجب أساسي في وضع إطار تشريعي وإداري يهدف إلى الحفاظ على البيئة والصحة العمومية، وأنها لا تتردد في إدانة الدولة التي لا تلتزم بهذه الالتزامات لخرقها للمادة 8 من الاتفاقية [2].

ثانيا: ديباجة الدستور الجزائري

تتكون ديباجة الدستور الجزائري من مجموعة من العموميات، التي تقدس الكفاح التحرري للشعب الجزائري، ومن ضمن المبادئ الأساسية التي تكرسها، نجد سيادة الإرادة الشعبية، مبدأ المشروعية، رقابة تدخل السلطات العمومية...، كما تطرقت الديباجة إلى المكونات الأساسية لهوية الشعب وهي: الإسلام والعروبة والأمازيغية، فيما كرس بقية النص لصراع الشعب ضد الاستعمار.

إن أول ملاحظة نسجلها على ديباجة الدستور الجزائري، هو أن ما وردت الإشارة إليه في الديباجة من حقوق ومبادئ على قلتها، قد ورد النص عليها أيضا في صلب الدستور [3]. من ذلك الفقرة التالية: "...والمكونات الأساسية لهويتها، وهي الإسلام والعروبة والأمازيغية ..."، هذه الفقرة من الديباجة تضمنت النص عليها المواد 1، 2، 3 مكرر كما يلي:

المادة 1 : الجزائر جمهورية ديمقراطية شعبية وهي وحدة لا تتجزأ.

المادة 2: الإسلام دين الدولة.

المادة 3 : اللغة العربية هي اللغة الوطنية الرسمية.

---

1 - L. Janicot, Op. Cit., p. 1165

2 - Cour EDH, 27 janvier 2009, Tatar c/ Roumanie, Revue juridique de l'environnement, N°- 1, 2010, p. 61.

3 – مسعود شيهوب، " دولة القانون و دولة المشروعية "، حوليات، مجلة تصدر عن مخبر الدراسات و البحوث حول المغرب العربي و البحر الأبيض المتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، العدد 4، 2001 ، ص. 40 .

ومن ثم فحتى وإن كانت الديباجة جزء لا يتجزأ من الدستور، وتأخذ سموه ومرتبته، إلا أن العبرة بالنصوص الدستورية طالما أنها تشكل انعكاسا للمبادئ المتضمنة في الديباجة.

الفرع الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري لمتن الدستور

يعتبر خروج تدبير الضبط الإداري على نصوص الدستور، مخالفة مباشرة للقواعد القانونية تُجرده بالضرورة من كل قيمة قانونية [1]. وفي الحالة المعاكسة يقضي القاضي بمشروعية هذا التدبير، وفي هذا الاطار يندرج قرار مجلس الدولة الفرنسي القاضي بمشروعية رفض سلطات الضبط الإداري، طلب جمعية الترخيص لها بمظاهرة، لأن المظاهرة محل الطلب تخالف الدستور، ولا يجوز الترخيص بها، وبناء على ذلك فإن سلطة الضبط الإداري برفضها منح الجمعية الترخيص، لم تفعل سوى فرض احترام القانون، بل طبقت حكم الدستور تطبيقا صحيحا، ولو أنها منحت هذا الترخيص لكان ذلك مخالفا للدستور[2].

ويستثنى من ذلك في فرنسا، الحالة التي يوجد فيها بين تدبير الضبط الإداري والدستور حاجز تشريعي écran législatif أو قانون حاجز loi-écran ، وتعني هذه الحالة أن هذا القرار الإداري اتخذ بناء على قانون هو نفسه غير دستوري، فإذا ما دفع أمام القاضي الإداري أو العادي بعدم دستورية قرار ضبطي، وثبت له أن الدفع يقوم على أساس عدم دستورية قانون اتخذ إعمالا له، تعين على القاضي في هذه الحالة أن يرفض الدفع، وإلا تعدى على اختصاص المجلس الدستوري، فالاختصاص المعترف به لهذا الأخير بموجب المادة 61 من دستور 1958، يمكن أن يفهم على أنه يستبعد اختصاص القاضي العادي في الموضوع [3].

إضافة إلى هذا فإن القضاء قد استقر في فرنسا منذ قرار Arrighi [4]، على أنه لا يمكن لا للقاضي العادي ولا الإداري البحث في دستورية القانون الحاجز، وقد جاء في هذا القرار أنه: " في الوضع الحالي للقانون العام الفرنسي، فإن الوجه الذي بموجبه تكون المادة 36 من قانون 1934/02/28 مخالفة للقوانين الدستورية، ليس من طبيعته أن يناقش أمام مجلس الدولة الفاصل في النزاع " [5].

فهذا القانون الذي يتضمن أحكاما موضوعية، لا يمكن الحكم عليه من طرف الجهات القضائية، يشكل حاجزا، وهذا ما يمنع من مجازاة الإدارة بسبب انتهاك الدستور. إنها نتيجة متناقضة لكن لا يمكن مناقشتها بالنظر إلى المبدأ التقليدي لرقابة القانون، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن كل من القاضي الإداري والقاضي العادي ليس بإمكانهما إحالة "القانون الحاجز" الذي يحكم موضوع النزاع أو "نص من نصوصه" إلى المجلس الدستوري لبحث

---

1 - J. Castagne, Op. Cit. , p. 117 ; D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes individuels par le juge judiciaire, LGDJ. Paris, 1995, p.151.
2 - CE. 26 octobre 1956, association des combattants de la paix et de la liberté, et cité in, J. Castagné, Ibid., p. 118.
3 - CE. 05 janvier 2005, AJDA. 2005 p.845 ; D. Tsevas, Ibid., p. 151.
4 - CE. 06 novembre 1936, cité in, P. L. Frier, J. petit, Op. Cit., p. 45.
5 - P. Frier, J. Petit, Op. Cit., p. 45.

مدى دستوريته، لأن الرقابة الدستورية في فرنسا هي رقابة سابقة. وقد حددت المادة 61 من دستور 1958 أصحاب الصفة في طرحها وهم: رئيس الجمهورية، الوزير الأول، رئيس المجلس الوطني، رئيس مجلس الشيوخ، أو 60 نائبا أو 60 عضوا من مجلس الشيوخ [1].

وبالمثل لا يمكن للقاضي الإداري في الجزائر أن يحكم ببطلان قرار إداري مخالف للدستور، لأنه اتخذ تطبيقا لقانون غير دستوري، فمن القانون الحاجز استمد القرار الإداري عدم دستوريته [2]. وعلى خلاف الوضع في فرنسا، ففي الجزائر يمكن بالإضافة إلى إمكانية إخطار المجلس الدستوري قبل إصدار القانون، فكذلك يمكن إخطاره بعد إصدار القانون، تطبيقا للمادة 165 [3] من دستور 1996. لكن النتيجة واحدة في الجزائر كما في فرنسا، وهي أنه لا يمكن للقاضي معاقبة الإدارة على انتهاكها للدستور، ذلك أن المادة 166 من الدستور، قد حصرت أصحاب الصفة في إخطار المجلس الدستوري في رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة [4].

إن هذه الحالة تختلف على تلك التي يتم الأمر فيها بلائحة مستقلة، كما هو الحال بالنسبة للّوائح التنظيمية المستقلة الصادرة عن رئيس الجمهورية، تطبيقا لنص المادة 125– 1 [5] من دستور 1996. حيث يجوز في هذه الحالة للقاضي الإداري أن يحكم بإلغاء القرار الإداري بالاستناد إلى عدم دستوريته [6]. وهو الحل المكرس في فرنسا منذ قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 26 جوان 1959 [7]، الذي قبل بموجبه ممارسة الرقابة القضائية لدستورية التنظيمات المستقلة، وقراره الصادر في 12 فيفري 1960 [8]، الذي قبل بموجبه صراحة الطعن لتجاوز السلطة ضد التنظيمات المستقلة المتخذة في مجال جنائي بحت، وبفعل التوازي الموجود بين الطعن لتجاوز السلطة والدفع بعدم المشروعية، فمن الطبيعي أن يتحقق القاضي الجنائي من مشروعية التنظيمات المستقلة عن طريق هذا الدفع [9]. نتيجة لذلك، فإنه وفي الحالة التي تتخذ فيها هذه التنظيمات المستقلة في المجال الردعي، في اطار تنظيمات الإدارة العمومية، فإن هذا لا يمنع مجلس الدولة ولا محكمة النقض من قبول الطعن لتجاوز السلطة [10]، والدفع بعدم المشروعية [1]، في في مواجهتها.

---

[1] - Art 61 de la constitution française : « … aux même fins, les lois peuvent être déférées au conseil constitutionnel avant leur promulgation, par le président de la république, le premier ministre, le président de l'assemblée nationale, le président du sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs …»

[2] - R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op, Cit., p. 27.

[3] – إذا ارتأى المجلس الدستوري أن نصا تشريعيا أو تنظيميا غير دستوري، يفقد هذا النص أثره، ابتداء من يوم قرار المجلس.

[4] – نصت المادة 166 من الدستور على ما يلي: " يخطر رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الشعبي الوطني أو رئيس مجلس الأمة، المجلس الدستوري.

[5] – يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية غير المخصصة للقانون ."

[6] – مسعود شيهوب،" دولة القانون ودولة المشروعية"، المرجع السابق، ص. 45.

[7] - CE. 26 juin 1959, « Syndicat général des ingénieurs – conseils », M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, Op. Cit., p. 498.

[8] - CE. 12 février 1960, D. 1960, p. 236, Note L'huillier.

[9] - D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes individuels par le juge judiciaire, Op. Cit., p. 152.

[10] - CE. 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'Est et autre, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, Op. Cit., p. 107.

وبالعودة الى موضوع منع القاضي الاداري كالعادي، من مراقبة مدى دستورية القرار الاداري، المتخذ تطبيقا لنص قانوني مخالف للدستور، يرى الأستاذ مسعود شيهوب بأنه:" إذا كانت الرقابة على دستورية القوانين عن طريق الدعوى لا يمكن إلا أن تكون مستبعدة من نطاق اختصاص القاضي الإداري، لأنها من صلاحيات المجلس الدستوري بنص الدستور، ومن ثمة لا يمكن أن تكون في ذات الوقت من اختصاص جهة أخرى، حتى ولو كانت جهة قضائية، فإن الأمر بالنسبة للرقابة عن طريق الدفع تختلف.

إن عدة عوامل تفرض منح دور ما للقاضي الإداري لحماية المشروعية، بمناسبة نظر الطعون المرفوعة أمامه ضد القرارات الإدارية، وبطبيعة الحال لا يمكن أن يكون هذا الدور هو نفسه الدور الممنوح للمجلس الدستوري (الإلغاء)... يجب البحث عن حل توفيقي يحترم النصوص الدستورية حول الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين من جهة، ويستجيب من جهة أخرى إلى الاعتبارات التي تتعلق بأسس النظام القضائي، وإقامة العدالة والحفاظ على المشروعية، ومن هذه الاعتبارات ما يلي:

أن هذا الرأي لا يستجيب لمتطلبات المشروعية، ذلك أن القاضي يجد نفسه أمام حالة صارخة لهتك المشروعية، فالأمر يتعلق بمخالفة أعلى مصدر من مصادر المشروعية، ألا وهو النص الدستوري، ومع ذلك يجد نفسه مدعو إلى تطبيق قانون غير دستوري، وممنوعا من أن يلعب دور باتجاه تفادي تكريس عدم الدستورية، خاصة عندما تكون الدعوى المنشورة أمامه دعوى إلغاء، فهو في هذه الحالة قاضي المشروعية وقاضي النظام العمومي، أليس من الأفضل القول بأنه من حق القاضي عندما يتقدم أمامه الخصم بالدفع بعدم دستورية القانون الذي أسست عليه الإدارة القرار محل الطعن، أن يستبعد تطبيق القانون ويحكم بإلغاء القرار، لأن الإلغاء من صلاحيات المجلس الدستوري دون غيره ؟[2]

وعلى منطقية هذا الرأي وجديته، فإننا نميل إلى ترجيح الرأي القائل بأنه من أجل تجنب النتائج الغير منطقية السابقة الإشارة إليها، فإنه يجب السماح للقاضي الإداري أو القاضي العادي، إذا ما واجهته أثناء تطبيق قانون ما، شك جدي في عدم دستوريته، أن يخطر المجلس الدستوري بالموضوع، فإذا ما فصل الأخير في مدى مطابقة القانون للدستور، وصرح بعدم دستوريته، يتوقف هذا القانون عن لعب دور الحاجز، ويبطل بالتبعية القرار الإداري المتخذ تطبيقا له [3]. وقد فضلنا هذا الرأي على الرأي الأول، لأنه يحترم الاختصاصات الدستورية، ويسمح للمجلس الدستوري أن يمارس دوره بعد إحالة القضية من طرف القاضي، كما يسمح للأخير بعد ذلك بالقيام بدوره في حراسة المشروعية. فهل سيوسع المشرع الدستوري الجزائري بموجب التعديل الدستوري المزمع إجراؤه في 2013 أو 2014 الحق في إخطار المجلس الدستوري الى القضاة ؟

---

[1] - crim. 26 avril 1951, D. 1951, p. 601, rapport Pepy.

[2] – مسعود شيهوب ، دولة القانون ودولة المشروعية، المرجع السابق، ص. 45 – 48

[3] - P. L. Frier, J. Petit., Op. Cit., p. 46.

تعد المعاهدات الدولية إتفاقات تعقدها الدول فيما بينها بهدف إنشاء أو تعديل أو إنهاء علاقة قانونية دولية، وتحديد القواعد التي تخضع لها هذه العلاقة [1].

ومن المستقر عليه في القانون الدولي أن المعاهدة، إذا ما انعقدت انعقادا صحيحا واستوفت شروطها، فإنها تلزم جميع الدول التي أبرمتها، وذلك تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بتقييد المتعاقد بتعاقده، وقد أكدت اتفاقية فينا لقانون المعاهدات المبرمة عام 1969 هذه القاعدة، حيث نصت في المادة 269 على أن: "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية ". حيث تنشئ المعاهدات فيما بين الدول المتعاقدة حقوقا وتفرض عليها التزامات، وهذه الحقوق وتلك الالتزامات تترتب لأطراف المعاهدة بوصفهم دولا تتمتع بالشخصية الدولية.

وقد تباينت أحكام الدساتير حول القوة الإلزامية للمعاهدات في القانون الداخلي، فمن الدول من ينص دستورها على وجوب صياغة المعاهدة في قالب التشريع الداخلي، لكي تلزم سلطتها الداخلية بتنفيذ ما ورد فيها من أحكام. ومنها من أعطى دستورها للمعاهدة الدولية قوة القانون، ومنها ما ينص على سمو المعاهدات على القانون الداخلي، ومنها ما ينص على احتلال المعاهدات مرتبة وسطى بين الدستور والقانون العادي. وفي جميع الأحوال، فإن القرارات الضبطية الصادرة خلافا لمعاهدة تمت المصادقة عليها تعتبر قرارات غير مشروعة لأنها تخالف نصا أعلى منها.

ولقد تطور موقف كل من المشرع الدستوري والقاضي الوطني في فرنسا وفي الجزائر، من أجل الوصول إلى التكريس الدستوري لسمو المعاهدات الدولية على القوانين، بموجب دستور 1958 الفرنسي ودستور 1989 الجزائري. إلا أننا نفضل في كل مرة البدء بدراسة الوضع في فرنسا قبل دراسته في الجزائر، باعتبار أن الدساتير الفرنسية كانت الأسبق في الوجود.

الفرع الأول: التكريس الدستوري للمساواة بين القانون والمعاهدات الدولية

نشير قبل البدء في تحليل هذا العنصر، إلى أن الكثير من الدساتير التي عرفتها فرنسا منذ 1791، لم تتطرق للالتزامات الدولية، إلا من أجل تحديد الجهة المختصة بالقيام بالمفاوضات وبإبرام الاتفاقيات وبالمصادقة عليها، والمتمثلة في السلطة التنفيذية. لكن لم تتطرق هذه الدساتير لقيمة هذه النصوص الدولية على المستوى الداخلي، مع ذلك يبدو بأن هذا السكوت ليس له تأثير، ذلك أن أحكام هذه النصوص تعني الدول ولا تعني الأفراد والمؤسسات والمرافق الإدارية [2]، بالإضافة إلى أن الإدارة ليست ملزمة باحترام مثل هذه القواعد إلا إذا قبلتها. وهنا نكون بصدد مجال من أكبر المجالات التي يُعلن فيها القاضي عدم اختصاصه استنادا إلى نظرية أعمال السيادة، حيث يرفض الأخير

[1] – محمد فوزي نويجي، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دراسة تحليلية نقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص. 185، نقلا عن، علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص. 525 .

[2] - M. C. Rouault, H. Faupin, « les rapports entre actes administratifs d'une part, lois d'autre part », annadroit, droit administratif, Gualino éditeur, 2005, p. 92.

التدخل في العلاقات الدولية مستعملا هذه النظرية [1]، وينتج عن ذلك أن الطاعن لا يستطيع الحصول على بط التدبير الضبطي المخالف لاتفاقية دولية في هذه الفترة.

وفي الجزائر اتخذ دستور الجزائر المستقلة لسنة 1963 نفس الموقف، إذ أغفل كلية التطرق إلى مشكلة العلاقة بين القانون الجزائري والمعاهدات الدولية، كما أنه لم يتناول مسألة التناقص بين المعاهدات التي تبرمها الدولة والقوانين الداخلية، سواء تمثلت في الدستور أم في القوانين العادية، واقتصر في مادته 42، على ذكر عملية إدماج المعاهدات في النظام القانوني الداخلي عن طريق مصادقة رئيس الدولة عليها، وبذلك لم يكن بإمكان القاضي الجزائري تطبيق القواعد الدولية، ما لم يتم تبنيها في النظام الداخلي بتحويلها إلى قواعد داخلية يتضمنها تشريع أو مرسوم تصدره الدولة، كما لم يخول إلى المجلس الدستوري الذي نص عليه الدستور اختصاص النظر في دستورية المعاهدات [2].

وعلى خلاف ذلك تصدى الدستور الجزائري لسنة 1976، للعلاقة بين المعاهدة الدولية والقانون، بموجب المادة 159 منه [3]، التي ساوت المعاهدة التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، وفقا للشروط المنصوص عليها في الدستور بالقانون، وهذا يعني إمكانية إلغاء أو تعديل معاهدة دولية تمت المصادقة عليها بواسطة قانون لاحق، وعلى العكس من ذلك، فإنه لا يمكن للمعاهدة أن تلغي أو تعدل بذاتها نصا قانونيا سابقا ما لم يتم تبنيها أو اعتمادها في النظام القانوني الداخلي. ولذلك نصت المادة 158 من الدستور، على أن مصادقة رئيس الجمهورية على المعاهدات التي تعدل محتوى القانون، لا تتم إلا بعد الموافقة الصريحة عليها من المجلس الشعبي الوطني. فالموافقة الصريحة للجهاز التشريعي، تعني اعتماد هذا الأخير لتشريع جديد معدل للقانون السابق، طبقا للمبدأ القائل بأن القاعدة الجديدة تسمو على القاعدة القديمة، المماثلة لها والمتعارضة معها في المضمون [4].

ونتيجة لتكريسه لمبدأ المساواة القانونية بين القانون العادي والقواعد الإتفاقية المدمجة في النظام الداخلي، رتب المشرع الدستوري على ذلك، سمو القواعد الدستورية على القانون الدولي الإتفاقي بموجب المادة 160 من الدستور [5]. ومع ذلك فإن فعالية هذه المادة تتوقف على وجود آلية يمكنها الفصل في مدى دستورية المعاهدات، وهنا تكمن نقطة الضعف الرئيسية لدستور 1976 في هذا المجال حيث لم ينص على وجود سلطة تسهر على دستورية القوانين [6].

---

[1] - R. Zouaimia, M.C. Rouault, Op. Cit., p. 29

[2] – الخير قشي، "تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية و الإنسانية لجامعة باتنة، العدد 04، 1995، ص.13، 14.

[3] – نصت المادة 159 من دستور 1976 على ما يلي: "المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية طبقا للأحكام المنصوص عليها في الدستور، تكتسب قوة القانون".

[4] – الخير قشي، المرجع السابق، ص. 15.

[5] – تنص هذه المادة على ما يلي: " إذا حصل تناقض بين أحكام المعاهدة أو جزء منها و الدستور لا يؤذن بالمصادقة عليها، إلا بعد تعديل الدستور".

[6] – الخير قشي، المرجع نفسه، ص. 16 .

يُضاف إلى هذا أنه تم تقييد سلطة القاضي العادي في مراقبة مدى وجود التصديق وشرعية النشر، دون التطرق إلى بحث مدى شرعية التصديق في حد ذاته، وفي هذا الوضع قد تفرض على السلطة القضائية أحكام المعاهدات المعدلة لأحكام القانون، والتي تمت المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية، دون عرضها على الجهاز التشريعي.

الفرع الثاني: التكريس الدستوري لسمو المعاهدات الدولية

لقد تطور موقف المشرع الدستوري الفرنسي إتجاه مكانة المعاهدات الدولية في هرم القواعد القانونية، ضمن هذا التطور أكدت المادة 55 من دستور 1958 على أن: " المعاهدات والاتفاقيات المصادق عليها أو المعتمدة بطريقة قانونية، تكتسب منذ نشرها قوة أعلى من قوة القانون، شريطة أن يطبقها المتعاقد الآخر" [1].

وبالمثل تطور موقف المشرع الدستوري الجزائري، إتجاه مكانة المعاهدات الدولية في تدرج القواعد القانونية، حيث تخلى دستور 1989 عن مبدأ المساواة بين المعاهدات والقانون الداخلي، فقد نصت المادة 132 من دستور 1996، وهي تقابل المادة 123 من دستور 1989، والتي تتضمن نفس المبدأ، على سمو المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية حسب الشروط المنصوص عليها في القانون على القانون. ينتج عن القراءة المتأنية لهذين النصين الدستوريين ما يلي:

بالنسبة لمجال النصين الدستوريين: كرست المادة 132 من دستور 1996 مبدأ سمو المعاهدات، لكن هذا المبدأ يبقى محدود، ذلك أن المشرع الدستوري حصره في المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية، بمعنى أنه استبعد الاتفاقيات التنفيذية ذات الشكل المبسط، لذلك نفهم قصد المشرع الدستوري الفرنسي عندما نص في المادة 55 سالفة الذكر على ما يلي: " ...المعاهدات والاتفاقيات التي تم التصديق عليها، وفقا للقانون، أو التي اعتمدت... "، حتى يجعل من مصطلح المعاهدات يشمل المعاهدات التي صادق عليها رئيس الجمهورية والمعاهدات ذات الشكل المبسط، وهو ما جعل الأستاذ الخير قشي يدعو إلى تعديل نص المادة 123 من دستور 1989، بإضافة مصطلح " ... أو التي اعتمدت... "، لكن جاء التعديل الدستوري لسنة 1996 بنفس النقائص التي تضمنتها المادة 123 من دستور 1989.

أما بالنسبة لبدء سريان المعاهدة الدولية: إن المشكل الحقيقي الذي يواجه القاضي الجزائري، عندما تخالف الإدارة الضبطية معاهدة دولية، هو عدم تحديد دخول هذه المعاهدة حيز النفاذ. فلكي يُطبق القاضي الجزائري معاهدة ما، يجب عليه أن يتأكد أولا من جودها، أي هل الجزائر طرفا فيها أم لا، سواء بصفة أصلية أو بصفتها منظمة، وأن يتأكد أيضا من أن المصادقة عليها قد تمت وفق الشروط التي ينص عليها الدستور، أي بصفة نظامية.

[1] - « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure a celles de la loi, sous réserve de leur application par l'autre partie».

وفي فرنسا لا يكفي أن تكون المعاهدة مصادق عليها بل وأن يكون قد تم نشرها، وإن كان النشر قد ولكن بصفة غير نظامية، فإنها لا تكون مُلزمة للقاضي. إن النشر النظامي هو الذي يتم في الجريدة الرسمية [1].

إن نص المادة 132 من دستور 1996 لم يشر إلى إجراء النشر، فهل يكون عدم النص هذا لبداهة النشر، إذا ما افترضنا أن المصادقة (النظامية) حسب ما يقتضيه الدستور تتطلب حتما النشر ؟ أم أنه يمكن تصور حالات للتصديق الغير مصحوب بالنشر ؟ وفي هذه الحالة ألا يكون من الضروري النص على النشر في صلب الدستور [2] ؟

وأمام وضوح صياغة المادة 132 من الدستور النافذ (123 من دستور 1989)، اعتبر بعض الفقه أن مجرد المصادقة تعد كافية لإنتاج المعاهدة لآثارها، بل أنها لا تتطلب حتى إجراء النشر [3]، في حين ذهب البعض الآخر إلى أن القاضي الجزائري ملزم رغم ذلك بالتحقق من الوجود المادي ومن قانونية النشر، الذي يجب أن يتم في الجريدة الرسمية[4]، وهو الرأي الذي نؤيده.

ولعل القرار الأول الصادر عن المجلس الدستوري المؤرخ في 20 أوت 1989، بمناسبة رقابته على قانون الانتخابات لسنة 1989، يُدعم بشدة الإتجاه الأخير الذي نميل اليه، حيث جاء فيه:" بعد المصادقة عليها ومنذ نشرها، تدمج الاتفاقية في القانون الوطني، وتطبيقا لنص المادة 123 من الدستور، فإنها تحوز حجية أسمى من حجية القوانين، وبإمكان كل مواطن جزائري الإستناد إليها أمام المحاكم " [5]. وتطبيقا لذلك ألغى بعض نصوص القانون الانتخابي.

وفوق إجراء النشر، كشرط لبدء سريان المعاهدة في النظام القانوني الفرنسي، يضاف شرط آخر يتمثل في المعاملة بالمثل، فالمعاهدة أسمى من القانون الداخلي، متى طبقها المتعاقد الأخر، ولأن القاضي الإداري لا يتمتع بسلطة مراقبة ما إذا امتثلت الدول الأجنبية الموقعة للمعاهدة، فإذا ما أثير أمامه الوجه المستخلص من عدم احترام الإدارة للاتفاق الدولي، فإنه يتوقف عن الفصل فيه، حتى يوضح له وزير الشؤون الخارجية موقف الحكومة الفرنسية. هذا ويستطيع الوزير بمبادرته الخاصة، أن يثير شرط عدم تطبيق الدول الموقعة لشرط من شروط الإتفاقية، عندئذ يسجل القاضي تصريح الوزير بعدم توفر شرط المعاملة بالمثل، مما يجرد الوجه المستخلص من هذا الشرط من كل فعالية [6]. إن شرط المعاملة بالمثل ينفرد به النظام القانوني الفرنسي دون الجزائري.

---

[1] – وهكذا قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر بتاريخ 18 جوان 1965، أن الاتفاقية الفرنسية السويسرية، المتعلقة بالصيد في المياه الحدودية غير واجبة التطبيق لأنها لم تكن موضوع نشر نظامي، أشار إليه، مسعود شيهوب، المرجع السابق، هامش الصفحة 49 .

[2] – مسعود شيهوب، "دولة القانون ودولة المشروعية"، المرجع نفسه ، ص. 49، 50 .

[3] – الخير قشي، المرجع السابق، ص. 24 .

[4] - R. zouaimia, C. M. Rouault, Op. Cit., p. 29.

[5] – المجلس الدستوري، قرار رقم 01، المؤرخ في 20 أوت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات، ج ر ج ج، رقم 36، 1989.

[6] - R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 29.

ورغم وضوح النصوص في تكريس مبدأ سمو المعاهدات على القانون، إلا أن القاضي قد تطور موقفه تكريس السمو في بعض الأحيان، إلى رفض ترجيح المعاهدة على القانون وصولا إلى الاعتراف الكلي بسمو المعاهدات.

أولا – التكريس القضائي لسمو بعض القواعد الإتفاقية الدولية

أمام وضوح نص المادة 132 من الدستور النافذ، لم يجد القاضي الجزائري حرجا في تكريس هذا المبدأ، وهذا ما نلاحظه بمناسبة تطبيق أحكام قانون الإجراءات المدنية المنظمة للإكراه البدني، وبهذا الصدد استبعدت المحكمة العليا تطبيق أحكام هذا القانون بسبب مخالفتها لأحكام المادة الأولى من العهد الدولي المؤرخ في 16 ديسمبر 1966، المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية المصادق عليه من طرف الجزائر، وللميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب [1].

وفي فرنسا لم يثر أحيانا مبدأ سمو القواعد الدولية أية صعوبات، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي، مراقبة مدى مطابقة تدبير ضبطي (مرسوم تسليم) لاتفاق دولي يتعلق بالتسليم [2]، وقد كان هذا الاتفاق الدولي لاحق للقانون، في هذه الحالة، نستطيع أن نقول بأن القاعدة الجديدة (وهي المعاهدة) ألغت النص القديم وهو القانون.

وللوصول إلى مثل هذا التقدير من طرف القاضي، لا ينبغي القول بأن القاعدة الدولية أسمى من القانون، فيكفي أن تكون القاعدتين من نفس المستوى، ذلك أن زمن دخولها حيز النفاذ هو العامل الفاصل. وهذا لا يمنع بأنه حتى في حالة عدم التأكيد الصريح على سمو القواعد الدولية، فإنه ينتج عن هذا القضاء تغليبها أو سموها على القوانين الداخلية. فالتدابير الضبطية المتخذة في هذه المجالات، يجب أن تتطابق مع القواعد المدرجة في المعاهدة، وليست المدرجة في القانون، في حالة التعارض بين القاعدتين.

تبقى الإشارة إلى الفرضية التي يكون فيها القانون لاحق للاتفاق الدولي، فإذا كان المجال الذي يشمله القانون أوسع من المجال الذي تشمله المعاهدة الدولية يفسر القاضي القانون كاحتياط لتطبيق المعاهدة، فالاتفاق يستمر في التطبيق، في حين يطبق القانون على الوضعيات الغير مشمولة بالمعاهدة [3]. في هاتين الحالتين يجب أن تتطابق التدابير الضبطية مع القواعد المدرجة في المعاهدة.

ثانيا– رفض ترجيح المعاهدة على القانون الحديث

يمكن ألا تكون المجالات المشمولة بالقانون أو المعاهدة متماثلة، فما هو موقف القاضي في هذه الفرضية ؟ وفي حالة التعارض بين القواعد القانونية وتلك المدرجة في المعاهدة، هل يقبل القاضي أن يتمسك بالقاعدة الدولية، رغم أنها متبوعة بقاعدة مختلفة في القانون ؟

---

[1] – المحكمة العليا، قرار رقم 653 295 المؤرخ في 2003/02/26 أشار إليه:

R. Zouaimia, M. C. Rouault, Ibid., p. 29.

[2] - CE. 30 mai 1952, Dame Kirkwood, RDP. 1952, p. 781.

[3] - CE. 02 mai 1975, Mathis, Cité in M. C. Rouault et (al.), Op. Cit., p. 94.

في هذه الحالة رجّح القاضي باستمرار النص الأحدث، بمعنى القانون [1]، وقد اعتبر القاضي الإداري استبعاد القانون في هذه الحالة يؤدي إلى تقدير دستورية القاعدة التشريعية، وهو عمل ممنوع عليه [2]، ففي الفرضية التي يتضمن فيها القانون قواعد متعارضة مع النصوص الدولية، رفض مجلس الدولة الفرنسي إبطال القرار الإداري المخالف للمعاهدة، ولكي يقضي بصحته (القرار الإداري) يكفيه أن يتأكد من أن هذا الأخير يتطابق مع القاعدة القانونية الجديدة [3].

نتكلم هنا عن الحاجز التشريعي، فالقرار الإداري صدر مطابقا للقانون اللاحق، هذا القانون يشكل حاجزا بين القرار الإداري (التدبير الضبطي) والنص الدولي [4]. وقد حافظ القاضي الإداري على هذا الموقف لمدة طويلة، حيث أكد أنه لا يرفض أن يمنح كل القيمة للقواعد المدرجة في المعاهدات، وأنه يجب أن تحترم القرارات الادارية في الكثير من الحالات نصوص الاتفاقيات الدولية، إلا أن هذه الأولوية ليست نظامية، إذ أن أحكام القانون اللاحق بالإمكان الاستمرار في تطبيقها، حتى وإن كانت تتعارض مع أحكام المعاهدة الدولية [5].

أمام هذا الموقف من طرف مجلس الدولة، اعتبر المجلس الدستوري الفرنسي، بأنه لا يحق له مراقبة مدى احترام القوانين التي أحيلت أمامه للمعاهدات الدولية، وقد ذكر بأن: "القانون المخالف لمعاهدة لا يكون لهذا السبب مخالفا للدستور" [6]. وبهذا يكون المجلس الدستوري قد أعلن بأنه غير مختص في مثل هذا الوضع، ويكون بذلك قد أضفى على قاعدة سمو المعاهدات على القوانين " طابعا نسبيا ومحتملا " [7].

وعلى عكس هذا الموقف اعتبرت محكمة النقض الفرنسية، بأنه يعود إليها الفصل في حالة التنازع بين التشريع والمعاهدة، في المعنى الذي وضعه الدستور. بمعنى تغليب المعاهدة على القانون سواء كان سابقا [8] أو لاحقا [9]، وقد بقيت على هذا الموقف لحد الآن [10]، فالقاضي الجنائي كالقاضي المدني، يُرجح المعاهدات على القوانين. وبالتالي لم يتفق هذا الموقف من جانب القاضي العادي، الذي انتقد كثيرا على أساس أنه يؤدي الى رقابة دستورية القوانين، مع قضاء مجلس الدولة.

---

[1] – مسعود شيهوب، دولة القانون ودولة المشروعية، المرجع السابق، ص. 50 .

[2] - M. C. Rouault et (al.), " les rapports …" , Op. Cit., p. 94.

[3] - CE. 1 mars 1968, Syndicat générale des fabricants de semoules de France, AJDA. 1968, p. 235.

[4] - CE. 13 mai 1983, AJDA. 1983, p. 623.

[5] - CE. 23. 11. 1984, AJDA. 1985, p. 216.

[6] - CE. 15. 01. 1975, AJDA. 1975, p. 134.

[7] - M. C. Rouault et (al.), Op. Cit., p. 95.

[8] - Crim. 3 décembre 1969, crim. 22 octobre 1970, in D. Tsevas, le contrôle de la légalité…, Op. Cit., p. 154.

[9] - M. C. Rouault et (al.), "la place de la loi dans la hiérarchie des sources du droit", annadroit, droit administratif, Gualino édition, 2005, p.57 ; cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, « administration Douanes c/ Société des cafés Jacques Vabre, D. 1975, 2, p. 497.

[10] - Cass, 2 juin 2000, Dalloz, 2000, p. 965.

من جهته اعتبر القاضي الأوروبي، بأنه يجب على القاضي الوطني" أن يتركها غير مطبقة كل النصوص التشريعية "حتى اللاحقة " المخالفة لقاعدة من قواعد القانون الأوروبي" [1].

ثالثا– تغير إتجاه القضاء الإداري

لقد تغير اتجاه القضاء الإداري لصالح الاعتراف المطلق لسمو المعاهدات على القانون الداخلي، و قد كان لهذا الاعتراف نتائج متعددة.

أ – الإعتراف المطلق بسمو المعاهدات

طوّر مجلس الدولة الفرنسي موقفه، ذلك أن:

– رفض الإقرار بسمو القواعد الدولية إذا كانت سابقة للقانون، أمر فيه مخالفة لصيغة المادة 55 من الدستور التي تمنح المعاهدات والاتفاقيات قيمة أسمى، متى ألتزم بتطبيقها المتعاقد الآخر، وتم إدماجها في القانون الداخلي.

– إن الحجة التي مفادها أن فحص مدى تطابق القانون مع المعاهدة، يؤدي إلى تقدير دستورية القانون، حجة داحضة، من الوقت الذي لم يفسر فيه المجلس الدستوري المادة 55 من الدستور، على أنها تعني بأن القانون المخالف للمعاهدة سيكون مخالفا للدستور.

لذلك اعترف مجلس الدولة بأنه يعود لجهات القضاء الإداري، مراقبة وفحص القوانين السابقة واللاحقة، التي يجب أن تحترم المعاهدات [2]، تحت تأثير قرار المجلس الدستوري المؤرخ في 1986/12/03 الذي جاء فيه: " أنه بمقتضى المادة 55 من الدستور فإنه يعود لمختلف هيئات الدولة السهر على تطبيق الاتفاقيات الدولية في إطار اختصاصها" [3].

وبموجب هذا الانقلاب في موقفه اعترف مجلس الدولة سنة 1989، بأن هناك تدرج بين القانون والاتفاقيات الدولية، والإدارة عندما تتخذ قرارا ضبطيا يجب عليها أن تحترم القانون، إلا إذا وجدت على المستوى الدولي قواعد تنظم الموضوع، والتي يجب أن تسمو على القانون، وجب عليها حينئذ أن تحترم أحكام القوانين والاتفاقيات.

يبقى أن نشير الى أن مبدأ سمو المعاهدات يطبق بصفة عامة على المعاهدات [4]، (بما فيها النص المنشئ للمجموعة الأوربية، معاهدة روما المؤرخة في 25 مارس 1957، وللاتحاد الأوربي ماستريخت في 7 فيفري 1992، واتفاقية حماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية نوفمبر 1950... إلخ).

---

1 - CJCE. 9 mars 1978, Simmenthal, AJDA. 1978, p. 323.
2 - CE. 20 octobre 1989, Nicolo, cité in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17e édition, 2009, p. 656.
3 - M. C. Rouault et (al.), " la place de la loi... ", Op.Cit., p. 58.
4 - CE. 30.11.2001, Diop, RFDA. 2002, p. 192.

علما وأن النشاط الضبطي معني كثيرا بهذه الاتفاقيات، فلا يمكن للإدارة الضبطية أن تخالف أحكامها في مجال الإقامة، التسليم، اللجوء، وغيرها من المواضيع التي تنظمها اتفاقية جونيف لسنة 1950، ونصوص القانون الأوربي خاصة اتفاق Schengen، والاتفاقية الأوربية لحقوق الإنسان وخاصة مادتها الثامنة (الحق في الحياة العائلية العادية). وأيضا التدخل في مجال البيئة والذي يخضع لأحكام التوجيهات الأوروبية المتعلقة بحماية الطبيعة، وغيرها من المجالات الضبطية المتعددة [1].

لكن إذا كان مجلس الدولة الفرنسي قد قبل تطبيق التنظيمات، وهي نوع من القرارات الإدارية المتخذة من طرف الهيئات الأوربية، تطبيقا للمادة 189 من اتفاقية روما، تطبيقا مباشرا في الدول الأعضاء دون عبورها عبر القاعدة الوطنية [2]، فقد كان النزاع أكثر حدة فيما يخص التوجيهات، والتي قررت بشأنها محكمة عدل المجموعة الأوربية، في الكثير من قراراتها، أن البعض منها يطبق أيضا تطبيقا مباشرا بين الدول الأعضاء والأفراد [3]. لكن مجلس الدولة رغم الانتقادات الفقهية، وطلبات بعض محافظي الحكومة التي تدعوه لإتباع المحكمة الأوربية [4]، خاصة فيما يتعلق باستفادة رعايا الدول من الاستناد إلى التوجيهات الأوربية تعزيزا لطعن ضد قرار إداري فردي، فقد بقي على هذا الموقف لمدة طويلة [5].

وفي قرار Alitalia المميز[6] المؤرخ في 3 فيفري 1989 كان المجلس أكثر جرأة، وألغى تنظيم فرنسي غير مشروع لمخالفته للتوجيهات الأوربية رغم أنه كان سابقا عليها. بدورها كرست محكمة النقض أولوية القانون الأوروبي على القانون الوطني [7]، مؤكدة بأن الرقابة القضائية للمعاهدات تعني فقط التحقق من المصادقة عليها [8].

وإذا كانت هذه القرارات قد كرست سمو القواعد الدولية الاتفاقية على القانـــون الداخلي، وإذا كان مجلس الدولة قد اعترف بسمو القانون المكتوب (الاتفاقيات أو المعاهدات) [9]، فقد وضع دائما تحفظات بخصوص العرف الدولي، فلا يوجد نص دستوري يسمح للقاضي بترجيح كفة العرف الدولي على القانون [10]، مع ذلك هناك من يرى بأن القواعد الدولية الغير مكتوبة، أيضا تلزم القاضي، ويستشهدون بقرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 06 جوان 1997، والذي يتضمن اعتراف ضمني بتطبيق العرف الدولي وفرضه على القرار الإداري، والقرار المؤرخ في 23 اكتوبر 1987 والمتعلق بتطبيق المبادئ العامة للقانون، وكذا القرار المؤرخ في 11 جويلية 2001 الذي يكرس سمو

---

1 - P. Frier, J. Petit, Op. Cit., p. 52.
2 - CE. 12 octobre1979; AJDA. 1980, p. 104.
3 - G. Peiser, Op. Cit., p. 46.
4 - CE. 08 octobre1976, AJDA. 1977, p. 148.
5 - CE. 28 septembre 1984 ; AJDA. 1984, p. 965.
6 - CE. 07 décembre 1984, Fed, Franç. de la nature, AJDA. 1985, p.104 ; CE. 01 juillet 1988, Féd. Franç. de la production de la nature ; CE. 10 juillet 1988, Rassemblement des opposants à la chasse, EDCE. 1988, p. 53.
7 - crim. 22 octobre 1970, D. 1971, p. 21, note Rideau.
8 - crim. 7 janvier1972, D. 1972, p. 497.
9 - R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 28.
10 - CE. 28 juillet 2000, paulin, RFDA. 2000, p. 1170 ; CE. 06.06.1997, Aquarone, AJDA. 1997, p. 570.

المبادئ العامة للقانون الأوروبي، ويقولون بأن سمو هذه القواعد الغير مكتوبة يتم إقراره عندما يتأكد وجود هذه القواعد بوضوح كقواعد قانونية دولية [1]. لكن السؤال الذي يطرح نفسه، متى يتأكد وجود هذه القواعد بوضوح كقواعد قانونية دولية؟ يُطرح هذا السؤال خاصة بعد أن لاحظنا موقف مجلس الدولة الفرنسي، الذي تردد كثيرا قبل أن يقر بسمو المعاهدات على القانون الداخلي، رغم وجود نص دستوري صريح وواضح في هذا الشأن، فما بال القواعد الدولية العرفية والمبادئ العامة للقانون الدولي ؟

ب – نتائج الاعتراف بسمو المعاهدات على القانون

رغم انقلاب القاضي الإداري على موقفه، واعترافه بسمو المعاهدات، فإنه من الضروري التنبيه مع ذلك إلى أن بعض التدابير الضبطية، تبقى خارج تأثير القانون الدولي، هذا ما يدفعنا إلى استخلاص نتائج هذا الاعتراف.

– إذا كان للمعاهدات سلطان على القانون، فإنها لا تقع فوق الدستور، فالتدرج الموجود بين القواعد القانونية يطبق على القرارات الضبطية، لكن ضمن هذا التدرج، تبقى القواعد الدستورية هي الأسمى [2]، وقد ذهبت المادة 54 من دستور 1958 في هذا الاتجاه المكرس لسمو القواعد الدستورية، عندما فرضت المراجعة المسبقة للقانون الأساسي في حالة التعارض بين المعاهدة والدستور. هذه النتيجة لا شك أن لها تأثير على مدى قانونية القرارات الضبطية، فمثل هذه القرارات يمكن أن يقضى بمشروعيتها، رغم مخالفتها لاتفاقيات دولية مختلفة، **إنها الحالة** التي تُشكل فيها هذه التدابير تطبيقا دقيقا للدستور، وفي هذا الشأن ذكر مجلس الدولة بأن:" السمو الممنوح للالتزامات الدولية بموجب الدستور ...لا يطبق في النظام الداخلي على أحكام ذات طبيعة دستورية" [3]. وهكذا نستطيع أن نضع القاعدة الدولية بين قوسين، ونذهب مباشرة للقواعد الدستورية، هذا الموقف استثنائي، لكن كانت للقاضي فرصة الالتقاء به[4].

الفرضية الأخرى : تتمثل في الحالة التي لا يحترم فيها متخذ التدابير الضبطية القواعد الدولية، ببساطة لأنها غير موجودة، وهذه الوضعية ليست مجرد وضعية نظرية، ذلك أن القانون الدولي لا ينظم مجموع النشاطات ولا ينظم خاصة كل نشاطات الإدارة، هذه الأخيرة عليها في هذه الحالة أن تحترم فقط مختلف القواعد الداخلية، بحسب تدرجها وهذه الوضعية هي الأكثر اعتيادا [5].

---

1 - P. L. Frier, J. Petit, Op. Cit ; p. 48.

2 - CE. 07 Mars 1996, Koné, cité M. Long, Op. Cit., p. 710.

3 - CE. 30 octobre 1998, Sarran et Levacher, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 738, confirmant la solution de l'arrêt Koné.

ونقرأ في هذا القرار ما يلي :

« … la suprématie ainsi conféré aux engagements internationaux ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelles ».

4 - P. L. Frier, J. Petit, Op. Cit., p. 47.

5 - M. C. Rouault, « les rapports… »", Op. Cit., p. 97.

الفرضية الأخيرة: تتمثل في الحالة التي يصدر فيها التدبير الضبطي تطبيقا للمواد 34 و37 من الدس الفرنسي، حيث أن المجال الذي اتخذ في إطاره، ليس منظما بواسطة القوانين بل بواسطة التنظيمات، ما يعني بأن هذا التدبير قد اتخذ خارج كل الأبعاد التشريعية، فلا توجد أحكام تشريعية بين الدستور والتنظيم، بل وخارج كل نص دولي. وهذا ليس مجرد كـــلام نظري، إنما الوضعيات العملية كثيرة، وهذا لا يعني بأن الإدارة تتصرف، في هذه الحالة، دون احترام لتدرج القواعد، إنما بالأحرى، أن هرم القواعد ليس دائما متماثلا، فقد يكون أحيانا مختصرا [1].

وفي الجزائر ربط المشرع الدستوري، كما سبق التوضيح مبدأ سمو المعاهدات على القوانين بضرورة المصادقة عليها من طرف رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، ولتوضيح هذه العلاقة نصت المادة 168 من دستور 1996، على أنه إذا ارتأى المجلس الدستوري عدم دستورية معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية، فلا يتم التصديق عليها، وإذا كان نص هذه المادة يكرس سمو الدستور على المعاهدات، بدليل أنه انشئ هيئة، تسهر على احترام دستورية المعاهدات، وهو المجلس الدستوري، فإنها توحي من جهة أخرى، بأنه لا يتصور قيام تناقض بين الدستور والمعاهدة، لأنه لا يمكن المصادقة على اتفاقية تتعارض مع الدستور.

ورغم وضوح هذا النص في تكريس سمو الدستور الجزائري على جميع القواعد القانونية، إلا أن هناك من الفقه الجزائري من يرى بأن نص المادة 155 من دستور 1989 التي تقابلها المادة 165 من تعديل 1996، يجب أن يُفسر على ضوء المادة 123 المقابلة للمادة 132 من الدستور النافذ، التي تقرر سمو المعاهدات على القانون، وأنه من الملائم تفسير كلمة "القانون" بالمعنى الواسع، بحيث تشمل كذلك الدستور، أي علو المعاهدات على القانون الداخلي، وإلا فإن فكرة سمو القانون الدولي الإتفاقي التي كرستها المادة 123، تصبح عديمة القيمة تقريبا، متى تم التسليم بعلو الدستور على المعاهدات، وحصر المعاهدات التي تسمو على القانون العادي، في تلك التي تمت المصادقة عليها طبقا للشروط المقررة في الدستور [2].

وإن كنا نحترم هذا الرأي فإننا لا نتفق معه، ذلك أن المادة 132 من الدستور، تشترط صراحة أن يتم تصديق رئيس الجمهورية على المعاهدات الدولية، حسب الشروط التي ينص عليها الدستور، كما أن المادة 168 تخول للمجلس الدستوري إذا ارتأى أن معاهدة أو اتفاق أو اتفاقية غير دستورية، أن يصدر رأيا يحول دون إنتاجها لآثارها.

إضافة إلى هذا فان المجلس الدستوري يملك تطبيقا لنص المادة 165 من الدستور أن يشل كل آثار المعاهدة المخالفة للدستور، سواء قبل المصادقة عليها بموجب رأي أو بعد المصادقة عليها بموجب قرار، متى تم إخطاره من طرف رئيس الجمهورية.

لذلك يبدو القول بسمو المعاهدات على الدستور، من الناحية النظرية قول غير مقنع، لأنه لا اجتهاد مع النص، لصعوبة تجاهل المعنى الواضح لهذه النصوص الدستورية، خاصة وأنه لا يمكن التحجج بأن المشرع الدستوري لم يُوفق

---

[1] - M. C. Rouault, « la place de la loi … », Op. Cit., p. 59.

[2] - الخير قشي، المرجع السابق، ص. 29.

في صياغة المادة 155-1 من دستور 1989 التي تقابل المادة 165-1 من تعديل 1996، نظرا للسرعة التي أ بها الدستور، لأن هذا الأخير أصّر على موقفه الأول في سنة 1996، مما يدل على أنه قصد إعطاء الدستور مكانة أسمى من المعاهدات.

وبالنظر إلى هذه السلطات الواسعة المخولة للمجلس الدستوري لرقابة دستورية المعاهدات قبل المصادقة عليها، التي تخوله مراقبة مدى مطابقة أحكامها للدستور، تجعل من هذه القواعد، لا تسري في النظام الداخلي، ولا تلزم بالتالي القاضي الوطني إلا من خلال إقرار الدستور لها، ولا بد أن تتفق في هذه الحالة مع نصوصه، وهنا يمكننا أن نقول بأنها لا تنزل منزلة الأبوة من البنوة، بحيث تحتل مرتبة أعلى من نصوص الدستور، التي عرفت الخروج إلى النور أو النفاذ بفضله، حيث أنها لا تنال أية قيمة داخليا إلا بعد اعتراف الدستور لها بهذه القيمة، فكيف تتبوأ مكانا أعلى ممن منح لها الإعتراف. هذا من الناحية النظرية.

لكن من الناحية العملية، فلا يوجد ما يمنع رئيس الجمهورية من المصادقة على معاهدات مخالفة للدستور، ويلتزم مع ذلك القاضي الوطني بتطبيق نصوصها، خاصة إذا علمنا أن مهمة إخطار المجلس الدستوري، في حالة وجود معاهدة مخالفة للدستور، أسندت لكل من رئيس الجمهورية، رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة، تطبيقا لنص المادة 166 من الدستور.

وبمراجعة المادة 54 من الدستور الفرنسي، نجد أن قائمة الأشخاص المخولين بإخطار المجلس الدستوري عن التعهدات الدولية التي تحتوي على حكم مخالف للدستور، أوسع في فرنسا منها في الجزائر. بالإضافة الى أنه:

إذا كان رئيس الجمهورية بإمكانه إخطار المجلس الدستوري، لأنه هو من خوله الدستور اختصاص المصادقة على المعاهدات بموجب المادة 132 من الدستور، فإن إخطاره للمجلس ليس مستبعدا، لأن وظيفته كحام للدستور، وفقا للمادة 70 من تعديل 1996، تفرض عليه أن يطلب رأي المجلس الدستوري، وسيكون الأمر يسيرا، لو تعلق الأمر بالمعاهدات التي لا يمكن الالتزام بها، قبل الحصول على الموافقة الصريحة للمجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وهي المتضمنة في نص المادة 131 من الدستور النافذ، لكن بالنسبة للمعاهدات الأخرى، فإنه يصعب عمليا على رئيسي الغرفتين العلم بوجودها، ولا شك أن أغلبية الاتفاقيات تدخل في إطار هذه الفئة، سواء كانت اتفاقيات تتطلب تصديق رئيس الجمهورية أو كانت اتفاقيات ذات الشكل المبسط، لذلك فإن صلاحية رئيس الجمهورية في تقدير مدى إخطار المجلس الدستوري لبحث دستورية معاهدة، لم يتم التصديق عليها، تبقى كاملة، بينما ستظل صلاحية رئيسي غرفتي البرلمان محدودة[1].

وعليه ومحاولة منا لتكريس سمو الدستور الجزائري على الاتفاقيات الدولية نقترح:

[1]- الخير قشي، المرجع السابق، ص. 32.

1- تضمين الدستور نصا يسمح بإمكانية تعديله في حالة مخالفته لمعاهدة دولية، تختار الجزائر المصادقة عليها، و يعني العودة إلى أحكام المادة 160 من دستور 1976. فلا يُعقل أن تقيد الجزائر نفسها بهذه الطريقة، حيث أنها تهمل إبرام الكثير من المعاهدات بسبب مخالفتها للدستور، أو أنها تضطر لإبرامها بالمخالفة لقانونها الأساسي.

2- توسيع دائرة الأشخاص المكلفين بإخطار المجلس الدستوري، لبحث مدى دستورية المعاهدات التي تنوي الجزائر المصادقة عليها، وهو الأمر المنتظر من التعديل الدستوري اللاحق، وهذا يعني إلغاء الرقابة اللاحقة للمجلس الدستوري.

3- تبني رأي الأستاذ الخير قشي فيما يتعلق بإضافة مصطلح " ... أو التي اعتمدت... " الى نص المادة 132 من دستور 1996، لتصبح كما يلي: " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية أو التي اعتمدت، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون ".

4- تحديد تاريخ سريان المعاهدات الدولية التي صادق عليها رئيس الجمهورية أو التي اعتمدت.

يُقصد بلوائح الضبط تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية، بقصد المحافظة على النظام العمومي بعناصره المختلفة، وتعتبر اللوائح أهم أساليب الضبط الإداري، وأبرز مظهر لممارسة سلطاته، ذلك أنه عن طريقها تضع الهيئة المختصة قواعد عامة ومجردة، تقيد بها بعض أوجه النشاط الفردي في سبيل صيانة النظام العمومي، وهي بذلك تمس حقوق الأفراد، وتقيد بالضرورة حرياتهم، لأنها تتضمن أوامر ونواهي وتقرر في الغالب عقوبات توقع على مخالفيها.

غير أنه ينبغي ملاحظة أن تنظيم النشاط الضبطي لا يقتصر على السلطة التنفيذية، فقد يتحقق بموجب قوانين تصدرها السلطة التشريعية، بحيث يتحتم قيام الأخيرة بالتنظيم الضبطي، إذا كان له قدر من الخطورة والأهمية، كأن يتعلق بالحريات العمومية، أو يمس بعض الأوضاع المتصلة بالملكية الفردية، بما يحسن معه أن تتولاه السلطة التشريعية، وفي هذه الحالة، تتولى الإدارة تنفيذ هذه القوانين الضبطية وتكميلها. وقد تفضي هذه التكملة إلى تقييد بعض الحريات، كما قد تقتصر المهمة على تطبيق النظم العامة الضبطية، التي وضعتها القوانين، إذا ما تطلب الدستور صدور قانون لتقييد حريات معينة.

وتنظيم الحريات العمومية، وإن كان اختصاصا أصيلا للمشرع طبقا للدساتير، بسبب ما يترتب عنه من تحديد لمضمون الحريات، إلا أن التشريع اللائحي هو الأكثر إحساسا بحدود الحريات ومدى القيود التي يلزم أن ترد عليها وأوضاعها تحقيقا لأهداف الضبط الإداري، ولذلك فمهما بلغت القوانين الضبطية من الدقة والتفصيل، فإنها لا تلغي الحاجة إلى التنظيمات اللائحية الضبطية. لأن هذه الأخيرة، أقدر على صوغ ما يلائم مقتضيات النظام العمومي من قواعد، حيث تهتدي في تحديدها بما يحيط به من واقع، وتدفع بموجبها ما يهدده من مشاكل، مع تقييد تلك التنظيمات بعدم مخالفة ما تمليه القواعد التي رسمتها القوانين الضبطية، بالإضافة إلى القواعد الدستورية والمبادئ القانونية العامة.

وعلى هذا الأساس نخلص إلى القول بأن الاختصاص بوضع القواعد العامة، يعود إلى هيئات محددة في الدولة، وهما المشرع وبعض هيئات الجهاز التنفيذي [1]. لذلك بات من الضروري تعريف كل من القانون والتنظيم في الفرع الأول والتمييز بينهما في الفرع الثاني وتحديد أنواعهما في الفرع الثالث وحجيتهما في الفرع الأخير.

[1] - M. C. Rouault, droit administratif, Gualino éditeur, paris, 2005, p.78 ; R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 31.

الفرع الأول: تعريف القانون والتنظيم

اولا: تعريف القانون: يتضمن هذا العنصر توضيح معنى القانون (أ) و جزاءمخالفته (ب).

أ- معنى القانون

يعرف القانون بمعناه الضيق (التشريع) بأنه مجموعة القواعد التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة أي البرلمان، والذي يختص بوظيفة التشريع وفقا لأحكام دساتير معظم الدول، استنادا إلى مبدأ الفصل بين السلطات، وهو المبدأ الذي تقوم على أساسه الدولة القانونية، بهدف عدم تركيز السلطة في يد واحدة، بحيث يتم توزيع الوظائف القانونية للدولة بين الهيئات الحاكمة التي تتعدد بقدر تعدد هذه الوظائف. ولذلك فمن المنطقي أن يختص البرلمان وهو الهيئة التي تظم ممثلي الشعب صاحب السيادة في الدولة الديمقراطية، بمهمة سن القوانين [1].

والمقصود بالقانون في النظام الدستوري الجزائري الحالي هو القانون بالمعنى الشكلي الصادر عن البرلمان، فقد نصت على ذلك المادة 98 من دستور 1996. ولم يكن الوضع دائما على هذا الشكل في مختلف المراحل التي مرت بها الجمهورية الجزائرية، وهكذا ففي دستور 1963 كان المقصود بالقانون النص الصادر عن البرلمان، فقد نصت المادة 28 منه على أن: "يعبر المجلس الوطني عن الإرادة الشعبية ويتولى التصويت على القوانين ويراقب النشاط الحكومي".

أما الأوامر ذات الصفة التشريعية فقد تضمنت النص عليها المادة 58 من دستور 1963 [2]، ووفقا لهذا النص فإن هذه الأوامر يختص بإصدارها رئيس الجمهورية، ولا تعتبر قانونا إلا إذا تمت المصادقة عليها من قبل الهيئة التشريعية، عند عرضها عليها في الأجل المحدد دستوريا، وفي حالة رفض المصادقة عليها تبقى مجرد قرارات إدارية، على الرغم من أن المشرع يشير إلى طابعها التفويضي، ولكنه في نفس الوقت يشير إلى وجوب المصادقة عليها من قبل السلطة التشريعية لاعتبارها تشريعا [3].

وهي نفس الأفكار التي تضمنها دستور 1976، فالقانون في ظله هو أيضا النص الصادر عن البرلمان تطبيقا لنص المادة 59 [4]. وكذلك فإن الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية، فيما بين دورتي انعقاد البرلمان، لا تأخذ الصبغة التشريعية، إلا إذا صادق عليها البرلمان في أول دورة تلي اصدار الأمر، وإلا فإنها تبقى في حالة رفض المصادقة

---

[1] - سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف الإسكندرية، د ت ن، ص. 42 .

[2] – "يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محددة حق اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء، وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر".

[3] – مسعود شيهوب، "دولة القانون ودولة المشروعية"، المرجع السابق، ص. 51.

[4] – " يمارس الوظيفة التشريعية مجلس واحد يسمى المجلس الشعبي الوطني. للمجلس الشعبي الوطني، في نطاق اختصاصه، سلطة التشريع بكامل السيادة، يعد المجلس الشعبي الوطني القوانين و يصادق عليها ".

عليها مجرد قرارات إدارية، تطبيقا لنص المادة 153 [1] من نفس الدستور. وقد كان لفكره الأوامر هذه مدلول آ في ظل النظام السياسي المؤقت 1965/1976، فقد كان المقصود بالقانون، تلك الأوامر الصادرة عن مجلس الثورة، حيث نص أمر 10 جويلية 1965، على أن مجلس الثورة يتولى السلطة التشريعية، بواسطة الأوامر التي يصدرها، وكذلك قد تصدر هذه الأوامر التشريعية عن الحكومة التي يفوضها مجلس الثورة، سلطة بالقدر اللازم لتسيير أجهزة الدولة [2].

ولقد ألغيت فكرة التشريع بأوامر بين دورتي البرلمان في دستور 1989، لتعود إلى الظهور من جديد في التعديل الدستوري لسنة 1996، حيث سمحت المادة 124 لرئيس الجمهورية بالتشريع بأوامر، في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو فيما بين دورتي البرلمان أو في الحالة الاستثنائية، على أن تعرض هذه الأوامر على كل غرفة في أول دورة لها، وفي حالة عدم الموافقة عليها تصبح لاغية.

وأخيرا فإن المقصود بالقانون في النظام المؤقت المنبثق عن استقالة رئيس الجمهورية في 11 جانفي 1992، هي المراسيم التشريعية الصادرة عن المجلس الأعلى للدولة. ذلك أنه في هذا التاريخ استقال رئيس الجمهورية قبيل إجراء الدور الأول للانتخابات التشريعية، إثر فتوى أصدرها المجلس الدستوري بموجب تصريحه الصادر في نفس اليوم، الذي أشار إلى فراغ دستوري ناتج عن اقتران حالة استقالة رئيس الجمهورية بحل المجلس الشعبي الوطني، وبالتالي عدم إمكانية تولي هذا الأخير منصب رئيس الجمهورية مؤقتا، على إثر ذلك تم في 14 جانفي 1992، إعلان المجلس الأعلى للأمن، وهو هيئة استشارية منصوص عليها بالمادة 162 من دستور 1989 التي نصت على إقامة قيادة جماعية تتولى مهام رئيس الجمهورية، سميت بالمجلس الأعلى للدولة، وبموجب مداولة هذا الأخير في 02 جويلية 1992 تحت رقم 92 – 82، تم تخويل رئيسه سلطة التشريع بمراسيم تشريعية تتخذ بعد استشارة المجلس الاستشاري الوطني، وهو هيئة مؤقتة أنشئت من طرف المجلس الأعلى للدولة [3].

ب- جزاء مخالفة تدابير الضبط الإداري للقانون

قد تتم مخالفة القاعدة القانونية بطريقة مباشرة، وفي هذه الحالة غالبا ما تكتسي هذه المخالفة شكل إيجابي، بمعنى أنها تنتج عن تدخل إداري غير مشروع، كما يمكن أن تتخذ أحيانا شكل سلبي، يتعلق الأمر في هذه الحالة بامتناع الإدارة عما يلزمها به القانون، فإذا كانت الإدارة الضبطية ملزمة باتخاذ قرار في مجال معين، واجتمعت شروط اتخاذه، فإن القرار الذي ترفض بمقتضاه الاستجابة لحكم القانون يكون غير مشروع، ففي مجال شرطة الصيد مثلا،

---

[1] – المادة 153 من دستور 1976 : " لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة و أخرى للمجلس الشعبي الوطني، عن طريق اصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة ".

[2] – مسعود شيهوب، "دولة القانون ودولة المشروعية"، المرجع السابق، ص . 51.

[3] – المرجع نفسه، هامش رقم 62 خاص بالصفحة 52.

تكون الإدارة ملزمة بمنح رخصة الصيد لكل من تتوفر فيه الشروط المطلوبة، لذا تم التصريح بأنه غير مشروع رفض الإدارة تسليم رخصة الصيد، لكل من تتوفر فيه الشروط بحجة أن سلوكه مشكوك فيه خلال الاحتلال [1].

وفي هذا السياق اعتبرت المحكمة العليا الجزائرية بأن الرخصة الممنوحة من طرف الوالي لبيع المشروبات الكحولية أثناء تناول الوجبات الغذائية لغير المسلمين، توجب على المستفيد منها الالتزام بالإطار النشاطي المحدد لها، ومن ثمة الامتناع عن تقديم تلك المشروبات للمسلمين، باعتبار أن ذلك محظورا وممنوعا منعا باتا من طرف الإدارة التي منحت الرخصة.

وأن الجزاء الإداري المترتب عن الإخلال بهذا الالتزام هو غلق المحل التجاري نهائيا، والذي يجوز لرئيس الدائرة اتخاذه بصفته ممثلا للوالي، وفي إطار الصلاحيات المخولة له للمحافظة على الصحة العمومية وسلامة أخلاق المواطنين الشباب. لذلك فإنه لا يجوز اعتبار القرار الصادر في هذا الشأن، متجاوزا للسلطة، ويستوجب معه رفض الطعن المقدم لإلغائه [2]. علما بأن الأوامر الصادرة في هذه الفترة (1976/1965) تعد بمثابة قوانين.

وإلى جانب المخالفة المباشرة لنص قانوني، يمكن أن نقابل المخالفة الغير مباشرة، تلك الناتجة عن التفسير الخاطئ لأحكامه، ونتيجة لذلك صرح القاضي بأنه غير مشروع رفض الترخيص باستغلال لعبة القمار، لأن الرفض مؤسس على نص قانوني يمنع ممارسة لعبة الكرة الأرضية والألعاب المماثلة، في حين أن لعبة الكرة الأرضية ولعبة القمار غير متماثلتان [3].

ثانيا– تعريف التنظيم: يتضمن هذا العنصر توضيح معنى التنظيم (ا) وجزاء مخالفته (ب).

ا– معنى التنظيم:

القواعد التنظيمية أو اللائحية هي قرارات إدارية تتضمن قواعد عامة ومجردة تختص بإصدارها السلطة التنفيذية استنادا إلى الدستور. حيث أن السلطة اللائحية هي سلطة استثنائية في ميدان التشريع، يلزم لكي تكون مشروعة أن تستند إلى أساس دستوري [4]. وتتميز التنظيمات أو اللوائح بصدورها عن سلطة إدارية، باعتبارها ممارسة لسلطة عامة من جهة، ومن جهة أخرى بعموميتها وتجريدها، مما يميزها عن القرارات الإدارية الفردية، كما تتمتع اللائحة بقوة الإلزام باعتبارها عملا قانونيا يعبر عن إرادة الإدارة في إحداث أثـــر قانوني، أو تعديل في المراكز القانونية، مما يؤدي إلى إخراج كافة الأعمال المادية من دائرة التنظيمات، وكذا التصرفات التي ليس لها آثار، والتي يقصد بها إعلان وجهة نظر الإدارة، في صورة أراء أو رغبات أو توجيهات، ومثال ذلك، التوجيهات الداخلية كالمنشورات والتعليمات التي

---

[1] - CE. 13 juin 1947, Pattyme, cité in J. Castagné, Op. Cit.,p. 120.

[2] – المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 24402 مؤرخ في 1982.11.27 ، المجلة القضائية، العدد الأول، (أول عدد صدر بعد انشاء المحكمة العليا)، ص. 238– 239.

[3] - CE. 25 juin 1948, Société d'exploitation des Eaux, cité in J. Castagné, Op. Cit., p. 121.

[4] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية، المرجع السابق، ص. 51.

توجهها السلطات الرئاسية، في الإدارات والمصالح الضبطية إلى مرؤوسيها، فلا تدخل هذه الأعمال ضمن اللوائ باعتبارها لا تحقق أثرا قانونيا بذاتها [1].

ب– جزاء مخالفة تدابير الضبط الإداري للتنظيمات:

تشكل مخالفة القرارات التنظيمية مخالفة للقانون تستوجب إبطال القرار الضبطي المطعون فيه، وتجسيدا لذلك، أبطل مجلس الدولة الجزائري قرار رئيس بلدية عين السبت، لمخالفة قرارها الضبطي الفردي للمرسوم التنفيذي رقم176/91، حيث أنه رفض تسليم رخصة البناء على أساس أن طالبها لم يقدم بالملف عقد الملكية، وإنما قدم فقط عقدا إداريا مرسما، فاعتبر مجلس الدولة بأن القرار الإداري يتضمن مخالفة صريحة للقانون، وبالضبط للفقرة الأخيرة من نص المادة 34 من المرسوم سالف الذكر، إذ يستوي أن يقدم طالب الرخصة عقد الملكية أو عقد إداري رسمي [2].

الفرع الثاني: التمييز بين القانون والتنظيم

يقوم التمييز بين القانون والتنظيم على معيار عضوي، وذلك بالنظر إلى الجهة الصادر عنها التصرف. فالقانون هو التصرف الصادر عن الجهاز التشريعي، في حين أن التنظيم هو تصرف يمتاز بالعمومية، ويصدر عن السلطة التنفيذية. مبدئيا يتميز التصرفين بنفس طابع القاعدة العامة، لكن العلاقات بينهما تتغير بتغير العلاقات الموضوعية بفعل النظام الدستوري، بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، فمن نتائج الأولوية المعطاة بموجب الدستور للبرلمان بالنظر للحكومة، التبعية الصارمة للقاعدة الموضوعة من طرف الأخيرة لمثيلتها الموضوعة من طرف البرلمان. لكن تتقلص حتما عندما يتطور توازن السلطات لصالح الحكومة.

أولا – السمو الكلاسيكي للقانون على التنظيم

باعتبار أن القانون هو عمل البرلمان، والتعبير المباشر عن الإرادة العامة، فهو القاعدة الأسمى، وبما أن التنظيم يصدر عن هيئة تابعة نظريا، فيجب على السلطة التنفيذية أن تضمن فقط تنفيذ القوانين، فالتنظيم لا يمكن أن يتخذ إلا على أساس القانون، ليضع له كيفيات التطبيق دون أن تكون له سلطة التعديل أو التعارض، والقاضي يستطيع دائما أن يراقب مدى مطابقة الأول للثاني. وفقا لهذا المعنى، فإن المشرع السيد بإمكانه أن يضع كل القواعد التي يراها ضرورية، وبالمقابل لا يخصص أي مجال للسلطة التنظيمية.

---

[1] – سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص. 51.

[2] – مجلس الدولة، قرار مؤرخ في 5 نوفمبر 2002، أشار إليه عزري الزين، قرارات العمران الفردية و طرق الطعن فيها دراسة في التشريع الجزائري مدعمة بأحداث قرارات مجلس الدولة، دار الفجر للنشر و التوزيع، ط–1، 2005 ، ص. 107.

ثانيا – السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في التشريع

في 04 أكتوبر 1958 صدر الدستور الفرنسي الحالي، متضمنا نظاما قانونيا فرديا في أسلوبه حول العلاقة بين القانون والتنظيم، وبالتالي العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية فحدد بموجب المادة 37 منه، على سبيل الحصر والتعيين المواضيع الرئيسية التي يعود الاختصاص بها للبرلمان، ثم أضاف مواد أخرى تتضمن مواضيع أخرى تدخل في نطاق القانون، وجعل من السلطة التنفيذية بموجب المادة 34 [1] منه، صاحبة الولاية العامة في التشريع.

وهذا يعني بأن السلطة التنفيذية تملك نظريا اختصاص وضع القواعد القانونية العامة، وتتمتع بحرية مماثلة لحرية المشرع في هذا المجال، فاختصاصها يشمل جميع المواضيع التي لم يحجزها المشرع للقانون، وهي في هذا النطاق تصدر استنادا إلى النصوص الدستورية مباشرة [2]، ومع ذلك تظل العلاقة التقليدية بين القانون واللائحة قائمة، بشأن اللوائح التنفيذية للقوانين[3].

وقد اتبعت الجزائر فرنسا في هذا التجديد، على الأقل على مستوى النصوص، فقد نصت المادة 122 [4] من دستور 1996، على الميادين التي يكون فيها التشريع حصريا للبرلمان، كما نصت المادة 123 منه على المجالات التي يشرع فيها البرلمان بموجب قوانين عضوية، إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور [5]. هذا ونصت المادة 125 من الدستور النافذ على أن: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة".

إن قراءة المواد الدستورية سالفة الذكر تدل على أن المشرع الدستوري الجزائري، وهو يوزع مجالات تدخل البرلمان والحكومة بموجب القوانين والتنظيمات، قد بلور الفكرة القادمة من وراء البحار، والتي مفادها أن السلطة التنفيذية هي مشرع القانون العام، لكن التمعن في هذه المواد قد يجعل هذه الفكرة نسبية وقد يعكسها، وذلك:

– بالنظر إلى القائمة الطويلة من المجالات التي تتضمنها المادة 122 من الدستور والتي لا تقل عن ثلاثين مجالا.

– بالإضافة إلى الميادين التي يخصصها الدستور للبرلمان بموجب مواد أخرى.

– بالنظر إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية.

– بالنظر إلى صعوبة الفصل بين ما يعود للقانون وما يعود للتنظيم، فالبرلمان في الكثير من المجالات يحيل بعض اختصاصاته للحكومة، كما أن الأخيرة معتادة على الاعتداء على اختصاصات المشرع بموجب لوائحها. فمسألة

---

1 – المسائل الأخرى التي لا تدخل في نطاق القانون، تكون لها الصفة اللائحية أو التنظيمية.

2 – سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص. 134 .

3 - M. C. Rouault, droit administratif, Op. Cit., p. 82.

4 – "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، و كذلك في المجالات الآتية... "

5 – المادة 123 من الدستور: " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية...".

معرفة ما إذا كان المجال يعود للقانون أو للتنظيم أصبحت بفضل التعقيدات السياسية والأوضاع الاقتصادية الرا آخر اهتمامات السلطات العمومية، وهي مسألة لا تأخذ أهميتها إلا أمام المجلس الدستوري [1].

هذا من الناحية العملية لكن من الناحية النظرية يبدو أن المشرع الجزائري قد اتبع نظيره الفرنسي، فوضع للبرلمان مجالا لا يجوز له أن يتعداه إلى المجالات الأخرى، والتي تعود للسلطة التنفيذية التي تضطلع باختصاص عام ومبدئي، فهي قادرة وفقا لنص المادة 125 على وضع القواعد العامة في كل المجالات المتبقية.

ثالثا– جزاء تحديد الإختصاصات

يترتب على رسم الدستور للحدود بين اختصاصات السلطتين التشريعية والتنفيذية، في مجال التشريع أنه لا يجوز لأي منهما تجاوز اختصاصاته، فالحكومة بإمكانها معارضة كل مبادرة برلمانية تعتبر خارجة عن مجال اختصاص البرلمان، وفي حالة عدم الاتفاق بين الحكومة والبرلمان يفصل المجلس الدستوري في الموضوع، فإذا لم تقم الحكومة بهذا الإجراء فبإمكانها بعد صدور القانون أن تطلب من المجلس الدستوري أن يعاين مدى اعتداء القانون على المجال التنظيمي، ومتى أكد المجلس الدستوري أن النص القانوني يتعارض مع أحكام الدستور، يفقد أثره من يوم قرار المجلس تطبيقا لنص المادة 169 من دستور 1996. بالمقابل يحتفظ مجلس الدولة في فرنسا كما في الجزائر باختصاصه في إبطال التنظيم المشوب بعيب عدم الاختصاص، لاعتدائه على اختصاصات السلطة التشريعية [2].

وفي هذا الشأن لم يترك المجلس الدستوري مناسبة ليذكر البرلمان بتجاوزاته، ففي قراره المؤرخ في 30 أوت 1989، وضّح المجلس الدستوري بضرورة التزام المجلس الشعبي الوطني، باحترام حدوده وصلاحياته كما يلي: "باعتبار أنه لا يعود للقانون المحددة مجالاته بموجب المادة 115 من الدستور، فإن وضع كيفيات تسليم واستعمال وثائق السفر يعود للاختصاص الحصري للسلطة التنظيمية، كما توضحه المادة 116 من الدستور [3].

---

[1] - A. Djebbar, la loi et le règlement dans la constitution du 28 novembre 1996, revue Idara, volume 7, N°- 01, 1997, p. 8.

[2] - M. C. Rouault, droit administratif, Op. Cit., p. 83.

[3] – المجلس الدستوري، قرار رقم 89/02 المؤرخ في 30 أوات 1989، المتعلق بالنظام الأساسي للنواب، أشار إليه:

A. Djebbar, Op. Cit., p. 09.

الفرع الثالث: أنواع القوانين والتنظيمات

أولا– أنواع القوانين: تأخذ تسمية القوانين، القوانين العضوية والقوانين العادية والأوامر.

أ – القوانين العضوية

نص عليها الدستور الجزائري لسنة 1996 بموجب المادة 123 منه على غرار الدستور الفرنسي النافذ، وهي قوانين تتخذ حسب إجراءات مختلفة عن القوانين العادية تهدف إلى تحديد كيفيات تطبيق بعض الأحكام الدستورية أو تنظيم مواضيع مهمة، فمثلا يعود للقانون العضوي تنظيم الأحزاب السياسية والإعلام، والقضاء، والنواب ....إلخ. وقد اعتبر المجلس الدستوري في رأيه الصادر بتاريخ 13 ماي 2000 [1] بأن:" التوزيع الدستوري للاختصاصات بين مجال القانون العضوي ومجال القانون العادي، ينبع من مبدأ تدرج القواعد في النظام القانوني الداخلي" [2]. حيث يحتل القانون العضوي مرتبة وسطى بين الدستور والقانون العادي، وبالإمكان إخضاعه لرقابة المجلس الدستوري قبل إصداره [3]. ولو أن هذا التمييز بين القوانين العضوية والعادية ليس له سوى أثر دستوري، أما على المستوى الإداري فجميعها ملزمة للإدارة على قدم المساواة [4].

ب – القوانين العادية

وهي الأكثر عددا، يتم تبنيها في إطار احترام الإجراءات التشريعية العادية. ومتى صدر القانون، تلزم به كل السلطات، بما فيها السلطات الإدارية الضبطية، فالمشرع وحده يستطيع تقييده أو إلغاؤه بموجب قانون آخر، وكذلك الشعب عن طريق الاستفتاء [5]. كما أن عدم الدستورية المحتملة لقرار ضبطي لا يمكن الاستناد إليها، أمام القضاء الإداري متى كان هذا القرار مطابق للقانون، فهذا الأخير يحمي بحجيته القرار الإداري [6].

ج– الأوامر

هناك من الأوامر الصادرة عن الحكومة ما يعتبر قانونا حقيقيا، وهناك ما لا يعتبر تشريعا، إلا إذا تمت المصادقة عليه من قبل السلطة التشريعية.

---

[1] – المجلس الدستوري، رأي رقم 10 / 2000 المؤرخ في 13 ماي 2000، المتعلق بتطابق التنظيم الداخلي للمجلس الشعبي الوطني مع الدستور، ج ر ج ج، رقم 46 مؤرخة في30 جويلية 2000.

[2] - R. Zouaimia, M.C. Rouault, Op. Cit., p. 36.

[3] - M. C. Rouault, droit administratif…, Op. Cit., p. 88.

[4] – مسعود شيهوب، "دولة القانون ودولة المشروعية..."، المرجع السابق، ص. 52 .

[5] - R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 88.

[6] - CE. 8 janvier 1997, AJDA. 1997, p. 288.

1- الأوامر المعتبرة قانونا حقيقيا

تعتبر الأوامر الصادرة تطبيقا لنص المادة 92 من الدستور الفرنسي النافذ بمثابة قانونا حقيقيا، وهي الأوامر المتخذة بين إصدار الدستور والوضع النهائي للمؤسسات التي ينشئها، وتعترف المادة 92 لهذه الأوامر بقوة القانون، ما يبعدها عن كل رقابة قضائية.

2- الأوامر التي تتطلب المصادقة

وهي أوامر لا تكتسب الصفة التشريعية، إلا إذا تمت المصادقة عليها من طرف السلطة التشريعية. وقد خولت المادة 124 من دستور 1996 السالفة الذكر لرئيس الجمهورية، سلطة التشريع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان، على أن يعرض النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها، هذا وتعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. كما نصت المادة 38 من الدستور الفرنسي النافذ على أن هذه الأوامر تتخذ في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة، وإذا كان رئيس الجمهورية في الجزائر لا يتمتع بهذه الصلاحية إلا في حالتي شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان، فإن السلطة التنفيذية في فرنسا تتمتع بهذه الصلاحية بناء على تفويض الاختصاص التشريعي من طرف السلطة التشريعية أو تأهيل من هذه الأخيرة، وعندئذ تتمتع السلطة التنفيذية بنفس الحرية التي يتمتع بها المشرع.

هذا ويلتزم رئيس الجمهورية في الجزائر بعرض النصوص التي اتخذها على البرلمان بغرفتيه ليوافق عليها، كما تلتزم الحكومة الفرنسية بأن تضع أمام البرلمان مشروع قانون يهدف إلى المصادقة على هذه الأوامر، قبل انتهاء أجل التفويض أو التأهيل. وإلى حين أن يفصل البرلمان في الموضوع، تحتفظ هذه الأوامر بطبيعتها الخاصة كتصرفات صادرة عن السلطة التنفيذية، وعند هذا الحد فإنها تخضع لرقابة القاضي الإداري، سواء عن طريق الطعن لتجاوز السلطة، بحيث يختص بها مجلس الدولة كأول وآخر درجة، أو عن طريق الدفع بعدم المشروعية، بمناسبة الاعتراض على قرار ضبطي متخذ تطبيقا لأمر معين، في هذه الحالة يجب على القاضي أن يراقب الأمر الذي أتخذ على أساسه القرار [1]. أما المصادقة فتمنح للأمر الطبيعة القانونية للقانون، ويفلت عندئذ من كل رقابة قضائية غير أن رفض المصادقة أو عدم وضع مشروع المصادقة، يُرتب بطلان هذه الأوامر ويفقدها كل قوة قانونية منذ هذا التاريخ.

وباعتبار أن هذه الأوامر مصدرا من مصادر المشروعية الإدارية، فإن مخالفتها يشكل اعتداء من جانب الإدارة الضبطية على القانون، لذلك ألغت المحكمة العليا الجزائرية، القرار الفردي الصادر عن والي البويرة الناطق برفض تسليم رخصة البناء بعد مضي أكثر من أربعة أشهر، لمخالفته للمادة السادسة في فقرتها الأولى والثانية من الأمر 01/85 المؤرخ في 13 أوت 1985 المتضمن تنظيم رخص البناء. حيث تنص المادة سالفة الذكر على أن تتم دراسة ملف رخصة البناء، في أجل أربعة أشهر، وهو الأجل الأقصى المسموح به للإدارة لكي تجيب على الطلب. ومن ثم فإن

[1] - M. C. Rouault, " le juge administratif et les ordonnances", annadroit, droit administratif Gualino édition, 2005, p. 222.

رسالة الوالي المتضمنة الرفض لأسباب غير ثابتة بعد مضي الفترة المحددة قانونا يعد تجاوز للسلطة، ومتى كان كذلك استوجب إبطال مقرر الرفض [1].

ثانيا– أنواع التنظيمات: التنظيمات نوعان.

أ– التنظيمات المستقلة

نكون بصددها، عندما تتخذ تطبيقا لنص المادة 125-1 من دستور 1996 في المجال المحدد حصريا للتنظيم، فتتولى السلطة التنفيذية تنظيم كافة المواضيع التي لا تدخل في نطاق القانون المحدد دستوريا، تنظيما مستقلا عن القانون، فلا تتقيد سوى بالأصول الدستورية والمبادئ العامة للقانون [2]، والقواعد الدولية، حيث أن هذا المجال يعتبر محرما على القانون طبقا للدستور.

ب– التنظيمات التنفيذية أو المشتقة

نكون بصدد التنظيمات التنفيذية أو التطبيقية للقوانين، عندما تتخذ هذه الأخيرة تطبيقا للمادة 125-2 من الدستور، حيث تبقى هذه التنظيمات تابعة للقوانين التي تطبقها، إذ أنها اتخذت لإكمالها أو توضيحها، فإذا تناول القانون أحد المواضيع التي يمكن للبرلمان أن يقرر بشأنها ما يراه من قواعد، فإن التنظيم يتولى وضع القانون موضع التنفيذ، وهي في ذلك تخضع تماما للقانون وتتقيد به وتتبعه، خاصة وأنه يمكن للقانون في هذه الحالة أن ينزل إلى التفصيلات والجزئيات ويتولاها بالتنظيم. أما إذا تعلق القانون بأحد المواضيع التي يقتصر فيها دور البرلمان على تقرير المبادئ الأساسية دون أن يتعداها إلى التفاصيل والمسائل الفرعية، فإن السلطة التنظيمية تظهر في نطاق محتجز لها يتمثل في وضع هذه المبادئ الأساسية موضع التنفيذ.

ولا تتوقف حدود هذا النطاق على إرادة المشرع، على الأقل من الناحية النظرية، إلا أنه من الناحية العملية، فإن تحديد ما هو أساسي من المبادئ هو أمر يخضع كثيرا لإرادة البرلمان، لأن اعتبار مسألة ما من المبادئ الأساسية أم لا، هو موضوع يتأثر كثيرا بالاعتبارات السياسية، لذلك فهو أمر نسبي متطور زمنيا ومتغير مكانيا [3].

---

[1] – المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 68240 ، مؤرخ في 1990.07.28، المجلة القضائية ، 1992 العدد الأول، ص. 153.

[2] – سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية... ، المرجع السابق، ص. 152.

[3] – سامي جمال الدين، اللوائح الإدارية.... ، المرجع السابق، ص. 152.

الفرع الرابع: حجية القوانين والتنظيمات

في مجال التدرج القانوني يبقى القانون يحوز حجية أسمى من التنظيم، وإذا كان هذا الحل لا يثير أية صعوبات فيما يتعلق بالتنظيمات المتخذة لضمان تنفيذ القوانين، فالأمر ليس كذلك فيما يتعلق بالتنظيمات المتخذة على أساس المادة 125-1 من الدستور النافذ، والتي تتمتع بموجبها السلطة التنظيمية باختصاصات حصرية.

نظريا تتمتع الحكومة عند ممارستها هذه الاختصاصات "التنظيمات المستقلة"، بحرية مماثلة لحرية المشرع، لأنها لا تخضع إلى قانون ينظم هذه المجالات، وعندئذ، كالمشرع لا تجد الحكومة أعلى منها إلا قاعدة واحدة وهي الدستور [1]. لكن يبقى تصرفها صادر عن الهيئة التنفيذية، وبهذه الصفة فهو يخضع لرقابة القاضي الإداري الذي يبحث في مدى مطابقتها للدستور.

بالمقابل فإن التنظيمات المسماة المشتقة أو التنفيذية للقوانين تبقى تابعة لهذه الأخيرة، لأنها تتخذ لإتمامها أو لتوضيحها، سواء تعلق الأمر بالمواضيع التي يحدد فيها القانون "المبادئ الأساسية" أو التي يحدد فيها "القواعد". فمن المعتاد أن يحيل القانون صراحة الى مراسيم تطبيقية، وفي الحالة التي لا ينص فيها بوضوح على اتخاذ تنظيم تطبيقي، فإن الدستور يتضمن صراحة النص على تخويل السلطة التنفيذية مهمة تطبيق القوانين، كما هو شأن المادة 125-2 من دستور 1996 [2].

في كل هذه الأحوال فإن تعارض التنظيم مع القانون، يترتب عليه عدم مشروعية الأول وإمكانية ابطاله من طرف القاضي الإداري، وفي هذا الإطار، ألغى مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 30 نوفمبر 1998، مرسوما تنفيذيا كونه سمح بالمخالفة للقانون محل التطبيق، ببيع المشروبات الكحولية بمناسبة التظاهرات الرياضية [3].

إن تدرج القواعد القانونية، لا يخص فقط القانون والتنظيم، بل يوجد تدرج دقيق داخل القرارات الإدارية ذاتها، يبنى هذا التدرج على معايير عدة وهي:

أولا– المعيار العضوي: يأخذ هذا المعيار في الاعتبار مصدر القرار الإداري، فتدرج القرارات يتوقف في الواقع على مكانة مصدرها في هرم السلطات الإدارية، ووفقا لهذا المعيار لا يجوز أن تخرج قرارات الضبط الإداري الأدنى على قرارات الضبط الإداري الأعلى منها. وفي هذا الإطار يمكن إدراج قرار المجلس الأعلى، بخصوص قضية (ش ع) ضد ولاية سطيف ووزير الداخلية، حيث يستغل الأول منذ 1980 مصنعا صغيرا وبتاريخ 24 أكتوبر 1984، قامت شرطة البلدية بغلق المحل تنفيذا للمذكرة الصادرة من الوالي بسبب دواعي الأمن والنظافة والصحة العمومية. حيث أثار الطاعن وجها وحيدا مأخوذا من انعدام الإعذار المسبق طبقا للمادة 35 من المرسوم المؤرخ في 20 فيفري 1976، المتعلق بالمؤسسات الخطيرة أو الغير صحية. حيث أن الشرطة المحلية قامت وبدون إعذار مسبق بغلق المحل تنفيذا

---

[1] - M. C. Rouault, droit administratif…, Op. Cit., p. 84; R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 34.

[2] - تنص هذه المادة على ما يلي: "... يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة . "

[3] - CE. 30 novembre 1998, Fed, Nat, Industrie, hôtelière, RFDA. 1999, p. 392.

لمذكرة والي سطيف. وبالتالي فإن هذا الأخير تجاوز سلطاته تجاوزا واضحا، عندما خرق مقتضيات المرسوم الآ الذكر، وأنه يتعين إبطال القرار الضمني المتضمن رفض الطعن الإداري المسبق المرفوع إلى وزير الداخلية [1].

غير أن السلطات الضبطية المحلية بإمكانها اتخاذ تنظيمات مخالفة للتنظيم الصادر عن السلطة الأعلى على أن يتوفر شرطان: أن تقتضي الظروف المحلية ذلك، وأن يكون التنظيم الأدنى أكثر صرامة من ذلك الصادر عن السلطة الأعلى[2]. لذلك قبل مجلس الدولة الفرنسي، أن يمنع رئيس البلدية عرض فيلم رغم حصوله على تأشيرة وزارية، ذلك أن الظروف المحلية تبرر قانونا المنع [3]. وقد تعرض هذا القضاء إلى انتقادات كثيرة، فإذا استبعدنا الاضطرابات المادية التي يمكن أن يُسببها عرض الفيلم، فمن الصعب قبول بأن الاعتبارات المحلية المأخوذة من مجرد التأثير الأخلاقي لهذا الفيلم يمكنها أن تتسبب في منع عرضه في البلدية، وإلى مراقبة القاضي الإداري لهذا الحظر، بالإضافة إلى أن هذا القضاء يخاطر بتغليب الاعتبارات الشخصية التي تختلف من شخص لآخر، وبإفراغ المفهوم القانوني للتأشيرة الوزارية من كل محتوى [4].

ثانيا– المعيار الشكلي: يعتد هذا المعيار بشكل وإجراءات القرار، فإذا كانت القرارات جميعها قرارات تنظيمية أو قرارات فردية فإن تدرجها يقوم على أساس اختلافها من حيث الإجراءات والأشكال التي اتبعت في إصدارها، وقد استقر القضاء في فرنسا على اعتبار المراسيم الصادرة بناء على رأي مجلس الدولة أكثر قوة من المراسيم العادية التي تصدر دون إجراءات مسبقة[5]، وأن غياب الرأي الاستشاري يجعل المرسوم مشوبا وقابلا للإبطال [6].

ثالثا– المعيار الموضوعي (المادي): يستخدم هذا المعيار لتصنيف القرارات التي تصدر من ذات السلطة الإدارية من ناحية موضوعها، فهو يميز بين اللوائح والقرارات الفردية، ويؤكد سمو الأولى على الثانية، فالقرار الفردي لا يجوز أن يخالف لائحة ضبط أيا كانت مكانة السلطة التي اتخذته بالنسبة للسلطة التي أصدرت اللائحة [7].

وهكذا لا يجوز لسلطة ضبط إداري أعلى أن تخرق بقرار فردي لائحة ضبط صادرة من سلطة أدنى [8]، ولا يجوز أيضا كقاعدة عامة أن تخرج السلطة الإدارية بقرار ضبط فردي على قرار لائحي لسلطة ضبط إداري عليا. كما لا يجوز لسلطة إدارية أن تخرج بقرارات فردية عن تنظيم وضعته هي بنفسها [9]، فوحدة سلطة الضبط الإداري المختصة

---

1 – المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 46723، مؤرخ في 1986.07.12، المجلة القضائية 1990، العـدد الرابع، ص. 162.

2 - CE. 18 avril 1902, commune de Néris-les bains, M. Long et (al.), Op. Cit., p. 56.

3 - CE. 18 décembre 1959, societé " les films lutetia…", cité.in, M. Long et (al.), Op.Cit., p. 507.

4 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit, p. 357.

5 - CE. 07 juin 1902, cité in J. M. Auby. R. Drago, Op. Cit., p. 358.

6 - CE. 21 février 1997, M. C. Rouault, Droit administratif …, Op. Cit., p. 88.

7 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 357.

8 – غير أن هذه الفرضية التي تريد تغليب المعايير المادية على المعايير العضوية غير صحيحة، إذا ما قدمت بهذا الشكل المطلق، فرغم أنه تم تأييدها بموجب قرار قديم لمجلس الدولة مؤرخ في 3 جويلية 1931، يخص إلغاء قرار وزير المالية المتخذ بالمخالفة لتنظيم بلدي، فإن هذا القرار لا يقتضي احترام السلطة العليا للتنظيمات الصادرة عن السلطات المرؤوسة، إنما يعني بأن المجلس البلدي عندما اتخذ التنظيم كان أيضا يطبق القانون المفروض على الوزير، هذا الأخير بمخالفته للنظام الأساسي خرق نصا فرض احترامه القانون مما أعطى لمجلس الدولة فرصة إبطال قراره .

9 - CE. 11 février1953, Ruillier et autres, J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 358.

بإصدار اللوائح والقرارات الإدارية الفردية، لا يمنحها الحق في أن تخرج في قراراتها الفردية عن القرارات التنظيمية سبق أن وضعتها، بدعوى أنها تملك تغيير القاعدة التنظيمية. بل يتعين على سلطات الضبط الإداري المختصة أن تغير القاعدة التنظيمية أولا بقرار عام تصدره ينشر قانونا، وإلا انطوت قراراتها الفردية الضابطة على مخالفة للقانون. وهذه القاعدة بالإضافة إلى اعتمادها على المعيار الموضوعي، فإنها تؤدي إلى تجنب تعسف الإدارة، عن طريق اتخاذ قرارات فردية بالنظر إلى الأشخاص لا طبقا لقواعد عامة مجردة.

ومع ذلك فقد اعترف مجلس الدولة الفرنسي لسلطة الضبط الإداري بمكنة منح استثناءات فردية على لوائحها[1]، من ذلك وبخصوص ضبط أماكن الرقص، إقراره للعمدة بسلطة منح، تحت رقابة قاضي تجاوز السلطة، استثناءات خاصة من التنظيم الذي سنه إلى كل مستغلي المراقص العمومية الذين يوجدون في حالات متماثلة، بمعاملتهم دون تمييز أو محاباة، وفي الحدود التي تقف فيها هذه الاستثناءات مع حماية حسن النظام والسكينة العمومية [2].

1 - J. Castagné, Op. Cit., p. 42.
2 - CE. 13 février 1932, Société de la grande taverne, J. Castagné, Op. Cit., p. 43.

إن احترام النصوص المكتوبة ليس الشرط الوحيد لمشروعية المحل، فإذا أعلن القاضي عدم مشروعية قرار ضبطي، لمخالفة مضمونه لقواعد القانون المكتوب، فيجب أن يعلن ذلك أيضا عندما يخالف هذا المضمون بعض القواعد الغير مكتوبة، والمتمثلة في المبادئ العامة للقانون محور المطلب الأول، وقوة الشيء المقضي به محور المطلب الثاني.

المطلب الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري للمبادئ العامة للقانون

المبادئ العامة للقانون، هي مبادئ غير مشرعة، يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع، وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة، وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العمومية الالتزام بها [1]. وبمعنى أدق فإن هذه القواعد مستوحاة من روح التشريع بواسطة القضاء، وهي تمثل تعبير قانوني للمفاهيم الفلسفية والأخلاقية والاجتماعية والاقتصادية وتشكل قواعد قانونية غير مكتوبة [2].

وقد عرفها الأستاذ أحمد محيو كما يلي: "يطلق تعبير المبادئ العامة للقانون على عدد من المبادئ لا يحتويها متن النصوص القانونية (كالدستور والقانون والنظام)، وإنما تذكر في مقدمة هذه النصوص، ويعترف الاجتهاد بأن على الإدارة واجب احترامها" [3]. وبذلك فإن القاضي لا يخلق هذه المبادئ إنما يستنبطها، فهو يكتشفها في مناخ قانوني معين ناتج بالمرة عن التقاليد والوظيفة السياسية والاجتماعية والمؤسساتية [4]. وبناء على ما تقدم فإن هذه المبادئ تشكل فئة مستقلة من القواعد القانونية بسبب طبيعتها، حجيتها وثباتها، وهي تشكل أهمية كبيرة في موضوع الضبط الإداري، ويلجأ إليها القضاء أحيانا ليقرر عدم مشروعية ما يصدر عن هذه السلطات من قرارات. ولتوضيح هذا الدور نحتاج إلى توضيح أساس المبادئ العامة للقانون في الفرع الأول وإلى تحديد مضمونها في الفرع الثاني، لنتناول في الفرع الأخير مكانة هذه المبادئ ضمن تدرج القواعد القانونية.

[1] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد ...، المرجع السابق، ص.91 .

[2] - J. Castagné, Op. Cit., p.121.

[3] – أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط– 4، 2006، ص. 46.

[4] - M. Long et (al.), note sous, CE. 28 mai 1954, Op. Cit., p. 459.

نتطرق في هذا الفرع الى دور كل من القضاء والعوامل المادية في ظهور المبادئ العامة للقانون.

أولا– القضاء أساس شكلي للمبادئ العامة للقانون

يعود الفضل في ظهور ونشأة المبادئ العامة للقانون إلى مجلس الدولة الفرنسي، الذي كان له الدور الأكبر في تقرير هذه المبادئ في أحكامه العديدة، حيث بدأ يعمل على استخلاصها منذ نشأته [1]، وإن لم يعلن صراحة عن قوتها الإلزامية باعتبارها مصدر للقانون، إلا بعد الهزيمة التي لحقت فرنسا عام 1940، وانهيار الجمهورية الثالثة نتيجة الغزو الألماني، وما استتبع ذلك من انهيار لما كان مستقر فيها من مبادئ دستورية [2].

لذلك فإذا كان من الممكن أن نجد سوابق في قرارات مجلس الدولة، ومحكمة التنازع في بداية القرن التاسع عشر والعشرون [3]، فإن نظرية المبادئ العامة للقانون لم تنشأ حقيقة إلا منذ 1944، بموجب قرار مجلس الدولة المؤرخ في 05 ماي 1944 [4]، وإن لم تستعمل الجهة القضائية العليا في هذه القضية مصطلح المبادئ العامة للقانون [5]، إلا أنها أبطلت قرار سحب ترخيص باستغلال كشك لبيع الجرائد، بسبب أن الإدارة لم تحترم حقوق الدفاع، رغم أنه لا يوجد أي حكم قانوني ينص على مثل هذا الإجراء.

وبموجب قراره المؤرخ في 26 أكتوبر 1945، استعمل مجلس الدولة لأول مرة مصطلح المبادئ العامة للقانون، وبيّن صراحة بأنه: "ينتج عن المبادئ العامة للقانون التي تطبق حتى في غياب النص، بأنه لا يمكن قانونا النطق بأي جزاء قبل تمكين المعني بالأمر من الدفاع عن نفسه" [6]. وانطلاقا من هذه القرارات، تطور مفهوم المبادئ العامة للقانون لدى القاضي، ذلك أن التعسفات المرتكبة من طرف الإدارة في مختلف المجالات، حثته على توسيع مفهومها، حيث أصبحت الأخيرة ملزمة باحترام هذه المبادئ مثلها مثل القانون المكتوب، وبالتبعية تشكل مخالفتها مخالفة لقاعدة قانونية. وفي هذا الإطار يقول مفوض الحكومة Letourneur : " إلى جانب القوانين المكتوبة توجد مبادئ كبرى من الضروري الاعتراف بها كقواعد قانونية، لإكمال الإطار القانوني الذي تتطور فيه الأمة... والتي تؤدي مخالفتها إلى نفس نتائج مخالفة القانون المكتوب، بمعنى بطلان القرار المتجاهل لأحكامها ومعاينة الخطأ على مسؤولية السلطة التي اتخذته" [7].

---

[1] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد... ، المرجع السابق، ص. 91 .

[2] - المرجع نفسه، ص. 91 .

[3] - P. L. Frier, J. Petit, Op. Cit., p. 84.

[4] - CE. 05 mai 1944, cité in., M. C. Rouault, Droit …, Op. Cit., p. 103.

[5] – بيّن Letourneur بأن مجلس الدولة كان ينفر من استعمال مصطلح " المبادئ العامة للقانون، لكنه يلزم الإدارة على احترامها، أنظر:
J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 346 ; P. L. Frier, J. Petit, Op. Cit.,p. 84.

[6] - CE. 26 octobre 1946, Aramu, cité in M. C. Rouault, droit…, Op. Cit., p. 103 ; D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes individuels…, Op. Cit., p. 165.

[7] - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 346.

وإذا كانت هذه المبادئ اختراع أصلي لمجلس الدولة الفرنسي، فليست أقل استعمالا من طرف جهات القضاء العادي، التي ترجع إليها في مجال الضبط بصورة ثابتة [1]. فليس صحيحا أن المبادئ العامة للقانون هي من وضع القضاء الإداري فقط [2]، إذ أن القاضي العادي يشارك أيضا في استخلاص واستنباط هذه المبادئ، وفي الكشف عنها، كل ما في الأمر أن دور القضاء الإداري في هذا الشأن أكثر بروزا ووضوحا، لأسباب ترجع إلى بعض خصائص القانون الإداري، كونه قانون قضائي.

ثانيا– العوامل المادية أساس مادي للمبادئ العامة للقانون

إذا كان القضاء هو الذي يعمل على استخلاص المبادئ العامة للقانون في أحكامه، فإن هذه المبادئ موجودة فعلا، حتى ولو لم تكن مكتوبة، ولذلك يثور التساؤل عن الأساس الموضوعي الذي يستند إليه القضاء للإعلان عن وجود هذه المبادئ والكشف عنها في أحكامه ؟

يذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه المبادئ تنتج عن الضمير الجماعي وتولد بصورة عرفية، ويربطها هؤلاء بنوع من القانون العام العرفي الذي ظهر تاريخيا في عدد من النصوص كإعلان حقوق الإنسان والمواطن لعام 1789، ومقدمات الدساتير...إلخ [3]، وعن الوحي العام للتشريع حيث يستقي القضاء المبادئ العامة مستعينا في ذلك بالقواعد القانونية القائمة، وأسس نظام الحكم في الدولة، ووثائقها القانونية والسياسية التي تتضمن الاتجاهات العامة السياسية للدولة [4]. واقع الأمر أن هناك رابطة وثيقة بين المبادئ العامة للقانون وبين الفلسفة العامة، أو ما يسمى بالفكرة العامة للوجود[5]. فهذه المبادئ تبلور الأفكار والأسس والقواعد التي تمثل مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية، في شتى المجالات السياسية والثقافية والاجتماعية والاقتصادية، كالانشغالات الحديثة للعدالة، حماية الحقوق والحريات الأساسية كحق الأجانب في وضعية قانونية تسمح لهم بحياة عائلية عادية [6].

وإذا كانت المبادئ العامة للقانون تقوم على مقومات المجتمع الفكرية والفلسفية وغيرهما، فلا شك أن هذه المقومات تختلف من مجتمع لآخر. وإذا كان المجتمع الفرنسي يقوم على التقاليد اليونانية الرومانية المسيحية [7]، فإن المقومات الأساسية للمجتمع المسلم، تتبلور في المبادئ الأخلاقية السامية، والقيم والتقاليد الأصلية والعدل والحرية للمواطنين... إلخ [8].

---

1 - J. Castagné, Op. Cit., p. 121.

2 – سامي جمال الدين، تدرج القواعد ...، المرجع السابق، ص. 97.

3 – أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 47 .

4 – سامي جمال الدين، تدرج القواعد....، المرجع السابق، ص . 93 .

5 – مجدي دسوقي محمود، المصادر القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص. 42.

6 - M. C. Rouault, droit administratif…, Op. Cit., p.104-105.

7 – سامي جمال الدين، تدرج القواعد...، المرجع السابق، ص. 95 .

8 – عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، د ت ن، ص. 282.

ينتج عما سبق أن المبادئ العامة للقانون ليست لها أية علاقة مع القانون المكتوب، فهي لا تتعلق لا بتطبيقه بتفسيره، بالعكس أن هذه المبادئ تطبق في غياب النص، ورغم أن مجلس الدولة لم يسعى إلى إنشائها، فإنه اكتشفها وكرسها، مما يفسر بأنه يستخرج في كل مرة الجديد [1].

الفرع الثاني: الحرية والحقوق الفردية والمساواة أساس تقسيم المبادئ العامة للقانون

وفقا للمعيار الغائي الذي آثرنا دراسة الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري وفقا له، تقسم المبادئ العامة للقانون إلى المبادئ العامة المتعلقة بالحريات والحقوق الفردية والمبادئ العامة المتعلقة بالمساواة.

أولا – مخالفة المبادئ المتعلقة بالحريات والحقوق الفردية

إن مخالفة المبادئ العامة المتعلقة بالحريات والحقوق الفردية، قد يكون بخصوص مبدأ احترام الحريات والحقوق الفردية أو مبدأ حرية التجارة والصناعة.

أ – مخالفة مبدأ إحترام الحريات والحقوق الفردية

أكد القضاء في الكثير من المناسبات، على وجود حريات تخص أغلبية المواطنين ولا يجوز تقييدها إلا بمقتضى القانون، من هذه الحريات: حرية التنقل، حرية المسكن وسرية الحياة الخاصة، الحق في الملكية والحريات العامة المنظمة.

1– حرية التنقل

يقصد بها امكانية تغيير الفرد لمكانه وفقا لمشيئته، والذهاب والمجيئ داخل بلده حيث شاء، والخروج منه والعودة اليه دون أن تحده عوائق، وذلك لقضاء ما يحتاجه في حياته الخاصة والعامة. وقد سُميت أيضا بحرية الحركة، أو حرية الذهاب والإياب أو حرية الغدو والرواح [2]. وهذا الحق هو فرع من الحرية الشخصية للفرد [3]، وهو مبدأ دستوري أصيل تحرص الدساتير والمواثيق الدولية على كفالته وعدم المساس به [4]، وفي هذا الإطار تنص المادة 44 من التعديل الدستوري لسنة 1996 على مايلي: " يحق لكل مواطن يتمتع بحقوقه المدنية والسياسية، أن يختار بحرية موطن إقامته، وأن يتنقل عبر التراب الوطني". لذلك لا يجوز مصادرة هذا الحق بغير علة ولا مناهضته دون مصوغ أو تقييده بلا مقتضى، وفي ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية عن طريق غرفتها الجنائية: " بأن قرار المحافظ، وبسبب الحظر العام الذي يتضمنه، في الزمان والمكان، والذي أدى الى منع شبه مطلق للتنقل على الطريق العمومي، لفئة محددة من

---

[1] - M. C. Rouault, droit…, Op. Cit., p. 103; R. Zouaimia, M. C. Rouault, Op. Cit., p. 45.

[2] – هاني سليمان الطعيمات، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط–1، 2003، ص. 138.

[3] - D. Tsevas, Op. Cit., p. 166.

[4] – محمد بكر حسين، الحقوق و الحريات العامة، حق التنقل والسفر، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص. 9.

الأشخاص قد تجاوز سلطات الضبط...،كما أنه اتخذ خرقا للحقوق العامة المتعلقة بالحريات العمومية وخاصة للحـ الفردية [1].

وإذا أردنا أن نربط حرية التنقل بمقتضيات النظام العمومي التي يحرص الضبط الإداري على تحقيقها، نجد أنها ترتبط بعنصر الصحة العمومية، رغم ذلك، فليس مستبعدا ربطه بمقتضى المكافحة ضد التلوث الذي يبرر منع هذه الحرية داخل محمية طبيعية [2]. بالإضافة إلى ذلك يمكن ربط عنصر التنقل بالسكينة العمومية، التي تقتضي غياب الاضطرابات، فكانت أولى القرارات الصادرة في هذا المجال، تتعلق بالقرارات البلدية التي قررت منع حركة الشاحنات التي تثير الضجة، وتلك التي منعت ممارسة نشاط المصورين المتجولين في وسط المدينة، وكذا القرارات المانعة لحركة الباعة المتجولين، وأخيرا القرارات التي تحظر التسول [3].

وتتخذ القيود التي تفرضها قرارات الضبط الإداري على حرية التنقل عدة صور:

– تحديد إقامة الأشخاص في مكان معين

يتعين لمشروعية هذه القرارات أن تمليها ظروف الحال، ورعاية الصالح العام، فاذا انتفى هذا السند يقرر القضاء عدم مشروعيتها.

– تقييد حرية المواطنين في الإنتقال من مكان لآخر

الأصل أن لكل مواطن حرية التنقل والإقامة في أية منطقة من مناطق البلد، ولكن ليس في القانون ما يمنع سلطات الضبط الإداري من تقييد حرية تنقل المواطنين داخل الدولة، متى رأت في ذلك مصلحة عامة. وهكذا فإن القاضي الفرنسي غالبا ما يقرر مشروعية منع التنقل، عندما يلاحظ أن هذا المنع لا هو عام ولا مطلق، فبخصوص القرار البلدي الذي يحظر دخول المركبات إلى إقليم البلدية، قضى مجلس الدولة بمشروعيته، لأنه يتعلق فقط، بالمركبات التي تحمل مواد خطرة [4]، وقضت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية بمشروعية القرار الذي يمنع مجموعة من النساء من التوقف بطريقة مستمرة، والذهاب والإياب بشكل متكرر، لكن فقط على بعد 200م حول مدرسة وخلال بعض الساعات في اليوم [5].

وبالمثل أقرت محكمة القضاء الإداري المصرية بمشروعية قرار الإدارة الضبطية التي منعت المدعية من السفر، انتظارا للانتهاء من التحقيقات بخصوص التهرب الضريبي الموجه إليها [6]. لكن ولما خلا قرار الإدارة الضبطية من

---

[1] - Crim. 1 février 1956, D. 1956, p. 365, rapport Ledoux.
[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 121.
[3] - C. A. Colliard, R. Letteron, libertés publiques, 8eme édition, 2005, p. 269.
[4] - CE. 01 février 1978, Coing et assoc. Fran. de transport…, AJDA. 1978, p. 397.
[5] - Crim. 9 mai 1961, in D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes individuels, Op. Cit., p. 169.
[6] – أشار إلى هذا القرار الصادر في 2 أفريل 2002، محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص.43، 44.

سند صحيح قالت هذه المحكمة، بموجب قرارها المؤرخ في 13 سبتمبر 2004: "... ولما كان المدعي يشغل وظ أستاذ بقسم الاقتصاد ولا يجري معه تحقيق بشأن اتهام معين، ولم يصدر ضده حكم جنائي، ولم تستند الاعتبارات الأمنية التي تدعيها الإدارة إلى دليل جدي تستدعي منعه من السفر، فإن ما استندت إليه الإدارة لا يعدو أن يكون مجرد أقوال [1].

– إبعاد المواطنين خارج بلدهم أو رفض طلبات هجرتهم إلى الخارج

لا يجوز إبعاد مواطني الدولة المتمتعين بجنسيتها الى خارج اقليم الدولة، كما لا يجوز رفض طلبهم بالهجرة الى الخارج إلا بناء على أسباب قانونية.

– الإمتناع عن منح مواطني الدولة جوازات سفر أو الإمتناع عن تجديدها

يعتبر حق المواطنين في استخراج وحمل جوازات السفر عنصرا من الحرية الشخصية، ومع ذلك يظل منح التراخيص بحملها من إطلاقات الإدارة، تمتع فيه بسلطة تقديرية واسعة طالما لم تنحرف بالسلطة ولم تستهدف إلا تحقيق المصلحة العامة. لذلك أقرّت المحكمة الإدارية العليا المصرية بمشروعية قرار وزير الداخلية الرافض لتجديد جواز سفر مواطن محكوم عليه في جناية وموجود خارج الوطن [2].

2– حرمة المسكن وسرية الحياة الخاصة

لكل انسان حسب امكانياته الحق في اختيار مكان سكنه، وله الحق أيضا في استعماله بالشكل الذي يراه مناسبا في إطار قاعدة لا ضرر ولا ضرار [3]. لذلك حرص كل من القضاء العادي والإداري على توفير الحماية الكافية لحرمة المسكن، فقضى مجلس الدولة الفرنسي بأن القرارات التي تنطوي على اعتداءات جسيمة على حرمة المسكن، ولا تقبل أن تتعلق بمباشرة سلطة خاصة بالإدارة، تشكل اعتداءات مادية، ويجب بناء على ذلك أن تعتبر باطلة وعديمة الأثر[4].

وأنه إذا لم يوجد نص خاص يرخص للعمدة تفتيش عربات البدو الرحل، التي تعتبر سكنهم، فإن القرارات التي تسمح بهذا التفتيش تكون غير مشروعة، باستثناء حالة الوباء الخطير الذي يقتضي تدابير عاجلة. كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن المحضر القضائي الذي يدخل مسكنا أهله غائبون وأبوابه مغلقة، لتنفيذ حكم قضائي بالطرد،

---

[1] – أشار إلى هذا القرار، محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص. 29-31.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، 12 ماي 1987، أشار اليه محمد عبد الحميد مسعود، المرجع السابق، ص.496.

[3] – هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص. 128.

[4] - CE. 17 décembre 1948, Azoulay et autres, cité in J. Castagné, Op. Cit., p. 122.

مستعملا القوة، أيا كانت طبيعتها ... ينتهك حرمة هذا المنزل، إذ له فقط إذا وجد أمامه مقاومة... أن يط مساعدة القوة العمومية.... " [1].

ولحياة المواطنين الخاصة وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات الهاتفية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، فمن حق الإنسان أن يحافظ على أموره الخاصة وأن يكتمها عن الغير، ويمنع افشاءها، لا سيما إذا كانت شخصية محضة أو سرية، ومن الأمور الخاصة بالإنسان، المراسلات البريدية وكافة الاتصالات البرقية والهاتفية، فهي ترجمة مادية لأفكاره، ومن ثمة فلا يجوز لغير مصدرها ومن توجهت إليه الاطلاع عليها، أو مصادرتها أو إخفائها أو سماعها بطريق التصنت بأي وسيلة من الوسائل، وسواء كان ذلك بحاسة السمع أم تسجيلا لمحادثات تدور في أماكن خاصة، أم مراقبة لمحادثات هاتفية أو لرسائل برقية أم تصويرا بجميع الأجهزة التقنية الحديثة، ذلك أن كل هذه الوسائل تُشكل مساسا خطيرا بحق الإنسان في خصوصياته واعتداء على ما تضمنته تلك الاتصالات والمراسلات [2]، لذلك فإن سريتها مكفولة ولا يجوز الإطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائي مُسبب ولمدة محدودة وفقا للقانون.

3- الحق في الملكية

إن حق الملكية المعلن بواسطة تصريح حقوق الانسان، والذي أُعترف بطابعه الأساسي في عدة مناسبات من طرف المجلس الدستوري، يقتضي التمييز بين ما يدخل في نطاق القانون الخاص وما يندرج في إطار القانون العام، فالأول يدرس العلاقات بين الملاك بعضهم ببعض، وبين الملاك والأشخاص الخاصة من غير الملاك. والثاني يدرس العلاقات بين الملاك والسلطات العمومية، وهنا يدخل حق التملك، في نطاق علاقات القانون العام، ويصير في البلاد الديمقراطية حرية عمومية[3]. لذلك فالإدارة الضبطية ملزمة في كل الأحوال باحترام حرية التملك، فلا يجوز لها تقييدها إلا إذا اقتضت مصلحة النظام العمومي ذلك، كما هو الشأن عندما يتخذ العمدة تدابير موجهة لمنع انزلاق العقار[4]، أو يمنع الاحتفاظ بخلية نحل فوق ملكية خاصة بسبب الأضرار التي يسببها النحل [5]. فإذا لم يثبت لدى القاضي أي اعتداء على حق الملكية يرفض الدعوى لعدم التأسيس، وهكذا اعتبر مجلس الدولة الفرنسي مشروعا قرار الإدارة الضبطية بنزع الملكية للمنفعة العمومية من أجل تهيئة القطعة الأرضية وتحويلها إلى ممر سياحي أو مكان للراحة [6]. واعتبرته محكمة النقض غير مشروع القرار الذي يشكل تدابير تعتدي على حقوق الملكية للمواطنين [7]، لكن إذا ثبت لدى القاضي أن الإدارة الضبطية لا تستند في قرارها إلى أساس صحيح فإنه يبطله، وهكذا قرر المجلس الأعلى الجزائري، أنه لا يجوز الاستيلاء بأي حال على المحلات المخصصة فعلا للسكن، ومن ثم فإن القرار الإداري المتضمن الاستيلاء على السكن يعد مشوبا بعيب خرق القانون. ولما كان الثابت في قضية الحال أن السكن المتنازع فيه مشغولا

---

[1] - Cass. Crim. 6 juin 1924, GP. 1924 . 2. p. 231 ; J. Castagné, Op. Cit., p. 122 ; D. Tsevas, Op. Cit., p. 168.

[2] – هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص. 131.

[3] - C. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 269.

[4] - CE. 6 avril 1998, Sarl…, cité in, C. Colliard, R. Letteron, Op.Cit., p. 286.

[5] - CE. 16 novembre 1977, Sevin, IBID., p. 287.

[6] - CE. 11 juillet 1989, Assoc. de défense, D. 1990, p. 318.

[7] - Crim. 6 juin 1928, S. 1928 .3. p. 119.

من قبل الطاعنين، وأن الشقة المتنازع فيها غير مصرح بشغورها، ومن ثم فإن قرار والي عناية المتضمن الاستيلاء ع هذا السكن يعد مشوبا بعيب خرق القانون، ومتى كان الأمر كذلك استوجب إبطال القرار المطعون فيه [1].

4- الحريات العمومية المنظمة (الحريات الخاصة بالحياة الجماعية)

إن تنظيم الحياة الجماعية يقتضي أن يكون لكل شخص ضمانات، لإبراز شخصيته من خلال معتقداته وحقه في التعبير الحر عن آرائه، ومن ضمن هذه الحريات نذكر حرية الإجتماعات، حرية تكوين الجمعيات، حرية العقيدة وإقامة الشعائر الدينية وحرية الرأي.

- حرية الإجتماع العمومي

هي إحدى الحريات المضمونة قانونا، وقد عرفها مفوض الحكومة Michel عند مرافعته بصدد قرار Benjamin الشهير بأنه: " تجمع آني للأشخاص يتشكل من أجل سماع عرض للأفكار، والآراء، أو التنسيق لعمل مشترك للدفاع عن الأفكار والمصالح" [2]، وبصدد تحديدها لخاصية كون الاجتماع يجب أن يكون منظما، قالت محكمة النقض الفرنسية بأن: "التجمع البسيط للفضوليين الذين يستمعون لخطاب إرتجالي من طرف أحد النواب لدى خروجه من القداس، لا يعتبر اجتماعا" [3]. وبدوره اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي [4].

ويعتبر قرار Benjamin القرار المبدئي في هذا الموضوع ويتلخص فيما يلي: كان René Benjamin سيلقي محاضرة أدبية بمدينة Nevers لكن نقابة المعلمين أعلمت رئيس البلدية، بأنها تعارض وبجميع الوسائل هذه المحاضرة من شخص كان قد شوه بكتاباته صورة هيئات التعليم العلمانية، وعن طريق الصحافة والمنشورات والإعلانات قام المدافعون عن المدارس الحكومية، والنقابات والهيئات اليسارية بمظاهرة معاكسة، وأمام هذا الوضع قام رئيس البلدية باتخاذ قرار يمنع محاضرة Benjamin.

ونتيجة لذلك أعلن منظمو المحاضرة، بأنها ستصبح خاصة بعد أن كانت الدعوى لها عامة، ومع ذلك فقد منعها رئيس البلدية، وعلى إثر ذلك رفع المتضرر دعوى أمام مجلس الدولة الفرنسي، وطعن في قراري المنع الصادرين عن العمدة، فجاء قرار مجلس الدولة كما يلي: " حيث أنه يتوجب على العمدة بناء على نص المادة 97 من قانون 5 أفريل 1884، أن يتخذ الوسائل التي تتطلبها صيانة النظام العمومي، إلا أنه يتوجب عليه من ناحية أخرى التوفيق بين ممارسة سلطاته واحترام حرية الاجتماع المضمونة بالقوانين ... " [5].

---

[1] – المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار رقم 42136، مؤرخ في 1986.07.12، قضية (ل.ك) ضد وزير الداخلية ووالي عنابة، المجلة القضائية، 1990، العدد الرابع، ص. 168.

[2] - Michel, concl. sur CE. 19 mai 1933, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 280.

[3] - Cass. 14 mars 1903, du Halgouêt, cité in C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 280.

[4] - CE. 6 aout 1915, Delmotte, D. 1916, 3. 1.

[5] - CE. 19 mai 1933, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 280.

وعلى هذا الأساس فإن حرية الاجتماع ليست منحة من الإدارة، تمنحها أو تمنعها كما تشاء، بل هي أصيل للأفراد، اعترف بها القانون وأكدتها الدساتير، وهو طريقة من طرق التعبير الجماعية، بل تعتبر اليوم حرية أساسية ومؤشر على دولة القانون [1]. وباعتبار حرية الاجتماع من الحريات العمومية، فإن تنظيمها يرتبط إما بنظام وقائي أو بنظام قمعي، فالنظام الوقائي هو الذي يخضع ممارسة كل نشاط لإذن مسبق، ويؤدي بالتبعية إلى تقييد هام لحريات المواطنين، وفي هذه الحالة يصبح الوضع مخالفا لطبيعة الأشياء، بحيث يصبح التقييد هو القاعدة والحرية هي الاستثناء. وفي نظام كهذا لا يمكن عقد اجتماع إلا بعد الحصول على إذن بذلك. أما النظام القمعي فهو الذي يترك نشاط المواطنين ينمو بحرية، ولا يتدخل إلا لقمع التجاوزات، وهذا ما يشجع على ممارسة الحريات العمومية، وفي هذه الحالة فإن عقد الاجتماع أمرا حرا، أما منعه فلا يعلن عنه إلا إذا أدى إلى اضطرابات أو تضمن تهديدا بإحداث اضطرابات، غير أن بعض الأنظمة تتخذ موقفا وسطا، فتعترف بالحريات العمومية، وتقرنها بتنظيم صارم.

وفي الجزائر نجد أن حرية الاجتماع مضمونة بموجب المادة 41 من دستور 1996، وفي هذا الإطار ينص القانون رقم 89- 28 المعدل والمتمم بموجب القانون 91- 19 في مادته الأولى على ما يلي: " الاجتماعات والمظاهرات العمومية مباحة..."، لكن تطبيق بعض مواد هذا القانون تؤدي إلى منع كل اجتماع [2]. فمادته الرابعة تشترط التصريح المسبق والمادة العاشرة تشترط أن يكون للاجتماع مكتب، وتضيف المواد 11 و8 على التوالي، شرطي أن يحضر هذا الاجتماع موظف وألا يكون في طريق عمومي. وبناء على ما سبق فإن الأفراد الذين يرغبون في عقد اجتماع، يجب عليهم في البداية إخطار سلطات الضبط، لكي تتخذ التدابير الضرورية لإجرائه، فإذا لم تستطع تأمين عقده بصفة هادئة، فلها أن ترفض الطلب، وفي هذا الشأن تنص المادة 6 مكرر من القانون السابق الذكر على أنه: يمكن للوالي أو من يفوضه منع اجتماع، إذا تبين له أنه يشكل خطرا حقيقيا على الأمن العمومي، أو إذا تبين جليا أن القصد الحقيقي من الاجتماع يشكل خطرا على حفظ النظام العمومي، مع إشعار المنظمين بذلك.

– حرية تكوين الجمعيات

كرست المواد 33 و41 و43 من التعديل الدستوري لسنة 1996 حرية تكوين الجمعيات، ولتكوين جمعية يكفي أن يتفق شخصين أو ثلاثة على إنشائها، وعلى طرق تسييرها. وتعني حرية تكوين الجمعيات في المقام الأول، الأحزاب السياسية، لأنها تقوم بمساهمة لا بديل عنها في التعايش السياسي، فعندما يتعلق الأمر بحزب سياسي، فإن حرية إنشائه تستفيد من حماية خاصة، وتراقب المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بصرامة القيود المحتملة على حرية إنشاء تنظيم حزبي [3]. هذا المبدأ يتطابق كليا مع التقليد الفرنسي الذي بموجبه تخضع الأحزاب إلى رقابة قصوى فيما يتعلق بماليتها، لكنها تستفيد من كل الضمانات التي يمنحها قانون 1901 المتعلق بالجمعيات. وحرية تكوين الجمعيات حرية عمومية تم تكريسها على عدة أصعدة. فعلى المستوى الدولي تم الإعلان عن هذه الحرية، بموجب

---

[1] - C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 494.

[2] – أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 417، وأيضا ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 176.

[3] - LEDH. 30 janvier 1998, partie …, cité in C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p.110 - 111.

الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، وعهد 1966 للحقوق المدنية والسياسية، وخاصة من طرف الاتفاقية الأوربية لحماية حقوق الإنسان، ونتيجة لذلك عهدت المحكمة الأوربية عناية خاصة لحماية هذه الحرية، معتبرة بأنها تشكل بالمرة ركنا للديمقراطية وواجهة لحرية التعبير، وقد أكدت المحكمة في العديد من المناسبات العلاقة المباشرة بين الديمقراطية، التعددية، وحرية تكوين الجمعيات.

وعلى مستوى الداخل الفرنسي أخذت هذه الحرية مكانا لها ضمن المجموعة الدستورية الفرنسية، بموجب قرار المجلس الدستوري الشهير الصادر في 16 جويلية 1971 (سبقت الإشارة إليه)، هذا القرار الذي سمح للمجلس بتقدير مدى مطابقة القانون لمقدمة الدستور وجعل من هذه الحرية، كما هي مكرسة في قانون 1901، واحدة من "المبادئ الأساسية المعترف بها بموجب قوانين الجمهورية"، وسمح بذلك بدخولها ضمن المجموعة الدستورية. وقد كانت الفرصة للمجلس الدستوري الفرنسي لإعادة التأكيد على الطابع الأساسي لهذه الحرية وللتذكير بأن هذا التصريح ليس مجرد إجراء إداري ينبغي احترامه، لكن أيضا وخاصة، شرطا أساسيا لوضع القانون المتعلق بممارسة حرية عمومية موضع التنفيذ. وعلى مستوى التنظيم القانوني تخضع حرية تكوين الجمعيات لمبدأ الإعلان المسبق، وطبقا لقضاء المجلس الدستوري الفرنسي، يراقب القاضي الإداري كل انحراف إداري نحو نظام الترخيص [1].

هذا ويتمتع الأفراد بحرية تامة في الانخراط أو عدم الانخراط في الجمعيات، لكن الأمر ليس كذلك بخصوص التجمعات التي يكون الانضمام إليها إجباري، والتي يستطيع المشرع والمشرع وحده إجبار الأشخاص على الإنضمام إليها، وهكذا فكل البنوك الفرنسية مجبرة على الانخراط في الجمعية الفرنسية للبنوك [2]. ومع ذلك لم يفصل مجلس الدولة الفرنسي إطلاقا في مدى مطابقة هذا الانخراط الإجباري للمبدأ الأساسي المتمثل في حرية تكوين الجمعيات، فرقابته اقتصرت على مدى احترام الاختصاص، لذلك فهو يبطل كل انضمام إجباري لجمعية ما تم بالطريق التنظيمي ولم يتم بالطريق التشريعي [3]. ولم تقضي محكمة النقض بخلاف ذلك، عندما اعتبرت أن الانضمام الإجباري للمحامين في اتحاد المحامين الفرنسيين، لا يتعارض مع الاتفاقية الفرنسية لحقوق الإنسان، عندما يستجيب لاعتبارات المصلحة العامة [4].

وبالإضافة إلى هذا يراقب القضاء الإداري مدى مشروعية قرارات رفض اعتماد الجمعيات وقرارات حلها، من ذلك، حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الذي أيد حكم محكمة القضاء الإداري، فيما قضى به من وقف تنفيذ قرار حل مجلس إدارة الجمعية، المطعون فيه، لأن القرار قام على أساس تقاعس مجلس الإدارة عن استئجار مقر جديد لها، ولعدم صلاحية المجلس الحالي، وهذا السبب بافتراض صحته، لا يشكل في ذاته، مخالفة جسيمة تبرر حل مجلس إدارة الجمعية، ومن ثم يكون القرار مفتقدا، بحسب الظاهر، للسبب الصحيح المبرر له قانونا [5]. وعلى العكس من

---

[1] - CE. 29 avril 1994, cité in C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 514.
[2] - IBID., p. 514.
[3] - CE. ass. 21 octobre 1988, AJDA. 1988, p. 717.
[4] - Cass. CV. 19 juin 2001, Dalloz, 2001, p. 2178.
[5] – المحكمة الإدارية العليا المصرية، 10 ديسمبر 2000، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 508.

ذلك ذهبت هذه المحكمة، إلى رفض طلبات وقف تنفيذ قرار حل جمعية لأنه يقوم حسب الظاهر، على أسب تبرره [1].

– حرية العقيدة وإقامة الشعائر

إن التديّن غريزة فطرية في نفوس البشر، وإن كل حضارة إنسانية لابد أن تنبثق عن مفهوم للوجود، وتصور للإنسان يُحدد موقعه في الوجود وعلاقته بالكون وبما وراء الكون، وهذا التصور وذلك المفهوم هو ما يُسمى بالعقيدة [2]. ولتوضيح معنى حرية العقيدة تجدر الإشارة إلى أنه يجب ألا تختلط هذه الحرية بالحرية الدينية، التي تعني أن كل شخص بإمكانه اختيار الدين الذي يرتضيه لنفسه، أو ألا يختار، فهي حرية فردية مطلقة، ترتكز على عنصر شخصي لا يُميز بين حرية المعتقد وحرية التفكير، بينما تُصور حرية العقيدة الدين كظاهرة جماعية، بحيث يجب أن تتلاءم مظاهره وممارسته مع ضرورات النظام العمومي وحماية الأشخاص، فالتمييز بين الحرية الدينية وحرية المعتقد يجب أن تترجم بالمرور من القناعات الشخصية إلى الممارسات الإجتماعية والجماعية، وبهذا الخصوص تنص المادة 10 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن، على أن: "كل شخص حُر في آرائه وحتى الدينية، على ألا تؤدي ممارستها إلى الإخلال بالنظام العمومي ..." [3]. وإقرارا لهذه الحرية أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة قيام الكاهن بحراسة وضبط الكنسية، حتى يضمن للمؤمنين ممارسة طقوسهم [4]، لكنه اعتبر بالمقابل، أن رفض الإدارة الترخيص للحركات الطائفية بإنشاء جمعيات دينية، لا يضر بالحرية الدينية، لأنه بإمكان أعضاء الطائفة مواصلة ممارسة وإظهار معتقداتهم الدينية، ولأن رفض الإدارة منح الترخيص إنما يتم لأسباب تتعلق بالنظام العمومي [5]. ولئن كانت الطقوس الدينية التي تتم داخل المعبد، تبقى بعيدة عمن لا يريدون الإنضمام إليها، ولا تطرح بالتبعية أية مشاكل تهدد النظام العمومي، فإن ممارستها في مكان عمومي، وجعلها مفتوحة على الجمهور من شأنه أن يتسبب في مثل هذه الصعوبات.

لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي في بداية القرن العشرين، إبطال القرارات البلدية التي تمنع ممارسة الطقوس الدينية على الطريق العمومي [6]، لكن شيء فشيء اعتبر المجلس بأن هذه الطقوس أو المواكب لا يمكن أن تكون موضوع منع عام ومطلق، وأكثر من ذلك لا يمكن أن تخضع بطريقة نظامية إلى نظام الترخيص المسبق [7].

وبدوره لم يتوان القاضي المصري في صيانة هذه الحرية، وهكذا أيدت المحكمة الإدارية العليا، حكم محكمة القضاء الإداري المطعون فيه، والذي قضى بوقف تنفيذ قرار جامعة عين شمس، كلية الآداب، بحضر دخول الطالبات إلى حرم الجامعة وكلياتها بالنقاب، استنادا إلى أنه لا يجوز حظره بصفة مطلقة أو منعه بصورة كلية، ولو في جهة

[1] – المحكمة الإدارية العليا، 27 مارس 2001، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع نفسه، ص. 509.

[2] – هاني سليمان الطعيات، المرجع السابق، ص. 160.

[3] - C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 423.

[4] - CE. 24 mai 1938, Touron, cité in C. A. Colliard, Op. Cit, p. 436.

[5] - CE. 28 avril 2004, Assoc. Culturelle de …, AJDA. 2004, p. 1367.

[6] - CE.19 février 1909, Abbé Olivier, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 114.

[7] - CE. 29 juillet 1950, Abbé Portes, C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit, p. 437.

معينة، لأن الحظر المطلق أو المنع الكلي يمس بالحرية الشخصية في ارتداء الملابس، ويقيد حرية العقيدة [1]. كما ألـ هذه المحكمة قرار وزير الداخلية استنادا إلى أنه:" لا مراء أن وزارة الداخلية قد أولاها القانون السلطة الكفيلة بالمحافظة على الأمن وتوقي الإخلال به، فتصدر قراراتها بما يحقق تلك الأغراض، دون انحراف، وإلا كان ما ساقته الوزارة تبريرا للقرار المطعون فيه هو خشية الفتنة لاحتمال حدوث احتكاك بين المسلمين والأقباط، فإنه قول غير سديد... " [2].

– حرية الرأي (حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام)

تعد حرية إبداء الرأي العمود الفقري للحريات الفكرية، فإذا كان من حق الإنسان أن يُفكر فيما يكتنفه من شؤون وما يقع تحت ادراكه من ظواهر، ويُكوّن عقيدته الداخلية فكريا وبصورة مستقلة، فإن حقه هذا يبقى ناقصا اذا لم يتمكن من التعبير عن افكاره وأرائه، بنقلها من مرحلتها الداخلية الى الوجود الخارجي [3]. لذلك فحين يثور الحديث عن التلازم بين الحريات العمومية والديمقراطية، فإن أول ما يتبادر إلى الذهن هو حرية الرأي وتكوين الأحزاب. لذا نجد أيضا أن كافة الدساتير تنص على هذه الحرية، وتُشير إلى عدم جواز الحجز عليها، أو منع الأفراد من عرض أفكارهم ومعتقداتهم، كما نجد أن هذه الدساتير تكفل تبعا لحرية الرأي حرية الاجتماع، وهو ما يُعبر عن إيمانها بسائر الحريات الأخرى كحرية ممارسة الشعائر الدينية والحريات السياسية والاقتصادية ... إلخ [4].

وقد تم الإعلان عن حرية الصحافة في 1789، كواحدة من الحقوق الأكثر أهمية للإنسان، وتم تكريسها بعد حوالي مئة عام كركيزة أساسية للمجتمع الديمقراطي [5]. لذلك حرص القضاء الإداري على مراقبة مدى مشروعية قرارات رفض الترخيص بإصدار الصحف والاعتراض عليها، أو بمصادرتها إداريا، أو بحظر توزيعها في أماكن معينة.

ولقد كانت حماية النظام العمومي، منذ فترة طويلة الأساس الوحيد للقيود التي يضعها المشرع على حرية التعبير، وتدعيما لذلك تم انشاء ضبط خاص حقيقي، وُضع في إطار حماية الأمن العمومي والأخلاق العمومية، غير أن عددا من هذه الأنظمة الاستثنائية قد تم تقليصه تحت تأثير قضاء المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، التي تراقب مدى ضرورة هذه الأنظمة في مجتمع ديمقراطي [6].

فإلى وقت قريب، كان وزير الداخلية الفرنسي يستطيع اتخاذ قرارات ضبطية، تطبيقا للمادة 14 من قانون 1881، تمنع نشر أو توزيع أو بيع الجرائد أو المطبوعات أو الدوريات أو غيرها، المحررة باللغة الفرنسية المطبوعة داخل أو خارج فرنسا، وقد تم اقرار الحظر، نتيجة لمخاطر عدم الاستقرار السياسي في بعض الدول الأجنبية، أو نتيجة

---

[1] – المحكمة الإدارية العليا، 1 جويلية 1989، محمد عبد الحميد محمود الصباح، المرجع السابق، ص. 510.

[2] – المحكمة الإدارية العليا، 25 ماي 1964، محمد عبد الحميد محمود الصباح، المرجع نفسه، ص. 512.

[3] - هاني سليمان الطعيمات، المرجع السابق، ص. 181.

[4] – محمد أبو زيد محمد، حدود سلطات الضبط الإداري في ممارسة حرية الاجتماعات العامة في الظروف العادية وضماناتها، ...مجلة كلية الدراسات العليا، يوليو 2001، عدد 5، ص. 19.

[5] - E. S. Cassia, « la protection de la jeunesse limite à la liberté d'expression » ? RDP. N°= 2, 2006, p. 402.

[6] - C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 476.

لتعقيدات دبلوماسية بين فرنسا ودولة أخرى، ولكن نتيجة أيضا للاضرار بحسن الآداب [1]. وتكمن خطورة هذا في أن مجلس الدولة الفرنسي عندما قام بتفسير المادة 14 من القانون السالف الذكر، قال بأن صياغة هذه المادة تعطي لمعنى الأصل الأجنبي للجرائد المكتوبة بلغة أجنبية أو باللغة الفرنسية، تعريفا واسعا جدا، مما يسمح بمنع كل مؤلف أجنبي من النشر في فرنسا [2]. لذلك نجد أن مجلس الدولة قد أخذ وقتا طويلا في سبيل تكريس حرية الرأي، بل وتحت تأثير المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان، انتقل من المعاقبة على التجاوزات الصارخة إلى مراقبة الخطأ البين في التقدير، وصولا إلى ممارسة الرقابة العادية.

وهكذا قال مجلس الدولة في سنة 1954، بخصوص منع نشر دورية أجنبية محررة باللغة الفرنسية، بأنه لا يعود إليه تقدير الخطر الذي يمثله نشر هذه الدورية بالنسبة للنظام العمومي [3]، كما بيّن مفوض الحكومة بخصوص قرار آخر مؤرخ في 17 ديسمبر 1958 بأن: "... منع المطبوعات الأجنبية هو قضية ملائمة تعود للسلطة التقديرية للوزير "[4].

ولم تمتد رقابة مجلس الدولة للخطأ البيّن في التقدير إلا في سنة 1973، و بموجب قرار EKIN الشهير، قبل الأخير في سنة 1997 القيام برقابة عادية لإجراءات المنع المتخذة من طرف وزير الداخلية بخصوص كتاب اسباني، معتبرا بأن النشر المتنازع حوله، لا يشكل خطرا جسيما على النظام العمومي، من شأنه تبرير المنع [5]. وعند إخطارها بهذه القضية ذهبت محكمة العدل الأوربية إلى تبرير آخر، مفاده أن النظام التقديري الذي يستهدف المنشورات الأجنبية إذا كان له ما يبرره في 1939، فليس له أي مبرر اليوم، وتدخل وزير الداخلية في ممارسة حرية التعبير لا يمكن اعتباره "كضرورة في مجتمع ديمقراطي"، وعند هذا الحد، تم التصريح بعدم مطابقة هذا النص للاتفاقية الأوربية [6]. وفقط بعد إلحاح وسيط الجمهورية في تقريره لسنة 2003، على ضرورة تطابق القانون مع قضاء المحكمة الأوربية، وبعد نشر المرسوم رقم 1044/2004 المؤرخ في 04 اكتوبر 2004، تم إلغاء المرسوم المناقض لحرية التعبير [7].

وبخصوص منع الإشهارات التي تمثل خطرا على الشباب، اعترف مجلس الدولة، بأن المادة 14 من قانون 1949 التي تنظم الموضوع، والتي وضعت نظاما صارما لحماية الشباب، تطبق على كل المنشورات التي تمثل خطرا على الشباب، دون الحاجة للبحث عما إذا كانت موجهة أو غير موجهة للأطفال أو للمراهقين [8]. ولعل خطورة هذا الإجراء تكمن في إمكانية الانحراف به عن مقصوده، ذلك أن السلطات العمومية سوف لن تتردد في استعمال حجة حماية الشباب من أجل منع المنشورات. لذلك وجد مجلس الدولة نفسه مرغما على توسيع رقابته على هذه

---

1 - CE. 19 fevrier 1958, « Soc les éditions de la terre de feu »، cité in E.S. Cassia, « la protection de la jeunesse limite à la liberté d'expression » ?, RDP. N°- 2, 2006, p. 407.
2 - C. A. Colliard, R.Letteron, Op. Cit., p. 477.
3 - CE. 04 juin 1954, Jouloux, cité in, E. S. Cassia, Op. Cit., p. 407.
4 - CE. 17 décembre 1958, Soc, olympia press…, Ibid., p. 408.
5 - CE. 9 juillet 1997, Ekin, Dalloz, 1998, p. 317.
6 - C E. D H. 17 juiller 2001, EKIN, C. France, D. 2002, p. 317.
7 - J.O (Français), 5 octobre 2004, p. 17032, http: // legifrance.gouv.fr /
8 - C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 479.

الإجراءات، ويمارس نتيجة لذلك رقابة عادية تقوده إلى رقابة أسباب القرار [1]، لكن أيضا إلى رقابة ضرورة المنع [2]، وهكذا اعتبر القاضي في قراره المؤرخ في 28 جويلية 1995 أنه إذا كان ضروريا اجراء منع البيع للقصر، فليس ضروريا منع الإشهار والإعلان المرافقين له [3].

وبخصوص حرية التعبير السينماتوغرافية، أكد مجلس الدولة مطبقا قضاء Benjamin على ما يلي:" تعتبر قيودا على سلطة الوزير فقط تلك الناتجة عن الضرورة المطلقة للتوفيق بين المصالح العامة التي تقع على عاتقه، والإحترام المطلق للحريات العمومية، وخاصة لحرية التعبير". وهكذا دخلت السينما فضاء حرية التعبير [4].

كما يُمارس القاضي رقابة عادية، عند إخطاره بطعن ضد قرار يتعلق بتصنيف فيلم، وما إذا كان موجه لجميع فئات المجتمع أم أنه يمنع على بعض الفئات [5]، مما جعل بعض الفقه يتأسف لهذا الموقف خاصة إذا كان الفيلم يتعارض مع قيم المجتمع.

وبدوره تصدى القاضي المصري لمسألة الرقابة على القرارات الضبطية التي تمس بحرية التعبير في عدة مناسبات، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أن المعارضة دون سبب مقبول في إصدار رخصة جريدة، يترتب عليه ضرر أدبي لطالب الرخصة لما فيه من الحيلولة بينه وبين مباشرة حق من حقوقه العمومية، واستعمال إحدى الحريات الأصلية التي كفلها الدستور[6].

وبخصوص القرارات المقيدة لحرية السينما، أيدت محكمة القضاء الإداري، قرار رفض التصريح بوضع سيناريو وحوار من ملخص قصة حياة سيدنا يوسف عليه السلام، وبالتالي عدم تصوير فيلم سينمائي، استنادا إلى أن سلطة الضبط مخولة قانونا بحق منع أي منظر سواء كان عن طريق التمثيل على المسرح أو التمثيل السينمائي على الشاشة، متى كان هذا المنظر مخالفا للنظام العمومي والآداب العمومية، ومادام هذا الحق مقرر لجهة الإدارة في أثناء عرض المنظر، فمن باب أولى، أن يكون من حقها عند إعداد المنظر أي الرواية التي ستُمثل على المسرح أو الشريط السينمائي الذي سيعرض على الشاشة.

ب– مخالفة مبدأ حرية التجارة والصناعة

يتمتع مبدأ حرية التجارة والصناعة بمكانة خاصة، وتتمسك به جهتي القضاء الإداري والعادي لتبرير قراراتهما بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، ويستنبطه القضاء الفرنسي من المادة 07 من قانون 7– 14 مارس 1790، الذي قرر مبدئيا بأن كل النشاطات المهنية الخاصة هي نشاطات حرة [7]. وبموجب قراره في قضية Daudignac

---

1 - CE. 03 février 1958, Soc. Les éditions du fleuve noir, D.1958, p. 570.
2 - CE. Sect. 09 mai 1980, Veyrier, D. 1980, p. 416.
3 - C. A. Colliard, R. Letteron, Op. Cit., p. 480.
4 - CE. Ass. 24 janv 1975, RDP. 1975, p. 286.
5 - CE. 09 mai 1990, D.1990, p. 374.
6 – محكمة القضاء الإداري، 18 مارس 1947، ص. 305، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 513.
7 - J. Castagné, Op. Cit., p. 122; D. Tsevas, Op. Cit., p. 169.

ضم مجلس الدولة إلى المبادئ العامة للقانون حرية التجارة والصناعة [1]. وفي إطار رقابته القصوى التي يمارسها ع تدابير الضبط، قبل مجلس الدولة الفرنسي إبطال القرار الإداري الذي يمس بهذه الحرية [2]. وتبعا لذلك كرّس حرية التجارة والصناعة كحرية عمومية. إن هذا التكريس القضائي لحرية الصناعة والتجارة ضمن المبادئ العامة للقانون، يجعل منها حرية موجودة قانونا، ولها حدودها الخاصة.

والرأي السائد اليوم يذهب إلى أن هذه الحرية وظيفة اجتماعية تهدف إلى تحقيق مصلحة المجتمع، وليست حقا فرديا يبتغي فقط تحقيق المصالح الخاصة. لذلك فإن هذا المبدأ ليس مطلقا بل يجوز أن ترد عليه قيود، تقررها السلطة التشريعية فيما يصدر عنها من قوانين [3]، أو تقررها سلطات الضبط الإداري فيما تتخذه من لوائح [4]. وبالمقابل يراقب القاضي الإداري والعادي مدى مشروعية هذه القيود سواء كان مردها إلى ضرورة المحافظة على النظام العمومي أو إلى قيود قانونية أو تنظيمية.

1- ضرورة المحافظة على النظام العمومي

إذا كانت ضرورات المحافظة على النظام العمومي تجيز لسلطات الضبط الإداري، أن تنظم ممارسة المهن في الحدود التي تُعرّض فيها هذه المهن النظام العمومي للخطر، فإنه لا يجوز حظر ممارستها حظرا عاما ومطلقا، كحظر ممارسة التجارة المتنقلة أو حظر البيع على كامل تراب البلدية، كما لا يجوز إخضاعها لنظام الترخيص المسبق، فإذا خرجت عن هذا المبدأ كان قرارها غير مشروع. لذلك اعتبر مشروعا قرار الضبط الإداري الذي منع بيع المأكولات والمثلجات على شاطئ البلدية خلال موسم 1983، باعتبار أن هذه النشاطات تشكل في هذه الحالة، ضررا على الصحة والسكينة العموميتين [5]، ولأن الحظر محدود في الزمان.

ومع ذلك فإن مقتضيات النظام العمومي، قد تمتد إلى أبعد من مجرد تنظيم المهن أو الأنشطة، فقد قرر القضاء أن: "السلطة الإدارية بإمكانها أن تضع على حرية التجارة والصناعة قيودا صارمة لازمة لحفظ مصالح المستهلكين، ولها بصفة خاصة أن تتخذ التدابير اللازمة لمنع احتكار المواد الغذائية وأعمال المضاربة التي تستهدف رفع الأسعار [6]. لكن هذه الوسائل التنظيمية تهدف إلى تصحيح حرية المنافسة، التي تعززت بفعل إدماج مجلس الدولة الفرنسي لقانون المنافسة ضمن المشروعية الإدارية [7]. وهو عندما يسمح بها فإنه يحمي حرية التجارة في نهاية المطاف.

---

1 - C. A. Colliard, R. Lettron, Op. Cit., p. 528.
2 - CE. Ass. 22 juin 1951, Daudignac, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 420.
3 - C. A. Colliard, R. Letteron, Ibid., p. 529.
4 - A. Marceau, police administrative et droit public de concurrence, AJDA. 2002, N°- 3, p. 194.
5 - CE. 21 février 1986, A. Marceau, Op. Cit., p. 194.
6 – أشار إلى هذا القرار المؤرخ في.30 ماي 1952 ، نفيس مدانات، دراسات معمقة في القانون العام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص. 30.

7 - CE. 03 novembre 1997, Million et marais, C.E. Minet, droit de la police administrative, Vuibert, 2007, p. 239.

واستمرارا منه في تكريس هذا المبدأ، ذهب مجلس الدولة في رأيه المؤرخ في 22 نوفمبر2000: إلى أنه ما أن ممارسات سلطات الضبط الإداري من شأنها أن تؤثر في أنشطة الإنتاج أو التوزيع أو الخدمات، فكون تدابير الضبط تستهدف حماية النظام العمومي، أو في حالات معينة حماية مصالح خاصة، تكون الإدارة مسؤولة عن حمايتها، لا يعفي السلطة المنوط بها هذه السلطات الضبطية من الإلتزام، بأن تأخذ في حسباها أيضا حرية التجارة والصناعة وقواعد المنافسة[1]، وفي ذلك أيضا قررت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية، عدم مشروعية التدابير الإدارية التي تستهدف إلغاء حرية المنافسة، وهو الأمر الواقع بالنسبة لمنع البيع الحر، التجول للبيع، توزيع الكتب والدوريات والكتيبات [2]، وتحديد عدد أقصى لسيارات الأجرة [3].

وفي ذات المعنى قالت محكمة القضاء الإداري المصرية: "لا شك أن الإتفاقات التي تهدف إلى الاحتكار ورفع الأسعار إلى حد باهض تعتبر باطلة من الناحية القانونية ... إذ أنها بطبيعتها ترمي إلى أغراض غير مشروعة، ما دامت تقيد من حرية التجارة والصناعة بوجه عام وتقضي على المنافسة الاقتصادية المشروعة" [4].

2- قيود قانونية مصدرها القانون أو صادرة عن الإدارة الضبطية بناء على قانون [5]

يتم التصريح بعدم مشروعية القرار الضبطي، إذا تبين أن سلطة الضبط الإداري أضافت قيدا أو شرطا لمباشرة المهنة أو النشاط التجاري، لم يتطلبه القانون أو القرار التنظيمي الصادر بناء على القانون. وفي ذلك صرحت الغرفة الجنائية الفرنسية بعدم مشروعية القرارات التي تخضع ممارسة مهنة المصور المتجول للحظر العام والمطلق [6]، وفي الحالة العكسية يتم التصريح برفض الدعوى لعدم التأسيس، وهكذا رفض مجلس الدولة الفرنسي طلب إلغاء المادة 2 من المرسوم رقم 182-184 المؤرخ في 22 فيفري 1982 بشأن تطبيق قانون 01 أوت 1950 المتعلق بالمعاقبة على الغش فيما يتعلق بالألبان المخمرة (les yaourts) استنادا إلى أنه:" حتى وإن كانت هذه النصوص تقيد حرية التجارة والصناعة، فإنها تجد أساسا لها في قانون 1905". هذا وإذا كانت مهنة سائقي سيارة الأجرة لها طابع النشاط المنظم بواسطة القانون، فبإمكان الحكومة في إطار ممارسة نشاطها التنظيمي المستقل، وضع أحكام تكميلية، مقترنة بجزاءات إدارية كسحب البطاقة المهنية [7].

وهكذا فلا يمكن الإستناد إلى مبدأ حرية التجارة والصناعة، متى كان القانون نفسه يعلق ممارسة النشاط على ترخيص أو امتياز من الإدارة [8]. وبناء على هذه الفكرة اعتبر مجلس الدولة بأن قانون 30 مارس 1928، يكلف الحكومة في إطار مصلحة الدفاع والاقتصاد الوطنيين، بممارسة رقابة مُحكمة على أنشطة المشروعات التي تستورد

---

1 - Avis, CE. Sect. 22 novembre 2000, AJDA. 2001, p. 200.
2 - crim. 6 février 1956, in D. Tsevas, Op. Cit., 170.
3 - crim. 18 février 1959, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 160.

4 – محكمة القضاء الإداري، 21 أفريل 1953، محمد عبد الحميد محمود الصباح، المرجع السابق، ص. 523.

5 - CE. 19 novembre 1986, Societé Smanon, cité in M. long et (al.), Op. Cit., p. 57.
6 - crim. 18 juillet 1957, crim. 2 février 1955, in D. Tsevas, Op. Cit., p.171
7 - CE. Ass. 07 juillet 2004, Benkerrou, cité in M. Long et (al.), Ibid., p. 424.
8 - CE. Ass. 12 decembre 1953, Syndicat …, Ibid., p. 66.

المنتجات البترولية إلى فرنسا، ليس فقط ما يخص عمليات الإستيراد، بل أيضا عمليات التوزيع وبصفة أخص إنشاء وتوزيع محطات الخدمة [1]. وفي نفس الإطار قضت محكمة القضاء الإداري المصرية:بأن مفهوم نصوص المادة 9 من القانون رقم 229 لسنة 1991 الخاص بالموازين والمقاييس والمكاييل... والمادتان 6 و16 من قرار وزير التجارة رقم 355 لسنة 1952... للسلطة التشريعية أن تصدر من القوانين ما يقيد استعمال هذه الحقوق دون أن يؤثر ذلك في دستوريتها، وتكون التشريعات الصادرة بناء على ذلك، والمبنية لشروط استعمال هذه الحقوق غير مخالفة للدستور [2].

كما قضت نفس هذه المحكمة بمشروعية قرار وزير المالية المطعون فيه لأنه صدر استنادا إلى المرسوم رقم 105 سنة 1945، الذي خوله أن يحدد البلاد التي يجوز الاستيراد منها، كذلك السلع التي يجوز استيرادها، أما عن تحديد الحصص بين التجار، فليس في ذلك مساس بحرية التجارة، ومرجعه مقتضيات الضرورة لتنظيم الاستيراد والتصدير من بلاد العملة الصعبة، وعلاقة ذلك بالتجار بعضهم البعض" [3].

ثانيا: مخالفة المبادئ العامة المتعلقة بالمساواة

إن المساواة المقصودة هي المساواة بين من تتماثل ظروفهم ومراكزهم القانونية، وليست المساواة الحسابية بين المواطنين[4]. هذا ويترجم مبدأ المساواة على المستوى الإداري، وفي مجال قرارات الضبط الإداري بعدم جواز قيام سلطات الضبط الإداري بمنح تشريعات الضبط ولوائحه التنفيذية أو المستقلة مدى أو تفسيرا يختلف من شخص لآخر، ويظهر هذا المبدأ في الأحكام القضائية في وجهين رئيسيين هما : مبدأ المساواة أمام القوانين واللوائح ومبدأ المساواة في استعمال الأموال العمومية.

أ – مخالفة مبدأ المساواة أمام القوانين والتنظيمات

هذا المبدأ من المبادئ العامة الأولى التي تم إقرارها من طرف الجهتين القضائيتين الإدارية والعادية [5]. وهو يقتضي أن يطبق على كل الأشخاص الموجودين في وضعيات متماثلة نفس القواعد، وهكذا كرس مجلس الدولة مساواة المواطنين أمام اللوائح الاقتصادية [6]. كما صرح في عدد من قراراته بعدم مشروعية قرارات الضبط البلدي التي تحظر المواكب والمظاهر الخارجية الأخرى لشعائر العبادة، لأنه لا يجوز للعمدة دون مخالفة مبدأ المساواة، أن يخضع المواكب لتنظيم استثنائي، مستندا إلى مقتضيات المرور، إذ أن كل المسيرات والمواكب تنطوي من هذه الزاوية على ذات العيوب [7].

---

1 - CE. Ass. 19 juin 1964, Sociétés…, RDP. 1964, p. 1019.

2 – محكمة القضاء الإداري، 22 ديسمبر 1959، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 522.

3 – محكمة القضاء الإداري، 18 أفريل 1950 ، المرجع نفسه، ص. 531.

4 - CE. Ass. 13 juillet 1962, RDP. 1962, p. 739.

5 - J. Castagné, Op. Cit., p.124.

6 - CE. 26 octobre 1949, Ansar, cité in M. Long et (al), Op. Cit., p. 414, 415.

7 - CE. 04 décembre 1925, Charton, CE. 02 aout 1927, Abbé…, CE. 20 mars 1926, Virrat, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 124.

وتأسيسا على مبدأ مساواة المواطنين أمام اللوائح الإدارية، توصل مجلس الدولة إلى تكريس الحل القضائي الـ بمقتضاه وبغض النظر عن استثناءات محدودة، لا يجوز لسلطة الضبط الإداري مخالفة تنظيماتها [1]. وبمقتضى نفس المبدأ صرح هذا المجلس بعدم مشروعية الإعفاء الممنوح لأحد المدارين من الخضوع لتنظيم يتعلق بإقامة موزع البنزين على الطريق العمومي [2]. من جانبها اعتبرته الغرفة الجنائية بمحكمة النقض الفرنسية غير مشروع القرار الذي يحابي فئة معينة من التجار [3]. ولهذه الغرفة قضاء غزير فيما يخص تنظيم التوقف والحركة، من ذلك قرارها الصادر في 9 نوفمبر 1961، الذي جاء فيه:" حيث أن أحكام التنظيم العام للنقل في مدينة ليون والذي يخصص خلال بعض الساعات مكان خاص على الطريق العمومي لسيارات نفعية معينة، في حين أن التوقف مباح في هذا المكان خلال بقية اليوم، من شأنها أن تنشأ مكانة مميزة لمستعمليه، وبالتالي فان عمدة ليون بإصداره للأحكام أعلاه يكون قد تجاوز سلطاته" [4]. كما صرحت بعدم مشروعية القرارات المحلية التي احتفظت لبعض الأفراد بحق الاستعمال الخاص لبعض أماكن التوقف[5].

بدورها اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية، أنه متى تبين للمحكمة بأن المحل ملك المدعين كان مرخصا له في بيع الخمور من قبل، وأنه لم يكن هناك سبب لاحق بشخص المدعين أو بموقع محلهما، يدعو إلى عدم الترخيص لهما، لذلك فليس هناك مبرر لرفض الوزارة الترخيص، خاصة وأنها قد رخصت لإدارة المرقص، وعلى هذا يكون القرار الصادر برفض الترخيص لهما، مخالفا لروح القانون، مشوبا بسوء استعمال السلطة، فضلا عن مخالفته لمبدأ المساواة[6].

ب– مخالفة مبدأ المساواة في استخدام الأملاك العمومية

اعترف مجلس الدولة الفرنسي صراحة بمبدأ المساواة بين المنتفعين بالأملاك العمومية "الدومين العمومي" [7]. والأصل في هذا المبدأ هو حرية استخدام الأموال العمومية المخصصة للجمهور، فاستخدامها لا يخضع لقيد الإخطار أو الترخيص المسبق، ويبدو هذا واضحا خاصة في استخدام الطرق العمومية، سواء كان بالسير فيها على الأقدام أو في السيارات أو غير ذلك، فلا يلزم أن يخطر المارة سلطات الضبط بأنهم سينتقلون من مكان لآخر، أو من حي لآخر، فالكل في هذا الإستخدام سواء.

غير أن هذه الحرية ليست حرية مطلقة، لأن ممارستها في ظل الظروف التي نشأت عن تطور حركة النقل بالسيارات وغيرها من المركبات، ونزولا عند مقتضيات النظام العمومي تستوجب احترام عدة تدابير تسنها سلطات الضبط الإداري، هذه التنظيمات التي تقيد مبدأ المساواة، تستمد مشروعيتها من ضرورتها، وفقا لأحكام القضاء الإداري والعادي. فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى تأييد حكم محكمة المخالفات المطعون فيه، فيما انتهى إليه

---

[1] - CE. 09 mai 1913, RDP. 1913, p. 685.
[2] - CE. 31 janvier 1938, Pichard et autres, cité in J. Castagné, Op. Cit., p. 124.
[3] - Crim. 10 octobre 1957, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 173.
[4] - crim. 9 novembre 1961, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 173.
[5] - Cass. Crim. 28 février 1958, J. Castagné, Op. Cit., p. 124.
[6] – محكمة القضاء الإداري، 9 جويلية 1949،محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 533 .
[7] - CE. 02 novembre 1956, Biberon, mosset, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 414.

من رفض الدفع بعدم مشروعية قرار بلدي بإنشاء موقف للسيارات بمقابل مادي على بعض أجزاء الطريق العمومي بزعم عدم المساواة في المعاملة بين مستخدمي الطريق والقائمين على جانبيه، طالما أن نصوص هذا القرار تقدم على حد سواء لمختلف مستخدمي الطريق، نفس الحقوق مقترنة بنفس الالتزامات [1].

من جانبها صرحت محكمة القضاء الإداري المصرية بأنه:"...لا تثريب على المجلس البلدي إذا كان قد أصدر قراره المطعون فيه، بمنع وقوف سيارات الشركة المدعية بالموقف الذي أعدته لسياراتها، إذا كان اتخاذ هذا الموقف يؤدي بحكم موقعه ومجاورته لمحطة السكك الحديدية إلى مرور سيارات النقل العمومي داخل شوارع المدينة، فيسبب ازدحامها، ويضايق حركة المرور فيها ... " [2].

وبالإضافة إلى التدابير المقيدة لحركة مرور السيارات وأماكن توقفها، تتخذ تدابير مقيدة أخرى في الطرق العمومية وعلى الشواطئ، كما هو حال القيود الواردة على نشاط المصورين المتجولين، وهي قيود مشروعة في الحدود التي يؤدي فيها ممارسة النشاط إلى تعكير راحة وأمن المواطنين، وهي تأخذ صورة حصر ممارسة النشاط في أماكن معينة وأوقات محددة [3].

والتطبيقات القضائية ليست قاصرة على مبدأ المساواة بين المواطنين في استخدام الأملاك العمومية، بل هي غزيرة التطبيقات التي تظهر حرص القضاء على وجوب تحقيق السلطات الضبطية للمساواة بين المواطنين في الانتفاع بخدمات المرافق العمومية.

وعلى غرار القضاء الفرنسي والمصري كرّس القضاء الجزائري الكثير من المبادئ العامة للقانون، نقتصر بهذا الصدد على ذكر مبدأ الحقوق المكتسبة. يظهر ذلك جليا في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 27 نوفمبر 1982 الذي جاء فيه: "... حيث تجدر الإشارة إلى أن القضاء المستقر، كرّس تطبيق المبدأ العام للقانون وهو استحالة سحب قرار صحيح تتخذه السلطة الإدارية، ويكون منشأ للحقوق مثل القضية الراهنة.

حيث من الثابت أن القرار رقم 12 المؤرخ في 1978/02/14 المتخذ من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي للقبة، الذي منح المدعي رخصة بناء يكتسي الصيغة التنفيذية وينتج للمستفيد حقوقا، فهذا القرار ليس مشوبا بأية مخالفة. وعليه وتطبيقا للمبدأ المشار إليه أعلاه يعتبر صحيحا، و يكون إلغاؤه وإبطاله تجاوزا للسلطة [4].

---

[1] - Cass. Crim. 24 decembre 1957, Dalloz, p. 207; 16 octobre 1957, cite in J. Castagné, Op. Cit., p. 125.

[2] – محكمة القضاء الإداري، 14 فيفري 1956، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 536.

[3] - CE. 22 juin 1951, Daudignac, cité in M. Long et (al.), Op. Cit., p. 420.

[4] – المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 1982.11.27 ، المجلة القضائية، 1990، العدد الأول، ص. 188 .

كما أكد المجلس الأعلى على أنه لا يجوز للإدارة أن تصدر قرارا بوقف تنفيذ قرارها الأول احتراما لمبدأ الحقوق المكتسبة، و قد سبّب قراره كما يلي: " .... حيث يستخلص من مستندات الملف أن السيد (ب ع) يملك مسكن يتوفر على محل شاغر، أراد استعماله كمستودع لإيواء سيارته، و بعد ما طلب رخصة إدارية لتركيب باب حديدية، رخص له بذلك رئيس المجلس الشعبي البلدي بعد أخذ رأي مصلحة التعمير ، إلا أنه و أثناء انجاز الأشغال المرخص له بها طلب منه وقفها، وتلقى في

ورغم أن مبدأ الحقوق المكتسبة مكرس، سواء كان القرار الإداري الفردي شرعيا وصحيحا، أم أنه معيبا بعيب من عيوب المشروعية، لكنه تحصن بمرور آجال دعوى تجاوز السلطة [1]، فإن مجلس الدولة الجزائري قد سار في أحد قراراته عكس الإتفاق، عندما صرح بأنه: "وطبقا للمبادئ العامة للقانون وما استقر عليها، أن الإدارة لها الحق في اصلاح ما ينطوي عليه قرارها من مخالفة قانونية، وهو ما قام به المستأنف عليه بعد معاينته أن التصرف القانوني الذي استفادت منه العارضة، فيه مخالفة صريحة للقانون..." [2]. وقد أقر نتيجة لذلك بحق الإدارة في إلغاء قرار إداري فردي، رتب حقوقا مكتسبة، رغم مرور أكثر من ثلاثة سنوات من صدوره وتبليغه. وهو قرار من ضمن قرارات تُكرس تناقض القرارات الإدارية الصادرة عن مجلس الدولة الجزائري.

الفرع الثالث: تعايش القيمة الدستورية والقيمة الأقل من التشريعية للمبادئ العامة للقانون

للمبادئ العامة للقانون قوة ملزمة اتجاه الإدارة الضبطية، ويرتب تجاهلها بطلان القرار الضبطي، وإثارة مسؤولية السلطة العمومية. وقد اختلف الفقه حول تحديد مكانة هذه المبادئ القضائية ضمن قواعد المشروعية، فاعتبر معظم الفقهاء بأن لهذه المبادئ حجية قانونية مساوية لحجية القانون [3]، فهي تفرض على السلطات الإدارية لكن يمكن للقانون المخالف إلغاؤها، رغم أن القاضي يرجحها على بعض القوانين لأنه يرجع إليها لتفسير هذه الأخيرة [4].

ومنذ صدور دستور 1958، تم الاعتراض على هذا التحليل من طرف بعض الفقهاء الذين أكدوا على القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون، وقد أعيد طرح الموضوع مع ظهور اللوائح المستقلة، فثار التساؤل حول ما إذا كان يجوز للسلطة التنفيذية، بعد أن أصبحت وفقا للدستور تشارك في وضع بعض القواعد القانونية أن تخرج دون عقاب على المبادئ العامة للقانون ؟

وقد تصدى مجلس الدولة الفرنسي للإجابة على هذا السؤال، من منطلق أنه كان قد انتهى في أحكامه إلى الالتزام بقضائه السابق، وقبل وجه الطعن بعدم مشروعية مرسوم صدر وفقا للمادة 37 من دستور 1958 لمخالفته

1986.03.19 تبليغا بالمقرر المطعون فيه،... ولكن و طبقا لمبدأ قانوني ثابت و معمول به، فعندما يتحصل المعني على رخصة إدارية حتى و لو كانت ضمنية، فإنه لا يحق للإدارة إعادة النظر فيها عن طريق اتخاذ قرار ناطق بوقف التنفيذ.

حيث يستخلص من جميع ما سبق أن المدعي محق في تمسكه بكون المقرر المطعون فيه مشوب بعيب تجاوز السلطة، **و كان حري بالمجلس الأعلى أن يقول بأن المقرر مشوب بمخالفة القانون** . المجلس الأعلى، قرار رقم 878- 53 مؤرخ في 1987.04.18، المجلة القضائية 1990، العدد الثالث، ص. 194 .

وفي قراره المؤرخ في 06 يونيو 1987 في قضية (ب ع) ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية سيدي بلعباس ، أشار المجلس الأعلى إلى نظرية الحقوق المكتسبة واصفا إياها بالوضعية المكتسبة كما يلي :

"... حيث أنه لا نزاع في أن الطاعن استفاد من رخصة بناء مؤرخة في 1978.12.16 وشيد على ضوء ذلك مسكنا و جدارا محيطا به، و انتهى منهما سنة 1981 ، وأنه بناء على المقررات سالفة الذكر ، أعذر بموجب مقرر مؤرخ في 09 مارس 1986 بهدم الجدار المحيط بالمسكن ... وأن الإدارة لا تستطيع الاحتجاج بغلطها لإعادة النظر في وضعية مكتسبة لصالح العارض....". المجلس الأعلى ، الغرفة الإدارية ، قرار مؤرخ في 06 جوان 1987 ، المجلة القضائية 1990 ، العدد الرابع، ص. 171 .

[1] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 284.

[2] – مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، قرار مؤرخ في 31 جانفي 2000، أشار اليه : لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى...، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 295.

[3] - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 350- 351.

[4] - CE. 17 février 1950, Dame Lamotte, M. Long et (al.), Op. Cit., p. 391.

للمبادئ العامة للقانون [1]. هذا القضاء دفع ببعض الفقهاء إلى استنتاج القيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون بينهم الأستاذ Lachaume الذي اعترف للمبادئ المرتبطة أو المتضمنة في ديباجة الدستور بالقيمة الدستورية [2]، تأسيسا على أن القضاء يستخلص هذه المبادئ عادة من مقدمات الدساتير، ولأن الإبقاء على الرأي القائل بمعادلة قيمتها للقانون يؤدي إلى إضعاف الرقابة القضائية على اللوائح المستقلة التي أصبحت الأصل في التشريع، حيث لن تكون موضوع مراقبة إلا إذا خالفت صراحة أحكام مقدمة الدستور، أو النصوص التي تحيل عليها، في حين أن المقدمة لا تقرر الكثير من تلك المبادئ صراحة [3].

بدوره ذهب مفوض الحكومة fournier في تقريره بشأن قرار مجلس الدولة المؤرخ في 26 جوان 1959، إلى أنه يجب تقسيم المبادئ العامة للقانون إلى ثلاثة مجموعات، دستورية وتشريعية ولائحية، رغم أن المجلس يفرق بين المبادئ العامة للقانون والمبادئ العامة للإجراءات، ولم يبذل جهده إطلاقا للتفرقة بين المبادئ ذات القيمة الدستورية والمبادئ ذات القيمة التشريعية، فقراراته تحيل إلى المبادئ العامة التي تكلفها بصفة خاصة، ديباجة دستور 1946 [4]. وقد تعرض هذا الرأي لانتقاد مفاده أنه لا توجد حاجة لإعطاء المبادئ العامة للقانون قوة تعلو في الزاميتها قوة القانون، لأن اللوائح المستقلة كغيرها من اللوائح هي قرارات إدارية تنظيمية، تقع في مرتبة أدنى من القانون، بالإضافة إلى أن هذا الرأي يؤدي إلى خلق تفرقة ضارة بموضوع واحد، إذ تتمتع المبادئ المستوحاة من الأصول الدستورية بقوة الدستور، بينما تتمتع تلك المستوحاة من روح التشريع العادي بقوة القانون [5]. لذلك فصل المجلس الدستوري في هذا النقاش الفقهي، مؤيدا الطابع الدستوري للمبادئ العامة للقانون المشتقة من الدستور ومن إعلان 1789 ومقدمة دستور 1946، انطلاقا من سنة 1973 [6]،كما أن هناك مبادئ أخرى ليست لها سوى قيمة تشريعية، من ذلك مبدأ عدم رجعية القوانين خارج المجال الجنائي، ومبدأ منع الهجرة غير الشرعية... إلخ [7].

لكن ورغم هذا الموقف الصريح من جانب المجلس الدستوري، واعترافه بالقيمة الدستورية لبعض المبادئ، فإن المشكل يطرح بطريقة مختلفة على المجلس الدستوري ومجلس الدولة، فالأول يراقب دستورية القوانين، فهو في حاجة إلى مبادئ مرجعية ذات قيمة دستورية، والثاني يراقب مشروعية التدخل الإداري، فبإمكانه الاكتفاء بمبادئ ذات قيمة أقل من قيمة التشريع، وأسمى من قيمة التنظيم، وفي هذا الإطار جاءت نظرية الأستاذ chapus الذي يرى بأن المبادئ العامة للقانون غالبا ما تكون لها قيمة أقل من التشريع وأعلى من التنظيم، فبالنسبة إليه فإن المبادئ العامة تفرض على الإدارة حتى بصدد ممارسة السلطة التنظيمية المستقلة، ذلك أن هذه المبادئ يستنبطها القضاء من مجموع ومن روح النصوص التشريعية، لذلك فهي وإن كانت ملزمة للإدارة أسوة بالتشريع البرلماني، إلا أنها تحتل مكانة أدنى

---

1 - CE. 26 juin 1959, Syndicat …, RDP. 1959, p. 1004; CE. 27 janv 1961, Daunizea+. 1961, N° - 2, p. 106.

2 - M. C. Rouault, droit…, Op. Cit., p. 110.

3 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 351.

4 - J. M. Auby, R. Drago, Ibid, p. 351.

5 – سامي جمال الدين، تدرج القواعد... ، المرجع السابق، ص. 102.

6 - CE. 28 novembre 1973, cité. in J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 352.

7 - CE. 09 janvier1980, cité in J. M . Auby, R. Drago, Ibid., p. 351.

من القوانين العادية، فالقاضي واضع المبادئ العامة في ذات الوقت ملزم بتطبيق تلك النصوص، ومن ثم فلا يستطيع الخروج عليها، فإذا كانت هذه المبادئ لا تستطيع مخالفة التشريع، في حين أن الأخير يستطيع مخالفتها، فلا بد من أن لها مرتبة أدنى من التشريع، لكنها أسمى بطبيعة الحال من التنظيم [1].

ورغم أن هذه النظرية لم تقم إلا بتحديد مكانة القضاء الإداري في إطار مؤسسات الدولة، دون أن تقوم بشرح القيمة القانونية الجوهرية للمبادئ العامة للقانون، ورغم أن مجلس الدولة لم يحل مسألة معرفة ما إذا كانت لهذه المبادئ قيمة مساوية، أسمى أو أدنى من القانون، والطبيعة القانونية الأصلية الدستورية أو التشريعية لهذه المبادئ، ذلك أنه بالنسبة للقاضي الإداري، فهذه المسألة تمر عليه، وكأنها تقع في تدرج القواعد القانونية أسفل القانون، لأنه لا يستطيع المعاقبة مباشرة على خرق المبادئ العامة للقانون من طرف المشرع، لكنها أسمى من كل قرارات السلطة التنفيذية [2].

ورغم ذلك، وبالنظر أيضا إلى الموقف الصريح للمجلس الدستوري، فقد تركت هذه النظرية سؤالا جوهريا مطروحا مفاده: لماذا تتغير طبيعة المبدأ بتغير الجهة التي تضمن احترامه. لا شك أن الجواب الوحيد يتمثل في وجود نظامان متعايشان، أحدهما يجعل من القواعد الدستورية المكتوبة، والقواعد المكرسة من طرف القضاء، ذات القيمة الدستورية الأسمى من التشريع وهي المبادئ " ذات القيمة الدستورية،" ونظام يجعل من القواعد القضائية المكرسة من طرف مجلس الدولة ذات قيمة أدني من التشريع وأسمى من التنظيم، وهي المبادئ العامة للقانون [3].

وقد انحزت إلى هذا الرأي بالنظر إلى منطقيته، وإلى التحليل السابق، رغم وجود آراء كثيرة في الموضوع، بعضها يعطي للمبادئ العامة للقانون قيمة أعلى من الدستور، فهي في نظرهم قانون الله سبحانه وتعالى [4]، والبعض الآخر يعترف لها بقيمة تعلو قوة القانون دون أن تصل إلى مرتبة الدستور [5]، وغير ذلك من الآراء.

---

[1] - R. Chapus, "de la soumission au droit des règlements autonomes", Dalloz, 1960, p. 119.
[2] - M. C. Rouault, Droit…, Op. Cit., p. 112.
[3] - M. C. Rouault, Droit…, Ibid., p. 113.
[4] – مجدي دسوقي محمود، المرجع السابق، ص. 6 5.
[5] – سامي جمال الدين، تدرج القواعد ... ، المرجع السابق، ص. 103.

يكون القرار القضائي متمتعا بقوة الشيء المقضي فيه، عندما لا يكون قابلا لأي طريق من طرق الطعن العادية، بسبب استنفاذ الطعون أو فوات مواعيد الطعن. ويكون الاستئناف موقفا للتنفيذ أمام القاضي العادي، لذلك لا يكون قرار العدالة قابلا للتنفيذ، إلا عندما يحوز قوة الشيء المقضي فيه، بينما لا يكون له أي أثر موقف أمام القضاء الإداري، فيكون قرار العدالة تنفيذيا وإن لم يحوز على قوة الشيء المقضي فيه.

وهكذا لا تختلط قوة الشيء المقضي فيه، بحجية الشيء المقضي فيه التي ترتبط بالحكم الذي يشكل عائقا أمام رفع دعوى أخرى تتناول ما تم الفصل فيه [1]، وباعتبار أن القرارات القضائية التي من الممكن أن تخالفها هيئات الضبط الإداري، هي أحكام وقرارات القضاء المدني والجنائي والإداري، فإن قوة الشيء المقضي فيه تخص قرارات القضاء المدني والجنائي، بينما يخص مصطلح حجية الشيء المقضي فيه قرارات القضاء الإداري.

ولقد اعتبرت مخالفة قوة الشيء المقضي فيه دائما مخالفة لقاعدة قانونية، أو حالة من حالات مخالفة القانون، تلزم الإدارة والأفراد على حد سواء [2]. لذلك لا يجوز أن يكون محل القرار الضبطي مخالفا لحكم قضائي حائزا لقوة الشيء المقضي فيه، وهذا الشرط لم يرد فيه نص صريح، مما جعل البعض يرى فيه أحد المبادئ العامة للقانون [3]. وإن كانت أقدميته وطابع الضرورة فيه قد منحته مكانة خاصة ورفيعة، لذا يؤثر البعض الآخر دراسته على حدى لأن مخالفته تثير على المستوى العملي، وأثناء نظر الخصومة القضائية جوانب إجرائية وشكلية مغايرة لتلك التي يثيرها أي مبدأ قانوني عام آخر [4].

هذا ويشكل انتهاك الأحكام الصادرة عن المحاكم انتهاكا للمشروعية، كما أنه تعسف غير مقبول في أي مجتمع متحضر يقوم على أساس الفصل بين السلطات وسيادة القانون، ذلك أن المحاكم كما يقول الأستاذ G. Jèzeليست أكاديميات للعلوم القانونية تناقش أفكار وأطروحات قانونية، بل هي هيئات مكلفة بوضع حد للخصومات، ومنع الأفراد من تحقيق العدالة بأنفسهم بالقوة وبالعنف، فعندما يقوم القاضي بالتحقيق في قضية ما بطريقة قانونية، ويتوصل إلى نتيجة، تتمتع بقوة الحقيقة القانونية، فإن السلم والأمن الاجتماعيين والسكينة العمومية، يقتضيان أن يخضع الجميع لهذه الحقيقة ليس فقط الأفراد أطراف الدعوى بل والهيئات العمومية والبرلمان أيضا [5]،

---

[1] - La force de la chose jugée, http:// fr.wikipedia.org/ 31 mai 2011.

[2] - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 365.

[3] – من ذلك لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص. 270 – 273، حيث درسه ضمن المبادئ العامة للقانون.

[4] - J. Castagné, Op.Cit., p. 125.

[5] – ذلك ان الإدارة وبهدف تفادي آثار البطلان بالنسبة للغير، تلجأ أحيانا إلى المشرع وتطلب منه تصحيح القرار الملغى، ولأن التصحيح التشرعي يسمح بتجاوز حجية الشيء المقضي فيه، حصر المجلس الدستوري الفرنسي هذا التطبيق في حدود ضيقة مانعا المشرع من التصحيح المباشر للقرار الملغى من طرف القاضي، ولا يسمح له إلا بتصحيح القرارات ا للاحقة.

M. C. Rouault, Droit …, Op. Cit., p. 101.

والمحاكم والأعوان الإداريين [1]، ومن ذلك هيئات الضبط الإداري الملزمة دائما بألا تخالف الأحكام التي تحوز حجية الحجية. غير أن الأحكام القضائية لا تتمتع جميعها بنفس الحجية بل يجب التمييز بين مجموعتين:

الأولى: الأحكام التي تحوز الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، وهي أحكام الإلغاء التي تصدر في الطعون لتجاوز السلطة [2]، وكذلك أحكام المحاكم الجنائية [3]. لكن الأحكام القضائية برفض الطعن لا تتمتع إلا بالحجية النسبية للشيء المقضي فيه [4].

الثانية: الأحكام التي تحوز الحجية النسبية للشيء المقضي فيه، وهي أحكام القضاء المدني [5]، وأحكام القضاء الإداري الصادرة في غير دعاوي الإلغاء لتجاوز السلطة. وهذه الأحكام لا تلتزم بها الإدارة، إلا إذا توفرت الشروط الثلاثة لحجية الشيء المقضي فيه، وهي اتحاد الخصوم والمحل والسبب بين الدعوى التي صدر فيها الحكم الذي يدفع، في دعوى قائمة، بعدم مشروعية قرار ضبط إداري خرج على حجيته [6]. وهو ما ذهب اليه قرار المجلس الأعلى الصادر في 9 نوفمبر 1988، الذي جاء فيه: " من المقرر قانونا أن الأحكام لا تحوز حجية الشيء المقضي فيه إلا بتوافر عناصر ثلاثة، وحدة الأطراف، وحدة الموضوع، ووحدة السبب، ومن ثمة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون"[7].

وفيما يتعلق باحترام حجية الشيء المقضي فيه لأحكام المحاكم المدنية، فإنه يتعين التمييز بين فرضين:

الأول: يقتصر فيه دور الإدارة على استخلاص النتائج من الحكم دون أن يكون لها أي تقدير، وفي هذه الحالة يتعين على الإدارة ان تلتزم بالحكم وإلا ارتكبت تجاوزا للسلطة إذا لم تحترم قوة الشيء المقضي فيه.

الثاني: عندما تكون الإدارة طرفا في النزاع الذي رفع أمام القاضي المدني، فإنها تلتزم بقوة الشيء المقضي فيه طبقا للقواعد العامة، فإن لم تكن طرفا في المنازعة التي صدر فيها الحكم فهي غير مقيدة بالقرار الصادر فيها [8].

وترتيبا على ما سبق فإنه لا يجوز أن يخالف قرار الضبط الإداري الأحكام القضائية التي حازت الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، كما لا يجوز له مخالفة الأحكام ذات الحجية النسبية والتي تكون الإدارة طرفا فيها. لذلك يراقب القضاء العادي (المدني والجنائي) كالقضاء الإداري مدى مخالفة القرار الضبطي [9]، محل الدفع بعدم المشروعية لحكم قضائي حاز حجية الأمر المقضي به أو قوة الشيء المقضي فيه، لأن هذه الحجية وتلك القوة تنشئ أوامر يتعين على

---

[1] - G. Jèze, les principes généraux du droit administratif, T-1, Dalloz, 2005, Op. Cit., p. 257.
[2] - CE. 28 décembre 2001, arrêt N°20, http://fr.wikipedia.org/autorité de la chose jugée en France/ 31 mai 2011.
[3] - CE. Sec. 28 juillet 2000, N° 210367, http://fr.wikipedia.org/autorité de la chose jugée en France/ 31 mai 2011.
[4] - La force de la chose jugée, http:// fr.wikipedia.org/ 31 mai 2011.
[5] - G. Jèze, les principes généraux du droit administratif, T-1, Dalloz, 2005, p.306.
[6] - Ibid., p. 307.
[7] – المجلس الأعلى، قرار رقم 46468، المؤرخ في 9 نوفمبر 1988، المجلة القضائية 1993، العدد الرابع، ص. 11.
[8] - CE. 2 juin 1945, J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 366.
[9] - G. Jèze, Op. Cit., p. 294- 295.

السلطة التنفيذية الالتزام بها. فلا يجوز للإدارة مثلا أن تمتنع كليا عن تنفيذ حكم بالإلغاء حاز حجية الشيء المقض فيه أو تعيد إصدار القرار الملغى، أو تنفذ حكم الإلغاء تنفيذا ناقصا أو تتراخى في تنفيذه. فكل هذه المخالفات تشكل انتهاكا لحرمة الأحكام وتبرر لأصحاب الشأن الالتجاء مرة أخرى إلى القاضي، لاستصدار أحكاما بالإلغاء ضد الإدارة، أو بالأحرى لتقرير انعدام قرارات الامتناع عن التنفيذ والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم [1]، هذه المرة ليس على أساس خرق القانون لكن لانتهاك حجية الشيء المقضي فيه. هذا فضلا عن حقهم في أن يطلبوا من النيابة العامة إقامة الدعوى العمومية لمسائلة الموظف العمومي، الممتنع عن التنفيذ طبقا لنص المادة 138 مكرر من قانون العقوبات الجزائري. ويستوي في التزام الإدارة بقوة الشيء المقضي فيه أن يكون الحكم صادرا من القاضي الإداري أو المدني أو الجنائي.

الفرع الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري لقوة الشيء المقضي فيه من طرف القضاء الإداري

لقد كانت الفرصة الأولى لمجلس الدولة الفرنسي لمجازاة قرار ضبطي بعدم المشروعية [2]، لمخالفته للشيء المقضي به بمناسبة قضية الآنسة Noualhier، والتي تلخص وقائعها في أن الآنسة المذكورة أعدت في بيتها مستشفى خاص، فأصدر عمدة الناحية قرارا يحظر بموجبه استقبال المرضى المصابين بالأمراض المعدية أو العناية بهم في البنايات الخاصة، فقضى مجلس الدولة في 18 مارس 1898 بإلغاء هذا القرار. وبموجب قرار ثاني منع العمدة الفتح بدون ترخيص لمستشفيات الأمراض المعدية، فألغى مجلس الدولة هذا القرار بتاريخ 15 فيفري 1901، فاتخذ العمدة قرارا ثالثا يمنع نقل المرضى المصابين بأمراض معدية إلى إقليم البلدة أو استقبالهم في المستشفيات الخاصة، وهذا هو القرار الأخير المؤرخ في 24 جانفي 1902 الذي ألغاه مجلس الدولة لمخالفته لحجية الشيء المقضي به.

وقد تبنت محكمة النقض الفرنسية بصدد مخالفة حجية الشيء المقضي به نفس الموقف، بموجب قرارها المؤرخ في 18 جانفي 1951، حيث أقرت عدم مشروعية قرار المحافظ الذي أبقى على الترخيص بتوسيع منشأة خطيرة، رغم إلغاء مجلس الدولة لهذا الترخيص [3]. وعن هذا القضاء أخذ القضاء المصري، حيث جاء في قرار المحكمة الإدارية العليا: "أن قضاء هذه المحكمة يجري على أن امتناع الإدارة عن تنفيذ الحكم الصادر من القضاء هو بمثابة قرار سلبي خاطئ لذوي الشأن الطعن فيه بالإلغاء، وبالتالي المطالبة بالتعويض إذا كان له محل [4]. وعن القضاء الفرنسي والمصري أخذ القاضي الجزائري، حيث صرحت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى بأن المقررين المطعون فيهما اللذين

---

[1] – في هذا الإطار صرح مجلس الدولة الجزائري، بموجب قراره المؤرخ في 15 جوان 2004، رقم 013551، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، سنة 2004، ص. 130، 131 بأنه: " يتبين من أوراق ملف الدعوى أنه لا يوجد أي شيئ يثبت سعي البلدية المستأنفة لتنفيذ القرار الصادر في 1 أكتوبر 2000، وبالتالي فقد ...ألحقت ضررا بالمستأنف عليه...وأن هذا الضرر يستحق التعويض". كما صرحت المحكمة الإدارية بأكادير المغربية، بأن تماطل الإدارة في تنفيذ الأحكام القضائية الحائزة لقوة الشيئ المقضي به والمذيلة بالصيغة التنفيذية من شأنه أن يثير مسؤولية الدولة والتزامها بالتعويض، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، مجلة الحقوق المغربية، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، السحب الثاني، 2010، ص. 318.

[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 126.

[3] - Crim. 18 janvier 1951, D. 1951, p. 289 ; J. Castagné, Op. Cit., p. 126.

[4] – المحكمة الإدارية العليا، 8 فبراير 1986، أشار اليه محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 545.

يستهدفان الوقوف في وجه حكم قضائي نهائي يمسان بالشيء المحكوم فيه من طرف المجلس الأعلى، وبالتالي فـ مشوبان بعيب تجاوز السلطة.

وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي استفاد بموجب مقرر مؤرخ في 7 ديسمبر 1973 من فيلا، وأنه وبتاريخ 01 مارس 1980 تم سحب المقرر الآنف الذكر، فأصدرت الغرفة الإدارية قرارا في 11 ديسمبر 1980 أبطل المقرر الأخير. حيث أن والي تيبازة ورئيس دائرة الشراقة اعتمدا على وقائع مأخوذة من الأخلاق السيئة للطاعن الذي يكون قد حول الفيلا الآنفة الذكر إلى مكان للدعارة، وقررا بموجب مقرر 16 يناير 1984 ابطال مقرر 7 ديسمبر 1973، ومنحا بموجب مقرر 31 ديسمبر 1984 الفيلا لشخص آخر. فأصدرت الغرفة الإدارية القرار الآنف الذكر[1].

وفي قرار آخر قالت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، أنه متى صدر قرار قضائي فصلا في طعن من أجل تجاوز السلطة، ونطق ببطلان كلي أو جزئي للقرار الإداري، اكتسب الحجية المطلقة للشيء المقضي فيه، فإنه يتعين على الإدارة تجنب اتخاذ بعده قرار آخر يتناول نفس الأطراف وينصب على نفس المحل ويقوم على نفس السبب ...[2].

الفرع الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري لقوة الشيء المقضي فيه من طرف القضاء المدني والجنائي

يترتب على مخالفة قرارات الضبط الإداري لأحكام القضاء المدني والجنائي نفس الحل السابق. وهكذا صرح مجلس الدولة الفرنسي، بأنه غير مشروع قرار المحافظ المعارض لإعادة فتح مشرب الخمر المأمور به من طرف محكمة مدنية [3]. وفي ذات الاتجاه صرحت محكمة القضاء الإداري المصرية بما يلي: " ... لا مشاحة في أن الحكم الصادر بإخلاء العقار، على المدعي عليه الثاني وهو صاحب المدرسة التي تشغل العقار، مانع قانوني من إعادته عليه، فقرار الاستيلاء الصادر من وزير المعارف المطعون فيه، يكون والحالة هذه قد وقع مخالفا للقانون، إذا استعمل كأداة تفوت الغرض المقصود من الحكم بالإخلاء وهو حكم نهائي حاز قوة الشيء المحكوم فيه، وما تقوله الحكومة من أن يد المدعى عليه تعتبر قد زالت تنفيذا للحكم وحلت محلها يد جديدة، هي يد وزارة المعارف، هو قول يخالف الواقع، إذ ما إن نفذ قرار الاستيلاء على العقار حتى سلمته الوزارة إلى المدعى عليه نفسه في اليوم ذاته، وكان الاستيلاء هو الوسيلة الوحيدة لتحقيق هذا الغرض، ومن ثم يكون المدعي على حق في طلب إلغاء القرار [4].

وبخصوص مخالفة أحكام القضاء الجنائي، اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية أنه: "إذا كان الثابت أن جميع الانتهاكات التي أسندت إلى المدعي وقام عليها قرار اعتقاله، قد قال فيها القضاء كلمته الأخيرة وبرأ ساحته وأزال عنه كل الشوائب، ومن ثم فليس للجهة الإدارية أن تعاود بحث هذه التهم من جديد، وأن تتخذ منها ذريعة

---

[1] – المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، قرار مؤرخ في 1987/06/27، المجلة القضائية 1990، العدد الرابع، ص. 175.

[2] – المجلة القضائية 1989، العدد الثالث، ص. 205.

راجع أيضا قرار المجلس الأعلى رقم 37578 المؤرخ في 1985/11/23، المجلة القضائية 1989، العدد الثاني، ص. 199.

[3] - CE. 09 novembre 1939, Talsa, J. Castagné, Op. Cit., p. 126.

[4] – محكمة القضاء الإداري، 24 جويلية 1953، أورده محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 546.

لتلويث سمعة المدعي، وتقيد حريته، إذ أنه ليس لجهة الإدارة أن تتناول بالتعقيب الأحكام الجنائية النهائية الصا بالبراءة وتهدر حجيتها الواجبة الاحترام من الكافة، والتي أصبحت عنوان للحقيقة، بإصدار قرار إداري بالاعتقال من جديد، يقوم على ذات الأسباب المنهارة، بمقولة أن المدعي أفلت من يد العدالة بطريقة غير شرعية، ومقتضى ذلك القول افتئات السلطة التنفيذية على أعمال السلطة القضائية، مما يتعارض مع مبدأ انفصال السلطتين واستقلال كل منهما عن الأخرى [1].

وإذا كانت الأحكام سالفة الذكر، تواجه حالات صدور قرارات الضبط الإداري، على الرغم من سبق صدور أحكام جنائية حازت قوة الشيء المقضي ببراءة المعني من الفعل المنسوب إليه الذي يشكل المخالفة، ثم اتخذته سلطة الضبط سببا لقرارها الضبطي، إلا أن ثمة حالات تحرر فيها هيئات الضبط الإداري محضرا بشأن الفعل الذي يقترف ويقدم مرتكبه إلى المحكمة الجنائية، ويصدر بالتوازي مع هذا، قرار ضبطي استنادا إلى الفعل المكون للمخالفة، فيطعن صاحب الشأن المخاطب بالقرار، والمتهم في ذات الوقت أمام المحكمة الجنائية بالإلغاء في القرار الإداري، وأثناء نظر دعوى الإلغاء يصدر حكم نهائي يحوز قوة الشيء المقضي به من القاضي الجنائي بالبراءة، ويحتج صاحب الشأن بهذه البراءة أمام قاضي الإلغاء ليقضي له أيضا بإلغاء قرار الضبط الإداري، فماذا يكون موقف القاضي الإداري في هذه الحالة ؟

في هذا الشأن صرح مجلس الدولة الفرنسي برفض وجه الطعن المستمد من مخالفة حجية الحكم الجنائي، على أساس أن هذه الحجية لا تفرض على المحاكم الإدارية، إلا فيما يتعلق بما أثبته الحكم من وقائع كانت لازمة لمنطوقه. ومن حيث أن حكم المحكمة الإدارية المطعون فيه لم يتنكر لأية وقائع قام عليها قضاء حكم محكمة la grasse الابتدائية في 04 جويلية 1973، فإن النعي على الحكم المطعون فيه بأنه خالف قوة الشيء المقضي التي حازها الحكم الجنائي لا يقوم على أساس موجبا للرفض [2].

كما اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية بأن: " ... القاضي الإداري يلتزم بكل تقديرات القاضي الجنائي المتعلقة بالعناصر المكونة للجريمة، وبناء على ذلك، ولما كان اعتبار واقعة مشاركة المرخص له (المتهم) لغيره في المحل المرخص به، مخالفة لشروط الترخيص أو تنازلا من المرخص له عن بعض أو كل الحقوق الممنوحة له، بموجبه، يمثل أحد

---

[1] – محكمة القضاء الإداري، 8 جانفي 1963، مجموعة الخمس سنوات، ص. 271.

ومن ذلك أيضا قرار هذه المحكمة المؤرخ في 24 ديسمبر 1963، مجموعة الخمس سنوات، ص 148، الذي جاء فيه: " إذا كان الثابت من الأوراق أن عدم الموافقة على تجديد رخصة الخمور للمدعي كان بناء على تحريات مكتب حماية الآداب التي أبانت عن وقوع حادثين ينافيان الأخلاق و الآداب العامة، حرر عنهما قضيتان ... و إذ قضي فيهما بالبراءة، فمن ثم يكون ما استند إليه مراقب عام المحال و الملاهي في اصدار قراره بتاريخ 2 جانفي 1963 بالغاء رخصة الخمور رقم 06 غير قائم على سند من الواقع ... "

كما اعتبرت هذه المحكمة أنه: اذا كان المدعي سبق أن قدمته النيابة العامة لمحاكمته جنائيا أمام محكمة جنح مصر الجديدة، لأنه ادخل بضائع الى أراضي الجمهورية العربية المتحدة بطرق غير مشروعة، و قد انتهت المحكمة الجنائية إلى براءة الطاعن، و من حيث أن هذا الحكم واجب الاحترام، و يجب الاعتداد به، و أصبحت له حجية في خصوص انتقاء واقعة التهريب عن الطاعن، فلا يجوز لجهة الإدارة أن تعيد النظر فيما قام عليه الحكم الجنائي، وإلا كان مساس بقوة الأمر المقضي ... ". قرار 31 ديسمبر 1963، أشار الي هذه القرارات، محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 548.

[2] - CE. 6 mars 1991, Societé immobilière civile, http://www.legifrance.gouv.fr

عناصر الجريمة، وفي ذات الوقت هي ركن السبب في قرار إلغاء الترخيص، المطعون فيه بالإلغاء أمام القاضي الإدار فإن الحكم الجنائي، وإذا قضى بأنها لا تمثل مخالفة لشروط الترخيص، أو تنازلا عنه، فإن القاضي الإداري يتعين عليه أن يلتزم بما انتهى اليه القاضي الجنائي، والقضاء بالتالي بإلغاء قرار الترخيص، لعدم قيامه على سبب يبرره، حتى ولو كان القاضي الإداري يرى المشاركة في استغلال المحل إنما تنطوي على اخلال صريح بشروط الترخيص على النحو الذي ذهب إليه الحكم الأخير[1].

وإذا كانت الإدارة الضبطية ملزمة كما سبق التوضيح، بالأحكام الصادرة ضدها فمن باب أولى أن تلتزم بتقديم المساعدة لتنفيذ الأحكام التي تصدر ضد أشخاص القانون الخاص. وإذا كان معظم الفقهاء يرجعون هذا الالتزام إلى الصيغة التنفيذية المقترنة بها هذه الأحكام، فإن هناك من يرى بأن هذا الواجب مستقل عن الصيغة التنفيذية بل هو ناتج عن القانون الذي ينظم وظيفة أعوان التنفيذ، وعن حجية قرار القاضي [2]. لذلك لا يستطيع أعوان التنفيذ رفض تقديم المساعدة لأن اختصاصهم مقيد، مما يجعل المستفيد من الحكم دائنا بالتنفيذ في حين يصبح عون التنفيذ مدينا بهذا الواجب. مع ذلك قد توجد ظروف استثنائية، تسمح للإدارة أن ترفض استعمال القوة العمومية لضمان تنفيذ الحكم الحائز لحجية الشيء المقضي به دون أن تتجاوز سلطاتها.

هذه النظرية [3] تم تبنيها من طرف مجلس الدولة الفرنسي في قرار Couitéas والذي جاء فيه:" إذا كان تقديم مساعدة القوة العمومية من شأنه أن يؤدي إلى اضطرابات أكثر جسامة من تلك التي ستتولد عن عدم تنفيذ الحكم القضائي، فإن الإدارة تكون على حق في رفض التنفيذ، غير أن الضرر الذي ينتج عن هذا الرفض لا يجوز، إذا تجاوز مدة معينة، أن يكون عبئا يتحمله صاحب الشأن الذي صدر لصالحه الحكم، ويقع على عائق الإدارة عبئ إثبات أن تنفيذ الحكم بالقوة العمومية من شأنه أن يعرقل بالفعل وبشكل خطير النظام العمومي [4].

في هذا الإطار صدر قرار مجلس الدولة الجزائري المؤرخ في 5 ماي 2006 و الذي جاء فيه: "...وحيث أنه يتبين من أوراق ملف الدعوى بأنه لا يوجد أي شيء يثبت سعي البلدية المستأنفة لتنفيذ القرار الصادر في 1 أكتوبر 2000، وبالتالي فيتعين اعتماد محضر الامتناع عن التنفيذ المحرر من طرف المحضر القضائي بتاريخ 11 جويلية 2001، عملا بأحكام المادة 340 من قانون الإجراءات المدنية، لاعتبار أن البلدية قد ألحقت ضررا بالمستأنف عليه بعدم تنفيذ أحكام القرار المذكور، وأن هذا الضرر يستحق التعويض عنه..." [5].

[1] – محكمة القضاء الإداري، 4 ديسمبر 1962، أشار اليه محمد عبد الحميد مسعود الصباح، ص. 549.

[2] - G. Jéze, Op. Cit., p. 276.

[3] - Ibid., p.278.

[4] - CE. 30 novembre 1923, Couittéas, M. Long et (al.), Op.Cit., p. 239.

[5] – مجلس الدولة، قرار رقم 013551 ، مؤرخ في 15 جوان 2004، مجلة مجلس الدولة، رقم 04، لسنة 2004، ص. 130.

يُعرف السبب بأنه مجموعة العناصر الواقعية والقانونية التي تسمح للإدارة بالتصرف واتخاذ القرار الإداري، وهو يلعب دورا هاما في الرقابة القضائية، إذ تتأثر هذه الرقابة إلى حد كبير بالدافع إلى اتخاذ القرار ومدى إمكانية تبريره [1]، وقد تطورت الرقابة القضائية على التدخلات الضبطية في اتجاه تكريس حقوق الأفراد ضد التحكم الإداري، مع ذلك فمن الضروري الإشارة إلى أنه إذا كانت الرقابة على الوضعيات التي تُبرر القرارات الضبطية لم تتوقف عن التطور، فإن اتساعها قد تنوع مع مضمون التدبير المتخذ وخطورة القيود على حقوق الأفراد.

وإذا كان الفقه يفصل من الناحية النظرية بين صور رقابة قرارات الضبط الإداري، فإنه يتعين أن نلاحظ بأنه يصعب من الناحية العملية تمييز مسألة الوجود المادي للوقائع عن مسألة تكييفها القانوني، لأن القواعد القانونية للضبط الإداري ذات طبيعة توجيهية، فلكي يُقرر القاضي أن اضطرابا معينا يُشكل خطرا على النظام العمومي، عليه في ذات الوقت الذي يبحث فيه عن مدى قيام الوقائع من الناحية المادية أن يُقدر صفتها وقيمتها القانونية [2]، ولأن أسباب القرار الإداري بوجه عام، وإن كانت شرطا لصحته، يجب تحققها في الواقع قبل صدوره، ففي مسائل الضبط الإداري قد لا تكون الوقائع التي يُحتج بها كأساس لإصدار القرار الضبطي، قد حدثت بالفعل قبل صدوره ولكن يجوز أن تكون سلطات الضبط الإداري قد توقعته حدوثها مستقبلا على نحو جدي، وأصدرت قرارها على أساس التحوط من وقوعها، وعلى ذلك يصح القول بأن: "الوقائع في مجال قرارات الضبط الإداري قد لا تسبق القرار تاريخيا ولكن يتعين أن تسبقه قانونيا"، ومؤدى ذلك أن سلطة الضبط الإداري عندما تتخذ القرار يجب أن تأخذ في اعتبارها وجود احتمال جدي باضطراب وشيك الوقوع في المستقبل، شريطة أن يكون هذا الاحتمال ماثلا وقت اتخاذ القرار، وفي مثل هذه الحالات لا يستطيع القاضي أن يراقب تحقق أو عدم تحقق هذا الاحتمال، لأن شرط قرار الضبط الإداري من هذا النوع هو مجرد الخشية من تحقق الاضطراب، وبحث القاضي فيما إذا كان لهذا التخوف ما يُبرره يعني بحثه بالفعل في الوجود المادي للوقائع [3]. وعلى كل فقد بينت أحكام القضاء الإداري أن تقدير القاضي الإداري للوقائع التي تتخذها سلطات الضبط الإداري أسبابا لقراراتها، لم يتخذ حالة واحدة، بل يمكن أن نميز في هذا الخصوص بين عدة حالات تتباين من حيث مدى عمقها وفقا لمجموعات قرارات الضبط الإداري موضوع الرقابة.

---

[1]- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، 1992. (د م ن)، ص. 137.

[2]- « la distinction entre exactitude des motifs, qualification juridique et appréciation de leur nécessité n'est pas facile à faire pratiquement et l'on peut passer très aisément d'une opération à une autre » ; Ch. Pasbecq, de la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », RDP. N°- 1, 1981, p. 810.

3- عبد الوهاب البرزنجي، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970. ص. 339، 340.

يرى الأستاذ Marcel Waline أنه إذا كان يجب تعريف القانون الإداري: "...فمن الضروري دراسة السلطة التقديرية للهيئات الإدارية ودراسة حدودها بهدف حماية حقوق الغير". ينتج عن هذا الرأي أن تعريف القانون الإداري يقتضي دراسة مُعمقة ليس فقط لاتساع سلطات الإدارة لكن أيضا لاتساع رقابة القاضي الإداري.

ونكون بصدد السلطة التقديرية عندما تكون الإدارة حرة في اتخاذ هذا القرار أو ذاك، في وجود ظروف واقعية معينة[1]، أو حينما يترك لها القانون الذي منحها هذه الاختصاصات بصدد علاقاتها مع الأفراد، الحرية في أن تتدخل أو أن تمتنع ووقت هذا التدخل وكيفيته، وفحوى القرار الذي تتخذه [2]. وتظهر ممارسة هذه السلطة على عدة مستويات: حرية التصرف، إختيار وسيلة التدخل، اختيار مضمون القرار وكذا وقت التدخل، لذا وفي مواجهة هذه الحرية التي تتمتع بها الإدارة، فإن قاضي تجاوز السلطة مدعو للتدخل لعقلنة السلطات التقديرية وتعزيز حقوق المدارين. وهنا يجب عليه أن يضع في اعتباره عاملين أساسين وهما: الإرادة في الحد من التحكم الإداري والوعي بأنها الأكثر تأهيلا للحكم على تدخلها. وعلى هذا الأساس فإن اتساع رقابة القاضي تتغير مع تغير السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة، وتبعا لذلك نجد الرقابة الدنيا والرقابة التامة أو الكاملة.

المطلب الأول: تطور الرقابة الدنيا على الوقائع

تتناول الرقابة الدنيا الخطأ في الواقع، الخطأ في القانون والخطأ الظاهر في التقدير، وسُميت بالرقابة الدنيا لأنها الرقابة التي يجب أن يخضع لها على الأقل كل قرار إداري، ولأنها الرقابة التي يجب ألا ينزل القاضي الإداري أدنى منها، حتى في حالة وجود السلطة التقديرية.

الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع

يجب أن يستند كل قرار إداري إلى سبب صحيح، لذلك يراقب القاضي الإداري ما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الإدارة كسبب لقرارها صحيحة، وموجودة فعلا وواقعا وحقيقة وليست مجرد تخيل أو توهم [3]، مع ذلك فقد امتنع مجلس الدولة الفرنسي لمدة طويلة عن بحث الوجود المادي للوقائع، التي تقوم عليها القرارات الإدارية

---

1 - M. Waline, Etendue et limite du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, EDCE. 1956, p. 25.

أُنظر أيضا مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص. 760.

2 – سليمان محمد الطماوي، السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، العددان الأول والثاني، يناير يونيو سنة 1950، ص. 98. 99.

3 – عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، نظرية الدعوى الإدارية، د م ج، الجزائر، ط– 4، 2005، ص. 546.

بصفة عامة وقرارات الضبط الإداري بصفة خاصة، بسبب مماثلته بين الطعن لتجاوز السلطة والطعن بالنقض [1] جهة. وبسبب وجود السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة من جهة أخرى. فالطعن لتجاوز السلطة يتماثل مع الطعن بالنقض بسبب وحده الهدف وهو احترام المشروعية، مشروعية القرار الإداري بالنسبة للأول ومشروعية أحكام قضاة الموضوع بالنسبة للثاني. كما يوجد تماثل في استعمالات الطعون، فقاضي تجاوز السلطة وقاضي النقض لا يستطيعان إلا إبطال القرارات الغير مشروعة، فليس لهما الحق في التعديل ولا في إحلال قراراتهما الخاصة [2]. ولم تمر هذه المماثلة دون التأثير على اتساع رقابة القاضي، فمعتبرا نفسه قاضي قانون رفض قاضي المشروعية، قاضي القانون، قاضي تجاوز السلطة ولمدة طويلة مجازاة الإدارة عن الخطأ في الوقائع [3]. إضافة إلى هذا رفض القاضي ولمدة طويلة أيضا فحص أسباب القرارات الإدارية، عندما تتمتع الإدارة بهامش كبير من الحرية في اتخاذ قراراتها [4].

غير أن الحجج التي استند إليها مجلس الدولة لم تسلم من النقد، فإذا كان قاضي تجاوز السلطة يراقب قرارا إداريا، فإن قاضي النقض يراقب حكما قضائيا، وإذا كان الأخير لا يراقب الوقائع، فلأن هذه الوقائع قد تمت مراقبتها على مستوى درجتين قضائيتين، وبتطبيق كل الضمانات المميزة للإجراءات أمام قاضي الموضوع، غير أن الوقائع في إطار الطعن لتجاوز السلطة لم تقدر إلا من طرف وفقط من طرف الإدارة [5].كما أن السلطة التقديرية التي تتمتع بها الإدارة في تقدير أسباب القرار، لا ترخص لها اطلاقا اتخاذ قرارات مؤسسة على وقائع غير صحيحة [6].

لذلك وسع مجلس الدولة تدريجيا رقابته على عناصر المشروعية الداخلية، فمنذ بداية القرن العشرين خضع القرار الإداري بما في ذلك القرار الضبطي لرقابة قضائية مست الأسباب التي بررت اتخاذه، وكان لابد من الانتظار إلى غاية صدور قرار Camino المؤرخ في 14 جانفي 1916، لكي يلغي القاضي الإداري قرارا إداريا لعدم صحة الوقائع، وقد قال مجلس الدولة في هذه القضية، بأنه إذا كان لا يعود إليه تقدير ملائمة التدابير، المحالة إليه عن طريق الطعن لتجاوز السلطة، فإنه يعود له مراقبة مادية الوقائع المبررة لهذه التدابير [7] .

وفي مجال الضبط الإداري كان مجلس الدولة الفرنسي يستثني من هذا المنهج القرارات المتعلقة بإجراءات الضبط الإداري المتخذة تطبيقا لنصوص القوانين الاستثنائية أو قوانين الاستعجال والضرورة، وكان يكتفي في هذه الحالة باشتراط أن تكون الإدارة قد استندت في إصدارها للقرار، إلى وقائع تكفي مع افتراض صحتها لتبرير هذه

---

1 - « Le recours pour excès de pouvoir et le recours en cassation devant le conseil d'Etat soumis à des règles absolument identique » cité in E. C. Demersay, de l'exam des faits par le conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir, Paris, L.G.D.J. 1922, p. 28.

2 - I. Ben Hassen, le contrôle des motifs de fait dans le recours pour excès de pouvoir, thèse de doctorat, université de Sfax, faculté de droit de Sfax, année universitaire, 2010-2011, p. 40, 44.

3 - G. Jèse, l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir, RDP. 1911, p. 290.

4 - E. C. Demersay, Op. Cit., p 48 ; D. Rousseau, le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif, thèse, Poitiers, 1979, p. 386 et s.

5 - E. C. Demersay, Op. Cit., p. 24.

6 - J. M. Woehrling, « le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », R A. 1999, p. 77.

7 - G. Vedel, essai sur la notion de cause en droit administratif Français, Sirey, Paris, 1934, p. 21.

الإجراءات، دون أن يقوم بالتحقق من الوجود الفعلي لهذه الوقائع، لكنه سرعان ما تخلى عن هذا الاستثناء نتيجة تعرض له قضاؤه من انتقادات، وأخضع بالتالي تلك القرارات لرقابته للتحقق من الوجود المادي للوقائع المدعاة كأساس لها، وكان ذلك بمناسبة حكمه في قضية Grange في 30 جانفي 1959 [1].

وقد انتهج القضاء الإداري المصري الموقف الأخير لمجلس الدولة الفرنسي بخصوص ضرورة التحقق من وجود وصحة الوقائع التي تتذرع بها الإدارة وتتخذها أسبابا لقراراتها، فاعتنق مجلس الدولة المصري هذا الاتجاه بمجرد نشأته عام 1946[2]. وبدورها اعتبرت المحكمة الإدارية التونسية منذ السنوات الأولى لنشأتها بأنه يعود إليها فحص الوجود المادي للوقائع، وألغت نتيجة لذلك القرارات التي تستند إلى وقائع مادية غير موجودة [3].

وإلى جانبهم انتهج القضاء الجزائري نفس المنهج، وهذا ما نستشفه من قرار مجلس الدولة الجزائري المؤرخ في31 جانفي 2000 [4]، والذي تتلخص وقائعه في أن والي مستغانم أصدر قرارا بوقف نشاط الجمعية المسماة منتجي الحليب، بعد الرأي بعدم الموافقة الذي أبدته مصالح الأمن بالتنسيق مع مصالح الولاية، والمبني على أن سلوك بعض أعضاء الجمعية مخل بالنظام العمومي والآداب العمومية وأن بعضهم كانوا مسبوقين قضائيا.

بتاريخ 21 ديسمبر 1996 صدر عن الغرفة الإدارية لمجلس قضاء مستغانم قرارا بإلغاء قرار الوالي، فطعن الأخير بالاستئناف أمام مجلس الدولة الذي ساير قضاة الدرجة الأولى في تعليلهم المبني على عدم ذكر أي سبب يبرر قرار المستأنف مما يجعله غير مشروع.

نلاحظ في هذه القضية أن مجلس الدولة قد قرر ابطال القرار الإداري نتيجة لعدم ذكر الوالي لسبب اتخاذه لقرار توقيف الجمعية، وكأن المجلس تأكد من وجود الواقعة المادية، ولم يبقى إلا ذكرها في حيثيات قرار الوالي لكي يكون قراره مشروعا، لكن الجهة القضائية العليا قد أخلطت هنا بين السبب كركن في القرار الإداري والتسبيب أو التعليل الذي يعني قيام الإدارة بذكر وتدوين الأسباب في صلب القرار الإداري والتي دفعتها إلى إصداره، والذي يعتبر عنصرا من عناصر ركن الشكل في القرار الإداري. فالأصل والقاعدة المستقر عليها في القانون والقضاء الإداري المقارن أن الإدارة ليست ملزمة بتسبيب قراراتها باعتبارها شكلية إلا إذا استوجب المشرع ذلك صراحة، وبالتالي لا يمكن اعتبار القرار الذي لا يتضمن ذكر الأسباب قرارا غير مشروع، ولا يمكن خاصة اسناد عدم مشروعيته إلى انتقاء ركن

---

[1] – وقد أخذ مجلس الدولة في هذه القضية برأي مفوض الحكومة Chardeau الذي طالبه بالعدول عن قضائه السابق، وذلك بمناسبة الطعن في قرار صادر عن السلطات الفرنسية بتحديد إقامة أحد المحامين استنادا إلى نصوص المرسوم الصادر بقانون في 19 مارس 1956، وقد استندت الإدارة في قرارها إلى انتماء ذلك المحامي إلى تنظيم سري هدفه الإخلال بالأمن ومساعدة الثوار في الجزائر، فأخذ المجلس في هذه المنازعة برأي مفوض الحكومة، وقرر فرض رقابته للتحقق من الوجود المادي لهذه الوقائع، ولما ثبت للمجلس عدم صحتها حكم بإلغاء قرار الإدارة، أنظر: رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 76، 77.

[2] - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 78- 80.

[3] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 61.

[4] - مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم 90، مؤرخ في 31 جانفي 2000، والي ولاية مستغانم ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب، أشار اليه لحسين بن شيخ أث ملويا، المتنقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، ط- 2004، ص. 193.

السبب، لأن التسبيب ليس عنصرا من عناصر السبب [1]. وعلى عكس مجلس الدولة، تبدو المحكمة العليا أكثر ادراكا لدورها في رقابة الوجود المادي للوقائع، من خلال تصريحها بأنه: " يتعين على الإدارة معاينة وفحص ما إذا كان البناء من شأنه أن يلحق خطررة بالصحة العامة أو الأمن العام، أو يمس بالنظام العام، وذلك لرفض اعطاء رخصة البناء..." [2].

وفي هذا الإطار أيضا يندرج حكم المحكمة الإدارية بسطيف، المؤرخ في 18 مارس 2013، الذي ألغت بموجبه قرار الهدم الصادر عن رئيس المجلس الشعبي البلدي بسطيف، حيث ادعى الأخير أن البناية ملك المدعي آيلة للسقوط، وأنها تشكل بالتالي خطرا على المارة، وبعد معاينة البناية من طرف الخبير المعين في القضية، ثبت بأن البناية صالحة للاستغلال ولا تشكل خطرا على المارة، وبناء على ذلك ألغت المحكمة القرار الضبطي مبررة ذلك بأنه بني على معطيات غير صحيحة وبعيدة عن الواقع [3].

تجدر الإشارة في الأخير إلى أن دليل عدم الوجود المادي للوقائع يمكن أن يُستنتج من وثائق الملف، كما يمكن أن ينتج عن ظروف لاحقة للقرار تثبت بطريقة رسمية. كما يُطبق مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال المبادئ العامة التي استخلصها في مجال الإثبات، لكنه يؤسس قراراته أيضا على العناصر التي حملها التحقيق أو على القرائن الغير معترض عليها من جانب الإدارة. ومن جهة أخرى تؤخذ الوقائع المستند إليها من طرف المدعي بعين الاعتبار خاصة إذا ما رفضت الإدارة الإجابة على طلب المعلومات الموجه إليها من طرف القاضي. وإلى جانب هذه الوسائل يأخذ القاضي بالقرارات الصادرة عن جهات القضاء العادي كوسيلة لإثبات الوقائع [4].

بدوره رفض القاضي العادي في البداية كالقاضي الإداري، رقابة الوقائع، مادامت سلطة الضبط لم تخرج عن اختصاصاتها ولم تخالف نصوص القانون الوضعي، وخصوصا بصدد قرارات الضبط البلدي المتعلق بمنع المظاهر الخارجية للتعبد [5]، وبإبعاد الأجانب [6]، وبحظر ترويج المجلات والجرائد الأجنبية في فرنسا، وبلوائح تنظيم السيارات أو بارتداء أحزمة الأمان. ويرجع السبب في رفض المحاكم العادية فرض رقابتها على هذه القرارات في تبنيها لموقف

---

[1] – من هذا الرأي، عبد الكريم بودريوة، القضاء الإداري في الجزائر الواقع والآفاق، مجلة مجلس الدولة، العدد 6، 2005، ص. 09.

[2] – المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، قرار رقم 22236، مؤرخ في 11 جويلية 1981، أشار اليه: محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر، 2007، ص. 352.

[3] – المحكمة الإدارية بسطيف، حكم رقم 13/00272، قضية المدعي ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي، غير منشور. أنظر أيضا قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، الصادر في 29 نوفمبر 1979، الذي ألغى قرار رئيس دائرة بير خادم لأنها لا توجد وقائع الإخلال بالأمن العمومي والنظام من جراء عملية البناء، أشار اليه عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 560.

[4] - J.M. Auby, R. Drago, traité de contentieux…, Op. Cit., p. 395.

[5] - Cass. Crim. 26 avril 1907,28 février 1908, 06 juillet 1911, 08 mars 1928, cité in J. Castagné, p. 164.

[6] - "إن القرار البلدي الذي يأمر بإبعاد أجنبي هو تدبيرا ضبطيا من النظام العمومي، ليس للمحاكم أن تقدر ملائمته ولا أسبابه". أشار إلى هذا القرار المؤرخ في 1943.11.15.

J. Castagné, Op. Cit., p. 164.

مماثل للموقف الذي أبدته في مجال الانحراف بالسلطة، بحيث أنها تماثل بين رقابة الأسباب ورقابة الملائمة، وهنا ترفض كل رقابة على الوقائع.

بالمقابل لم يدم رفض المحاكم العادية لرقابة الأسباب طويلا، فقد بدأ معنى الرقابة يتطور شيء فشيء في اتجاه التوسع، وبدأ القاضي العادي يتجرد من المماثلة القديمة بين رقابة الأسباب ورقابة الملائمة. ففي قرارها الصادر في

29 نوفمبر 1935 [1]، أكدت الغرفة الجنائية بمحكمة النقض، تقديرا لمشروعية بعض القرارات الولائية، التي رفضت الترخيص بإنشاء الحافلات الكبيرة في المحافظة، بأن "أسباب النظام العمومي قد تم الاستناد اليها من طرف المحافظ لرفض هذا الترخيص، اعتبارا أن هذه القرارات المتخذة في اطار مصلحة الضبط وحسن النظام، تدخل صراحة بحكم موضوعها في الدائرة القانونية للسلطات الممنوحة للمحافظ". مع ذلك يُبيّن قضاء هذه الغرفة بأن المحكمة العليا لم يكن لها موقفا صارما في الموضوع، لأنها وان كانت تضمن دائما وجود أسباب القرار الإداري، فإنها ترفض أحيانا كل تقدير للأسباب، حتى بالنسبة لوجودها المادي، خوفا من رقابة ملائمة التدبير. يمكن الاستشهاد في هذا الإطار من بين الكثير من القرارات [2]، بقرار الغرفة الجنائية المؤرخ في 3 مارس 1943، الذي جاء فيه:" اعتبارا أن المتهم قد طرح للنقاش ليس مشروعية القرار لكن ملائمته، لذلك تصرح المحكمة بأن القرار قد اتخذ بطريقة مشروعة وتضيف بأنه ليس لها حق تقدير الأسباب التي استوحى منها...".

الفرع الثاني: إتساع الرقابة الدنيا بفضل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير

حتى عام 1961 لم تكن الرقابة الدنيا الممارسة من طرف القاضي الإداري تنصب إلا على الانحراف بالسلطة، الخطأ في القانون والوجود المادي للوقائع، لكن حدث تطور مهم منذ قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Lagrange المؤرخ في 15 فيفري 1961، والذي كرس الظهور الرسمي للخطأ الظاهر في التقدير في القضاء الإداري[3].

في الحقيقة يشكل الخطأ الظاهر في التقدير مرحلة حاسمة للرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري، لأن فحص هذا الخطأ يسمح للقاضي بمراقبة ما إذا كان القرار المتخذ يتناسب بشكل واضح مع الوقائع التي استند إليها، وبناء عليه فإن هذا القرار (قرار 15 فيفري 1961) قد أدى إلى إعادة تقييم ممارسة السلطة التقديرية من جهة، وإلى إعادة تعريف اتساع رقابة القاضي للوقائع من جهة أخرى [4]. لذلك وفي محاولة منه لتعريف الخطأ الظاهر أو لتبيان

---

1 - crim. 29 novembre 1935, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 189, 190.

2 - crim. 25 juin 1937, GP. 1937, 2, p. 480; crim, 19 octobre 1938, GP. p. 1938, 2, p. 681

3 – J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux…, Op. Cit., p. 338-339 ; D. Lagasse, l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 193 : « en dehors des vices de légalité externe le juge ne peut contrôler cette appréciation que si elle entachée d'une erreur de droit ou de détournement de pouvoir, ou bien si elle repose sur des faits matériellement inexacts ou sur une erreur manifeste ».

4 - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 73.

كيفية الوصول إليه، قال مفوض الحكومة Vught في مرافعته في قضية associée du lotissement "الإعلان عن وصف الخطأ بأنه ظاهر يتم من خلال البحث المتعمق لملف الدعوى [1].

ولقد كان تطبيق الخطأ الظاهر في التقدير محدودا في البداية، وبدأ يتوسع شيء فشيء إلى أن أُدمج في الرقابة الدنيا وأصبح بالإمكان تطبيقه على كل القرارات الإدارية [2]. وباعتباره تقنية موجهة لمجازاة الاستعمال المفرط للسلطات التقديرية الواسعة التي تتمتع بها الإدارة، فإن الكثير من المجالات أصبحت اليوم معنية برقابة الخطأ الظاهر.

أ– رقابة الخطأ الظاهر في تدابير الضبط العليا

إن مفهوم الضبط الأعلى ينصرف إلى ضبط الأجانب وضبط المواطنين في علاقاتهم مع الأجانب، وكذا التدابير التي تعتدي على الحريات في الظروف الاستثنائية [3]. ولقد شكلت تدابير الضبط العليا ولمدة طويلة مجال عاص على رقابة الوقائع، كونها تعود إلى فئة الأعمال التقديرية [4] أو أعمال السيادة الغير قابلة للطعن فيها بتجاوز السلطة، فقد كان قاضي تجاوز السلطة يرفض دائما مراقبة التقديرات التي تجريها السلطة الضبطية على الخطر الذي يمثله منشور أجنبي على النظام العمومي، كما رفض أيضا مراقبة ما إذا كان نشاط جمعية أجنبية من شأنه أن يعرض الأمن العمومي للخطر. يتعلق الأمر حسب القاضي بتقدير الوقائع الذي ليس من شأنه أن يكون محل نقاش أمام قاضي تجاوز السلطة، وهكذا لا تستفيد تدابير الضبط العليا إلا من الرقابة الضيقة أو الدنيا [5].

وبالنظر لتعلق منازعات الضبط الخاصة بالأجانب، بحقوق وحريات فردية أو شخصية، والتي حرص مجلس الدولة الفرنسي منذ نشأته على حمايتها والدفاع عنها، وباعتبار أن الطابع الفني أو التقني للوقائع التي يتحجج بها عادة لتبرير سلطة الإدارة التقديرية في بعض المجالات الإدارية، لا تصلح هنا لأن تكون سببا مقنعا لهذا الاتجاه القضائي، فقد ثار التساؤل عن السبب الحقيقي لهذا الاتجاه، خاصة في دولة تعرف بين دول العالم بأنها دولة القانون ودولة الحريات.

---

1 - « … il vous arrive, certes de ne déclarer une erreur qualifiée de manifeste qu'après un examen approfondi du dossier… » G. Vught, « conclusions, CE. 29 mars 1968 », AJDA. Juin, 1968, p. 341.

2 - J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux…, Op. Cit., p. 399; H. P. Henry, « une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste », AJDA. 1979, p. 17.

3 - A. Mestre, contrôle des motifs, in Encyclopedie Dalloz, contentieux Administratif, T-2 , Dalloz, 1985, mise à jour 1988, n° 92, « la notion de haute police recouvre la police des étrangers, celle de citoyens dans leur relation avec l'étranger ainsi que les mesures portant atteinte aux liberté en période d'exception » ; S. Ktistaki, l'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, L.G.D. J. PARIS, 1991 , p. 108, 109.

4 – رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 263.

5 - P. C. D'istra, P. Paoletti, X, Philippe, « le degré du contrôle du contentieux sur les mesures de police administrative », in D. Linote, la police administrative existe –t'elle ? P. U. d'aix Marseille, économica, 1985, p. 66.

لذلك حاول البعض تبرير هذا المسلك، بأن القاضي الإداري كان يهدف إلى تحقيق رغبة المشرع في عدم منح الأجانب من الضمانات الهامة والفعالة ما يمنحه للمواطنين، كما أن مجلس الدولة كان يعتبر دائما بأن إجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، لها تأثيرها على علاقات الحكومة الفرنسية بحكومات الدول الأخرى، الأمر الذي رأى معه أنه من الأفضل أن يترك للإدارة في خصوصها سلطة تقديرية واسعة، إضافة إلى أن القاضي الإداري كانت لديه دائما حساسية معينة اتجاه الجوانب السياسية المحتملة لإجراءات الضبط الخاصة بالأجانب، ولهذا فإنه وإن لم يعد ينظر إليها كإجراءات ضبط عليا لا يجوز المساس بها، فإنه أصبح على الأقل يعتبرها من المجالات التي يجب أن تمارس طبقا لاعتبارات الملائمة التي يجب أن يترك للإدارة بخصوصها قدر من الحرية [1].

لم تجد هذه الحجج صدى، وأمام ضرورة حماية هذه الحريات، عزّز القاضي رقابته إلى غاية فحص الخطأ الظاهر في التقدير، قبل أن ينتقل إلى ممارسة الرقابة العادية في هذا الموضوع في 1997، وقد كان ذلك بموجب قرار مجلس الدولة المؤرخ في 2 نوفمبر 1973 في قضية François Maspero [2]، حيث أصدر وزير الداخلية قرارا بتاريخ 27 جانفي 1969، منع بمقتضاه نشر وتوزيع وبيع مجلة القرارات الثلاث التي تصدرها مكتبة Maspero. فطعنت هذه المكتبة أمام محكمة باريس الإدارية في هذا القرار، استنادا إلى أن تقدير الوزير لخطورة المجلة على النظام العمومي ليس صحيحا، فرضت المحكمة هذا الطعن مبررة قرارها، بأنه ليس للقاضي الإداري أن يعيد النظر في تقدير الإدارة لمدى خطورة إحدى المطبوعات على النظام العمومي أو الأخلاق العمومية، لكن عندما طعنت المكتبة في الحكم أمام مجلس الدولة أعمل نظرية الخطأ الظاهر في التقدير. وانتهى إلى أن القرار المطعون فيه لم يصدر مشوبا بهذا الخطأ، ورغم أن المجلس قد انتهى إلى رفض الطعن، فإن أهمية هذا القرار تكمن في درجة الرقابة التي أقرها للقاضي الإداري اتجاه القرارات الفردية الصادرة في مجال حرية الصحافة الأجنبية أو ذات المصدر الأجنبي.

وفي ذات المعنى صدر قرار مجلس الدولة في 17 أفريل 1985، حيث منع وزير الداخلية دخول وتوزيع مجلة Signal لمساهمتها في نشر المذهب الاشتراكي والأفكار النازية، وقد جاء في هذا القرار بأن قرار وزير الداخلية مشوبا بخطأ ظاهر في تقدير مخاطر نشر مجلة Signal على النظام العمومي [3].كما طبقت رقابة الخطأ الواضح في منازعات طرد الأجانب، إذ أصبح القاضي الإداري يقضي في هذه الأخيرة بإلغاء قرارات الطرد المشوبة بخطأ ظاهر، بل أنه توصل من خلال أعماله لنظرية الخطأ الظاهر في مجال المنازعات التي تثيرها قرارات طرد الأجانب، إلى وضع مبادئ على قدر كبير من الأهمية، إذ قرر أن الجرائم الجنائية التي يرتكبها أجنبي لا تبرر بذاتها قانونا أبعاده عن البلاد، ولا تعفي السلطة المختصة، من أن تفحص وفقا لظروف كل حالة ما إذا كان وجود صاحب الشأن على إقليم فرنسا من شأنه أن يشكل تهديدا للنظام العمومي. وبناء على ذلك فإن قرار وزير الداخلية بإبعاد أحد الرعايا التونسيين، الذي كان قد حكم عليه بالسجن لارتكابه جرائم السرقة والضرب والإصابة العمدية، مقررا بالنظر إلى مجموعة العناصر التي

[1] – رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 268، 269.

[2] – محمد عيد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص 623 ورمضان محمد بطيخ ، المرجع نفسه، ص 270، 271 وأيضا :

S. Stistaki, Op. Cit., p. 113, G. Finkel, « l'expulsion des étrangers et le juge Administratif en droit Français », AJDA. 1978, p. 261.

[3] - CE. 17 Avril 1985, Ministre de l'intérieur, RDP. 1985, p. 1362 ; S. Ktistaki, Op. Cit., p. 114.

اتسم بها سلوك صاحب الشأن، بأن وجوده يشكل تهديدا على النظام العمومي، وأن (الوزير) لا يكون قد ارتكب خطأ ظاهرا في التقدير [1].

لقد أعطى قاضي تجاوز السلطة لنفسه، بإنشائه لرقابة الخطأ الظاهر، الوسائل الكفيلة بمعاقبة الإدارة عندما لا تكون تصرفاتها عقلانية، وعندما ترتكب تجاوزات صارخة، ذلك أن الخطأ الظاهر في التقدير يغطي عمليا في الوقت الحاضر كل الفرضيات، ما يسمح باعتباره عنصرا مميزا للرقابة التي لا ينزل دونها القاضي الإداري إطلاقا [2]. مع ذلك ترتبط فعالية هذا العنصر بالتفسير المعطى لمصطلح "الظاهر"، ولا شك أن القاضي الإداري مُبتدع هذه النظرية يملك هامش من الحرية بحيث يعود إليه أن يقول في أي وقت يصبح الخطأ ظاهر.

لكن ولأن الوضع مختلف بالنسبة للرقابة القضائية على تدابير الضبط الخاصة بالرعايا الأعضاء في الاتفاقية الاقتصادية الأوروبية، حيث تعتبر حرية تنقل الأشخاص من أساسيات هذه الاتفاقية والمنصوص عليها في المادة 3 من معاهدة روما 1957، حيث تنص المادة 48 من المعاهدة والمواد 52 و58 على أسباب النظام العمومي وإجراءات الإبعاد المؤسسة عليه، والتوصيات الصادرة عن محكمة العدل الأوروبية في 20 فيفري 1964، التي تحدد الشروط الموضوعية والشكلية التي تمثل ضمانة جوهرية للرعايا المبعدين والتي تطبق أمام القضاء.

نتيجة لذلك فإن القضاء الإداري الفرنسي قد سلك مسلكا حديثا ومتطورا بالنسبة لهذه الفئة من الأجانب، حيث قرر مجلس الدولة بأن الإجراءات المقيدة للحرية، الصادرة ضد الرعايا الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية يجب أن تبرر بأسباب النظام أو الأمن العمومي أو الصحة العمومية، وأن تكون مؤسسة على سلوك فردي للشخص، وبذلك فإن السلطات الوطنية تفقد سلطتها التقديرية في موضوع طرد الرعايا الأعضاء في الاتفاقية الأوروبية، والمحاكم الوطنية الأوروبية يجب أن تفحص كل حالة على حدى، وتبحث فيما إذا كانت الإجراءات المتخذة مبررة لحماية النظام العمومي أم لا ؟ وبذلك تكون رقابة القضاء هي رقابة قصوى على قرارات الضبط الخاصة بهؤلاء الرعايا [3].

وقد امتد هذا التطور القضائي ليشمل الأجانب من كل البلاد، وإلى قرارات حظر المطبوعات الأجنبية، حيث جعلت المادة 8 من الاتفاقية الأوروبية من الحق في حماية الحياة العائلية للأجنبي من أي اعتداء خارجي حقا جوهريا، وبذلك لا يمكن اصدار قرارات بالإبعاد ضد الأجانب المحميين، المنصوص عليهم في المادة 25 من مرسوم سنة 1945 المعدل، إلا إذا وُجدت ضرورة ملحة لإبعادهم للحفاظ على الأمن والنظام العموميين، وذلك بهدف حماية حياتهم العائلية، ويتم تطبيق هذا النص حينما تترتب نتائج استثنائية خطيرة على صدور قرار الإبعاد الذي يمثل

---

[1] - CE. 21 janvier, 1977, Dridi, J. M. Auby, R. Drago, traité de Contentieux…, Op. Cit., p. 399.
وأيضا:
محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 623، 624 ورمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 274، 275.

[2] - A. Mestre, Op. Cit., p. 82.

[3]- أمل لطفي حسن جاب الله، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، دراسة مقارنة رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2004، ص. 390.391 . ومن بين القرارات التي ذكرتها تأييدا لهذا الرأي نذكر ما يلي:
CE. 8 avril 1976, CE. 9 mars 1988, CE. 20 janvier 1995.

اعتداء على الحياة العائلية للأجنبي، يتجاوز الاعتداء الذي يمثله على النظام العمومي. لذلك يتم إعطاء الأو لحماية الحياة العائلية للأجنبي على حماية النظام العمومي، إذا كان الاعتداء بسيطا على النظام العمومي، لكن إذا كان الاعتداء جسيما إذا ما تمت مقارنته بالاعتداء على الحياة العائلية للأجنبي، فتوجد في هذه الحالة ضرورة ملحة لإصدار قرار الإبعاد [1].

وتطبيقا لذلك قرر مجلس الدولة الفرنسي إلغاء قرار ابعاد المواطن الجزائري بلقاسم عن فرنسا في 19 أفريل 1991، لأن المدعي ليس له أي ارتباط عائلي بالبلد التي يحمل جنسيته، ويقيم منذ ميلاده في فرنسا مع عائلته، وأنه متكفل بعائلته منذ وفاة أبيه، ولأنه إذا كان المدعي قد أُتهم في عدة جرائم سرقة، فإنه يتبين من مستندات الدعوى وبالنظر إلى سلوكه اللاحق على الأحكام التي صدرت ضده بسبب هذه الوقائع، أن تدبير أبعاده عن فرنسا يتجاوز بالنظر إلى جسامة الاعتداء الذي يحمله على حياته العائلية، ما كان ضروريا لحماية النظام العمومي، ومن ثم وفي ضوء هذه الظروف، فإن القرار المطعون فيه، يكون قد أُتخذ بالمخالفة للمادة 8 من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية [2] .

كما قرر هذا المجلس في قضية Naima Babas بموجب قراره المؤرخ في 19 أفريل 1991، رفض طلب الغاء قرار ابعاد المدعية، لأنه إذا كانت الأخيرة أما لطفل معترف به من أبيه، وهي من الرعايا المغاربة وتحمل بطاقة إقامة، وأنها كانت حامل في تاريخ صدور القرار المطعون الذي أمر بتوصيلها إلى حدود البلاد للمغادرة، فإن البيّن من مستندات الدعوى، وبمراعاة جميع ظروف الحالة وخاصة مدة وشروط إقامة المدعية في فرنسا، وبالنظر إلى أثر التدبير محل المنازعة، فإن هذا الأخير لا يتضمن خطأ ظاهر في تقدير النتائج الاستثنائية الخطيرة المترتبة على هذا الإجراء بالنسبة للحالة الشخصية للأجنبية [3] .

مع ذلك تجدر الإشارة إلى أنه رغم نمو سلطة القاضي المتعلقة بالرقابة على قرارات الإبعاد، فليس بإمكانه أن يتعدى رقابة الحد الأدنى للوقائع إلى رقابة التكييف القانوني للوقائع [4].

وبخصوص موقف القضاء العادي من فكرة الخطأ الواضح في التقدير، كتب بارناسكوني[5] Bernasconi في رسالته لسنة 1979: "للالتحاق بمجلس الدولة، لا ينقص القاضي الردعي إلا توسيع رقابته الى الخطأ الظاهر في التقدير"، وهو ما حدث فعلا بموجب قرار الغرفة الجنائية المؤرخ في 21 أكتوبر 1987، الذي جاء فيه:" إذا كانت المحكمة محقة في استبعاد فحص ملائمة القرار، فإنها لا تستطيع متى كانت مدعوة بموجب طلبات المتهمة، أن ترفض الفصل في مسألة ما اذا كانت السلطة الإدارية لم ترتكب خطأ ظاهرا في التقدير، عندما اعتبرت أن حضور المتهمة على الاقليم الفرنسي يشكل تهديدا للنظام العمومي... وبالتالي وبفصلهم بهذه الطريقة، فإن القضاة قد تجاهلوا

[1] – أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص. 457، 458.

[2] - CE. 19 avril 1991, Belgacem, RFDA. 1991, p 497- 510.

[3] - CE. 19 Avril, 1991, Naima Babas, RFDA. 1991, p. 497- 510.

[4] – أمل لطفي حسن جاب الله، المرجع السابق، ص. 456.

[5] - Bernasconi, le juge pénal et la légalité, thèse Lyon, 1979, p. 76, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 195.

اختصاصاتهم" [1]. وهو مسعى أرادت الغرفة الجنائية من خلاله أن تقول، بأنه يجب أن يكون للقاضي العادي نف السلطات التي يتمتع بها القاضي الإداري، لأن الأمر يتعلق في الأخير، برقابة تتعلق بنفس المفهوم للمشروعية، يجب ألا يختلف بين النظامين القضائيين [2].

ب- رقابة الخطأ الظاهر في تدابير الضبط الخاص

يحدث في مجال الضبط الخاص أن يواجه القاضي قرارات متخذة من طرف مختصين، بعد قيامهم بتقديرات تقنية، في هذه الفرضيات يمتنع الأخير عن مراقبة أسباب هذه التدابير التي تكتسي شروطها القانونية طابعا تقنيا، كيميائيا أو طبيا [3]، وباعتباره غير مختص في هذه المجالات، استقر مجلس الدولة الفرنسي في البداية على عدم مراقبة تكييف الإدارة لهذه المسائل الفنية، لكن سرعان ما وسّع في حجم رقابته، واخضع هذا التكييف (تكييف الإدارة) لرقابة الخطأ الظاهر [4]. ونتيجة لذلك باشر رقابته على تقدير الإدارة لخطورة منتج طبي معين، وانتهى إلى إلغاء قرار وزير الصحة بمنع تداول هذا المنتج لأن تقديره كان مشوبا بخطأ واضح في التقدير [5] . وفي قرارات حديثة نسبيا أخضع مجلس الدولة تقدير الإدارة للأدوية الموجهة أساسا لمعالجة الاضطرابات على أنها ليست خطيرة، وتوصل إلى غياب الخطأ الظاهر في التقدير [6].

وفي مجال تخطيط المدن يراقب القاضي قرارات تخطيط أو تنظيم المدن من منظور بيئي، وهنا تلعب رقابة الخطأ البيّن أو الظاهر دورا أساسيا، وذلك إما لغياب النصوص التشريعية في هذا المجال وإما لعدم وضوح ودقة هذه النصوص، وهذا ما نلمسه في قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 29 مارس 1968 في قضية société du lotissement de la plage de pampelonne، حيث التمست الشركة الطاعنة إبطال القرار الوزاري الذي سحب رخص بناء ثلاثة عمارات على شاطئ البحر الأبيض، مُنحت لها من طرف محافظ Duvar، وقد رفضت المحكمة الإدارية الدعوى في الدرجة الأولى على أساس المادة الأولى من المرسوم الصادر في 31 ديسمبر 1958، والتي تجيز رفض منح رخص البناء إذا كان من شأن المشروع الاعتداء على طابع الأماكن المجاورة. فطعنت الشركة أمام مجلس الدولة ملتمسة إلغاء حكم المحكمة وقرار وزير الإسكان، وفي مرافعته في هذه القضية بيّن مفوض

---

1 - crim. 21 octobre 1987, D. 1988, p. 50.
2 - D.Tsevas, Op. Cit., p. 199.
3 - S. Ktistaki, Op. Cit., p. 118.
من أمثلة هذه القرارات، القرار الصادر بتقدير مدى السموم الموجودة في سائل معين يدخل في أحد المستحضرات الخاصة بغسل الشعر، والقرار الصادر من لجنة القراءة بعدم قبول رواية معينة للتمثيل على أحد المسارح، والقرار الصادر من الإدارة بتقدير مدى ما في الوظيفة من "ارهاق ومخاطر"، هذا الشرط الذي يجب توفره حتى يكون لشاغلي هذه الوظيفة الحق في الحصول على مزايا خاصة. أشار الى هذه القرارات الأستاذ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص. 798.
4 – رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 279.
5 - CE. 28 Avril 1967, cité in S. ktistaki, Op. Cit., p. 119; CE. 20 Mai 1988, Sté laboratoire de thérapeutique moderne, AJDA. 1988, p. 451.
6 - CE. 24 juin 1987, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, RDP. 1987, p. 1657 ; CE. 20 mai 1988, Sté laboratoire de thérapeutique moderne, AJDA. 1988, p.451.

الحكومة وجود خطأ ظاهر في التقدير يشوب قرار المحافظ، وبالتالي فإن عدم مشروعيته القرار الأخير تُبرر مشروعية القرار الوزاري، وقد اقتنعت الجهة القضائية العليا بالتبرير الذي قدمه

مفوض الحكومة فرفضت الطعن بالبطلان [1].

انطلاقا من هذا القرار استمر مجلس الدولة في رقابة التكييف القانوني للوقائع، عندما يكون القرار الخاضع لرقابته هو قرار رفض منح الترخيص، لكن عندما يتعلق الأمر بالترخيص بالبناء فإن المجلس يُدخل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير في رقابته الدنيا على التقدير الإداري للاعتداء على الأماكن المجاورة [2] .

نلاحظ أن نفس هذا النوع من الرقابة، قد مورس بخصوص البناءات التي من شأنها الاعتداء على الصحة العمومية وأيضا في مجال إنشاء مخططات التهيئة [3]، بل إن مجلس الدولة قد مدد مجال تطبيق الخطأ البيّن في التقدير إلى نطاق القرارات المتعلقة باختيار المواقع وحمايتها لاعتبارات بيئية حضارية تاريخية جمالية أو أثرية [4]. وفي هذا الإطار قرر مجلس الدولة الفرنسي بأنه يتبين من فحص ملف الدعوى أن البناء المزمع تشييده ليس من شأنه أن يُعرض للخطر حماية موقع أثري أو أن يخل بالتنظيم الجمالي للمدينة، أو أن يتنافى مع الرغبة في وجود مساحات بيئية خضراء أو أن يؤدي اجمالا إلى نتائج سلبية أو مؤسفة على البيئة، فتقدير الإدارة لكافة هذه العناصر لم يكن مشوبا بخطأ ظاهر [5].

وفي الحالات التي يصعب على القاضي الإداري إجراء تقييم حقيقي للمعطيات والعناصر التي يتضمنها ملف الدعوى، فإنه يباشر تقييما شخصيا لهذه المعطيات، وتأكيدا لذلك يقوم أحيانا بزيارة الأماكن التي ستقام عليها الإنشاءات موضوع رخص البناء، ليتثبت بنفسه من وجود أو عدم وجود خطأ ظاهر في التقدير.

وهكذا يمكننا القول أن مجلس الدولة الفرنسي استطاع بتطبيقه لفكرة الخطأ الظاهر في التقدير، في مجال تراخيص البناء أن يحقق الانتقال برقابته من نطاق الرقابة الدنيا إلى الرقابة العادية، ليصدق التنبؤ القضائي للفقيه M. R. Drago الذي قال منذ 1974 "بأن الخطأ الظاهر هو اجراء مرن سيسمح بالمرور من الرقابة الدنيا إلى رقابة التكييف القانوني في انتظار أن يُراقب التكييف القانوني للوقائع في كل الحالات" [6] .

---

[1] - CE. 29 Mars 1968, « il résulte de l'instruction qu'en accordant à la (requérante) le permis de construire qu'elle avait sollicité, le préfet du var a commis une erreur manifeste dans l'appréciation du caractère des lieux avoisinants ainsi ses arrêtés étaient entachés d'illégalité, dés lors, le ministre de la construction, usant de son pouvoir hiérarchique, a pu légalement prononcer le retrait desdits arrêtés… », D. Lagasse, Op. Cit., p. 213.

وأيضا: محمود سلامة جبر، الغلط البين في قضاء الإلغاء، د ت ن، د م ن، ص. 350-353.

[2] - D. Lagasse, Op.Cit., p. 214.

[3] - D. Lagasse, Ibid., p. 215.

[4] – رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 281.

[5] - CE. 28 Janvier 1987, société…, AJDA. 1987, p. 281.

[6] - Cité in D. Lagasse, Op. Cit., p. 217.

وعلى أهمية نظرية الخطأ الواضح في التقدير حتى الآن، فإنها لم تظهر في أحكام مجلس الدولة المصري ولا القضاء

العادي، في رقابتهما على قرارات الضبط الإداري [1]. على عكس المحكمة الإدارية التونسية التي طبقت رقابة الخطأ الواضح في التقدير منذ سنوات عملها الأولى، مستعملة عدة مصطلحات للتعبير عنه، الخطأ الفاحش في التقدير، الخطأ الجسيم، الخطأ البين، الخطأ الواضح في التقدير، عدم التلاؤم الطبيعي... إلخ [2].

أما في القضاء الجزائري فإننا وإن لم نستطع الحصول على قرار يتبنى تطبيق نظرية الخطأ الفادح في التقدير في مجال الضبط الإداري، إلا أننا نجد من يُؤكد على أن العمل بمفهوم الغلط الواضح مطبقا في مجال الرقابة القضائية في الجزائر، بحيث ترى الأستاذة فريدة أبركان أن المحكمة العليا ذهبت في قرار يحياوي ضد وزير العدل إلى أن المشرع قد ترك لوزير العدل تطبيقا للمادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية، الخاصة بطلبات المراجعة تقدير الشروط التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة، وبالتبعية فإن الوزير حُر في إخطار أو عدم إخطار النائب العام بطلب المراجعة، مادام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري. غير أن قراره ومادام يضيق من ممارسة حق محمي قانونا، أي حق الدفاع، فإنه يشكل في نفس الوقت مساسا خطيرا بحرية أحد الأفراد، وإن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسببا، وأن وزير العدل وبقراره قد ارتكب غلطا واضحا في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من الطاعن [3].

وقد أكد قرار مجلس الدولة المؤرخ في 27 جويلية 1998 على هذا الطرح، حيث قال القاضي الإداري في قضية طُرحت بين قاضي والمجلس الأعلى للقضاء: "... حتى ولو كانت هذه الأفعال التي ينازع في ماديتها ذات طابع يبرر عقوبة تأديبية، فإن المجلس الأعلى للقضاء قد ارتكب بالرغم من هذا خطأ صارخا في التقدير بتسليط العقوبة الأشد المنصوص عليها في النصوص المطبقة على المعني" [4].

---

[1]- محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 636، محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص. 459 و 588، رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص 688: "نبادر بداءة إلى القول أنه بمراجعة أحكام مجلس الدولة المصري سواء في ذلك الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري أم من المحكمة الإدارية العليا لم نجد لهذه النظرية تطبيقات قضائية توحي بتبني القضاء الإداري المصري لها."

مع العلم أن التطبيق القضائي المصري القريب أو المتشابه إلى حد ما مع نظرية الخطأ الظاهر الفرنسية والمسمى "بقضاء الغلو" يطبق فقط في مجال التأديب.

[2] - I. Ben Hassan, Op. Cit., p. 75.

[3]- فريدة أبركان، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، لسنة 2002، ص. 40.

[4]- مجلس الدولة، قرار رقم 172994، المؤرخ في 1998.07.27، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، لسنة 2002، ص. 83، أنظر أيضا محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء المرجع السابق، هامش رقم 2 في الصفحات 354- 356.

المطلب الثاني: حماية الوقائع في حالة الرقابة التامة أو الكاملة

لا تمارس الرقابة الكاملة إلا عندما يكون اختصاص الإدارة مقيدا، ولا يكون القانون هو المصدر الوحيد للاختصاص المقيد، فإلى جانبه توجد سلطة مقيدة من طرف القاضي، وبالنتيجة فإن اتساع سلطات الإدارة يتعلق باتساع رقابة القاضي[1].

الفرع الأول: الرقابة العادية

إن رقابة الوجود المادي والقانوني هي الحالة السائدة والشائعة من حالات الرقابة، يباشرها القاضي الإداري بالنسبة إلى عدد كبير من القرارات، لذلك تُسمى بالرقابة العادية، ورقابته لا تقف كما هو الشأن في الحالة السابقة عند مجرد التحقق من صحة الوجود المادي للوقائع التي تستخدم كأساس لقرار الضبط الإداري المطعون فيه، بل تتجاوز هذا الحد وتمتد إلى فحص ما إذا كانت تلك الوقائع من شأنها أن تبرر قانونا القرار المطعون فيه، وتصبح عندئذ مشكلة رقابة الوقائع هي مشكلة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وبعبارة أخرى، فإن القاضي الإداري لا يكتفي في هذه الحالة بأن يتساءل عن مدى الوجود المادي للوقائع، بل يتعين عليه في حالة الإيجاب أن يتحقق مما إذا كانت هذه الوقائع تشكل اضطرابا أو تهديدا للنظام العمومي [2].

ويُعرف التكييف القانوني للوقائع بأنه إدراج واقعة معينة داخل فكرة قانونية، أو إعطاء الواقعة الثابتة لدى الإدارة إسما أو عنوانا، يُحدد موضعها داخل نطاق قاعدة القانون، التي يراد تطبيقها أو إدخالها ضمن الطائفة القانونية من المركز أو الحالات المشار إليها في قاعدة القانون [3]، وإذا كانت عملية التكييف تقتضي إجراء مقابلة بين الحالة الواقعية ونصوص القانون فإنها تقتضي جهدا مزدوجا في خصوص هذين العنصرين، فبالنسبة لعنصر القانون فمهما بلغت درجة تحديد النصوص التشريعية أو اللائحية في تعريفها للوقائع، فإن هذه النصوص تظل تتسم بالعمومية والتجريد، وعلى من يقوم بالتكييف أن يسعى للتوصل إلى استخلاص قاعدة تطبيقيه من هذا النص العام والمجرد، وهو يتوصل إلى ذلك عن طريق تخصيص أو تجسيد concrétisation النص أي إعطائه معنى أكثر تحديدا وأقل عمومية، وأما بالنسبة لعنصر الواقع، فإنه وعلى عكس ذلك يجب العمل على تجريد الحالة الواقعية والعمل على رفع الواقعة الفردية إلى مستوى عمومية النص القانوني، عن طريق إغفال كل العناصر عديمة الجدوى، والعمل على إبراز الصفات التي تميز الواقعة من وجهة النظر القانونية، من أجل التوصل إلى قيام التطابق بين الواقعة والقاعدة القانونية[4].

---

[1] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 123, 125.

[2] - G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, T - 2, Dalloz, PUF. p. 322.

[3] - عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 354.

[4] – محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص. 48، 49، رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 109، 110.

وهذه العملية ليست غريبة عن القاضي الإداري الفرنسي، الذي أجرى رقابة التكييف القانوني للأسباب الواقعية منذ قرار Gomel المؤرخ في 4 أفريل 1914 [1] ، حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد Gomel تقدم بطلب إلى محافظ باريس يطلب منه ترخيصا بالبناء في موقع يطل على ميدان Beauveau، فرفض المحافظ بحجة أن البناء المزمع إقامته من شأنه تشويه المنظر الأثري للميدان، مستندا إلى قانون 13 جويلية 1911، الذي يُعطي للمحافظ الحق في رفض الترخيص بالبناء في الحالات التي يؤدي فيها هذا البناء إلى تشويه أحد المواقع أو المناظر الأثرية، فرفع المواطن دعوى أمام مجلس الدولة يلتمس فيها إلغاء قرار المحافظ لتجاوز السلطة. فقرر المجلس أن يدفع برقابته في هذه القضية خطوة إلى الأمام كما يلي: "ولكن وبما أنه من حق مجلس الدولة مراجعة ما إذا كان موقع البناء المراد إقامته داخل في أحد المعالم التذكارية، وفي حالة الإيجاب ما إذا كان هذا البناء كما هو مقترح، من شأنه أن يُلحق ضررا بأحد المعالم التذكارية القائمة". وبعد أن تحقق من أن الوقائع التي تدعيها الإدارة غير صحيحة من حيث تكييفها القانوني، قضى المجلس بأن رفض الإدارة التصريح بالبناء للطاعن، يعتبر تطبيقا خاطئا للمادة 118 من القانون 12 جويلية 1911.

ومنذ هذا القرار أصبحت الكثير من المجالات تخضع للرقابة العادية، فأصبح بإمكان القاضي وفي غياب مرجع معين يتعلق بشروط ممارسة سلطات الضبط الإداري، وخاصة في ظل تعقد فكرة النظام العمومي ذاتها، إذ قد لا يحدد المشرع الحالات القانونية التي تتدخل فيها سلطات الضبط الإداري، وقد يحددها بطريقة مجردة تتطلب من القاضي الإداري أن يتدخل ليحدد مضمونها، وقد يكتفي المشرع بأن يحظر على سلطة الضبط الإداري أن تتدخل إلا إذا هُدد النظام العمومي بالخطر، ويسكت عن ذكر الحالات التي من الممكن أن تشكل تهديدا للنظام العمومي أو أن يذكر حالات منها على سبيل المثال، حينئذ يحدد القاضي الإداري المقصود بالنظام العمومي، ويتحقق من أن الأضرار التي لحقت به والمستند إليها من طرف سلطة الضبط كافية لتبرير القيود على الحرية، وهكذا يتحقق الأخير مما إذا كانت المجلة تمثل خطرا على الشباب بسبب طابعها اللاأخلاقي أو الخليع [2]، أو أن الاجتماع المزمع عقده من شأنه أن يخل بالنظام العمومي، وفي هذا المجال تشكل منازعات ضبط السينما [3] والمنشورات المخصصة للقصر أحسن مثال للرقابة العادية.

ضبط السينما: يتعلق الأمر بالضبط الخاص بالسينما وفي هذا الإطار واستجابة لمرسوم 3 جويلية 1945، الذي يدعو القاضي إلى تثبيت رقابته على الأعمال السينماتوغرافية بالنظر إلى الأخلاق، فإن القاضي الإداري يُغير تقديره للوقائع في الزمن تبعا لتغير أخلاق المجتمع [4]. وفي هذا الشأن منح وزير الثقافة والاتصال الفرنسي تأشيره لاستغلال فيلم في سنة 2000، مزودة بملاحظة منع العرض على القصر البالغين من العمر 16 سنة، مع الالتزام بالتعليق في

---

[1] - M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Op. Cit., p. 161.
[2] - CE. 20 Décembre 1985, SARL pharaon, AJDA. 1987, p. 190.
[3] - P. C. D'istra, P. Paoletti, X, Philippe, le degré du contrôle…, Op. Cit., p. 67.
[4] - le professeur Rivero a déterminé l'éthique sociale de la façon suivante : « il y a nécessairement, à la base de tout groupement humain, un minimum d'accord sur un minimum des valeurs, dont le respect s'impose aux libertés » : cité in S. Ktistaki, Op. Cit., p. 125.

مداخل القاعات وبإدراج في كل الوثائق الإشهارية التي تخص الفيلم، التحذير الذي مفاده بأن هذا الفيلم يتضمن مظاهر عنف خاصة قادرة على صدم بعض المشاهدين. فقامت احدى الجمعيات الراعية للأخلاق العمومية مع آباء الأطفال البالغين من العمر من 16 إلى 18 سنة، بتقديم طعن لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة ضد قرار الوزير، وبعد قيامه بالرقابة على التكييف القانوني للوقائع، اعتبر القاضي الإداري الفرنسي، بأن هذا الفيلم يصنف ضمن فئة الأفلام الخليعة والتي تحث على العنف، وبالتبعية فهو ممنوع على الأشخاص دون 18 سنة [1].

ضبط المنشورات المخصصة للقصر: تمنح المادة 14 من قانون 16 جويلية 1949 المعدل بموجب قانون 4 جانفي 1967، لوزير الداخلية الفرنسي سلطة منع النشر أو البيع للقصر، المنشورات مهما كان نوعها والتي تمثل خطرا على الشباب بسبب طابعها الإباحي أو الخليع، ومن واقع انشغاله بحماية الأخلاق العمومية، يتحقق القاضي الإداري الفرنسي مما إذا كانت ظروف كل قضية بإمكانها أن تُبرر تدابير تقييد المنشورات التي تمثل خطرا على الشباب[2].

وفي هذا الإطار يندرج قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 5 ديسمبر 1956 في قضية Thibault، حيث أصدر وزير الداخلية استنادا إلى المادة 14 سالفة الذكر، قرار بحظر عرض إحدى المجلات، وعندما طُعن في هذا القرار، قدّر القاضي الإداري الوجود المادي للأسباب وهو في هذه الحالة التحقق من مدى تضمن المجلة محل الحظر المطعون فيه لنصوص مجرمة قانونا، كما قدّر أيضا وجودها القانوني أي طابع الإباحية والخلاعة التي تضمنتها هذه النصوص، وعند هذا الحد برر إصدار سلطة الضبط الإداري لقرارها [3] .

وقد سبق وأن أشرنا إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد رفض أحيانا على سبيل الاستثناء، أن يبسط رقابته على تقدير السلطة الإدارية للوصف القانوني للوقائع أو لتكييفها القانوني وذلك بصدد بعض القرارات الضبطية [4]. وإن كان يصعب تفسير هذه الاستثناءات باعتبارات قانونية، فإنها تجد تبريرها في اعتبارات عملية وفنية، ذلك لأن القاضي يهدف عندما يمتنع عن رقابة بعض القرارات إلى أن يترك قدرا أوسع لسلطة الضبط الإداري في التصرف، إما لأهمية الموضوع أو لظروف استثنائية تحيط بالقرار، ومن ناحية أخرى فإن الطابع العلمي أو الفني لبعض المسائل يدفع بالقاضي الإداري أحيانا إلى التخلي عن فرض رقابته على عملية تكييفها، طالما أنه حاول ممارسة الرقابة فسوف يعتمد في الواقع على آراء الفنيين أو العلميين، وليس ثمة ما يجزم بأن رأى الخبراء الذين ينتدبهم من أهل العلم أو الفن سيكون أفضل من رأي خبراء الإدارة [5].

---

[1] - CE. 20 Juin 2000, Association promouvoir et autres, AJDA. 2000, p. 674.

[2] - S. Kitistaki, Op. Cit., pp. 124,125 ; J. Castagné, Op. Cit., p. 159.

[3] - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 406.

[4] – سامي جمال الدين، قضاء الملائمة، المرجع السابق، ص. 175، 176.

[5]- محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص .660، 661. و رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص.122، 137. ومسعود سلامة جبر، المرجع السابق، ص. 58، 76. أنظر أيضا

I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 129.

وإذا كان القضاء القديم للمحاكم الردعية يبين بأن الأخيرة تقتصر أحيانا على رقابة تكييف الوقائع، يظهر من قرار الغرفة الجنائية الصادر في 3 أفريل 1936 [1]، فإنها أصبحت تمارس بصورة واضحة رقابة التكييف القانوني للوقائع، هذا ما يظهر من خلال قرار محكمة النقض المؤرخ في 17 أفريل 1975، الذي جاء فيه: " ...عندما يكون القرار الإداري مزود بجزاء عقابي، وعندما يُطلب كما في هذه الحالة من المحكمة القضائية الفصل، فإن القضاة من واجبهم ليس تقدير ملائمة القرار، لكن أن تضمن مطابقته للقانون شكلا وموضوعا...إن محكمة الاستئناف لا يمكن أن تُعفى من التحقق مما اذا كانت حالة العقارات تشكل سواء بذاتها أو بموجب الشروط المشغولة فيها خطرا على أمن السكان أو الجيران، وأن يكون هذا الخطر وتطبيقا للمادة 26 من قانون الصحة العمومية، من شأنه أن يبرر قانونا الاعتداء الخطير على حق الملكية و يقتضي حظر الاسكان..." [2]. لقد تحدثت الغرفة الجنائية بوضوح عن "التحقيق الموضوعي"، أي التحقق مما إذا كانت الأسباب الواقعية تتطابق مع إرادة المشرع.

يبقى أن نتساءل عما إذا كان القاضي وهو يُراقب التكييف القانوني للأسباب، يقوم بنفسه بعملية التكييف؟ وما إذا كانت عملية الرقابة موحدة أم أنها تضيق وتتسع باختلاف الظروف ؟

أولا: العملية التي يقوم بها القاضي عند مراقبة التكييف القانوني

إن دراسة قضاء مجلس الدولة تُبين بأن القاضي الإداري يقوم بنفس العملية التي قامت بها الإدارة، بحيث يتحقق مما إذا كانت الوقائع المزعومة من طرفها من شأنها أن تُبرر القرار المتنازع فيه، فالقاضي عندما يفحص التكييف فإنه يقوم في الواقع بعملية إعادة التكييف. وحسب المصطلحات المستعملة في القرارات الإدارية، فإن القاضي يبحث فيما إذا كانت الوقائع التي استندت إليها الإدارة "من شأنها أن تبرر قانونا" القرار المتخذ، نكون بصدد هذه الحالة عندما يعلق نص تشريعي أو تنظيمي ممارسة السلطة بتحقق شروط واقعية أو عندما تقتضي طبيعة الأشياء بالضرورة اجتماع بعض الشروط الواقعية حتى يكون القرار المتخذ مشروعا [3] ، فيتحقق القاضي حينئذ مما إذا كانت الشروط قد تحققت فعلا ومما إذا كانت الوقائع من شأنها أن تُبرر اتخاذ هذا القرار.

يتعلق الأمر إذن كما سبق التوضيح بالمرور بالقاعدة القانونية من التجريد إلى الملموس من جهة، وبالمرور بالأسباب الواقعية من الملموس إلى التجريد من جهة أخرى. وهكذا يقوم القاضي بتجسيد الأسباب القانونية وتجريد

---

[1] – حيث صرحت الغرفة الجنائية بعدم مشروعية قرار بلدي يمنع كل الباعة المتجولين، من عرض بضائعهم أو بيعها على الطريق العمومي، مقررة أن: "هذا النص العام والمطلق ليس مؤسس اطلاقا على سبب مستخلص من ضرورات النقل و الأمن...".

[2] - crim. 17 avril 1975, in D. Tsevas, Op. Cit., p. 191.

[3] - « le juge procédera par une abstraction des fait concret en caux, afin de les élever à la généralité de la catégorie juridique. Dans un deuxième temps, il va concrétiser la notion imprécise en découvrant une norme non écrite ou en faisant appel aux standards jurisprudentiels, en vue d'obtenir deux schémas entre lesquels peut être réalisée une comparaison logique. ce raisonnement syllogistique qui résulte de la confrontation des faits avec un cadre juridique préexistant qu' oiqu' imprécisement déterminé constitue la qualification juridique des fait », S. Ktistaki, Op. Cit., pp. 337, 338.

الأسباب الواقعية، فبالخضوع لرقابة التكييف القانوني يضمن قاضي تجاوز السلطة، وجود تطابق حقيقي بين الشر المحددة بواسطة القاعدة القانونية والأسباب التي تشكل أساسا لاتخاذها.

ثانيا: درجات رقابة التكييف القانوني للوقائع

إن اتساع رقابة قاضي تجاوز السلطة على التكييف القانوني لأسباب القرار الإداري تتغير بالنظر إلى التعريف المحدد للظروف الواقعية، التي يجب أن تأخذها الإدارة بعين الاعتبار لاتخاذ قرارها، فتكون رقابة القاضي أكثر تقدما عندما تحدد القاعدة القانونية بوضوح الظروف الواقعية التي يجب أن تؤخذ بعين الاعتبار، وعليه فإن هذه الرقابة القضائية ليست موحدة لكنها تتغير حسب الفئات القانونية المرجعية. إن درجة وضوح القاعدة المرجعية تلعب دورا مهما في اتساع رقابة الأسباب الواقعية للقرار، لهذا السبب يمكن تصور ثلاثة فرضيات [1] :

أ- تحديد القاعدة القانونية لشروط إتخاذ القرار الإداري بطريقة واضحة

إن التحديد الواضح لشروط اتخاذ القرار يشكل الفرضية الأكثر بساطة والأكثر ندرة، حيث يقتصر دور القاضي في هذه الحالة على التحقق من الوقائع، وبهذا فإن التحديد الدقيق لهذه الشروط يستبعد كل تقدير من جانب رجل الإدارة [2].

ب- عدم تحديد القاعدة القانونية لشروط اتخاذ القرار الإداري

عندما لا يحدد القانون أسباب اتخاذ القرار، فإن المسألة المطروحة هي معرفة ما إذا كان قاضي تجاوز السلطة يستفيد من الحرية الناتجة عن صمت النصوص أم يترك ممارستها للإدارة، يبدو أن القاضي سيكون مضطرا في هذه الحالة إلى مواجهة القرار المتنازع فيه بقواعد ذات أصل قضائي، فمثل هذه القواعد تُفرض على الإدارة وتُقيد سلطاتها [3]، فالقانون ليس هو المصدر الوحيد للسلطات المقيدة بل يوجد مصدر آخر هو القضاء نفسه، وإلى جانب ما يسمى بالسلطة المقيدة بموجب القانون توجد سلطة مقيدة عن طريق القاضي نفسه، وبهذا فإن القاضي يساهم مع المشرع في تحديد حالات السلطة المقيدة[4]. نتيجة لذلك فعندما لا يحدد القانون أي شرط للتدخل الإداري، فمن المفروض أن تبدأ السلطة التقديرية في التكييف القانوني الذي يفلت في هذه الحالة من كل رقابة قضائية، مع ذلك

---

1 - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 132.

2 - « Lorsqu'il existe des catégories juridiques définies, l'opération juridictionnelle se limite à une déduction formelle de l'existence des éléments constitufs de cette catégories, sans interprétation préalable de son auteur » S. Ktistaki, Op. Cit., p. 336.

3 - le juge administratif semble être dans ce cas, « l'alpha et l'oméga du droit administratif. Il se trouve au commencement et à la fin en créant la règle et en sanctionnant l'exécution » CH. Pasbecq, « de la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », RDP. 1981, N-1, P. 831. « La juridiction, censée avoir interprété la volonté du législateur a ainsi crée un domaine ou l'administrateur a les mains liée, (compétence liée ou réglementée, là ou l'imprécision des textes semblait, lui laisser une compétence discrétionnaire », Ibid., p.809.

4 - A. de laubadaire, J. C. Venézia. Y. Gaudmet, Op. Cit., p. 542.

يكتشف القاضي في إطار تفسير اراده المشرع أسبابا لا تنتج عن القانون المكتوب [1]. وبهذا فإن القاضي بإنشاء لفئات قانونية تسمح بممارسة رقابة التكييف فإنه يحول السلطة التقديرية بموجب القانون إلى سلطة مقيدة.

ج- تحديد القاعدة القانونية لشروط إتخاذ القرار بطريقة غامضة

تكون النصوص المحددة لشروط اتخاذ القرارات في غالب الأحوال غامضة، هذا الغموض وقلة التحديد يترك هامش كبير من الحرية للإدارة، لكن القاضي وبصدد تفسيره لهذه المفاهيم يصل إلى الحد من السلطة التقديرية الممنوحة أوليا للإدارة بموجب النصوص، وعملية التفسير هذه تقتضي إعطاء معنى محدد للحكم التشريعي وللمصطلحات التي استعملها [2]. وقد سبق التوضيح بأنه ونتيجة لتعقد فكرة النظام العمومي، فإن القاضي الإداري هو من يحدد المقصود بهذا النظام وهو الذي يتحقق من أن الأضرار التي لحقت به والمستند اليها من طرف سلطة الضبط كافية لتبرير القيود الواردة على الحرية.

ثالثا: رقابة التكييف والسلطة المقيدة

يكون اختصاص الإدارة مقيدا كليا إذا حددت القاعدة القانونية سلوك الإدارة بصورة واضحة، لكن يبقى السؤال مطروح حول تحديد حجم سلطات الإدارة، عندما يفترض اتخاذ القرار تقدير مسبق من جانب رجل الإدارة. لقد قبل القاضي الفرنسي في هذه الفرضية بوجود الاختصاص المقيد، يتعلق الأمر في مجال الضبط الإداري مثلا بحالة التزام الإدارة بمنح مساعدة القوة العمومية لصالح المستفيد من حكم قضائي، فالإدارة لا تستطيع منح هذه المساعدة إلا إذا كان هذا التنفيذ ليس من شأنه الإخلال بالنظام العمومي. ورغم أن الإدارة لا تستطيع متابعة طلب المستفيد بعد تقدير وجود تهديد بالإخلال بالنظام العمومي (بمعنى أن الإدارة تملك سلطة تقدير ما إذا كان تنفيذ القرار من شأنه أو ليس من شأنه أن يخل بالنظام العمومي)، فقد قرر القضاء بأن الإدارة توجد في هذه الحالة في وضعية اختصاص مقيد[3] ، ذلك أن رقابة القاضي على تقدير الإدارة للشروط الواقعية المعلق عليها اتخاذ القرار قضت على سلطتها التقديرية، بل كلما وسع القاضي رقابته على تكييف الوقائع كلما نقص تقدير الإدارة [4] .

وقد اعتبر جانب من الفقه، بأن القضاء الحالي لمجلس الدولة [5] قد وضع حدا للنقاش الفقهي حول هذه المسألة، فمن الآن وصاعدا، لن يقبل القاضي الإداري وجود السلطة المقيدة إلا عندما يقتضي تحقق الوقائع آليا قرار الإدارة، دون أن يتوفر أي مجال لأي تقدير للوقائع، ولن يكون إذن للقاضي أي رقابة على التكييف [6] . وحسبهم

---

1 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 405.
2 - J. M. Auby, R. Drago, Ibid., p. 406.
3 - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 162.
4 - « plus le juge étendre son contrôle sur la qualification des faits, plus le choix de l'administration sera réduit », Y. Ben Achour, Droit administratif, Tunis, CPU. 2010, p. 428.
5 - CE. 22 octobre 2003, Desodt, AJDA. 2004, p. 165, CE. 29 décembre 2006, Ministre de l'équipement, AJDA. 2007, p.12.
6 - F. Raymand, P. Fombeur, Note sous CE. 3 février 1999, Montaignac, AJDA. 1999. p. 569, cité in I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 162.

فإن الاختصاص المقيد غير موجود إلا عندما تلتزم الإدارة بالتصرف دون أن تقوم بالتكييف القانوني للوقائع، ذ أنهم ميّزوا بين أربعة أنواع من القرارات: القرارات التي لا تخضع لأية رقابة قضائية، القرارات التي تخضع لرقابة الخطأ الظاهر في التقدير، القرارات التي تخضع لرقابة التكييف القانوني للوقائع، والقرارات المتخذة في إطار الاختصاص المقيد دون تمتع الإدارة بأي سلطة تقديرية، مع ذلك فقد أكد هؤلاء الفقهاء بأن رقابة التكييف إذا كانت تسمح للقاضي بإحلال تقديره محل تقدير الإدارة، فإن هذه الرقابة لا تتناول بالمقابل وضعية الاختصاص المقيد.

والسؤال المطروح الآن هو: إذا كانت هذه السلطة لا هي تقديرية جزئيا ولا مقيدة فما هي طبيعتها ؟

يبدو بأنه من الضروري الاعتراف بوجود درجات في إطار الاختصاص المقيد، في هذه الحالة من الممكن أن نقبل بأن رقابة التكييف بإمكانها أن تقيد جزئيا اختصاص الإدارة، وبرقابة التكييف القانوني للوقائع يشترط القاضي شرطين: فيجب أن تكون الواقعة المزعومة موجودة ماديا وأن يكون من شأنها أن تبرر قانونا القرار، إذن إن اختصاص الإدارة ليس تقديريا على الإطلاق عندما تُعلق القاعدة القانونية اتخاذ القرار على وجود بعض الشروط الواقعية، عندئذ نقول أن رقابة التكييف القانوني للوقائع يميز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة، فتكون السلطة مقيدة عندما يتم مراقبة التكييف، وتكون تقديرية عندما لا تمارس هذه الرقابة [1] .

وبالرجوع إلى قرار مجلس الدولة الجزائري سالف الذكر المؤرخ في 31 جانفي 2000 (والي مستغانم وجمعية منتجي الحليب)، فقد كان لازما على المجلس أن يتحقق في البداية من الوجود المادي للوقائع بمعنى أن يتحقق من أن سلوك أعضاء الجمعية مخل فعلا بالنظام والآداب العمومين، ثم ينتقل إلى رقابة التكييف القانوني بأن يطرح السؤال التالي: هل تسمح له النصوص المنظمة لنشاط الجمعيات بتوقيف نشاطها ؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب، فإن قرار الوالي مشروعا فترفض عندئذ الدعوى لعدم التأسيس. أما إذا كان الجواب بالنفي، فيكون قرار الوالي في هذه الحالة غير مشروع يستوجب البطلان. وبالرجوع إلى قانون الجمعيات المؤرخ في 4 ديسمبر 1990 نجده لا يسمح للوالي بحل الجمعية أو بتعليق نشاطها لمدة معينة، بل جعل ذلك من اختصاص الجهات القضائية المختصة بناء على طلب تقدمه السلطة العمومية، بما فيها والي الولاية تطبيقا لنص المادة 32 من القانون أعلاه.

فإذا كان الوالي ممثلا للدولة ومندوبا للحكومة على مستوى الولاية (م/ 92 من قانون الولاية)، وإذا كان مسؤولا عن المحافظة على النظام والأمن والسلامة والسكينة العمومية، وله في ذلك الاستعانة بمصالح الأمن التي توضع تحت تصرفه (المادتان 96 و97 من قانون الولاية)، فإن وجود نص المادة 32 من قانون الجمعيات، لا يسمح له بتوقيف نشاطها. فالوالي في هذه الحالة قد أسس قراره على نص قانوني غير صحيح، وهو الأمر الذي لم ينتبه إليه مجلس الدولة الجزائري.

وإذا كان مجلس الدولة الجزائري، قد امتنع في هذه القضية عن مراقبة صحة التكييف القانوني للوقائع، فإنه فصّل في كيفية ممارستها، بمناسبة قضية والي ميلة ضد الشركة الوطنية للمحاسبة، حيث سخّر الوالي في 3 جوان

[1] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 163.

1987 للشركة المذكورة مساحة قابلة للتهيئة، لتشيّد مقرها على مستوى هذه الولاية. وبتارخ 19 أفريل 995 اتخذ قرار تسخير، طلب بموجبه من ديوان الترقية والتسيير العقاري لميلة، وضع المحلات التي كانت تشغلها الشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية لتخصصها لغرفة التجارة لولاية ميلة، مستندا في ذلك على مقتضيات المادة 92 من قانون الولاية، والمرسوم رقم 44/92 المؤرخ في 9 فيفري 1992، المتضمن إعلان حالة الطوارئ. فقضى مجلس الدولة بأن: " المادة 92 من قانون الولاية لا تخول للوالي سلطة تسخير محل مشغول بطريقة قانونية من طرف شركة وطنية من لدن ديوان الترقية والتسيير العقاري. حيث أثار والي ميلة كذلك مقتضيات المادتين 2 و6 من المرسوم رقم 44/92، لكنه لم يثر حالة تسمح له بتسخير مدير الترقية والتسيير العقاري لميلة، لوضع المحلات الممنوحة قانونا للشركة الوطنية للمحاسبة تحت تصرف الولاية...وأن والي ميلة عندما اتخذ قرار التسخير يكون قد تجاوز سلطاته..."[1]. وقد أشار مجلس الدولة بطريقة غير مباشرة الى أن الوقائع المستند اليها لا تبرر النص القانوني المطبق. لكن سبقه الى ممارسة هذه الرقابة المجلس الأعلى بموجب قراره المؤرخ في 29 ديسمبر 1984 [2]. الذي أبطل بمقتضاه قرار رئيس دائرة بوفاريك، المتضمن رفض منح جواز السفر للمدعي، حيث تتمثل الوقائع فيما يلي: قدم المدعي ملفا بتاريخ 15 مارس 1983 إلى دائرة بوفاريك قصد الحصول على جواز سفر، فرفض رئيس الدائرة الطلب مستندا إلى نص المادة 11 من الأمر 77/01 المؤرخ في 23 يناير 1977، وقد سبب المجلس الأعلى قراره كما يلي:

حيث أن المادة المشار إليها تنص على أنه: "لا تسلم أية وثيقة للسفر، ولا يمنح أي تمديد في مدة صلاحيتها لأي شخص: – محكوم عليه بجناية– منذ أقل من خمسة أعوام، عن جنحة بعقوبة الحبس لمدة ستة أشهر منفذة على الأقل– أو من كان موضوع منع من مغادرة التراب الوطني، أو أمرا قضائيا أو تحديدا لمحل الإقامة".

حيث أنه وعلى اثر حادث مرور، حددت مسؤولية المدعي باعتباره فاعلا في حدود الثلث ومسؤولية الضحية في حدود الثلثين، وقد حُكم على الأول من طرف محكمة بوفاريك بتاريخ 03 يونيو 1974، بعقوبة شهر حبس مع وقف التنفيذ، وغرامة مالية قدرها سبعمائة دينار. حيث أن الحكم أيده المجلس القضائي في 15 أكتوبر 1974.

حيث أن النص التشريعي الآنف الذكر، لا يلزم الإدارة حقا، بتوضيح الأسباب التي اعتمدت عليها في اتخاذها لقرارها، وأنه يجوز للإدارة من حيث المبدأ، رفض أو تمديد أجل جواز السفر لأحد الرعايا الجزائريين، إذا ما رأت بأن تنقله إلى الخارج من شأنه المساس بالنظام العمومي، وأن التقدير الذي تقوم به الإدارة غير قابل للمناقشة أمام قاضي تجاوز السلطة. ولكن حيث أن المسألة ليست كذلك في هذه القضية، ذلك أن رئيس دائرة بوفاريك اختار تداول القضية على الصعيد القانوني، عندما صرّح برفضه، وعلّله بتطبيق المادة 11 من الأمر رقم 77/01 المؤرخ في 23 يناير 1977. وحيث أن تطبيق هذا القانون يلزم الإدارة بالاستجابة إلى طلب المدعي، لكون هذا الأخير حُكِم عليه بعقوبة أدنى من تلك المنصوص عليها في النص القانوني أعلاه. وحيث أن نعي المدعي سديد ومُحق فيما ذهب إليه، من حيث كون الإدارة أخطأت عندما رفضت طلبه، وبالتالي يتعين إبطال قرار الرفض.

[1] – مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الأولى، أشار اليه لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص. 37.

[2] – المجلس الأعلى، قرار مؤرخ في 29 ديسمبر 1984، المجلة القضائية، العدد الرابع لسنة 1989، ص. 227 وما بعدها.

إن الإدارة لم تغلط هنا في اختيار النص القانوني، بل غلطت في إعطائه تفسيرا صحيحا [1].

بدوره يقدم القضاء المغربي مثالا مهما عن رقابة التكييف القانوني، رغم أن الإدارة ادعت بأن قرارها يتعلق بتدابير الضبط العليا، فبموجب حكم محكمة أكادير الإدارية، المؤرخ في 12 فيفري 2004، ألغت هذه المحكمة القرار الضمني لوزير الداخلية، الذي قرر سحب جواز السفر من الطاعن ومنعه من مغادرة التراب الوطني، وقد برر الأخير قراره بأنه اتخذ لحماية الأمن الخارجي للدولة، وأن مصلحة البلاد وقدسية الوحدة الترابية هي الدافع الرئيسي لاتخاذه، لذلك فهو غير ملزم بتعليله طبقا للمادة 3 من القانون 03/01. فقالت المحكمة أن الأعمال أو القرارات التي لا تلزم الإدارة بتعليلها حسب المادة 3 لا تنصرف إلا الى تلك التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والتدابير التي تتخذها الأخيرة بما لها من سلطة عليا للمحافظة على سيادة الدولة، وكيانها في الداخل والخارج، أما الأعمال التي تباشرها الإدارة في حدود سلطاتها الإدارية فلا تعد كذلك.

وحيث أنه إذا كان منع الطاعن من السفر لم يخرج عن كونه مجرد اجراء وقائي اتخذته الدولة، فإنه يخرج بذلك عن زمرة القرارات المرتبطة بالسياسة العليا للدولة، ويكون بذلك القرار المطعون فيه خاضعا لمقتضيات المادة الأولى من نفس القانون" [2].

ولم يكن القاضي الجزائري بنفس هذه الجرأة وهذا التحليل، أو على الأقل هذا ما يبدو من خلال قراءة ملخص القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتارخ 11 أكتوبر 1986، الذي جاء فيه: " حيث أن (ز، ب) استأنف القرار الصادر في 9 أكتوبر 1985 عن المجلس القضائي بالجزائر، حال فصله في القضايا الإدارية الذي صرح بعدم اختصاصه للبت في الطلب الرامي الى الحكم بالسماح له بالدخول الى التراب الوطني.

حيث أمرت الشرطة الجزائرية للحدود، المعني بالعودة الى التراب الفرنسي من حيث أتى، اعتمادا على الموقف الذي اتخذه حزب جبهة التحرير الوطني، لأن وجوده بالتراب الوطني يمس بالنظام العام.

---

[1]- لحسين بن شيخ آث ملويا، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، دار هومة، ط- 1، 2006، ص. 420، وبموجب قراره المؤرخ في 23 سبتمبر 2002، قال مجلس الدولة الجزائري: "... أنّه حسب المادة 10 من الأمر رقم 41/75 يمكن للوالي أن يأمر بالغلق الإداري للمخمرة أو المطعم لمدة لا تتعدى 6 أشهر إما إثر مخالفة القوانين والقواعد المتعلقة بهذه المؤسسات، وإما بغرض الحفاظ على نظام وصحة السكان وحفاظا على الآداب العمومية. وأن السلطة القضائية هي وحدها التي يمكنها الأمر بالغلق النهائي لهذه المؤسسات، وذلك طبقا للمادة 7 من الأمر رقم 41/75 المذكور أعلاه، وأن الوالي عندما أمر بغلق المحل الذي يسيره المستأنف عليه إلى إشعار آخر، أي دون أن يتأكد من أن هذا الغلق لا يمكن أن يتجاوز 6 أشهر فإنه لم يحترم أحكام الأمر رقم41/75. حيث أن مجلس الدولة بعدما تأكد من الواقعة المادية التي دفعت بالوزير المحافظ لولاية الجزائر إلى اتخاذ القرار محل الاستئناف، والمتمثلة في قيام (ب م) بتنظيم سهرات تمتد إلى غاية الصبح وكانت تزعج سكان المركب السياحي لزرالدة وتخل بالنظام العمومي إخلالا جديا، انتقل إلى مراقبة التكييف القانوني وطرح السؤال التالي، هل أنّ هذه الوقائع تبرر الغلق إلى إشعارٍ آخر ؟ وكانت إجابة القاضي الإداري بأن المادة 10 من الأمر رقم 41/75 تسمح له بالغلق الإداري لمدة لا تتجاوز 6 أشهر، لذلك فإن قرار الوالي مشوب يعيب السبب، مما يجعله غير مشروع. مجلس الدولة الجزائري، قرار رقم 006195 مؤرخ في 2002/09/23، مجلة مجلس الدولة، العدد 3 لسنة 2003، ص. 96.

[2] – المحكمة الإدارية بأكادير، حكم رقم 29/ 2004، المؤرخ في 12 فيفري 2004، بين المدعي ووزير الدولة في الداخلية، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، السحب الثاني، 2010، ص. 216- 219.

حيث أنه يحق للسلطة الإدارية رفض الدخول لكل مسافر ترى في دخوله الى تراب الجزائر مساسا بالأ العام، وأن التقرير الذي تتمتع به هذه السلطة قابل للنقاش أمام قاضي تجاوز السلطة.

حيث لا يحق بالتالي للمعني التمسك بخطأ القاضي الأول عندما لم يستجب لطلبه [1]"، وعليه قضى المجلس الأعلى بتأييد القرار المطعون فيه دون القيام بأية مناقشة لما إذا كان دخول المستأنف للتراب الجزائري يشكل فعلا، مساسا بالنظام العمومي أو لا يمثل أي خطر، بل سلم مباشرة بصحة ما توصل اليه القاضي الأول.

الفرع الثاني: الرقابة القصوى

لم يمض وقت طويل على ظهور واستقرار رقابة التكييف القانوني، حتى بادر مجلس الدولة الفرنسي الى اتخاذ خطوة جريئة، وضع بها قيدا جديدا على سلطة الإدارة التقديرية، إذ بعد أن انتهى إلى وجوب فرض رقابته على الوجود المادي للوقائع وصحة تكييفها قانونا، بحث في تقدير الإدارة لأهمية وخطورة تلك الوقائع ومدى التناسب بينها وبين الإجراء المتخذ على أساسها، وهو ما يطلق عليه رقابة التناسب أو رقابة الملائمة [2].

أولا: تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي تدعيها الإدارة مع التدابير الضبطية المتخذة

تُشكل تدابير الضبط وحماية الحريات العمومية المجال المفضل لتطبيق مبدأ التناسب [3]، ويعني هذا المبدأ معرفة ما إذا كانت الوقائع التي تشكل إخلالا بالنظام العمومي متناسبة مع التدابير الضبطية المتخذة من طرف الإدارة، لذلك يعتبر البعض أنّ الرقابة الممارسة في هذا الخصوص والمسماة برقابة التناسب هي رقابة قصوى [4] ، لا يمارسها القاضي بالنسبة لكل قرارات الضبط الإداري، بل فقط على تلك التي تشكل اعتداء على نشاط فردي في غاية الأهمية، بمعنى أن يكون المشرع الدستوري أو التشريعي قد اعتبر النشاط أساسيا بالنسبة للفرد، وهذه الأنشطة الأساسية أو الضرورية تتمثل في الحريات العمومية أو المعلنة أو المسماة أو المعرفة أو الأساسية [5] .

لذلك يبدو بأن الرقابة القصوى ضرورية لحماية هذه الحريات [6] من جهة، ولحماية النظام العمومي من جهة

---

[1] – المجلس الأعلى، قرار رقم 49330، المؤرخ في 11 أكتوبر 1986، قضية (ز، ب) ضد وزير الداخلية والجماعات المحلية، جمال سايس ، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 87، 88.

[2] - J. M. Auby, R. Drago. Op. Cit ., p. 409; J. P. Costa, , le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil d'Etat, AJDA. 20 juillet – 2 aout 1988, p. 435.

[3] - J. P. Costa, Ibid., p. 434.

[4] - J. M. Woehrling, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France, Op. Cit., p. 75.

[5] – محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، ص. 569

[6] - J. Rivero, les libertés publiques, T-1, les droits de l'homme, Paris, P.U.F. 5eme Edition, 1990, p. 21, CH. Pasbecq, de la frontière entre la légalité et l'opportunité…, Op. Cit., p. 843.

أخرى[1]، وهي تقتضي رقابة عميقة على الأسباب الواقعية المبررة لاتخاذ القرار الضبطي، بحيث تؤدي إلى وضع سـ الضبط في إطار الاختصاص المقيد لمراقبة أدنى التناسب بين موضوع القرار وأسبابه الواقعية. وهكذا يمارس القاضي رقابة التقدير، وهو لا يقدر بهذا الصدد جسامة الضرر بالنسبة للنظام العمومي فقط، بل وأيضا خطورة الاعتداء اللاحق بالحرية محل النزاع، ولكن ألا تُقيد هذه الرقابة القصوى سلطة الإدارة [2] ؟

أ- الرقابة القصوى وتقييد سلطة الإدارة

يُعد قرار Benjamin المؤرخ في 19 ماي 1933 [3]، نقطة الانطلاق الحقيقية لرقابة التناسب، أو نقطة التحول الفعلي في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فمنذ هذا التاريخ استقر الأخير على أن من حقه بحث وتقدير مدى خطورة الوقائع التي تهدد النظام العمومي، ومدى تناسب الإجراء الذي اتخذته الإدارة مع تلك الخطورة. بحيث أصدر عمدة Nevers قرارا منع بمقتضاه اجتماعا عموميا بسبب تخوفه من الاضطرابات التي قد يتسبب فيها هذا الاجتماع، وما قد يؤدي إليه ذلك من إخلال بالأمن والنظام في المدينة، ومع اعتراف المجلس في القرار المذكور بإمكانية حدوث مثل هذه الاضطرابات، إلا أنه ألغى مع ذلك قرار العمدة، حيث تبين له بعد فحص ظروف الدعوى وإجراء التحقيقات اللازمة، أن الاضطرابات المحتملة والتي تذرع بها العمدة، لا تبلغ في خطورتها الدرجة التي يعجز معها بما لديه من سلطات ضبط، على المحافظة على النظام العمومي إذا ما سمح بعقد الاجتماع. وهكذا أرسى مجلس الدولة الفرنسي المبادئ الأساسية للرقابة القصوى أو لرقابة التناسب وهي:

- خطورة الوقائع المدعاة من قبل الإدارة على الأمن أو النظام العمومي
- الإجراءات الضبطية المتخذة لمواجهة تلك الوقائع
- الاعتداء الذي تحدثه هذه الإجراءات على الحريات العمومية، وما قد يترتب عن ذلك من ضرر يصيب الأفراد[4].

وهذا يعني بأنه عندما تكون الحرية العمومية محل نزاع، فإن الرقابة القصوى هي القانون الذي يجب أن يطبق مهما كانت الصعوبات، وبأن تدابير الضبط تخضع لمشروعية مضاعفة، فكل القرارات الإدارية الأخرى يجب أن تتطابق مع القواعد العامة للمشروعية، وباعتبارها تدابير ضبطية متخذة في مجال الحريات العمومية يجب أن تحترم فضلا عن ذلك القواعد الخاصة بالتطابق مع ضرورات النظام العمومي [5] .

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ عصام عبد الوهاب البرزنجي: "بأن رقابة القاضي لتناسب تدابير الضبط الإداري والأسباب التي يقوم عليها تجد أساسها لا في الشرعية، ولكن في القاعدة القضائية التي وضعها القضاء الإداري نفسه

---

1 - I. Saouli, Ordre public et libères, recherche sur la police administrative en Tunisie, thèse pour Doctorat d'Etat en droit public, faculté des sciences juridiques, politique et sociale, Tunisie, 1997, 1998, p. 566.

2 - I. Ben Hassen. Op. Cit., pp. 173, 174.

3 - M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009…, Op. Cit., p. 280.

4 - رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 154، 155.

5 - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 174.

في هذا الشأن، والتي مقتضاها أنه يشترط في الإجراء الضبطي أن يكون ضروريا ومتناسبا مع أهمية الوقائع التي تدفع الإدارة إلى اتخاذه"[1]، ومقتضى هذا الرأي أن المشروعية لا تعني فحسب خضوع الإدارة للقانون بالمعنى الضيق، وإنما نزولا على حكمه بالمعنى الواسع. فنطاق المشروعية لا يقتصر على القواعد القانونية وحدها وإنما يشمل القواعد القانونية القضائية التي يضعها القضاء، وتخضع لها الإدارة بذات درجة خضوعها للقواعد القانونية الغير قضائية. فسلطة القاضي الإداري في إنشاء قواعد قانونية جديدة تمكنه، تحت شعار روح القانون أو مبادئه العامة، أن يدخل في نطاق المشروعية، بعض أخلاقيات السلوك المهني للإدارة، لتكون بمثابة قواعد ملزمة لرجل الإدارة يتعين عليه مراعاتها كأساس للعمل الإداري، وإلا عد مخالفا للقانون [2]. وهكذا يُساهم القاضي الإداري مع المشرع في تحديد الحالة التي تكون فيها سلطة الإدارة مقيدة، فيحوّل بذلك الاختصاص التقديري حسب الظاهر إلى اختصاص مقيد قضائيا. لكنه لا يستطيع استعمال سلطته الإنشائية إلا عندما تُقيد التدابير الضبطية جديا ممارسة حقوق وحريات الأفراد.

بهذا الصدد نلاحظ بأنه إذا كانت تدابير الضبط غير خاضعة إلى شكلية معينة تحمي حقوق المدارين، لأنها مؤسسة على أسباب مستخلصة من ضرورات النظام العمومي، فقد تم تعويض الضمانات السابقة للقرار بضمانات نابجة عن رقابة قضائية جد متقدمة، والقاعدة المطبقة هنا ليست النظام العمومي كما حدده المشرع، لكن كما حدده القاضي وشرحه وفرضه على الإدارة [3]. نتيجة لذلك بإمكاننا أن نتساءل عن القواعد القضائية المتعلقة بمشروعية تدابير الضبط الإداري.

غير أن القاضي الجنائي لا يمارس هذه الرقابة، أو يمارسها في غالب الأحوال بطريقة غير مباشرة. ففي مجال الحريات العمومية، نلاحظ بأنه يُفضل القضاء بعدم مشروعية التدبير الضبطي، لخرق القانون أو المبادئ العامة للقانون. فإذا قبلنا بأن هذا الموقف قد يكون صحيحا اتجاه التدابير التي تتضمن حظرا شديدا وعاما، فهل يكون كذلك اتجاه التنظيمات البسيطة التي لا تمنع كليا ممارسة الحرية، لأنه وللوصول الى معرفته، يقتضي الأمر القيام بمقاربة دقيقة للوقائع التي حددت هذا التدبير.

---

[1]– عصام عبد الوهاب البرزنجي، المرجع السابق، ص. 439.

[2]– محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، هامش رقم 1027، ص. 561.

[3] - « face à des catégories juridiques indéterminées fixées par des textes législatifs ou réglementaires… l'ordre public, on pourrait croire, en effet, que le juge ne fait la qu'appliquer des règles de droit qui sont extérieures à sa volonté ; en réalité il n'en est rien, aucune de ces notions n'était en elles-mêmes opérationnelles; c'est le conseil d'Etat qui dans chaque affaire définit leur contenu et impose ainsi sa volonté, de sorte qui en dernière analyse, la règle applicable par l'administration n'est pas celle posée par le législateur, mais celle qui, dans une même opération est définit et appliquée concrètement par le juge. La règle jurisprudentielle n'est pas posée à l'avance elle se forme progressivement par accumulation des décisions d'espèce qui, en se répétant, finissent par engendrer sur le point qu'elles règlent, des résultats équivalents à ceux d'une règle générale », D. Rousseau, le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif, thèse, Poitiers, 1979, pp. 664, 665.

إن القضايا التي تبين الطريقة التي يراقب بها القاضي الجنائي تناسب التدبير الضبطي تتعلق بمهن المصور، ففي أولى، وفصلا في مشروعية قرار يرخص التصوير على الطريق العمومي في مكان واحد، معين بدقة في كامل البلدية، فصلت المحكمة العليا بعدم مشروعية هذا التدبير، مصرحة بأن: "الحكم المنازع فيه الذي صرح بمشروعية التدبير لم يعاين أي ظرف استثنائي، من شأنه أن يبرر التنظيم الذي بسبب شدته، يشكل اعتداد جديا وخطيرا على مبدأ حرية التجارة والصناعة" [1].

من الواضح أن القاضي الجنائي، يهتم بالتحقق من ملائمة التدبير للظروف، للتقرير بأنها متشددة، وهذا الطابع المتشدد والعام للمنع، كتجاهل مبدأ حرية التجارة والصناعة، هو الدافع الذي أدى الى التصريح بعدم مشروعية التدبير. وبالتالي فإن القاضي الردعي بعد اجراء رقابة تناسب التدبير الضبطي، يستطيع ألا يصرح بعدم مشروعيته، ففي غالب هذه الحالات يعاين القاضي أن التدبير الضبطي الإداري لا يتضمن حظرا عاما ومطلقا، وأنه لا يعتدي على حرية عمومية [2]، وفي ذلك رفضا من القاضي الردعي لمواكبة القاضي الإداري فيما وصل اليه من رقابة عميقة. ومع ذلك فإن مقارنة القرارات السابقة بالقرارات التي تصدر اليوم، تجعلنا نلاحظ بأن التغير في موقف القاضي العادي ليس بسيطا، فبعد أن كان الأخير يصرح بأن المحاكم الردعية ليس لها أن تقدر ملائمة أسباب قرار الطرد، صرح بموجب قرار 21 اكتوبر 1987 [3]، بأنه يجب مراقبة الخطأ الظاهر في تقدير أسباب قرار مماثل. بل إنه وصل الى حد تقرير مدى تناسب التدبير الضبطي. في الحقيقة لقد قبل القاضي الجنائي تدريجيا، على خطى القاضي الإداري بأن مشروعية التدبير الضبطي قد تتعلق ببعض اعتبارات الملائمة، فطبيعة بعض القرارات الإدارية ذاتها هي التي دفعت بالقاضي الجنائي الى أن يتبنى هذا الاتساع الجديد لمفهوم المشروعية [4].

---

1 - crim. 2 février 1955, D. 1955, p. 275.

2 - D. Tsevas, Op. Cit., p. 194.

3 - Cass. Crim. 21 Octobre 1987 :

وقد جاء بهذا بالقرار : " من حيث أنه ولئن كانت محكمة الاستئناف قد أصابت صحيح حكم القانون بعدم فحص ملائمة قرار الإبعاد المطعون فيه، إلا أنه ما كان لها أن تلتفت عن الفصل فيما دفع به المتهم من أن السلطة الإدارية ارتكبت خطأ ظاهرا في التقدير، عندما اعتبرت أن وجود المتهم على إقليم فرنسا يشكل تهديدا للنظام العمومي، ومن حيث أن هذا الخطأ يعتبر على فرض وقوعه سببا لعدم مشروعية قرار الإبعاد المطعون فيه، ومن ثم فإن المحكمة وإذا اغفلت التعرض له تكون قد تجاهلت مهامها الخاصة مما يتعين معه نقض الحكم والإحالة.

Cass. Crim. 04 janvier 1991 ; Cass. Crim. 04 avril 2001 :

وقد جاء به: من حيث أن المحكمة رفضت دفع المتهم بأن تصنيف المادة 5181 من تقنين الصحة العمومية نبات القنب cannabis من بين المواد المخدرة، ينتج عن خطأ ظاهر في التقدير، استنادا من المحكمة على أن النبات المذكور هو مخدر، يسبب أمراضا نفسية، ويصعب وضع حد لاستهلاكه، وأن الأفراط في استعماله خطر على الصحة العمومية... ومن حيث أن محكمة الاستئناف، وقد أقامت قضاءها على ما نقدم، فإنها تكون قد أقامت حكمها المطعون فيه على أسبابه." أشار إلى هذه القرارات محمد عبد الحميد مسعود الصباح، المرجع السابق، هامش الصفحة 676.

4 - D. Tsevas, Op. Cit., p. 203, 204.

ب– شروط مشروعية تدابير الضبط الإداري

تُشكل الضرورة والتناسب شرطا مشروعية التدبير الضبطي، والقاضي الإداري باشتراطه لضرورة التدبير وتناسبه مع خطورة الاضطراب والضرر اللاحق بالحرية محل النزاع، يمارس في نفس الوقت رقابة عميقة يُقيد بها حرية السلطة الضبطية.

1– شرط الضرورة

يشترط في تدابير الضبط الإداري أن تكون ضرورية [1]، وتخرق هذه التدبير قاعدة الضرورة عندما يكون بإمكان الإدارة اتخاذ تدابير أقل صرامة أو شدة من تلك التي اتخذتها، وبمعنى آخر فإن "التدبير الضبطي يكون ضروريا عندما لا توجد وسيلة أخرى تمكن من تجنب الإخلال بالنظام العمومي، وعلى هذا الأساس فإن سلطة الضبط ملزمة باختيار من بين الوسائل ما يلحق أقل الأضرار بالحرية" [2] .

إن شرط الضرورة هو شرط خاص بنظام تدابير الضبط الإداري، وهو يرتبط مباشرة بكون هذه التدابير تحد من ممارسة الحريات العمومية، إنها حالة التدابير المتضمنة لقيود غير منصوص عليها قانونا، والتي ترد على ممارسة الحريات المنظمة تشريعيا كحرية الصحافة، الاجتماع، التعليم والجمعيات، في مثل هذه الفرضية، فإذا كانت الضرورة تبيح تدبيرا ضبطيا مقيدا لواحدة من هذه الحريات، فهل يشكل ذلك اعتداء على القانون ؟

في الحقيقة إن الاعتراف للإدارة بسلطة منع حرية معرفة قانونا يعادل خرق القانون والدستور بدون شرط أو قيد، وفي هذا الإطار يمكن القول بأن الضرورة تشكل التبرير وحتى العذر بالنسبة للتدبير الضبطي المقيد الذي يتبناه القاضي الإداري بالرجوع إلى روح القانون، مع ذلك يشترط أن تؤدي هذه الضرورة إلى تجنب التهديد الحقيقي بالإخلال [3] ، وليس الى تجنب مجرد الإزعاج البسيط أو الاضطراب الخفيف من جهة، والى وجوب تحديدها بما هو ضروري للمحافظة على النظام العمومي من جهة أخرى.

إن تقدير الطابع الضروري للتدبير الضبطي يكتسي بعض القيمة الذاتية، لأن القاضي بعد التحقق من أن التدبير المتنازع فيه قد اتخذ فعلا بهدف المحافظة على النظام العمومي، يبحث عما إذا كان اتخاذ هذه التدابير ضروريا لضمان الغرض الذي يهدف إليه، فاحصا ماديا كل معطيات القضية [4] ، وهكذا أبطل مجلس الدولة الفرنسي قرار العمدة الذي منع الاجتماع بسبب أن الهيئة المحلية لديها قوات الشرطة الضرورية لحماية النظام العمومي في قرار Benjamin الشهير.

---

[1] – ناصر لباد، المرجع السابق، ص. 176.

[2] - I. Saouli, Op. Cit., p. 396.

[3] - محمد أبو زيد محمد، حدود سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في الظروف العادية وضماناتها، مجلة كلية الدراسات العليا، رقم- 5، جويلية 2001، ص. 56، وأيضا السيد أحمد محمد مرجان، الضبط الإداري في مجال البناء والتعمير، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2001، ص. 467.

[4] - S. Ktistaki, Op. Cit., p. 92, 93.

وقد طبقت المحكمة الإدارية التونسية شرط الضرورة في قضية كريشان بتاريخ 14 مارس 1995 حـ قالت: "إن ما تذرّع به رئيس بلدية القصرين من تسبب محل المدعية في تعطيل حركة المرور لوجوده وسط المدينة، لا يمكن أن ينتهي به في ضوء ملابسات القضية إلى حد غلق المحل المذكور، بل كان عليه توخي التدابير التي تستلزمها ضرورة التوفيق بين المحافظة على النظام العمومي وممارسة حرية الصناعة والتجارة" [1] . كما أخذت به المحكمة الإدارية العليا في مصر مقررة بأن: "قرار الحاكم العسكري العام ينبغي أن يكون له سبب...و...خصوصا فيما يتعلق بالحريات العامة، وجب أن يكون تدخل الإدارة لأسباب جدية تبرره. فالمناط والحالة هذه في مشروعية القرار هو أن يكون التصرف لازما لمواجهة حالات معينة من دفع خطر جسيم يهدد الأمن والنظام باعتبار هذا الإجراء هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الضرر [2]. وبخصوص حرية التجارة قضت محكمة القضاء الإداري بأنه لا يمكن أن يترتب على وقوع حادث جنائي بين قبيلتين اغلاق السوق بدعوى المحافظة على الأمن وخاصة اذا كان قد انقضى أكثر من سنة ونصف على وقوع الحادث، دون أن يقع ما يخل بالأمن، وقد كان بمقدور الإدارة اتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع الحوادث دون اللجوء الى اغلاق السوق حتى اذا ما اضطرتها الظروف الى اتخاذ هذا الإجراء الشديد، كان بالقدر المناسب ولمدة قصيرة من الزمن. وبذلك يكون القرار الصادر بتعطيل السوق قد جانب القانون ويتعين لذلك الغاؤه[3].

2- شرط التناسب

لا يعتبر مجلس الدولة الفرنسي بأن تناسب التدبير الضبطي شرطا كافيا لمشروعيته، لكنه يعتبر بأن النظام يجب أن يتحقق أو يسترجع في حالة الاضطرابات، ليس بأي ثمن، لكن بواسطة قدر عادل من التضحيات [4]، فبهدف ترقية النظام الاجتماعي يفرض القاضي الإداري على السلطة الضبطية قاعدة أخرى مقتضاها التلاؤم الصحيح بين التدبير الضبطي والظروف الخاصة المؤسسة له. هذه القاعدة تترجم بواقع أن القرار الضبطي المتخذ في مجال معين يتعلق من جهة بخطورة الإخلال المراد تجنبه، ومن جهة أخرى بالقيمة القانونية للحرية التي لحقها الضرر، بعبارة أخرى إنّ التدبير الضبطي المقيد للحرية العمومية يجب أن يكون متناسبا مع اتساع التهديد بالنظام العمومي وبقيمة الحرية [5] .

---

[1] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 179.

[2] – أشار الى هذا القرار، مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص. 765

[3] – قرار صادر بتاريخ 22 يناير 1952، أشار اليه مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 766.

[4] - S. Ktistaki, Op. Cit., p. 94.

وأيضا محمد عبد الحميد محمود الصباح، المرجع السابق، ص. 566.

[5] - S. Ktistaki, Op. Cit., p p. 94, 95.

وأيضا السيد أحمد محمد مرجان، الضبط الإداري في مجال البناء والتعمير، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2001، ص. 467.

– خطورة الإخلال أو الإضطراب معيار تناسب التدبير الضبطي

ينظر دائما الى القرار الضبطي على أنه ذلك القرار الذي يحد من حريات الأفراد بهدف المحافظة على النظام العمومي، والحال أنّ النظام العمومي مفهوم غير محدد بشكل كاف لكي يسمح للسلطة الضبطية التي يكون تدخلها ضروري بتقرير مضمون التدبير الضبطي، فيجب إذن أن تكون الهيئة المختصة أكثر قربا من ظروف الزمان والمكان والتي تدخل أصلا في صميم عملها.

في الواقع يجب أن يكون قرارها متلائم مع الاضطراب المراد تجنبه، فالضرر البعيد أو قليل الأهمية بالنسبة إلى النظام العمومي لا يمكنه أن يرتب قيودا كبيرة على الحرية، على خلاف ذلك فإن الاضطراب الجدي يبرر تدابير صارمة. لذلك فعندما يقوم بالتقدير الملموس للوقائع يبحث مجلس الدولة عن درجة خطورة الاضطراب المراد تجنبه، ممّا يدل على أنّ القاضي يعلق اتساع رقابته على طبيعة الظروف مواجها إيّاها بالحريات المعتدى عليها، فكلما كانت الظروف خطيرة على النّظام العمومي كلما وضع القاضي ثقته بالإدارة. وعليه فإنّ درجة خطورة الاضطراب، باعتبارها عنصرا لمبدأ التناسب تحكم كل التدابير الضبطية وتترك للقاضي هامش من التقدير الشخصي يسمح له بتقدير ما إذا كان القرار الضبطي متلائما مع ظروف المكان والزمان.

وفي هذا الإطار تشكل ظروف المكان عنصرا مرجعيا لقاضي تجاوز السلطة، فعندما لا يستطيع هذا الأخير الاستناد إلى وثائق الملف لممارسة الفحص المباشر على الوقائع – لأنّ أسباب القرار تتضمن عنصر صعب التقدير كظرف محلي غامض أو تفكير ورأي السكان أو رد فعلهم وحساسيتهم اتجاه مشكل معين– فإنّ هذه العناصر تشكل معيارا إضافيا خارج درجة الإخلال بالنظام العمومي الذي يأخذه القاضي بعين الاعتبار، بهدف تقدير مدى تناسب التدبير الضبطي. هذا ويعتبر مفهوم ظرف المكان مفهوم أكثر تقدما في حالة التدابير المحلية، فالقاضي يقوم بتقدير شخصي للتدبير الضبطي، ويتحقق ممّا إذا كان هذا الأخير يتلاءم مع المكان الذي اتخذ فيه أو طبق فيه. في هذه الحالة يصبح هذا التقدير سلاحا خطيرا في يد القاضي، لأنه سيكون رهين إرادته وحده [1].

فضلا عن ذلك يقدر القاضي ظروف الزمان بغرض إضفاء الشرعية على اتساع سلطات الضبط، فدرجة صرامة القرار الضبطي تتغير حسب الفترة أو الساعة التي أُتخذ فيها القرار [2].

وإذا كانت ظروف الزمان والمكان المستند إليها في رقابة التدابير الضبطية تكفي أحيانا لجعل هذه التدابير غير مبررة، فإنّ الظروف "الشخصية" يمكن أن تساهم أيضا في فحص مدى ضرورة التدبير، ففي قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 10 ديسمبر 1993 كانت إشارة الأخير إلى الحالة الصحية للطاعن صريحة [3] .

---

1 - P. C. D'istra, P. Paoletti, X, Philippe, le degré du contrôle…, Op. Cit., p. 69.

2 - S. Ktistaki, Op. Cit., pp. 95-97.

3 - considérant qu'en refusant a M. Maes, alors que celui- ci était atteint d'une grave insuffisance coronarienne et qu'il lui était impossible de se déplacer sans assistance mécanique, c'est donc en elle-même, sans tenir compte des autres mesures à la disposition du maire, mais compte tenu de son destinataire, que la mesure attaquée à pu être jugée comme non justifiée par la nécessité de

– قيمة الحرية المتنازع فيها معيارا خاصا لتناسب التدبير الضبطي

يضمن القاضي الإداري رقابة حقيقية للتناسب بين الاعتداء على الحرية الناتج عن قرارات الضبط الإداري وقيمة الحرية المعتدى عليها. وبدوره يبقى مفهوم الحرية غامض نسبيا، لذا يقتصر القضاء على ترتيب حقيقي للحريات بموجب نظام حماية متصاعد، نستطيع أن نميّز في اطاره بين الحرية المتسامح فيها أو الغير منظمة والحرية القانونية أو المنظمة [1] . لذلك اعتبر القضاء الإداري بأن الحريات العمومية ليس لجميعها نفس القيمة ولا تتمتع بنفس الحماية، فسكوت القانون اتجاه الحرية لا يسمح بوضعها ضمن تدرج القيم في حالة التدبير الضبطي المقيد، كما أنّه يُرتب أثرا قانونيا في ترك السلطة الضبطية التنظيمية تتمتع بالاختصاص الكامل في تقييد ممارسة الحرية الغير منظمة وفق مقتضيات النظام العمومي [2].

وبالمقابل فإن وجود نصوص تشريعية تنظم ممارسة حرية معينة، يعتبر حجر عثر أمام تجاوزات سلطة الضبط الإداري على الحرية ذاتها أو على من يمارسها، وبعبارة أخرى يمكن القول بأن وجود نصوص قانونية تنظم حرية من الحريات يحد من سلطة الإدارة في مواجهة هذه الحرية، فيتعين على الإدارة أن تتوقف عند أحكام هذه النصوص ولا تتجاوزها، فإذا تجاوزاتها كانت اجراءاتها غير مشروعة وجديرة بالإلغاء. يضاف الى هذا بأن النصوص التشريعية التي تفرض قيودا على الحقوق والحريات العمومية يجب أن تُفسر تفسيرا ضيقا، بمعنى أن يكون التفسير دائما في صالح الحقوق والحريات العمومية [3].

وإذا كُنا قد فضلنا عرض شرطي الضرورة والتناسب كشرطين منفصلين، فهناك من يرى بأن التناسب ما هو إلا نتيجة لاشتراط ضرورة الإجراء، فالتدبير الغير متناسب مع الأسباب التي أدت إلى اتخاذه هو ببساطة تدبير لم يكن ضروريا[4].

يبقى أن نُشير إلى أن مبدأ التناسب يوجد في قلب التطور المنطقي لقاضي تجاوز السلطة، وأحسن دليل عبارة تجاوز السلطة المخترعة من طرف القاضي نفسه، فهو مؤشر على عدم التناسب وعلى غياب التوافق، وأن الحكمة من تطبيق هذا المبدأ هو بحث القضاة عن مطابقة التدخل الإداري إلى تناسب، يبدو لهم في نهاية التحليل منطقي، لكنه بحث لا يراقب إلا التجاوزات الواضحة جدا بالنسبة إلى التناسب الصحيح، فقد استبعد القضاة ميزان الصيدلي من واقع وعيهم بقابليتهم الخاصة للخطأ [5] .

---

maintenir l'ordre. L'allusion juridictionnelle a l'équation personnelle du destinataire est intéressante et semble t- il originale, M. Gros, note sous CE. 10 décembre 1993, madame Maes, le choix juridictionnel des motifs d'annulation en matière de police administrative, RDP. 1994, n - 3, LGDJ. p. 825.

[1] - P. H. Teitgen, la police municipale, thèse, Nancy, 1934, p. 438.

[2] - S. ktistaki, Op. Cit., p. 99.

[3] – مجدي أحمد فتح الباب، الحقوق والحريات العامة وسلطات الضبط الإداري، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 26، يوليو 2004، ص. 447.

[4] - Y. Ben Achour, Droit administratif…, Op. Cit., p. 269.

[5] - S. Stistaki, Op. Cit., p. 437.

وقد اعترفت المحكمة الإدارية التونسية بسلطتها في مراقبة التناسب في مجال الضبط الإداري، مستعملة مصطلحا خاصا بها يُعبر على ضرورة تناسب التدبير الضبطي مع خطورة الإخلال أو التهديد بالإخلال بالنظام العمومي، وهو مبدأ التدرج، ففي قضية كريشان السالفة الذكر قالت هذه المحكمة : "كان عليه التدرج في اتخاذ التدابير". وفي قرارها الصادر في قضية رفيق دريرة المؤرخ في 29 ديسمبر 2000، قالت:" وحيث يتعين على الإدارة نظرا لطبيعة هذا النشاط أن تحترم مبدأ التدرج في اتخاذ التدابير التي تستلزمها ضرورة المحافظة على النظام العمومي وممارسة حرية التجارة والصناعة"، كما رددّت نفس العبارات في قرارها المؤرخ في 19 نوفمبر 2006: "وحيث أن ثبوت التهديد للنظام العمومي لا يمنح البلدية سلطات مطلقة لرد الخطر، وإنّما يفرض عليها توخي التدرج في اتخاذ تدابير الضبط الإداري وأن انتهاج إجراءات وقائية أقل صرامة من الغلق من شأنها أن تحقق نفس الأهداف" [1]. وقد كانت محكمة القضاء الإداري المصرية السباقة إلى الاعتراف بضرورة التناسب بين أهمية وخطورة الوقائع التي تدعيها الإدارة وبين مضمون قراراتها، ومن ذلك ما يلي: "إن القرارات التي تصدرها وزارة الصحة للمحافظة على الصحة العامة، ومنع نشوء الأمراض وانتشارها تخضع بوصفها قرارات بوليسية لرقابة هذه المحكمة، التي لها سلطة واسعة في تحري أسبابها وملابساتها لكي تتأكد من موافقتها لظروف الحال وأنّها لازمة وضرورية لصيانة الصحة العامة، وأنها وليدة ضرورة وقاية هذه الصحة في الظروف الخاصة التي تقررت من أجلها، وبمعنى آخر للمحكمة في هذه الحالة سلطة بحث ملائمة هذه القرارات للظروف والملابسات التي أدّت إليها " [2].

3- شرط ألا يكون التدبير الضبطي عاما ومطلقا

باعتبار أن الهيئة الضبطية ملزمة باختيار الوسيلة الأقل إضرارا بالحرية التي تنظمها، فإن المنع العام والمطلق هو اجراء غير مشروع، لأنّه يُلحق ضررا جسيما بالحريات بل إنّه يعادل قمعها. لكن يجب ألا يُستنتج بأنّ كل منع عام ومطلق هو غير مشروع للسبب الوحيد أنّه عام ومطلق، خاصة إذا تبين بأنّه التدبير الوحيد الممكن لحفظ النظام العمومي. وقد سبق في هذا الإطار لقاضي تجاوز السلطة التونسي أن راقب المنع العام للإعلانات وقضى بمخالفتها لحرية التجارة والصناعة، وقرر بأن جمال المدينة لا يقتضي بالضرورة إلغاء كل الأعمدة الإشهارية. و يعتبر هذا القرار الصادر عن المحكمة الإدارية بتاريخ 15 فيفري 1982 إعلانا قضائيا حقيقيا بعدم مشروعية المنع العام" [3] .

وبفحص القضاء العادي الفرنسي في مجال الحريات العمومية نلاحظ أن محكمة النقض كمجلس الدولة، فصلت بعدم مشروعية المنع العام والمطلق، مع ذلك لا يعاقب القاضي العادي إلاّ على عدم الملائمة الظاهرة وعدم التناسب الواضح للتدابير الضبطية مع أسبابها [4]. لذلك يمكننا أن نقول بأن المحاكم العادية كان لها موقفا أقل جرأة

---

[1] - in I. Ben Hassen , Op . Cit., p. 186.

[2] – قرار صادر بجلسة 1949/06/16، أشار إليه، رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 166.

[3] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p.181.

[4] - J. Castagné, Op. Cit., pp. 166 - 174.

وأقل وضوحا من موقف القضاء الإداري بخصوص رقابتها على قرارات الضبط الإداري، كما لا يُظهر قضاؤها لا نفس المرونة ولا نفس الوحدة، بل قد نجد حلولا متعارضة بخصوص نفس الفئة من القرارات [1].

وفي تكييف هذا الاجتهاد القضائي المتعلق بإبطال قرارات المنع العام والمطلق، قال بعض الفقهاء بأنه محاولة لتأسيس علاقة جديدة وأكثر تفهما بين الدولة (دولة القانون) والأفراد، فحينما يُبطل القاضي الإداري قرارا معينا صادرا عن سلطة ادارية تُحظر بمقتضاه نشاطا بصورة عامة ومطلقة، ثم تعود السلطة فتتخذ قرارا آخر يحظر النشاط نفسه ولكن بصورة أقل عمومية واطلاقا، ولا يبطل القاضي قرارها في هذه المرة. فإن هذا يعني بأن للقاضي الإداري يؤثر تأثيرا مباشرا على نوعية قرارات السلطة السياسية [2].

في الأخير نقول أن رقابة التناسب التي تجعل قاضي تجاوز السلطة ينكب على تقدير القيمة الذاتية للأسباب ويُقيّم الوقائع، بهدف معرفة ما إذا كانت ذات أهمية تبرر التدبير المتخذ من طرف السلطة الضبطية، فإنّ طبيعة هذا العمل الذي يفترض تحقيقات متقدمة للغاية على مستوى الوقائع، دفعت بالفقه إلى التساؤل عما إذا كان القاضي عند ممارسته لهذه الرقابة لا يخرج عن اطار مهمته ليعتدي على اختصاصات الإدارة.

إلى هذه الشروط يضيف البعض شروطا أخرى، تتمثل في أن يتصف التدبير الضبطي بالموضوعية والحيدة، وأن يلتزم بحدود أغراض الضبط التقليدية في المحافظة على النظام العمومي [3].

ج- طبيعة رقابة القيمة الذاتية للأسباب

عندما يقدر القاضي قيمة الأسباب ويُقيم اهميتها، فهل يبقى ضمن ممارسة رقابة المشروعية أم أنّه يعتدى على الاختصاصات المحفوظة للإدارة ؟

1- هل يعتدي القاضي عند ممارسة رقابة التناسب على اختصاصات الإدارة ؟

محاولة للإجابة على هذا السؤال، برّر بعض الفقهاء من بينهم M. Teissier قيام الجهة القضائية العليا بفحص الوقائع بما يلي: "تبدو مهمتكم أكثر كرقابة إدارية رئاسية لاحقة في شكل قضائي". بمعنى أن القاضي يفصل هنا كسلطة إدارية أكثر من كونه يفصل في نزاع [4]. بعد ذلك ذكر M. chardenet في مرافعته بصدد قرار Abbé Olivier في 15 فيفري 1909، بأن محكمة النقض (القضاء العادي) ظهرت أكثر ترددّا للتصريح بعدم مشروعية قرار العمدة استنادا إلى تقدير الأسباب، خشية من الاعتداء على الاختصاص الإداري، ثم توجه إلى مجلس

---

[1] - J. Castagné, Op. Cit., p. 163.

[2] - جورج سعد، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط – 1، 2006، ص.354.

[3] - السيد أحمد محمد مرجان، الضبط الإداري في مجال البناء والتعمير، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الاسكندرية، كلية الحقوق، 2001، ص. 467، 468.

[4] - أشار إلى هذا الرأي:

M. Reglade, « du prétendu du contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pourvoir », RDP. N°-3, Juillet – Aout – Septembre 1925, p. 422.

الدولة قائلا: " أنتم الذين تفصلون على خلاف ذلك في الإبقاء على التنظيمات أو إبطالها، مدعوون للعب الرئيس الإداري للهيئات الإدارية، وبالتالي تستطيعون تحديد المجال الذي تكون فيه هذه القرارات مشروعة " [1].

وفي هذا الإطار وإذا كان القاضي برقابته للتقدير المادي للوقائع يُقيم الاختيار التقديري الذي قام به الموظف الإداري في اتخاذه للقرار، وينكب على رقابة تقييم أو تقدير الوضعيات الواقعية ويحل بالتبعية تقديره محل تقدير الإدارة، فإنّه يخرج من دور القاضي الذي يجب أن يقدر فقط المشروعية ويعتدي على اختصاص الإدارة التي تختص بتقدير الملائمة [2] .

لكن ذهب الأستاذ Stistaki Stavrola عكس ذلك عندما قال: بأنه لا يمكن أن نستنتج بأن القاضي يقوم في هذا المجال الضبطي (التناسب) مقام رجل الإدارة، فتقديره لتلاؤم الوسائل المستعملة يشكل شرطا أساسيا للوظيفة القضائية، ذلك أن عناصر التقدير التي يستعملها والمعنى الذي يعطيها إيّاه هي نفس العناصر السابق استعمالها من طرف الهيئة الضبطية، فضلا على أن القاضي الذي يراقب الغياب الظاهر للتناسب لا يتدخل إلا لاحقا لاسترجاع العدالة المهتزة، ولا يمكن أن يحل بالتالي محل الموظف الإداري الذي يبقى الوحيد المختص بتقرير ملائمة قراره [3] .

2- فهل يعتدي القاضي الإداري على رقابة الملائمة ؟

اختلف الفقه بين منكر لقيام القاضي برقابة الملائمة ومعترف بذلك:

- ا لرأي المعترف برقابة الملائمة

لقد رتب بحث القاضي عن التدابير الإدارية الضرورية والمتناسبة مع الأسباب الواقعية، حسب بعض الفقهاء، فحصا لملائمة التدخل الإداري [4] ،وحسبهم فإنه لا يوجد تعارض على الإطلاق بين ما تجريه الإدارة وهي بصدد ممارسة سلطتها التقديرية من ملائمة في مجال الضبط الإداري وبين أن تخضع هذه الملائمة للرقابة القضائية. فقاضي الإلغاء لم يعد كما كان في الماضي فقط قاضي المشروعية وإنما أصبح أيضا قاضي الملائمة، وقد حثت جرأته في مجال الضبط الإداري الفقه على الاعتراف له بسلطة مراقبة ملائمة التدخل الإداري، فعندما يعلق المشرع اتخاذ قرار على شروط واقعية غير محددة يعتبر القاضي بأنه بإمكانه أن يحل تقديره محل تقدير الإدارة [5]. ومن هذا الرأي الأستاذ M.G. Morange الذي يرى بأن القاضي عندما يفحص الوجود والتكييف القانوني للأسباب فحصا بسيطا

---

1 - M. Long, et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative…, Op. Cit., pp.114, 115, « vous qui êtes appelés a jouer un peu le rôle de supérieur hiérarchique des autorités administratives... ».

2 - M. Jèze, cité in M. Reglade, Op. Cit., pp. 422, 423.

3 - S. Ktistaki, Op. Cit., p. 134.

4 - le juge administratif subordonne toutes les mesures aux conditions de leur opportunité, en appréciant les circonstances de fait qui ont provoqué l'édiction de telles mesures ». S. Ktistaki, Op. Cit., pp. 92, 107 ; « dans le contentieux de police. Le juge contrôle effectivement et, peut en dire, ouvertement l'opportunité de la décision administrative » J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, Op. Cit., p. 409.

5 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 409.

فإنه يقتصر هنا على ممارسة رقابة المشروعية، لكنه ينزلق إلى رقابة الملائمة عندما يسعى إلى تقدير قيمتها، فيتحول رئيس إداري[1] .

وفي هذا الإطار يقع نزاع ضبط السينما، بحيث يبحث مجلس الدولة فيما إذا كانت الظروف المحلية تبرر أو لا عرض الفيلم الذي منحت له التأشيرة الوزارية، والحال أن البحث المنجز من طرف القاضي لا يخلو من ذاتية، كما أن المحافظة على النظام العمومي الجمالي تقتضي تقديرا ذاتيا، للاعتراف مثلا بمشروعية قرار رفض منح رخصة البناء بسبب أنه يمثل تهديدا بالاعتداء على "جمال المناظر البيئية". في الواقع يقوم القاضي بتقدير ظروف القضية، لعدم وجود أية قاعدة قانونية تنص على تعريف النظام العمومي الجمالي، وعليه فإن التحليل الذي يقوم به القاضي لوقائع القضية هو تحليل شخصي ذاتي، كما أنه لا يكتفي بإعادة تقدير الأسباب الواقعية للقرار، لكنه يشير أحيانا على الإدارة بالتدابير التي ينبغي عليها اتخاذها [2] .

رغم ذلك وُجد من الفقه من يُكيّف هذا الدور الذي يقوم به القاضي على أنه رقابة مشروعية وليس رقابة ملائمة.

– الرأي المنكر لرقابة الملائمة

يرى أصحاب هذا الرأي بأن الجهة القضائية العليا عندما تفحص أسباب القرار، فإنها لا تراقب ملائمته لكنها تبقى في إطار رقابة المشروعية، لأن الأسباب في هذه الحالات ليست على الإطلاق عناصر للملائمة بل تصبح عناصر للمشروعية [3]، وقد يجعل القانون أحيانا من ملائمة القرارات الإدارية ضرورة أو شرطا لمشروعيتها، فيجب القول حينئذ بأن القاضي يراقب المشروعية وليس الملائمة [4] .

وعليه ورغم اعتراف أنصار هذا الاتجاه بأن القاضي الإداري يراقب مدى ملائمة الإجراء الذي اتخذته الإدارة في مجالات الضبط الإداري، لأهمية وخطورة الوقائع التي استندت إليها، وهو ما يشكل جوهر السلطة التقديرية، إلا أنهم يرون أن هذه الرقابة لا تخرج عن كونها رقابة مشروعية، مستندين إلى أن التناسب أو الملائمة تعد شرطا أو عنصرا من عناصر مشروعية قرارات الضبط الإداري، باعتبار أن هذه القرارات تمس موضوع الحريات العمومية وهو موضوع يشكل مسألة قانونية، تكمن كما قال الأستاذ M. Waline فيما تواجهه الإدارة وهي بصدد اتخاذ تدابير الضبط التي تمس إحدى الحريات العمومية من تنازع بين القوانين، إذ يرى بأنه وفي جميع الحالات التي تتصرف فيها الإدارة بمقتضى سلطات الضبط الإداري المخولة لها من أجل المحافظة على النظام العمومي، فإنها تجد نفسها أمام تنازع حقيقي بين القوانين المسؤولة هي عن تطبيقها، حيث تعرض عليها هذه القوانين واجبين يبدو أن كليهما يتعارض مع الآخر، فهناك واجب الإدارة في الحفاظ على النظام العمومي الذي يفرضه عليها قانون الضبط الإداري، وهناك

---

1 - M. G. Morange, cité in J. Castagné, Op. Cit., p. 180.
2 - I. Ben Hassen, Op. Cit., pp 197, 198.
3 - M. Reglade, Op. Cit., p. 425.
4 - D. Lagasse, Op. Cit., p. 22 ; M. Waline, Etendue et limites du contrôle du juge administratif, Op. Cit., p. 27.

واجبها في احترام الحريات العمومية المفروض عليها بمقتضى القانون المنظم لتلك الحريات، وهنا يصبح من المحتم عا أن تضحي ببعض هذه القوانين في سبيل تطبيق البعض الآخر [1].

ففي كل الحالات التي تكون فيها إحدى الحريات العمومية محلا للتقييد بمقتضى إجراء ضبطي، فلا يكون هذا الإجراء مشروعا إلاّ إذا كان ضروريا ومن ثم ملائما، والسلطات القضائية حامية الحريات العمومية لها أن تتحقق وفقا لمبدأ المشروعية من قيام الضرورة وبالتالي الملائمة، وهو ما يؤدي في النهاية إلى خضوع هذه الإجراءات لرقابة قضائية كاملة.

وإلى هذه الآراء ينظم J. Castagné لكن بنظرة مختلفة، بحيث يرى بأنه يجب ألا ننطلق من اعتبار أن المشروعية والملائمة فئتين متعارضتين تستبعد كل منهما الأخرى، لأن هذا التعارض مصطنع لا مبرر له، فالملائمة في بعض الحالات عنصر مشمول في المشروعية، ولا تكون إلا عنصرا ضمن عناصر أخرى، فإذا قام القاضي بمراقبة قيمة الأسباب في حالة من هذا النوع فإنه لم يقم إلا بمواصلة رقابة المشروعية، في حين أنه إذا طبق نفس الفحص في فرضية تكون فيها مسألة المشروعية مستقلة عن الملائمة فسيخرج بالتأكيد عن اطار مهمته. وبهذا الصدد يميز هذا الفقيه بين فئتين من القرارات الضبطية بحسب ما إذا كانت توجد أو لا توجد على مستواها رابطة بين مشكل المشروعية ومشكل الملائمة.

– قرارات ضبطية لا تتحكم فيها الملائمة في المشروعية (ليست شرطا لها)، مثل هذه القرارات تكون مشروعة وإن لم تكن ملائمة، فيستحيل على القاضي بصددها مراقبة قيمة الأسباب.
– قرارات ضبطية تتحكم فيها الملائمة في المشروعة، فهذه القرارات لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ملائمة، في هذه الحالة يجب على القاضي للقول بأنّ مثل هذه القرارات مشروعة أن يُقدر قيمة أسبابها، للبحث عما إذا كان قرار السلطة الضبطية مناسبا وضروريا. لكن كيف نعرف بأن هذا القرار الضبطي ينتمي إلى هذه أو تلك الفئة ؟ إجابة على هذا السؤال قال هذا الفقيه بأن معيار التوزيع بسيط ودقيق وهو ناتج عن إرادة المشرع أو المؤسس. فالحريات العمومية المعلنة والمنظمة من طرف المشرع أو المؤسس لا تكون مشروعة إلا إذا كانت ضرورية، وبالتالي فإن مشروعيتها تشمل ضرورتها، أما النشاطات التي لم تُخص بنفس الاعتراف والاهتمام من طرف المشرع فإن مشروعيتها لا تشمل ملائمتها [2].

وقبل أن يقول J. Castgné بإن التعارض بين المشروعية والملائمة هو تعارض مصطنع، سبقه إلى ذلك الفقيه G. Vedel، وحسبه فإن المشكل قد طُرح بطريقة خاطئة، فمقابلة المشروعية والملائمة هي مقابلة لشيئين بمفهومين مختلفين، فالمشروعية مفهوم شكلي له طابع قانوني وعلى خلاف ذلك فالملائمة مفهوم مادي وعملي، بحيث لا يوجد تعارض مبدئي بين هذه العناصر، فيمكن القيام بالمشروعية مع بعض الملائمة إذا كانت القاعدة القانونية

[1] - M. waline, le pouvoir discrétionnaire de l’administration et sa limitation par le contrôle juridictionnelle, RDP. 1930, p. 222.
[2] - J. Castagné, Op. Cit., pp. 180- 187.

تنص على ذلك. ما يتعارض حقيقة ليس المشروعية والملائمة لكن الملائمة المحددة قانونا والملائمة المتروكة لتقدير ر الإدارة[1]. ففي الوقت الذي يمارس فيه القضاء مراقبة الملائمة، فإنه يهتم بأن يرجعها إلى نص أو مبدأ قانوني وأن تظهر رقابة الملائمة كنتيجة بسيطة للتفسير الواسع للمشروعية [2]، وفي هذا الإطار يمكن أن نتكلم عن الدور التفسيري للقاضي الإداري، بالرجوع إلى الإرادة الضمنية للمشرع وإلى روح القانون، فحتى وإن كان القاضي يرجع في مجال الضبط الإداري إلى الأحكام التشريعية، فإن هذه الأخيرة تبقى غامضة وواسعة، وفي هذه الحالة يراقب القاضي مشروعية التدبير ليس بالنظر إلى الأحكام التشريعية ولكن بالنظر إلى القواعد القضائية (الضرورة والتناسب).

ومنذ أن تبنينا مفهوما واسعا لرقابة المشروعية، فيجب أن نقبل بأن كل ما يراقب من طرف القاضي يعود لنطاق المشروعية وكل ما يفلت عن رقابته يشكل جزء من الملائمة، وعندما يراقب القاضي قيمة الأسباب وتناسبها الدقيق مع موضوع القرار فإنه يمارس رقابة المشروعية، ويُصرح عندها بأن الإدارة تضطلع باختصاص مقيد، وعلى عكس ذلك، عندما نعتبر بأنه لا يستطيع مراقبة هذا التناسب، فإن القاضي يقبل بوجود سلطة تقديرية تفلت عن رقابته، عند هذا الحد نستنج بأن قاضي تجاوز السلطة يضع سياديا الحدود بين الملائمة والمشروعية. وبما أن القواعد القضائية تشكل جزء من المشروعية فلن تكون هناك إلا رقابة المشروعية، ومسألة الملائمة التي تخضع لرقابة القاضي تدمج في رقابة المشروعية، بينما تبقى الملائمة التي تفلت عن رقابة القاضي مسألة ملائمة [3] .

وقد تعرّض هذا الاتجاه الفقهي للعديد من الانتقادات، من بينها أنه لا يمكن تكييف الرقابة التي تتم بالنظر إلى قواعد محددة من طرف القاضي على أنها رقابة قانونية، بل هي كذلك تلك الرقابة التي تتم بالنظر إلى قواعد محددة بواسطة القانون، وقضائية تلك التي تتم بالنظر إلى قواعد محددة من القاضي [4] ،كما انتقد هذا الاتجاه على أساس أن رقابة القاضي الإداري للملائمة في مجال الضبط الإداري لا تجد أساسها إلا فيما يضعه هذا القاضي من قواعد قانونية أو من قواعد قضائية، لذلك فإن التساؤل المطروح يدور حول معرفة هذا الأساس قبل أن يقوم القاضي بتلك الرقابة، أي قبل أن يقوم بخلق أو إنشاء قواعد قانونية، فمن البديهي أن خلق القواعد القانونية يأتي في مرحلة تالية للرقابة القضائية، أو بمعنى أدق يأتي من خلال النظر في النزاع المطروح على القاضي، أي لحظة الفصل في هذا النزاع، ومن ثم لا يمكن التسليم بأن هذه القواعد توجد في مرحلة سابقة على الرقابة، الأمر الذي يعني بدوره تخلف الشرط الأساسي لاعتبار الرقابة هنا رقابة مشروعية، والمتمثل في وجود قاعدة قانونية سابقة يستند إليها القاضي في رقابته [5].

ورغم هذه الانتقادات، **فإننا نؤيد** الرأي الأخير على أساس أن المقابلة الفقهية التي تمت في الحالة الأولى بين الرقابة القضائية والرقابة القانونية تبدو محدودة الأثر، على الأقل على المستوى العملي، فالقاضي عندما يتحقق من احترام القرار الإداري لقاعدة قانونية فإنه يقوم بذلك سواء كانت هذه القاعدة تشريعية أو قضائية، كما أن الانتقادين

---

[1] - G. Vedel. Essai sur la notion de cause…, Op, Cit., p. 94.
[2] - G Vedel, Op. Cit., p. 101.
[3] - G. Vedel, Op. Cit., p. 93.
[4]- M. Dubisson, la distinction entre la légalité et l'opportunité dans le recours pour excès de pouvoir, Paris, L.G.D.J. 1957, Cité in I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 199.
[5] – رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 183.

قد نبعا عن تبني مفهوم ضيق للمشروعية التي تتضمن فقط القواعد التشريعية في حين أن القواعد القضائية تُشكل أيضا جزء مكملا لها. فالقاضي الإداري عندما قرر بأنه لا يمكن التصريح بأن تدبيرا ضبطيا مشروعا إلا إذا كان متناسبا، ليس فقط مع خطورة الإخلال لكن أيضا مع الاعتداء على الحرية محل نزاع، فإنه مارس بذلك رقابة التلاؤم بين التدبير وجسامة الإخلال، ملغيا بهذه الرقابة حرية الإدارة في اختيار التدبير الذي تراه متوافقا مع الأسباب. وبهذا نصل إلى القول بأن الاختصاص المقيد ليس هو فقط الاختصاص الذي يقول النص بأنه كذلك، لكن أيضا الاختصاص الذي يقول القاضي بأنه مقيد، وأن الاختصاص المقيد يتكلم لغتين لغة المشرع ولغة القاضي [1]، وفي هذا الإطار تقول الأستاذة فريدة أبركان بأن الخط الفاصل بين القانونية وبين الملائمة هو من فعل و نتيجة لإرادة القاضي والاجتهاد القضائي وليس خطا محددا مسبقا، غير أن القاضي وبعد تحديد هذا الخط الفاصل ملزم باحترامه مادام لم يتغير بفعل تعريف جديد لدولة القانون [2]. والحال أن تقييد القاضي لإرادة الإدارة في كل مرة يكون فيها بصدد تدبير ضبطي مقيد، لا يعني إلا تغليب إرادة المشرع الذي قصد بتنظيمه لهذه الحريات ألا يتم تقييدها إلا إذا وُجد إخلال أو اضطراب جدي يهدد النظام العمومي، وبرجوعه إلى نوايا المشرع اكتشف القاضي شرطا لا يكون بموجبه التدبير مشروعا إلا إذا كان الاعتداء على الحرية متناسبا مع أهمية الاضطرابات، وعند هذا الحد نستطيع القول بأنه لا يوجد تعارض بين المشروعية والملائمة، لكن بين الملائمة المراقبة التي تدمج في إطار المشروعية والملائمة المتروكة لتقدير الإدارة، فبخلقه لشروط اتخاذ القرار، وبمراقبته للتقدير المتروك بموجب القانون للإدارة، لا يمارس القاضي رقابة الملائمة. في الواقع إن الملائمة والحرية المرتبطة بها هما اللذان يبقيان خارج الرقابة والتي يرتبط اتساعها بتطور التشريع والقضاء. وعليه وبفضل تطور الرقابة القضائية فما كان مسألة ملائمة أصبح مسألة مشروعية وبالتالي لا توجد إطلاقا إلا رقابة المشروعية.

أما عن القضاء الجزائري متمثلا في مجلس دولته الفتي وفي الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا، ومن خلال استقراء أحكامه، يتبين لنا بأنه اكتفى في رقابته لهذه السلطة بتبني بعض الأساليب التقليدية في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، حيث يقتصر على رقابة وقائع القرارات الإدارية حينما تصدر عن سلطة الإدارة التقديرية، ورقابة مدى صحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، وإثباتا لذلك كتب الأستاذ عمار عوابدي: "أن قضاء الغرفة الإدارية يُراقب القرارات الإدارية من حيث الوجود المادي للوقائع المادية أو القانونية، ومن حيث التكييف القانوني الصحيح والسليم للوقائع المادية" [3]. لكن لم تمتد رقابته الى موازنة مدى تناسب التدبير الضبطي مع حجم الإعتداء على الحرية العمومية، ولا الى رقابة الخطأ الظاهر في التقدير الذي ينتمي إلى الأساليب الحديثة للرقابة المعتمدة في القانون المقارن، بحيث يمكن القول بأننا لم نجد لهذه الأساليب أثرا خاصة في مجال الضبط الإداري، نظرا لعدم تأثر القاضي الجزائري بهذا التطور والاجتهاد القضائي، حيث يبقى معاديا لرقابة الملائمة نظرا للفواصل البعيدة بينه وبين الإدارة [4]، وذلك

---

[1] - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 202.

[2] – فريدة أبركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة...، المرجع السابق، ص. 41.

[3] – عمار عوابدي، النظرية...، المرجع السابق، ص. 559.

[4] - العربي زورق، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة ومدى تأثر القضاء الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص. 125.

خلافا لنظيره المصري والتونسي اللذان تأثرا إلى درجة كبيرة، جعلتهما يواكبان هذا التطور بكل مرونة، إلا أنه لا يم أن نحسم على الإطلاق بأن القاضي الجزائري، لم يتدخل في ملائمة القرارات أو الإجراءات الصادرة عن الإدارة، عندما يتعلق الأمر بحماية حقوق وحريات الأفراد في مواجهة تعسف الإدارة باستعمالها لامتيازات السلطة العمومية، وذلك بطريقة محتشمة واستثنائية وفي نطاق محدود [1].

وإن كنا لم نتوصل لأي قرار في مجال الضبط الإداري، فسنكتفي ببعض القرارات التي تُبين القليل من التطور القضائي في مجال الوظيفة العمومية والمنفعة العمومية، لعل هذا التطور سيُصيب في المستقبل الموضوع محل الدراسة. ففي المجال الأول، لاحظنا تطبيق المحكمة العليا لمبدأ التناسب في قضية س. ضد وزير العدل والمجلس الأعلى للقضاء، فقد تم في هذه القضية عزل (س) بسبب ارتكابه حسب الوزير أفعالا ماسة بمهنة القاضي...، فما كان مطلوبا هو أولا مراقبة مدى توفر الخطأ أي القيام برقابة عادية، وهل أن الإدارة باتخاذها قرارا يقضي بعزل (س) تكون قد قدرت الأفعال تقديرا معقولا يبرر هذا القرار؟ إن جواب المحكمة العليا تمثل في ابراز عدم تناسب الجزاء النهائي مع الأخطاء المرتكبة[2]. بينما قرر مجلس الدولة في أحد قراراته أن رقابة القاضي الإداري لا تمتد الى تقدير نسبة درجة العقاب المسلط، إلا إذا تبين له عدم التلازم الواضح بين نسبتي الخطأ والعقوبة، وهو أمر غير متحقق في قضية الحال، بالنظر الى خطورة الخطأ الثابت [3].

أما في المجال الثاني، فقد صرحت الغرفة الإدارية للمحكمة العليا بتاريخ 21 أفريل 1990،بأن القاضي الإداري ليس مؤهلا لرقابة تقدير اختيار الإدارة للأماكن محل نزع الملكية، وذلك لإنجاز مشاريع المنفعة العمومية، وفي هذا التصريح رفض كامل للانتقال إلى الأساليب الحديثة لاسيما نظرية الحصيلة. لكن المحكمة العليا بدأت تُطور في موقفها، حيث قالت في قرارها المؤرخ في 24 جويلية 1994، بأن "القاضي الإداري مؤهل لتقدير ملائمة التدابير المأمور بها لمتطلبات الوضعية..." [4]، كما أكدت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 23 فيفري 1998 على رقابة فعالية المنفعة العمومية [5].

وفضلا عن ذلك، نجد أن العمل بمفهوم الغلط الواضح مطبقا في مجال الرقابة على اسباب القرار، ففي قرار يحياوي ضد وزير العدل ذهبت المحكمة العليا إلى أن المشرع وتطبيقا للمادة 531 من قانون الإجراءات الجزائية الخاصة بطلبات المراجعة، قد ترك لوزير العدل تقدير الأسس التي يؤسس عليها طلبه بالمراجعة. وبالنتيجة فإن الوزير حُر في اخطار أو عدم اخطار النائب العام بطلب المراجعة مادام ذلك يدخل في نطاق الاختصاص التقديري. غير أن

---

1 – المرجع نفسه، ص. 125.

2 - فريدة أبركان، رقابة القاضي لإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص. 40.

3 – مجلس الدولة، قرار غير منشور فهرس 371، بتاريخ 26 جويلية 1999، أشار اليه محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات...، المرجع السابق، هامش الصفحة 178.

4 - قضية والي برج بوعريريج ضد شركة سوتريبال، أشار اليها العربي زروق، مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار): النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية، مجلة مجلس الدولة، العدد 8، 2006، ص. 140

5 – المحكمة العليا، قرار رقم 15362 المؤرخ في 23 فيفري 1998 بين فريق بن عبد الله ووالي ولاية مسيلة، أشار اليه العربي زروق، مبدأ الموازنة...، المرجع السابق، ص. 141.

قراره ومادام يُضيق من ممارسة حق محمي قانونا، أي حق الدفاع فإنه يشكل في نفس الوقت مساسا خطيرا بحرية أ الأفراد، وأن مثل هذا القرار يجب أن يكون مسببا، وأن وزير العدل بقراره هذا قد ارتكب غلطا واضحا في تقدير أسس طلب المراجعة المقدم من طرف الطاعن[1].

وفي هذا الإطار ترى الأستاذة فريدة أبركان مجانبة الصواب (في اعتقادنا) [2] ، بأنه بالإمكان التقريب بين الاجتهاد القضائي للغلط الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة المطبقة في مجال نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، فقاضي تجاوز السلطة يتثبت هنا من مدى تحقق أو عدم تحقق الشرط المتعلق بالمنفعة العمومية، ومن جهة أخرى يستخلص ويأخذ نتائج هذا القرار بعين الاعتبار. وفي الواقع العملي فإن المسعى الملموس للقاضي عندما يُقدر هذا القرار قريب جدا من ذلك المسعى الذي يستعمله بخصوص نظرية الغلط الواضح في التقدير، بمعنى أن القاضي سيُراقب العمليات الغير معقولة والمبالغ فيها بصورة كبيرة. وهو ما قررته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ 13 جانفي 1991، حيث يُستخلص من تقرير الخبير بأن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة

---

[1] – فريدة أبركان، المرجع السابق، ص. 40، 41.

[2] - وقبل تبرير هذا الموقف يجدر بنا الإشارة إلى مفهوم نظرية الموازنة، حيث ظهر اتجاه قضائي لا يقل جرأة يتمثل في رقابة الاختيار الحر أو التقديري للإدارة، يُسمى برقابة الموازنة بين التكاليف والمزايا المترتبة عن القرار التقديري للإدارة، إذ يعتبر هذا القرار معيبا ومن ثمة جديرا بالإلغاء، إذا كان مشتملا على عيوب أو أضرار تخل بالتوازن السابق. ففي مجال الاستثناءات التي قد ترد على الرخيصات العمرانية أو في مجالات التدخل الاقتصادي، حيث يلعب هذا القضاء دورا أساسيا، أصبح قاضي تجاوز السلطة يُباشر تقييما حقيقيا للمنفعة في ظل كافة المعطيات أو الظروف التي تحيط بالقرار مثل الأضرار التي قد تمس بالملكيات الخاصة، الأضرار البيئية و المساوئ الاجتماعية...الخ لكي يقرر بعد ذلك ما إذا كانت المنفعة العمومية التي تدعيها الإدارة لقرارها تُعد فعلا منفعة حقيقية ومن ثمة جديرة بالحماية، أم أنها لا تتناسب كلية مع ما قد يترتب على هذا القرار من أضرار مالية أو اجتماعية أو بيئية أو غيرها.

فالقاضي يضع طبقا لهذا القضاء المزايا المترتبة عن القرار الإداري في إحدى كفتي ميزان العدالة ويضع في الكفة الأخرى المساوئ والعيوب التي ينطوي عليها. انظر: زروق العربي، التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية ومدى تأثر القضاء الإداري الجزائري بها، مجلة مجلس الدولة، لسنة 2006، العدد08، ص.124،123.

ونحن نعارض موقف الأستاذة فريدة أبركان لاختلاف الرقابة الممارسة في مراقبة الخطأ الظاهر عن تلك الممارسة في الموازنة بين المزايا والمساوئ، ففي الحالة الأولى يقتصر دور القاضي على التدخل في حالة ما إذا كان الخطأ من جانب الإدارة صارخا أو فاضحا أو جسيما، لذلك فإننا نرى بانه من الممكن التقريب بين رقابة التناسب ونظرية الحصيلة، فالقاضي في الحالتين يبحث عن توازن كفتي الميزان، في الحالة الأولى، بين حجم الحرية المعتدى عليها والتقييد الضبطي المتخذ، وفي الثانية بين المنفعة العمومية المحققة والأضرار المالية والبيئية والاجتماعية المترتبة. وفي هذا الإطار يذهب الأستاذ André De Laubadaire إلى أن رقابة الموازنة تمارس بنفس الأسلوب أو النمط الذي تباشر به قرارات الضبط الإداري المحلي و التي أرسى مبادئها قرار Benjamine إذ طبقا لهذا القرار يتم الحكم على مدى صحة التدبير الضبطي بتقييم أمرين أساسين، الأول: الفوائد والمزايا المترتبة عن القرار الضبطي (الحيلولة دون حدوث الخطر الذي يهدد النظام العمومي، اما الثاني فهو الأضرار أو العيوب الناجمة عن هذا القرار (الاعتداء على حريات المواطنين)، بحيث لا يعتبر التدبير الضبطي صحيحا إلا إذا كان من شأنه تحقيق توازن بين هذين الأمرين. A. De Laubadaire, le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du conseil d'Etat Français, in mélange Waline, p. 531 et ss أشار الى هذا الرأي رمضان محمد بطيخ، المرجع السابق، ص. 323. الى جانبه كتب الفقهاء G. Dupuis, M.J. Guédon, P. Chrétien, droit administratif, Sirey, 12 édition, 2011, p.644, بأن القضاء التقليدي لمبدأ التناسب قد تم نقله الى مجالات أخرى كنظرية الحصيلة، بحيث توجد عدم مشروعية إذا تم خرق مبدأ التناسب أو إذا كانت الحصيلة "التكاليف – الامتيازات غير متوازنة، أو اذا كان الميزان بين منفعة وعدم المنفعة غير متوازن. وفي نفس هذا الإتجاه قال الأستاذ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 789، أن مبدأ التناسب هو جوهر هذه النظرية الجديدة، نظرية الموازنة بين التكلفة والمزايا.

العمومية، وإنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على طريق. وحيث أن الهدف من العملية أي إشباع حا ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن [1].

وحول موقف القاضي الجزائري من نظرية الحصيلة، كتبت الأستاذة ليلى زروقي بأن القاضي يملك اليوم الرقابة الكاملة للتحقق من وجود المنفعة العمومية...لكن السؤال المطروح يكمن فيما يلي: هل يذهب القاضي إلى الأخذ بالنظرية التقييمية ليتحقق بموجبها بأن المشروع المراد انجازه سيُرتب منافع تفوق مساوئه بالمقارنة مع المساس بالملكية الفردية وقيمة الإنجاز والأضرار الاجتماعية المنجرة عنه ؟ مبدئيا ليس هناك ما يمنع ما دام القاضي لا يتدخل في الملائمة ولا يراقب المسائل التي تدخل ضمن السلطة التقديرية للإدارة...وعلى كل فإن المسألة تعد محسومة ما دام المنشور الوزاري رقم 007 المؤرخ في11ماي1994 قد تبنى النظرية التقييمية في تعريفه للمنفعة العمومية [2]. وهو رأي لا يمكن أن نوافقها فيه لأنها لم تقدم أي قرار يُثبت تكريس القاضي الجزائري لنظرية الحصيلة، فإذا كانت المسألة محسومة حسب رأيها تشريعيا فهي ليست كذلك قضائيا.

لذلك نخلص إلى القول بأنه إذا كانت رقابة القاضي الجزائري قد امتدت إلى رقابة الخطأ الظاهر في مجال الوظيفة العمومية، فإن تطبيق النظرية التقييمية ما يزال غريب عليه. وبالتالي فإنه بعيد كل البعد عن تطبيق الأساليب الحديثة بل والتقليدية أيضا (مبدأ التناسب) في مجال الضبط الإداري.

[1] – المرجع نفسه، ص. 41. 40.

[2] – ليلى زروقي، دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة، مجلة مجلس الدولة، لسنة 2003، العدد 03، ص. 16-18.

بعد قيامه بعملية الرقابة ينتهي القاضي إلى مجازاة عدم المشروعية، لكن جرأته ليست لها في كل الأحوال أثرا على رقابة التأسيس الجيد للقرار، إذ يستطيع في إطار الاهتمام بتجنب الإبطال عديم الجدوى، وبهدف ضمان رقابة فعالة للوقائع أن يُصحح القرار الذي تكون بعض أسبابة غير صحيحة، كما يستطيع اللجوء إلى تقنيات تؤدي إلى مراقبة القرارات المتنازع فيها، وفي هذه الحالة يُراقب القاضي الوقائع للتحقق من مشروعية عناصر أخرى للقرار المتنازع فيه.

المطلب الأول: التقنيات التصحيحية

مع أن قاضي تجاوز السلطة لا يملك إلا التصريح بمشروعية أو بعدم مشروعية القرار المتنازع فيه، وبالتالي إبطاله، فإنه يُفضل أحيانا الابتعاد عن هذا المخطط التقليدي، ذلك أن التقنيات التصحيحية تُعطى له بناء على طلب الإدارة أو من تلقاء نفسه تصحيح اللامشروعية المتضمنة في القرار الإداري محل الرقابة، وبهذا فهي تسمح باقتصاد الإلغاءات الفقهية [1] . وعلى هذا الأساس، فمتى أُخطر القاضي الإداري بطعن بالبطلان موجه ضد قرار يندرج ضمن الاختصاص المقيد للإدارة، فبإمكانه تغطية أو التستُّر على عدم المشروعية التي تُرتب بطلانه، في هذه الحالة يمتنع قاضي تجاوز السلطة عن مراقبة الأسباب التي اتخذ على أساسها هذا القرار لتجنب الإلغاءات الغير مفيدة. بهذا الصدد فإن تقنيات حلول الأسباب والوسائل الغير فعالة تسمح بتصحيح القرار الملزمة الإدارة باتخاذه في كل الأحوال.

الفرع الأول: تقنيات الإستبدال

تُقدم أحيانا تقنية استبدال الأساس القانوني كإجراء يسمح بالتصرف على الأسباب القانونية للقرار، وتقنية استبدال الأسباب كتقنية تسمح بالتصرف على الأسباب الواقعية [2].

أولا: تقنية الإنزلاق بالأساس القانوني (إستبدال الأساس القانوني أو القاعدة الشرعية)

القاعدة الشرعية هي الأساس القانوني للقرار الإداري، الذي يؤدي غيابه إلى تجريد هذا القرار من كل قيمة قانونية، والذي يمكن أن يكون قانونا أو مبدأ قانونيا عاما أو تنظيما إداريا أو قرارا قضائيا صادرا عن جهة تابعة للنظام القضائي العادي أو الإداري [3]، وبالتالي فإن الأساس القانوني سابق في الوجود على القرار الإداري، وهو بذلك

---

1 - R. Chapus, droit de contentieux administratif, 2008, 13 me édition, p. 1005.

2 - J. M. Peyrical, le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration, étude sur la neutralisation et la substitution des motifs, AJDA. 1996. p. 309.

3 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 382, N°- 1267.

العنوان القانوني الذي يؤهل الإدارة للتصرف، هذا العنصر الموضوعي الذي يكون وجوده ضروريا للتسبيب الشكلي للقرار يُميز بسهولة عن أسباب القرار [1].

والإدارة عندما تتخذ قرارا إداريا فإنها تختار الأساس القانوني الذي تستند إليه، فإذا ظهر بعد ذلك بأن هذا الأساس خاطئ، فهل القاضي ملزم بمتابعتها وإبطال قرارها أم أنه يستطيع استبدال الأساس القانوني المختار بأساس آخر يبرر قانونا قرارها ؟ إجابة على هذا السؤال، نقول بأنها توجد أوجه تُرتب البطلان التلقائي للقرار، كعدم الاختصاص ومخالفة الأشكال الجوهرية وتجاوز السلطة وغير ذلك، فأهميتها لا تسمح للقاضي بترميم القرار، بالمقابل عندما يتعلق الأمر بالأسباب فإن القاضي يستطيع استبدال الأسباب الغير مشروعة بأسباب أخرى تُعطي للقرار المتنازع فيه تأسيسه القانوني [2]، ويُترجم هذا المسعى من جانب القاضي في المحافظة على القرار الإداري بواقع نفوره من توقيع الإبطال عديم المعنى وعديم الفائدة. وتتم هذه العملية بقيام القاضي بتحديد الأساس القانوني الصحيح أو القاعدة الشرعية للقرار المتنازع فيه، وذلك بربطه بالنص الذي من المفروض أن يُشكل أساسا بالنسبة إليه، وهكذا فإن هذه العملية تتناول "العنوان القانوني" المنشئ والمؤسس للقرار المتنازع فيه، وهي تسمح للقاضي بأن يبحث بنفسه عن النص المنقذ عن طريق الانزلاق بالأساس القانوني [3]، وبالتبعية فإن غياب الأساس الشرعي لا يُشكل وجها للإلغاء الآلي. هذا ونكون بصدد غياب الأساس القانوني في الحالات التالية:

– عندما يكون القرار المتنازع فيه مجرد من كل أساس قانوني أو تنظيمي، فلا يمكن بأي حال من الأحوال اسناده إلى أي قاعدة شرعية.

– وعندما يكون الأساس القانوني المختار غير صحيح، في هذه الحالة يجب تمييز الأساس القانوني الغير صحيح عن عيب الشكل الذي لا يُرتب البطلان، وعن الانحراف بالإجراء الذي يقتضي نية متعمدة وماكرة.

– كما يُعتبر مجرد من الأساس القانوني، القرار الناتج عن التطبيق المسبق لقانون دون صدور التنظيم الذي يُحدّد كيفيات تطبيقه، والقرار المتخذ بناء على تنظيم إداري ملغى، غير أنّه إذا أمكن إيجاد الأساس القانوني في القانون نفسه، فيستبعد القاضي التنظيم الغير مشروع الذي استندت إليه الإدارة ويقوم بإحلال محله الأساس المشروع ويرفض الطعن [4]. وحتى يكون إحلال الأساس القانوني مقبولا، يجب أن تتمكن الإدارة على أساس النص الجديد من اتخاذ نفس القرار، بنفس السلطات التقديرية واحتراما لنفس الأشكال والإجراءات، وبهذا الصدد وضع مجلس الدولة الفرنسي مؤخرا توضيحات مهمة تتعلق بتقنية استبدال الأساس الشرعي في قرار EL Bahi المؤرخ في 3 ديسمبر

---

1 - S. Ktistaki, Op. Cit., p. 310.
2 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 385.
3 - F. Blanco, pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, P.U. AIX- Marseille, 2010, p. 310, « l'opération… réside dans « un glissement du support juridique ».
4 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 383- 385.

2003 [1]، حيث ذكر في هذا القرار بوضوح الشروط التي يستطيع القاضي الإداري في ظلها أن يستعمل مثل الإجراء القضائي لتصحيح اللامشروعية والمتمثلة في:

أ- أن يتأكد القاضي بأنه يُمكن للإدارة اتخاذ القرار المتنازع فيه بمقتضى نفس سلطتها التقديرية وعلى أساس النص المستبدل به [2].

ب- ألا تُجرد هذه التقنية المدار من الضمانات.

ج- يخضع اللجوء لهذه التقنية إلى مبدأ الحضورية: فقبل أن يلجأ القاضي إلى استبدال الأساس القانوني يجب عليه أولا أن يحُث الأطراف على تقديم ملاحظاتهم.

د- في الأخير ذكر مجلس الدولة بوضوح بأن هذه التقنية تُثار من طرف القاضي الذي يمكنه أن يطبقها بمبادرته الخاصة دون أن يكون خاضعا لأطراف النزاع.

وقد سبق للقاضي الإداري الفرنسي قبل صدور قرار الباهي سالف الذكر، أن عمل على وضع حدود لمفهوم الحلول بموجب قراره المؤرخ في 24 جوان 1960، فقد رفض الطعن ضد الحجز على الأعمال الصحفية الذي تم في الجزائر من طرف المحافظ، بناء على نص المادة 10 من قانون التحقيق الجنائي القديم، حيث اعتبر محافظ الحكومة Heumann بأن هذه الحجوز هي قرارات ضبطية مؤسسة ليس على المادة 10 سالفة الذكر، لكن على مرسوم 17 مارس 1956 الذي يعطى للهيئات الإدارية في الجزائر سلطة مراقبة الصحافة. رغم ذلك لم يتبع مجلس الدولة محافظه للحكومة، ورفض القيام بإحلال الأساس القانوني معتبرا بأن الأمر لا يتعلق بخطأ في الأسباب القانونية لكن بانحراف في الإجراءات [3] .

ثانيا: تقنية إحلال الأسباب

إن تقنية إحلال أو استبدال الأسباب هي إجراء لتصحيح عدم المشروعية، فهذا الإجراء يسمح للقاضي في وجود قرار إداري مُؤسس على سبب غير مشروع، أن يستبدل السبب المعيب بسبب صحيح من أجل إصلاح التدبير المتنازع فيه وفقا لمقتضيات المشروعية. ويكون استبدال الأسباب أكثر جرأة، عندما يدفع بالقاضي الى استبدال السبب المقدم من طرف الإدارة، بالسبب الجيد، فالسبب المشروع في هذه الحالة لم يتم تصوره من طرف متخذ القرار، لكن من طرف القاضي نفسه[4]. وإذا كان استبدال الأسباب محصور في فرضيات الاختصاص المقيد [5]، فقد

---

1 - CE. 03 Décembre 2003, AJDA. 2004, p. 202.
2 - D. Bailleul, « les nouvelles méthodes du juge administratif », AJDA. 13 septembre 2004, p. 1627.
3 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 386, N°- 1269.
4 - B. Seiller, « l'illégalité sans l'annulation », AJDA. 10 mai 2004, N°- 81, p. 966.
5 - F. Blanco, Op. Cit., p. 313.

قبل مجلس الدولة الفرنسي مؤخرا في ظل بعض الشروط أن يمتد استعمال هذه التقنية إلى الوضعيات التي تتعلق بخصوصها الإدارة باختصاص تقديري [1].

أ- تقنية إستبدال الأسباب في حالة الإختصاص المقيد للإدارة

إن تقنية إستبدال الأسباب لا تتناول الأساس القانوني المتمسك به من طرف الإدارة عند اتخاذ القرار المتنازع فيه، لكنها تتناول الأسباب وخاصة الأسباب الواقعية التي أدت إلى اتخاذه عندما تكون سلطات الإدارة مقيّدة، أي عندما يكون معنى ومضمون القرار مُحدد مسبقا بموجب القاعدة القانونية، فإن القاضي يستطيع تصحيح القرار بالاستناد إلى سبب غير الذي استندت إليه الإدارة، بتبرير مفاده أن الإدارة تستطيع اتخاذ القرار بنفس المضمون وبالتركيز على سبب مشروع [2]، لذلك فإن هذه الإمكانية ليست في متناول القاضي إلا بخصوص القرارات الملزمة الإدارة باتخاذها في إطار الاختصاص المقيد، وهذا من أجل إنقاذ القرار من إلغاء أكيد، لكنه مجرد من كل الآثار العملية. وعند قيامه بهذه العملية فإن القاضي يقوم بمهمتين تتعلق الأولى بمعاينة أن السبب مشوب بعدم المشروعية، فيما تتناول الثانية معرفة ما إذا كانت توجد أسباب أخرى تبرر قانونا اتخاذ القرار.

إلى هذا الاختلاف بين استبدال الأساس القانوني واستبدال الأسباب لم يضاف اختلاف ثاني، فوحده استبدال الأساس الشرعي كان يمكن القيام به في حالة الاختصاص التقديري للإدارة، فيما يبقى استبدال الأسباب محصور في الفرضيات الضيقة للسلطة المقيّدة [3].

ب- تقنية إستبدال الأسباب خارج فرضيات الإختصاص المقيّد

لقد طُرحت على القضاء مسألة إمكانية إستناد الإدارة خلال الدعوى لأسباب جديدة لتبرير قرارها، في بداية الأمر رفض مجلس الدولة الاستناد إلى أسباب جديدة بهدف تجنب إلغاء القرار، الا أنه عدل عن موقفه في مرحلة حديثة جدا بموجب قرار السيدة هلال المؤرخ في 2004 [4] . يتعلق الأمر بقرار لجنة الطعون التي رفضت طعن السيدة هلال ضد قرار المجلس الفرنسي العام بعنابة الذي رفض منحها تأشيرة الإقامة الطويلة، بسبب أن المعنية لم تكن منفصلة عن بلدها الأصلي، إذن لقد كان السبب المتمسك به مشوبا بعدم المشروعية، ووعيا منه بثغرات التبرير الأول للقرار استند وزير الشؤون الخارجية الفرنسي في مرحلة الاستئناف إلى سبب آخر، مستخلص من كون هذه الأخيرة لم تُبرر في تاريخ القرار تلقيها المنتظم لمصادر مالية من أولادها الفرنسيين القاطنين في فرنسا، وقد قرّر مجلس الدولة في هذه القضية بأن الإدارة تستطيع الاستناد في الدرجة الأولى كما في الاستئناف أمام قاضي تجاوز السلطة إلى

1 - L. Diqual, la compétence liée, L.G.D.J. 1964, p. 501, « En cas de compétence liée, les motifs imposés par la règle de droit, s'ils existent, peuvent être substitués aux motifs invoqués ».
2 - D. Bailleul, Op. Cit., p. 1627.
3 - F. Blanco, Op. Cit., p. 311, 312
4 - CE. 6 Février 2004, M. Hallal, AJDA. 2004, pp. 436-439., G. Peiser, Op. Cit., p. 196.

أن القرار المطلوب إبطاله مُبرر قانونا بموجب سبب قانوني أو واقعي غير ذلك الذي أشارت إليه في البداية [1]، لذ يجب أن يكون مؤسس قانونا على الوضعية الموجودة في تاريخ هذا القرار[2]. وعليه فإن مثل هذا الحلول لا يمكن أن يتم إلا بتوفر شروط وهي:

- يجب أولا أن يتم التماس الاستبدال من طرف الإدارة، وعلى عكس ما تم في اطار استبدال الأساس القانوني للقرار، فإن القاضي لا يستطيع استبدال الأسباب من تلقاء نفسه، ويجب بعد ذلك أن يتأكد من أن الإدارة ستتخذ نفس القرار لو أنها استندت منذ البداية لهذا السبب الجديد، فمناسبة السبب يجب أن تقدر اعتبارا من الوضعية القانونية والواقعية الموجودة في تاريخ القرار المتنازع فيه.
- كما يجب على القاضي أن يمُكن الطاعن بنفسه من تقديم ملاحظاته حول الحلول الملتمسة من طرف الإدارة، فاحترام الإجراء الحضوري يُشكل أقل ضمانة لصالح الطاعن.
- في الأخير يجب ألا يُجرد استبدال الأسباب الطاعن من أية ضمانة اجرائية مرتبطة بالسبب محل الاستبدال.

إلا أنه ورغم اجتماع هذه الشروط يبقى القاضي متمتعا بهامش تقديري كبير، بحيث يبقى الاستبدال المطلوب إمكانية بالنسبة إليه، فالأمر لا يتعلق بدورة استدراكية بالنسبة للإدارة [3]. مع ذلك فإن القضاء الجديد في مجال حلول الأسباب، قد دفع بالاعتراف للإدارة بامتياز تقديم أسباب جديدة خلال القضية، قادرة على حجب عدم المشروعية، وبالتالي فإن الحل الذي جاء به قضاء هلال سيحُث الإدارة على عدم البحث عن السبب الجيد إلا خلال الطعن القضائي.

وإذا كان بعض الفقه يرى في قضاء السيدة هلال، بأنه سمح بتخفيف الشروط التي تسمح بتطبيق تقنية حلول أو استبدال الأسباب والانشغال بتحقيق الواقعية والفعالية، واستبعاد المعنى الصارم لرقابة المشروعية والمساهمة في تحرير الطعن لتجاوز السلطة من الطوق الذي كان عليه، كما ساهم في تخلص القاضي شيئا فشيئا من دوره الطبيعي في المراقبة ليساهم مباشرة في عملية بناء المشروعية [4]، فإننا لا نتفق مع هذا الرأي ببساطة لأنه يتعارض مع الدور الطبيعي الذي من أجله وُجد القاضي الإداري، فتاريخ نشأة القضاء الإداري يُبين بأن الأخير ما أُنشأ إلا ليضع حدا لتجاوزات الإدارة من خلال إخضاع قراراتها للرقابة القضائية، فإذا مد القاضي يده إلى عملية اتخاذ القرار الإداري، فما هو الدور المتبقى الإدارة ؟ وبالتالي فإننا نؤيد الرأي الذي يعترض على عملية استبدال الأسباب باعتبارها عملية تضر بمصالح المتقاضين، ففضلا عن الرضى المعنوي الذي يحققه إبطال القرار، فقد يكون لهذا الإبطال أثرا ماليا حينما يسمح للطاعن بالحصول على الأقل على تعويض المصاريف القضائية [5] .

---

[1] - لهذا السبب يوجد من الفقه من اعتبر أن الإدارة ومن بعدها المحكمة لا تقوم بإحلال السبب الصحيح مكان السبب الخاطئ، وانما تكشف عن السبب الحقيقي وتجري عليه رقابتها. مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 814.

[2] - B. Seilleur, Op. Cit., p. 966.

[3] - I. Ben Hassen, Op. Cit., pp. 320.321 ; F. Blanco, Op. Cit., p. 314.

[4] - F. Blanco, Op. Cit., p. 315.

[5] -I. Ben Hassen, Op. Cit., pp. 320.321 ; F. Blanco, Op. Cit., p. 323.

الفرع الثاني: تقنية تحييد سبب أو عدة أسباب

يتعلق الأمر في بعض الأحيان باستبعاد بعض الأسباب الخاطئة للتمسك فقط بالسبب الذي يبرر بشكل صحيح القرار المتنازع فيه [1]، وهكذا وإن كانت تقنية استبدال الأسباب وتقنية تحييد الأسباب تبديان بعض التماثل، باعتبارهما تسمحان بالتصرف على أسباب القرار المتنازع فيه، فإنهما تختلفان في أن تقنية تحييد الأسباب تمنح للقاضي إمكانية التمسك بالسبب القادر على التأسيس القانوني للقرار من بين عدة أسباب، في حين أن التقنية الثانية تسمح له بالذهاب أبعد من ذلك، باستبدال السبب المتمسك به أولا بالسبب المناسب، ففي مواجهة قرار الإدارة المؤسس على عدة أسباب يستطيع القاضي بعد القيام بعملية فرز، أن يتمسك فقط بسبب وحيد من شأنه أن يؤسس قانونا القرار المتنازع فيه.

لقد نتجت هذه الوضعية القانونية بوضوح عن قضاء مجلس الدولة في قرار Dame Perrot [2]،حيث قرّر بأن القاضي سيبحث من الآن فصاعدا عما إذا كانت الإدارة ستتخذ نفس القرار إذا لم تأخذ في اعتبارها إلا الأسباب القانونية، ولقياس تأثير وأهمية الأسباب لا يرجع القاضي فقط إلى عبارات القرار أو إلى وثائق الملف، بل يستعمل أيضا سلطاته الاستقصائية، للتحقق مما إذا كان متخذ القرار سيتخذ نفس القرار، لو لم يتمسك إلا بالأسباب المعترف بأنها صحيحة [3] . ومنذ صدور هذا القرار، فإنه وفي حالة وجود أسباب يكون بعضها غير مشروع، يحتفظ القاضي بالقرار المتنازع فيه إذا تبين له من وثائق الملف أو من التحقيق، بأن الأسباب القانونية ستُرتب نفس القرار. ومن هذا المنطلق قال بعض الفقه بأن قضاء السيدة Perrot قد وضع حدا للتمييز بين الأسباب الدافعة والأسباب الزائدة، باعتبار أن القاضي لا يبحث فيما إذا كان السبب دافعا أو زائدا بل يبحث فقط فيما إذا كانت الإدارة ستتخذ نفس القرار لو أنها اعتمدت فقط على الأسباب الصحيحة [4]. وكما يُشير إلى ذلك اسمها، فإن هذه العملية تهدف إلى تحييد أو استبعاد الأسباب الخاطئة، بإعطاء القرار المتنازع فيه، الأساس الوحيد الذي من الممكن أن يُبرره قانونا، فمن خلال تحييد سبب أو عدة أسباب يُعيد القاضي الأساس الوحيد الصحيح للقرار، وتحت غطاء التحييد يجري القاضي تصحيحا حقيقيا للقرار.

---

1 - B. Seilleur, Op. Cit., p. 966.

2 - CE. ASS. 12 janvier 1968, dame Perrot, AJDA. 1968, jurisprudence, p. 179, conclusions, Kahn ; Gustave Peiser, contentieux administratif, Dalloz, 14 eme édition, 2006, p. 195.

3 - « … l'arrêt dame Perrot parait fondé sur une appréciation plus subjective : « il ne résulte pas de l'instruction que le préfet aurait, s'il n'avait retenu que l'autre motif, pris la même décision ». Se référant d'une part a l'instruction et non au dossier, d'autre part à l'auteur de l'acte et non à l'acte lui-même … », M. M. Massot, Dewost, chronique de jurisprudence administrative, AJDA. 1968, p. 339, cité in I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 328.

4 - « … la jurisprudence Perrot a mis fin à la distinction entre motif déterminant et motif surabondant. Ils préfèrent parler de neutralisation des motifs. Le juge ne vérifie pas si le motif illégal était déterminant ou surabondant mais il cherche si l'administration aurait pris la même décision en ne se fondant que sur les seuls motifs exacts, R. Chapus, droit du contentieux administratif, 13 ème édition, Paris. Montchrestien, 2008, p. 917.

لهذا السبب اعتبر الأستاذان J. M. Auby et R. Drago بأنه يجب الاعتراف بأن هذه التقنية تعطي للقاضي سلطات تقديرية مهمة تقتضي تحديد جديد للسلطة التقديرية للإدارة [1]. كما اعتبر الفقيه Ch. Pasbecq بأنه يوجد في هذه الحالة خطر منافسة القاضي لمتخذ القرار في تقديره للوقائع [2]، ذلك أن تقنية تحييد الأسباب تسمح للقاضي بالتدخل على مستوى عملية إنشاء القرار ذاتها، إذ أنه يحاول إعادة بناء كلي لتفكير مُتخذ القرار، فهو يضع نفسه في مكان الإدارة لتقدير ما إذا كان سيتخذ نفس القرار بالنظر إلى الأسباب القانونية، بمعنى أنه يقوم بتفسير إرادة وتفكير الإدارة عندما اتخذت القرار.

وفي محاولة لتلطيف هذا الوضع، قال جانب من الفقه بأن القاضي يفترض إرادة الإدارة، دون الوصول إلى حد الحلول محلها، في الحقيقة إنه يمر من دوره كمراقب للإدارة إلى معاون لها، لأنه يفحص ما إذا كانت ستتخذ نفس القرار لو أنها استندت إلى الأسباب الصحيحة، فالقاضي لا يُعيد العملية التي قام بها الموظف الإداري لأنه لا يتدخل في عملية اتخاذ القرارات، لكنه يبحث عن إعادة تأسيس إرادة متخذ القرار، مُفترضا التقدير الذي سيقوم به انطلاقا من الأسباب المستند إليها من طرفه عند اتخاذ القرار [3] .

وعلى خلاف الوضع في فرنسا كرست المحكمة الإدارية التونسية تمييز الأسباب إلى دافعة (حازمة) وزائدة، فقالت في قرارها المؤرخ في 25 ماي 2005: "إنهما يمثلان السبب الحاسم الذي اعتمدته الإدارة في اتخاذ قرارها"، وقالت في قرارها المؤرخ في 26 فيفري 2005: "وحيث استقر فقه وقضاء هذه المحكمة على أنه في صوره تعدد أسباب القرار المطعون فيه وثبوت بعضها دون البعض الآخر، فإن القاضي يستند إلى السبب الحاسم لينتهي إلى إبطال القرار المطعون فيه في صورة ثبوته، ضرورة أن الإدارة ما كانت لتتخذ ذات القرار بالاستناد فقط إلى ما عداه من الأسباب وإن قامت الحجة على ثبوتها" [4].

في الأخير نقول بأن تقنيات الحلول وتحييد الأسباب تُصنف كإجراءات تصحيحية، تسمح للقاضي بتجنب الإبطال، والثمن هو تصحيح القرار المتنازع فيه، وهي تختلف عن التقنيات المبطلة التي لها تأثير محدود على الإجراء المتنازع فيه، مع ذلك فإنها تسمح بالمحافظة على القرار الإداري.

1- « il ne faut pas dissimuler que cette jurisprudence confère au juge d'importants pouvoir d'appréciation et qu'elle implique une nouvelle limitation du pouvoir discrétionnaire, J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit. p. 378.

2- « il ya, de tout temps, un danger pour le juge de concurrencer l'auteur de l'acte dans son appréciation des faits ». Ch. Pasbecq, Op. Cit., p. 804.

3- S. Ktistaki, Op. Cit., p. 317.

4- I. Ben. Hassen, Op. Cit., p. 329.

في مواجهة عيب قادر على تبرير الجزاء ضد القرار الإداري، يختار قاضي تجاوز السلطة أحيانا الامتناع عن الإبطال الغير مفيد، ويستعمل لذلك تقنيات يمكن تسميتها بالتقنيات المبطلة، يتعلق الأمر بإزالة عيب المشروعية لصالح حل موجه للمحافظة على القرار، أول هذه التقنيات يتمثل في التفسير المبطل للقرار في اتخاذ المشروعية.

الفرع الأول: التفسير القضائي للقرار في اتجاه المشروعية "إزالة السُم" أو "نزع السم"

لقد لخص العميد Odent هذه التقنية المدمجة ضمن سلطات قاضي المشروعية كالتالي: "عندما يكون النص أو القرار مُحرر بمصطلحات مبهمة تحتمل تفسيرين، يؤدي أحدهما إلى التصريح بعدم المشروعية في حين أن الآخر يتوافق مع المشروعية، فيكون غرض القاضي في هذه الحالة هو تبني التفسير الذي يسمح له بالتصريح بمشروعية النص أو القرار[1].

وإذا كانت تقنية التفسير المبطل تسمح في بعض الأحيان بوصول التفسير الذي يقوم به القاضي إلى حد إعادة صياغة النص المتنازع فيه، فإن هذه الآلية لا تستعمل في ترميم القرار المتنازع فيه، بل إنّها تهدف إلى استبعاد العيب المزعوم عن طريق تفسير الأحكام محل النزاع، فهذا الإجراء له غرض الإبطال والإزالة (إبطال أو ازالة العيب) وليس له غرض الترميم والتصحيح، وهكذا فبإمكان قاضي تجاوز السلطة أن يتخلص من القيد الكلاسيكي المتمثل في البطلان أو رفض الطعن لصالح طريق ثالث. وبهذه الطريقة تستفيد كل من الإدارة والمدار، تستفيد الإدارة لأن تدخلها لم يُراقب، ولأنها تتجنب تحت غطاء حماية المشروعية الإبطال الغير مفيد، كما يستفيد المدار، لأن الإجراء المفسر لا يمكن أن يلقى إلا تطبيقا قانونيا، وبصيغة أخرى لأن الطاعن يرى بأن طلبه قد نجح من خلال تفسير الأحكام المتنازع فيها في اتجاه المشروعية، فبموجب تفسير مُحدد للقاعدة المتنازع فيها يُصفي القاضي أو يُنقي هذه الأخيرة من كل عيوب المشروعية، وعلى عكس مختلف فرضيات التفسير البناء، لا يُضيف القاضي شيئا للنصوص المتنازع فيها، لكنه على خلاف ذلك ينزع عنها – بفضل ابطال جزء من مضمونها– كل عيب يشوب مشروعيتها. مع ذلك لا يمكن أن يقود هذا الإجراء التفسيري، القاضي في كل الأحوال لأن يقول بأنه "أبيض" ما أراد القانون أن يقول بأنه "أسود"، وسيكون ذلك تجاهل منه لإرادة واضعي القاعدة، فإذا كان القرار الإداري ظاهر اللامشروعية، ولم يتمكن القاضي من ربطه بنسيان أو سوء صياغة، فيجب عليه أن يبطله [2]. وإذا كانت تقنية نزع السم تُشكل إجراء لا يمكن تجنبه،

---

[1]- cité in F. Blanco, Op. Cit., p. 320., D.Loschak, le role politique du juge administratif Français, L.G.D.J. paris, 1972, p. 80 : « l'examen de la réalité jurisprudentielle montre la liberté dont jouit le juge administratif, pour poser les règles juridiques auxquelles il soumet les rapports entre gouvernants et gouvernés ; « le juge à qui la loi fait un devoir de statuer même en cas d'obscurité on d'insuffisance des textes, est amené à suppléer la carence du législateur, soit en se livrant à une interprétation de sa volonté, soit en créant lui-même , de toutes pièces, le droit applicable. « D. Loschak, Op. Cit., p. 81, 82.

[2] - « il nous semble que la technique qui consiste à interpréter restrictivement un texte pour pouvoir en admettre la légalité ne peut être utilisée avec bonheur que pour lever une ambiguïté qu'il peut receler on en combler une lacune involontaire. Elle ne peut aller jusqu'à lui faire dire

يسمح للقاضي بإزالة عيوب القرار وتجنبه الإبطال الغير مفيد، فإنه يوجد إلى جانبها تقنيات أخرى تسمح بتحـ اللامشروعية.

الفرع الثاني: تقنية الوسائل الغير فعالة

توجد عدة آليات تسمح للجهات القضائية بعزل العيوب المتضمنة في القرار المتنازع فيه وبتجنب إبطاله، مثل هذه الآليات تندرج ضمن فرضيات "تغطية العيوب"، وليس ضمن فرضيات تصحيحها وضبطها، وللتعبير عن الفرق الدقيق بين التغطية والتصحيح أو الضبط، فإن العيب يكون مبررا، بمعنى أننا نقبل وجوده، لكن نكرس عدم فعاليته ويكون مضبوطا régularisé بمعنى أننا نعترف ببطلانه وبتصحيحه الايجابي، فعندما يكون العيب مبررا يعتبر القاضي بأن العيب المستند إليه من شأنه ترتيب الجزاء، وبأنه بدون تأثير على مشروعية القرار وبأنه غير فعال، في حين أن الضبط يتطلب تصحيحا حقيقيا لعدم المشروعية [1] ، ومن هذه الآليات تقنية الوسائل أو الأوجه الغير فعالة. والتي تُعرف بأنها الوسائل التي وإن كانت مقبولة ومؤسسة فإنها غير قادرة على التأثير على نتيجة النزاع [2] ، ويتفق الفقه على أن أسباب تكريس هذه الوسائل تتعلق أساسا بعدم فائدة الإبطال من جهة، وبفعالية الوظيفة القضائية من جهة أخرى. وبخصوص الوسائل المستخلصة من عدم الوجود المادي للوقائع والخطأ في تقديرها يمكن التطرق إلى فئتين من الوسائل الغير فعالة، وهي الوسائل المستند إليها في اطار الاختصاص المقيد للإدارة وتلك التي ليس لها تأثير على نتيجة النزاع.

أولا: الأوجه المستند إليها في إطار الإختصاص المقيد للإدارة

يوجد اختصاص مقيد عندما تكون الإدارة ملزمة بالتصرف في اتجاه معين، ولقد كان إدراج هذه الفئة ضمن الأوجه الغير فعالة أمر مُحير للوهلة الأولى، لأنها قادرة على التأثير على نهاية النزاع، بمعنى على مسألة المشروعية الخاضعة لقاضي تجاوز السلطة [3]، مع ذلك دمجها القاضي ضمن هذه الفئة، وذلك لأسباب عملية، فسيكون غير مفيد إلغاء قرار تكون الإدارة ملزمة في كل الأحوال بإعادة اتخاذه، وبالتالي فإن القاضي يلجأ إلى مفهوم الأوجه الغير فعالة بهدف تجنب الإبطال العقيم والغير مجدي [4]، ففي جميع الأحوال التي تكون فيها الإدارة ملزمة باتخاذ القرار بمضمون محدد، فإن هدم المشروعية المحتملة سيكون بدون تأثير على نتيجة النزاع، فليس من المفيد فحص هذه الأوجه، لأنها وإن كانت مؤسسة فسيُصرح بأنها غير فعالة، والقاضي لا يستطيع قبولها لأن القرار سُيتخذ في نفس المعنى الذي اتخذ فيه، فإذا تم إبطاله فيجب أن يُعاد اتخاذه بنفس العبارات، هذه المعاينة تكفي لرفض العريضة. وبهذا المنطق فإن هذا القضاء يندرج في معنى إثمار العمل القضائي، فالقاضي رغبة منه في تحقيق فعالية تدخله فإنه سيمتنع

---

le contraire de ce qu'il dit, Genevois, conclusions sur, CE. Ass. 02 Novembre 1981, RDP. 1982, p. 486, Cité in F. Blanco, Op. Cit., p. 324.

[1] - J.J. Israël, la régularisation en droit administratif Français, L.G.D.J. 1981, p. 31, cité in F. Blanco, Op. Cit., p. 327.

[2] - R. chapus, Droit de contentieux administratif, 2008, Op. Cit., p. 810.

[3] - R. Chapus, Op. Cit., p. 816.

[4] - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit. p. 374.

عن النطق بالبطلان عديم الجدوى، وسيصرح بعدم فعالية الوجه، لأن الإدارة ستُعيد إصدار نفس القرار تصحيحه. ما دفع بالبعض إلى التصريح بأن مثل هذا الحل يشهد على دخول جرعة معينة من الواقعية في قضاء تجاوز السلطة [1].

بالمقابل اعتبر الأستاذان J. M. Auby et R.Drago بأن مثل هذا الموقف من جانب القاضي الإداري أمر صادم، لأنه يؤدي إلى تغميض العينين في حالة عدم المشروعية التي قد تكون مهمة، ولأنه يجعلنا نقبل بأن البطلان في هذه الحالة لا يتضمن أي أثر عملي، بل إنه مجرد جزاء مُسلط على الإدارة والتي بدونه سوف لن تعطي أية عناية للقرارات الإدارية التي تمارس بصددها اختصاص مقيد، ولا شك أن هذه العيوب سوف تزيد، عندما لا يتعلق الأمر باختصاص مقيد بموجب القوانين والتنظيمات بل مُقيد من طرف القاضي [2].

فحتى وإن كان الإلغاء غير فعال، فإنه يشكل الجزاء القضائي العادي لكل قرار مخالف للقانون، وله في مواجهة الإدارة قيمة أكيدة تأديبية وتربوية، وبالتالي فبقطعه للعلاقة بين عدم المشروعية والبطلان، عن طريق استعمال تقنية الوسائل الغير فعالة في حالة الاختصاص المقيد، يمنح القاضي للإدارة وسيلة فعالة لخرق القواعد القانونية، لذلك فإنه ملزم بتجنب الاستعمال الغير مُنظم وبالنتيجة المفهوم الظالم للأوجه الغير فعالة [3]. ورغم الانتقادات الفقهية المتواصلة وطلبات محافظي الحكومة المتكررة والجريئة، فإن مجلس الدولة لم يضع قيودا على هذه النظرية إلا في 03 فيفري 1999، حيث أوضح بأن تحييد اللامشروعية لا يمكن أن يتم إلا إذا كانت الإدارة في وضعية اختصاص دقيقة بحيث لا يكون بإمكانها أن تتناول بالتقدير وقائع القضية [4]. إن هذا التضييق لمفهوم الاختصاص المقيد يسمح بحصر نظرية الوسائل الغير فعالة في فرضيات مُعرفة بدقة ومُحددة بصرامة.

ثانيا: الأوجه التي ليست لها علاقة بالنزاع

الأوجه الغير فعالة هي تلك الأوجه الغير قادرة على تحديد معنى القرار القضائي، سواء كانت مؤسسة أو غير مؤسسة، أو هي الأوجه التي ليست لها علاقة بالنزاع الخاضع للقاضي، والمستخلصة من كون القرار المتنازع فيه مخالف لنصوص أو لمبدأ معين، في حين أنه اتخذ خارج مجال تطبيق هذه النصوص أو هذا المبدأ [5]. وهكذا اعتبر غير فعال الوجه المستخلص، من مخالفة التشريع المتعلق بالتعويضات عن الحرب، فيما يخص عقار لم يصنف بأنه منكوب بعد الحرب [6].

---

1 - F. Blanco, Op. Cit, p. 333 : « une telle solution témoigne ainsi de l'introduction d'une certaine dose de réalisme dans le contentieux de l'excès de pouvoir ».
2 - J. M. Auby. R. Drago, Op. Cit., p. 375.
3 - J. M. Auby, R. Drago, Op. Cit., p. 375.
4 - CE. Sec. 3 février 1999, Montaignac, cité in F. Blanco, Op. Cit., p. 334.
5 - I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 311.
6 - CE. 14 avril 1961, Sté Sud-aviation, in I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 311.

إجمالا يمكن القول بأن تقنية الوسائل الغير فعالة تسمح للقاضي بحجب عدم المشروعية التي تشوب القرار عندما يكون اختصاص الإدارة مُقيد أو عندما تكون الأوجه المستند إليها بدون تأثير على النزاع. فحتى وإن كانت هذه الأوجه مؤسسة، فلا يمكن الاستفادة من الاستناد اليها أمام القاضي، لأن الابطال في هذه الحالة لن تكون له إلا فائدة نظرية. لذلك، فان أسباب تطبيق هذه التقنية مأخوذة من فعالية ومردودية العمل القضائي.

المطلب الثالث:التعديل الوقتي لآثار الإبطال القضائي

لقد حان وقت ترقية حلول جديدة، يشهد تشكلها على تكيُّف الطعن لتجاوز السلطة مع المقتضيات الحديثة لرقابة المشروعية، ففي مواجهة وضعيات معقدة، لم يتردد قاضي تجاوز السلطة في تطوير وسائله الرقابية، بهدف إعطاء أثر مفيد لقراراته مع المحافظة على فعالية التدخل الإداري، مثل هذا التطور يندرج في اطار المحافظة على القرار وإدامة التدخل الإداري، مع ذلك نجد أن بعض هذه التقنيات تظهر تكيُّف سلطة الإبطال والأخرى تتطور عكس ذلك، تعزيزا لقرار الرفض.

الفرع الأول: الإنذار قبل انقضاء الميعاد [1]

إن التقنيات القضائية التي يتمتع بها قاضي تجاوز السلطة لتجنب الإلغاءات عديمة الجدوى، أثريت اليوم بتقنيات جديدة، مثل هذه التقنيات تهدف إلى منح الإدارة خيار حقيقي في أن ترى قرارها ملغى أو أن تكمله في ميعاد محدد، متبعة التوجيهات المعطاة لها من طرف القاضي، حتى تجعل منه قرارا يتماشى ومقتضيات المشروعية. إن اللجوء إلى هذا المنطق التخييري يُظهر الفائدة المضاعفة لإرشاد الإدارة على طريق الشيء المقضي به مع الاحتفاظ لها بالسلطة التامة في عملية اتخاذ القرار. يتعلق الأمر بتقنية "الإبطال المشروط" وتقنية "الإبطال بآثار مؤجلة" [2].

أولا: الإبطال المشروط أو الإبطال المؤجل

إن تقنية الإبطال المشروط هي تقنية قادرة على منح خيار حقيقي للإدارة قبل ابطال قرارها وعلى مسؤوليتها، هذه الأخيرة، من الممكن أن ترى قرارها يتلاشى إلا في حالة اتخاذها للتصرفات والقرارات التي يُمليها عليها القاضي الفاصل في النزاع، في ميعاد يُحدده هو، بحيث تكون هذه التصرفات والقرارات قادرة على إزالة عدم المشروعية [3].يتعلق الأمر بقيام الجهة القضائية الفاصلة في النزاع، بتضمين الأمر المتضمن في الأسباب الحائزة لحجية الشيء المقضي به توجيهات للإدارة، والتي يجب عليها أن تلتزم بتطبيقها في الميعاد المحدد تجنبا لإلغاء قرارها. وبعبارة أخرى يعلن القاضي بأن القرار المتنازع فيه غير مشروع، مع التوضيح في المنطوق بأن مثل هذا الإلغاء لا ينتج أثره إلا إذا لم تتخذ في الميعاد المحدد من طرفه وحسب الكيفيات الموضحة في أسبابه، التتمات الضرورية لكي تجعله متوافقا مع القانون.

---

1 - B. Seiller, Op. Cit., p. 968.
2 - F. Blanco, Op. Cit., p. 337.
3 - Ibid., pp. 338, 339

إن هذه التقنية يمكن ترتيبها كالتالي، يكون الإبطال المشروط في بداية الأمر حكما مؤقتا، وعندما ينتهي الأجل الممنوح من طرف القاضي، إما يتثبت ابطال القرار نهائيا، أو يُوضع حد لهذا البطلان، إذا تبنت الإدارة الإضافات والتتمات المملاة عليها من طرف الجهة القضائية. وقد قامت محكمة Amiens الإدارية بتكريس هذه التقنية في 24 ماي 2005[1]، وقبلها قرر مجلس الدولة الفرنسي بموجب قراره المؤرخ في 19 جوان 2001 [2] توجيه أمر إلى الإدارة مبينا لها الإجراءات التي يجب عليها اتخاذها تجنبا لإبطال قرارها، كما تلجأ إليها المحاكم الإدارية والمحاكم الإدارية الاستئنائية برضى مجلس الدولة، وقد أوصت مجموعة العمل تحت رئاسة Philippe Pelletier في جانفي 2005، التي تعد تقارير إلى وزارة العدل والتجهيز والنقل وتهيئة الإقليم والسياحة، باستعمال هذه التقنية في نزاعات رخص البناء [3] .

ثانيا: الإلغاء بآثار مؤجلة أو الآثار المؤجلة للإلغاء

رغم اجتماعهما في الآثار، بحيث أنهما يهدفان الى تجنب هدم نص تنظيمي لصالح إكمال معياري مُملى من طرف القاضي، فإن الإلغاء المشروط والإلغاء بآثار مؤجلة ليسا متماثلين كليا، ففي الحالة الأولى يكون القرار القضائي بالإلغاء مؤجلا في الزمن، ولا يُرتب آثاره إلا في حالة عدم تدخل الإدارة في الاتجاه الذي حدده القاضي [4]، لكن في الحالة الثانية فقد تم فعليا النطق بالبطلان من طرف القاضي لكن آثاره مؤجلة في الزمن، للسماح للإدارة بالإفلات من نتاج هدم قرارها، فالإلغاء المشروط يُحلل إلى إلغاء مؤجل في حين أن البطلان بآثار مؤجلة، يتميز بالآثار المؤجلة للبطلان المنطوق به فعليا [5].

وقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي هذه التقنية لأول مرة بموجب قراره المؤرخ في 27 جويلية 2001 المعروف بقرار Titran [6]، وتكمن خصوصية الأسلوب المطبق من طرف المجلس في هذا القرار، في التنسيق بين منطق التخيير والآثار المؤجلة زمانيا لبطلان نُطق به فعلا، وبالتالي يمكننا أن نتكلم هنا عن بطلان بآثار مؤجلة وتخييرية.

في الواقع لقد عدّل مجلس الدولة الأثر الآلي للبطلان، مقررا تأجيل الآثار المباشرة لقراره، بمعنى الالتزام بإلغاء النصوص الغير مشروعة مع منح الإدارة خيار حقيقي، وبالتالي فإن الإدارة تتمتع في هذه الحالة بمدة محددة من الزمن لكي تفلت من الآثار الفعالة لقرار القاضي. فعلاوة عن التأجيل المؤقت للآثار الآلية للبطلان، فإن القرار القضائي يمنح

[1] - T.A. d'Amiens, 24 mai 2005, M. Dubrique et autres, AJDA. 2005, p. 2416.
[2] - CE. ASS. 19 juin 2001, wassilikiotis, AJDA. 2001, p. 1046.
[3] - F. Blanco, Op. Cit., p. 341.
[4] - B. Seiller, Op. Cit., p. 968.
[5] - F. Blanco, Op. Cit., p. 345.
[6] - B. Seiller, l'illégalité sans l'annulation, Op. Cit., p. 968.

للإدارة خيارين، أن تختار بصفة رئيسية بين المحافظة على النص التنظيمي المتنازع فيه أو إبطاله بدون شرط أو قيد والاختيار فضلا عن ذلك إذا وجد لذلك مجال بين خياريين يسمحان بالمحافظة على النصوص المتنازع فيها [1].

لكن إذا كان الشرط الأول لقرار Titran (التأجيل الزماني لآثار البطلان) غير منتشر وغير ذائع في قضاء تجاوز السلطة [2]، فإن الوجه الثاني (اللجوء إلى منطق التخيير) لا يُقدم شيئا جديدا، فبعض الجهات القضائية تستعمل المنطوق التخييري لكي تمنح للإدارة في إطار سلطات توجيه الأوامر والغرامة التهديدية المستخلصين من قانون 8 فيفري 1995، الخيار بين اجرائين ماديين للتنفيذ.

إن هذا التطبيق البارز للأمر التخييري يُحضى اليوم بتأييد ومحاباة مجلس الدولة الفرنسي، بدليل قراره الحديث المؤرخ في 11 جانفي 2006 [3]، حيث اتُخذ النص المتنازع فيه من طرف وزير الصحة بناء على إجراء غير مشروع، وبالتالي يتعين إبطاله، إلا أن مجلس الدولة أراد المحافظة مؤقتا على النص التنظيمي رغم عدم مشروعيته، فمنح للوزير فرصة لضبط العيب، وألزمه باتخاذ قرار جديد تبعا للإجراءات الصحيحة في ميعاد 6 أشهر، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام وفوات المدة فإن القرار سوف يُلغى. وإذا كان هذا القرار قد اتخذ على أساس أحكام قانون 8 فيفري 1995، وليس على أساس سلطات القاضي كما هو الحال في قرار Titran، فإنه وضع الإدارة في مواجهة الخيار وفي مواجهة مسؤوليتها، بهدف المحافظة على النص التنظيمي مقابل اعادة البناء السريع للمشروعية، وهكذا فإن هذا القرار يُمثل في النهاية توجيه للإدارة على طريق المشروعية، بتذكيرها بمجموع الحلول التي يجب مواجهتها مع ترك لها حرية اختيار الحل المناسب، وبالتالي فإن الإدارة تحتفظ بسلطة اتخاذ القرار مُوجهة ومُحاطة في ممارسة سلطاتها بقاضي يمارس في مواجهتها مهام التوجيه والتفسير لقراراتها الخاصة. إن هذا الإجراء المبتدع والجريء يسمح للقاضي بالاطلاع الكلي على عملية تنفيذ قراراته، دون أن يحل بهذا محل الإدارة في سلطاتها التقديرية.

الفرع الثاني: إقران قرار الرفض بالتهديد بالإبطال المستقبلي (تكييف سلطة الرفض)

لم يبق قاضي تجاوز السلطة مكفوف الأيدي في إطار قرارات رفض الطعن، فإلى جانب التكييفات الكلاسيكية، يُضاف إلى تقنية الرفض بعض الأساليب الحديثة المبتدعة، والتي تندرج ضمن منطق المحافظة على القرار المتنازع فيه.

يُظهر قرار Villemain الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 28 جوان 2002 [4]، تطور جديد لسلطات القاضي في إطار قرارات الرفض. يُترجم هذا الرفض في منح السلطة التنظيمية ميعادا معقولا، لممارسة سلطتها في اتخاذ القرارات التطبيقية للقوانين، تحت طائلة الغاء قرارها الجديد بالرفض [5]. لقد أعطى هذا القرار للجهة القضائية العليا

---

1 - D. Bailleul, les nouvelles méthodes du juge administratif, Op. Cit., p. 1627.
2 - F. Blanco, Op. Cit., p. 348.
3 - CE. 11 janvier 2006, Association des familles victimes du saturisme et autre, AJDA. 2006, p. 116.
4 - CE. Ass. 28 juin 2002, Villemain, AJDA. 2002, p. 586.
5 - B. Seiller, l'illégalité sans l'annulation, Op. Cit., p. 968.

الفرصة لتحديد التزامات السلطة التنظيمية وآثار قانون 15 نوفمبر 1999 حول العهد المدني للتضامن، لقد كا هنا محلا للنقاش مجموعة من الأحكام التنظيمية السابقة لقانون 1999 التي تحتفظ ببعض الامتيازات المالية فقط لأعوان الدولة المدنيين المتزوجين، الذين لهم وظيفة في الخارج، وقد استبعد منشور صادر عن وزير الشؤون الأجنبية صراحة الأشخاص المرتبطين بموجب العهد المدني للتضامن من الاستفادة ببعض الامتيازات المالية، المخصصة بموجب الأحكام التنظيمية السابقة فقط للأعوان المتزوجين في الخارج، وكان M. Villemain موظفا بالسفارة الفرنسية بالرياض، فطلب استفادة شريكته التي ارتبط بها بموجب العهد المدني للتضامن من احدى الامتيازات المنصوص عليها بموجب منشور 2000، فأجاب الوزير بأنه لا يمكن مماثلة الشخص الذي يرتبط بالموظف العمومي بموجب العهد المدني بالزوج، وفقا للأحكام التنظيمية المطبقة (مرسوم 28 مارس 1967) ، ورفض تبعا لذلك طلب الطاعن.

أحال الأخير القضية إلى مجلس الدولة بموجب الطعن لتجاوز السلطة، وبعد مراقبة المنشور والقرار الوزاري المنازع فيه، اعتبرت الجهة القضائية العليا، بأنه عندما يُنشئ القانون كما في هذه الحالة وضعية قانونية جديدة، فإنه يعود للسلطة التنظيمية أن تُدخل على النصوص المطبقة وفي ميعاد معقول التكييف الضروري، لكي تأخذ بعين الاعتبار المقتضيات المرتبطة بتدرج القواعد والمبادئ العامة للقانون، وقد واصل مجلس الدولة إشارته بطريقة خاصة إلى ما تعنيه بدقة هذه التكيفات، وفي هذا يُعبر قرار villemain عن الاهتمام بالوضوح والفعالية التي تُمثل ميزة الكثير من القرارات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي[1]، وقد اعتبر القاضي بأنه وإلى التاريخ الذي تم فيه تبنّي المنشور المتنازع فيه (3 مارس 2000)، فإن الميعاد المعقول الذي تتمتع به الحكومة لاستخلاص نتائج قانون 15 نوفمبر 1999 لم ينته بعد، وعند هذا الحد كان على مجلس الدولة أن يقرر رفض الطعن، لكن الأخير ذهب إلى أبعد من ذلك عندما وضّح بأن امتناع السلطة التنظيمية إذا امتد إلى أبعد من هذا الميعاد المعقول، سيكون مشوبا بعدم المشروعية، لذلك دعا المجلس بصرامة السلطة التنظيمية لتكييف تنظيماتها في ميعاد محدود، وأكثر من ذلك أوضح بأن الاستمرار في التقصير من جانب الحكومة سيكون مولدا لعدم المشروعية .

إن التقنية المطورة من طرف مجلس الدولة في قضاء Villemain، تظهر في شكل دعوى للسلطة التنظيمية موجهة لتدارك عدم مشروعية مستقبلية، بعبارات مُلحة وتوجيهية، لذلك فإن هذه التقنية تقترب من تقنية الإلغاء بآثار مؤجلة، المجربة من طرف القاضي في قرار Titran، إذ يتعلق الأمر في الحالتين بالسماح للإدارة بالمحافظة على نص تنظيمي بتبني تتمة مناسبة، كما أن منطق التخيير الموجود في قلب قرار Titran موجود هنا أيضا فيما بين السطور.

يبقى أن فعالية هذه الوسيلة مرتبطة بشكل كبير بمشيئة الإدارة، خاصة عندما تتمتع كما في هذه الحالة بميعاد معقول لتكييف تنظيماتها، رغم ذلك يُشكل قرار Villemain تقدما مُهما يسمح بإثراء ترسانة التقنيات الموضوعة تحت تصرف قاضي تجاوز السلطة، ورغم أن هذه الآلية تنحصر في فرضيات مرتبطة بوضعيات قانونية جديدة تولدها وضعية تعديل التشريع، فإن قضاء Villemain المستوحى من تقنيات الحكم المطبقة من طرف

[1] - F. Blanco, Op. Cit., p. 334.

بعض المحاكم الدستورية الإيطالية والألمانية والإسبانية – يُظهر بعض الامتيازات، فهو يسمح بدون المراقبة الف لتدخل السلطة التنظيمية، أن يحذرها ويُبين لها السلوك الواجب إتباعه في المستقبل تحت تهديد خطر محتمل في حالة الامتناع الممتد.

تجدر الإشارة في ختام هذا الفصل، إلى أن مختلف هذه التقنيات المستعملة من طرف القاضي لممارسة رقابته على الأسباب الواقعية تشكل واحدة من الأشكال الأكثر أصالة للنشاط القضائي في الطعن لتجاوز السلطة، فبفضلها أصبحت رقابة الأسباب في الوقت الحالي في فرنسا ومصر وتونس وبدرجة أقل بكثير في الجزائر، تُمثل الوسيلة الأكثر فعالية لإبطال القرارات الإدارية. فهامش الحرية الذي يتمتع به القاضي في التحقيق في القضية وفي التقدير للنطق أو عدم النطق ببطلان القرار، لضمان فعالية الطعن لتجاوز السلطة، يُبين أصالة دور القاضي ومجال التدخل الذي يتمتع به عند فحص شرعية القرار الإداري، من خلال استعمال مختلف وسائل وتقنيات الرقابة، ما جعل الطعن لتجاوز السلطة يتميّز عن باقي فروع النزاع الأخرى. لكن ورغم ثراء وغنى وسائل الرقابة يبقي القاضي وفيا لمهمته المتمثلة في ضمان التوازن بين مصالح الإدارة وحقوق المدارين، بل أن بعض تصرفاته وتدخلاته تفسر أحيانا لمصلحة الإدارة، بالمخالفة لمقتضيات دولة القانون، من ذلك محوه للامشروعية وإعادته كتابة القرار الإداري، ودخوله بالتالي في قلب التقدير الذي قامت به الإدارة، واعترافه بحق الإدارة في الخطأ، وهو ما اندهش له بعض الفقه، لأن القاضي الإداري تحول بهذه الطريقة الى مُصلح أو مُحسن أو مضفي الكمال على قرار الإدارة، بل أصبح الحلقة الأخيرة في عملية اتخاذ هذا القرار [1]. إن هذا الموقف من جانب القاضي الإداري المتعاطف جدا مع السلطة الإدارية، يُثير بدون شك، انزعاج بل سخط المتقاضين.

[1] - B. Seiller, l'illégalité sans l'annulation, Op. Cit., p. 966.

إذا مارست هيئات الضبط الإداري سلطاتها واختصاصاتها لتحقيق أهداف أخرى غير المحافظة على النظام العمومي أو استرجاعه، فإننا نكون بصدد عدم مشروعية الغاية أو الهدف من النشاط الضبطي أو الإنحراف بالسلطة.

كما يُسمى أيضا العيب الناجم عن عدم احترام الإدارة لركن الغاية، بعيب إساءة إستعمال السلطة أو التعسف في استعمال السلطة أو مخالفة روح النص [1]، لكننا نُفضل إلى جانب بعض الفقهاء تسمية هذا العيب بالإنحراف بالسلطة، لأنه الأدق والأشمل، فالتسميات الأخرى تجعل العيب مقصورا على الحالات التي يستهدف فيها رجل الإدارة غرضا يجانب الصالح العام ولكنه يخالف قاعدة تخصيص الأهداف [2].

وعلى غرار الكثير من مفاهيم القانون الإداري، فإن الإنحراف بالسلطة ذو أصل قضائي فرنسي، ظهر في ظل الجمهورية الثانية، بحيث تقود وثيقة ميلاده إلى زمن القضاء المحتجز، بموجب قرار 25 فيفري 1864، الذي أبطل لتجاوز السلطة، قرار المحافظ الذي منع دخول كل السيارات إلى المحطة باستثناء تلك التي أبرم معها اتفاقية لضمان نقل المسافرين ليلا ونهارا بين المحطة والمدينة [3].

والسؤال الذي يطرح نفسه عند دراسة رقابة المشروعية هو التالي: كيف يتصدى كل من القاضي العادي والقاضي الإداري لهذا العيب ؟ وفي حالة اختلافهما في المنهج، فأيهما أفضل ؟ وهل تتجه أحكامهما إلى التقارب أم إلى التباعد ؟

وعلى هذا الأساس نقسم الدراسة إلى مبحثين، نتناول في الأول منهج القاضي الإداري في رقابة غاية قرار الضبط الإداري وفي المبحث الثاني منهج القاضي العادي في رقابة غاية قرار الضبط الاداري.

[1] – سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط– 6، 1991، ص. 352.

[2] – المرجع نفسه، ص. 352، مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص. 911.

[3] - M. Leroy, contentieux administratif, Bruylant, 3 eme édition, p. 450.

يُميز القضاء الإداري بين الإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض أجنبي عن المصلحة العامة، والإنحراف بالسلطة لتحقيق المصلحة العامة الغريبة عن غايات الضبط الإداري، على أنه من الممكن أن نصادف في نطاق نوعي الإنحراف بالسلطة سالفي الذكر، ما يُسميه الفقه والقضاء بالإنحراف بالإجراء، لذلك فسوف يكون الإنحراف بالسلطة بالمعنى الضيق محور المطلب الأول والإنحراف بالإجراء محور المطلب الثاني، على أن يخصص المطلب الثالث لدراسة قيود الرقابة القضائية على عيب الإنحراف بالسلطة.

المطلب الأول: الإنحراف بالسلطة

يُقصد بالإنحراف بالسلطة قيام الموظف الإداري بممارسة اختصاصه المعترف له به قانونا، لتحقيق غرض غير المصلحة العامة أو غير ذلك الغرض الذي من أجله أعترف له بذلك الإختصاص [1]. كما عرفته المحكمة الإدارية التونسية بأنه: "عيب يُصيب المقرر الإداري، ويتمثل في مبادرة السلطة الإدارية قصدا، باستعمال السلطات الراجعة لها قانونا، في سبيل خدمة هدف غريب عن الهدف الذي من أجله منحت لها تلك السلطة" [2].

وبناء على هذين التعريفين، يتضح بأن الإنحراف بالسلطة يتخذ شكلين رئيسيين وهما: الإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض غير المصلحة العامة، والإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض من أغراض المصلحة العامة لكنه غريب عن غايات الضبط الإداري، وهو ما يشكل محوري الفرع الأول والثاني على التوالي.

الفرع الأول: الإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض أجنبي عن المصلحة العامة

يتخذ الإنحراف بالسلطة في إطار الغرض المخالف للمصلحة العامة شكلين: إستعمال السلطات الضبطية بغرض تحقيق مصلحة خاصة، واستعمالها لتحقيق غرض لا يدخل ضمن المصلحة الخاصة، ومع ذلك لا يحقق المصلحة العامة.

أولا: إستعمال السلطات الضبطية لتحقيق غرض خاص

يُشكل انحرافا بالسلطة إستعمال السلطات الضبطية لتحقيق مصلحة خاصة لمتخذ القرار أو مصلحة خاصة لشخص آخر، كأن يصدر رئيس البلدية قرار ضبطيا يتضمن تنظيم الملاهي في البلدية بصورة لا تنافس الفندق الذي يملكه[3]. وقد قدم القضاء الإداري أمثلة لا تحصى لهذا النوع من الإنحراف بالسلطة، وتعد قضية الآنسة Rault مثالا واضحا على ذلك، حيث اتخذ العمدة قرارا بتحريم حفلات الرقص في الأماكن العمومية طيلة أيام الأسبوع قبل الثامنة مساء وقبل ظهر يوم الأحد، وذكر في أسباب قراره أن حفلات الرقص المستمرة قد صرفت الشباب من

---

[1] - G. Vedel, P. Delvolvé, droit administratif, T- 2, PUF. p. 587.
[2] - I. ben. Hassen, Op. Cit., p. 348.
[3] – عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 537.

الجنسين عن العمل، فمد مجلس الدولة الفرنسي بحثه أبعد من الأسباب الظاهرية إلى الأسباب الحقيقية، والمتمثلة أن العمدة صاحب محل عام في قريته يقدم المشروبات الروحية والوجبات لروادة، وتنافسه في ذلك الآنسة Rault التي كانت أعرف منه بما يجذب الأفراد، إذا استأجرت بيانو ميكانيكي حتى تتاح للقرويين فرصة الرقص أثناء وجودهم بمحلها، ولمواجهة ذلك لم يجد العمدة سبيلا غير الإلتجاء إلى سلطته للحد من المنافسة، فألغى المجلس قرار العمدة، بتاريخ 19 مارس 1939 [1]، لقيامه على اعتبارات المصلحة الخاصة.

ثانيا: إستعمال السلطات الضبطية لتحقيق غرض ديني أو سياسي

لا تغطي المصلحة الشخصية كل فرضيات الإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض أجنبي عن المصلحة العامة، مع ذلك توجد مصالح وإن لم تكن شخصية فهي تتعارض مع المصلحة العامة، كما هو الحال بالنسبة للقرارات المتخذة لأغراض سياسية أو دينية، من ذلك القرار الضبطي الذي يمنع إقامة حفل قداس ديني بهدف إقامة حفل لائكي ألماني لفائدة تنظيم بروليتاري [2].

وقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرارات ذات السمة السياسية لكونها مشوبة بالإنحراف بالسلطة، لذلك ألغى قرارا يحظر اجتماعا عموميا، ويعترض على بيع صحيفة في الطريق العمومي، حيث ثبت للمجلس أن الإجتماع المحظور ينظمه الحزب غير الحاكم وأن الجريدة تعرض أفكارا للمعارضة [3]. كما ألغى قرارا للإدارة بإبعاد أجنبي، حيث اتضح للمجلس أن قرار الإبعاد تم اتخاذه بسبب عدم الحياد السياسي للأخير [4].

ومع ذلك، وإن كان تحقيق المصلحة العامة أمر ضروري، فإنها غير كافية لإبعاد القرار الإداري عن وجه الإنحراف بالسلطة، بل يجب أيضا أن تستهدف السلطات الضبطية تحقيق المصلحة العامة كما حددتها القاعدة القانونية.

---

[1] - G. Vedel, P. Delvolvé, droit administratif, T – 2, PUF. p. 334.

وأيضا:

مجدي دسوقي محمود، المبادئ القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2001، ص. 143،144، يضاف إلى هذا القرار العديد من القرارات التي أبطلت القرارات الضبطية التي انحرفت بالسلطة، منها قرار الضبط البلدي الذي علق الترخيص لملهى عمومي على شرط عدم بقاء أحد الأفراد، وهو عدو شخصي للعمدة كأمين صندوق للجنة الحفلات (مجلس الدولة الفرنسي 1910/01/14)، والتدبير البلدي بالتحديد العددي لسيارات الأجرة بهدف تجنب كل منافسة للمالكين القدماء لهذه السيارات (مجلس الدولة الفرنسي 11 جانفي 1957)، هذه القرارات وغيرها أشار إليها:

J. Castagné, Op. Cit., p. 129.

ومن القرارات الحديثة التي الغى بموجبها مجلس الدولة ترخيصا منح لوجود قرابة بين رئيس المجلس الشعبي البلدي والمستفيد، القرار المؤرخ في 19 جوان1991، أشار إليه عزري الزين، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط-1، 2005، ص.116.

[2] – عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 537.

[3] - CE. 23 novembre 1951, sté nouvelle d'imprimerie et publicité.

أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص.176، نقلا عن محمد حلمي الدقدوقي، رقابة رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دار المطبوعات الجامعية، 1989، ص. 328.

[4] – مجلس الدولة الفرنسي، 13 ماي 1977، أشار إليه عبد المنعم عبد العظيم جيزة، المرجع السابق، ص. 176.

للقرارات التي تصدرها هيئات الضبط الإداري هدف محدد وهو المحافظة على النظام العمومي، فإذا استعملت الإدارة سلطاتها لغير هذا الهدف، كان قرارها مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة، ونميز في هذا الخصوص بين قاعدة تخصيص الأهداف وفرضيات أخرى.

أولا: قاعدة تخصيص الأهداف

يُقصد بقاعدة تخصيص الأهداف في القانون الإداري، تحديد المشرع للهدف الواجب على الإدارة تحقيقه عند إصدارها لقرار إداري معين، فإذا ما تجاوزت هذا الهدف المحدد بنص القانون في قرارها وحققت هدفا غير الذي حدده المشرع، تكون أمام حالة إنحراف بالسلطة [1] . فلا يكفي سلطة الضبط الإداري تحقيق هدف يدخل في إطار المصلحة العامة، لكي يكون قرارها بعيدا عن الإنحراف بالسلطة، بل يجب عليها أن تلتزم بالهدف الذي حدده المشرع من نشاطها، بمعنى حفظ أو استرجاع النظام العمومي.

وتطبيقا لهذا المبدأ أعلنها القضاء الإداري غير مشروعة التدابير المتخذة من طرف سلطة الضبط الإداري في إطار مصلحة حكومية [2]. والتدابير المتخذة بغرض فض نزاع بين الأفراد [3]. كما أُعتبر العمدة الذي رفض الترخيص لمدير فندق لفتح باب ثاني للخروج على الطريق العمومي منحرفا بسلطته، باعتبار أن الرفض مستوحى من الرغبة في الحراسة الجيدة للدعارة، في حين أن سلطة العمدة في منح التراخيص منحت له تحقيقا لمصلحة الطريق العمومي وليس في إطار ضبط الأخلاق [4]. بدوره ألغى مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 12 مارس 2001، بموجب قراره رقم 5742، قرار بلدية دالي ابراهيم التي رفضت تسليم الطالب رخصة البناء لمخالفتها لنصوص المواد 34، 35، 36 من المرسوم التنفيذي رقم 176/91، وكذا مخطط شغل الأراضي ومخطط التهيئة العمرانية البلدية. حيث جاءت كل الوثائق المرفقة لطلب رخصة البناء موافقة لما تقتضيه هذه المواد، فيكون بذلك قرار البلدية مخالفا للأهداف المخصصة بموجب هذه النصوص، مما يجعل قرارها معيبا [5].

---

[1] – قادر أحمد عبد الحسيني، انحراف القرار الاداري عن قاعدة تخصيص الاهداف في التشريع العراقي، متوفر على الموقع:
http://www.iasj.net/ 28 aout 2012
نقلا عن د/ إعاد علي حمود القيسي، القضاء الاداري وقضاء المظالم، دار وائل للنشر، ط-1، 1999، ص. 232.

[2] - CE. 17 février 1905, Dessort, in J. Castagné, Op. Cit., p. 129.

[3] - CE. 22 mai 1914, Bodeau, in J. Castagné, Op, Cit., p. 129.

[4] - G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 337.

[5] – عزري الزين، تعليقا على قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 5742 المؤرخ في 12 مارس 2001، الصادر في قضية بلدية دالي ابراهيم، الغرفة الأولى، المرجع السابق، ص. 177– 122.

ثانيا: فرضيات أخرى للإنحراف بالسلطة في إطار غرض المصلحة العامة غير الغرض القانوني

إن الفرضيات في هذا المجال كثيرة منها:

1- الإنحراف في استعمال سلطة الإستيلاء

في هذا السياق ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى القول: "ومن حيث أنه في سبيل التحقق والتأكد من مشروعية قرار وزير التموين، المطعون فيه والصادر بالاستيلاء على المخزن موضوع النزاع، وأنه صادر بالفعل محققا للغاية التي ابتغاها المشرع وهي ضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة في التوزيع، لا مناص من الرجوع إلى مذكرة لجنة التموين العليا، والتي على أساسها صدر القرار المطعون فيه، وإذا نكلت جهة الإدارة عن تقديم هذه المذكرة رغم تكليفها بذلك، فإن هذا يعني أن الأسباب والمبررات التي من أجلها رخص المشرع لوزير التموين، الإستيلاء على العقارات، ليست تحت نظر هذه المحكمة حتى تتأكد من قيام الحالة الواقعية التي تبرر للإدارة استعمال هذه الوسيلة الاستثنائية، المقررة بالمرسوم بقانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التموين، مما لا يتوافر معه ركن الغاية اللازم لصحة القرار المطعون فيه، ويضحى قرار الوزير صادرا من غير سند وجديرا بالإلغاء [1].

- الإنحراف بسلطة الإستيلاء المؤقت

قد تتحايل الإدارة على القانون فتلجأ إلى الإستيلاء المؤقت على عقار، بينما هي في الحقيقة تقصد الإستيلاء الدائم أو نزع الملكية، بغرض تحقيق مصلحتها المالية وتفادي الأعباء المالية التي تتكبدها في حالة لجوؤها إلى إجراء نزع الملكية. في هذا المعنى جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في 4 جوان 1947، والذي قرّر وجود إنحراف بالسلطة لمخالفة قاعدة تخصيص الأهداف، إذ لجأت الإدارة إلى إجراءات الإستيلاء المؤقت بقصد الإستيلاء الدائم أو نزع الملكية، وذلك توخيا للسهولة وتفاديا لكثرة الأعباء المالية [2].

بدوره تصدى مجلس الدولة المصري بالإلغاء لقرارات الإدارة، التي قصدت بها إستعمال سلطة الإستيلاء المؤقت كبديل لنزع الملكية للمنفعة العامة، فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في حكم شارح لها إلى أن: "المشرع حرص على وصف الإستيلاء بأنه مؤقت تمييزا له عن نزع الملكية، ومن حيث أن الحكومة أصدرت القرار المطعون فيه بالإستيلاء مؤقتا على أرض المدعيات، تمهيدا لنزع الملكية على ما جاء في دفاعها، فاتجاهها واضح بأن تضع يدها منذ البداية بصفة دائمة، وسبيل ذلك إنما سيكون باستصدار مرسوم خاص بنزع الملكية، أو الإتجاه إلى نظام

---

[1]- قرار رقم 242 لسنة 34 ق ع، جلسة 17 أفريل 1994، نقلا عن صحيفة الدعوى المرفوعة من جمعية المساعدة القانونية في مصر، رقم الدعوى 19447 السنة 59 ق، أشار إليه قادر أحمد عبد الحسيني، انحراف القرار الاداري عن قاعدة تخصيص الأهداف في التشريع العراقي، المرجع السابق، ص. 11.

[2]- أشار إلى هذا القرار: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص.225، 226.

الإستيلاء المؤقت وهو إتجاه غير سليم، ويجافي ما استهدفه الشارع من هذا النظام، ومن ثم يكون قرار الإدارة في الشأن مشوبا بالإنحراف بالسلطة [1].

– الإستيلاء في إطار الغرض التأديبي

في هذا الإطار، ألغى مجلس الدولة الفرنسي القرار الإداري الصادر بالإستيلاء على كمية من الجبن مملوكة للطاعن، مقررا ما يلي: "حيث أن قرار مدير التموين بالإستيلاء على كمية جبن مملوكة للطاعن، من أجل توقيع جزاء عليه لقيامه بتصدير كمية جبن بطريقة غير مشروعة، يشكل انحرافا بالسلطة، لأن الإدارة استعملت حقها في الإستيلاء من أجل غرض آخر يختلف عن الغرض الذي لأجله تقرر هذا الحق" [2].

2– التدبير الضبطي المتخذ لضمان تنفيذ عقد

في هذا الإطار قالت المحكمة الإدارية التونسية: "حيث يتضح من مكتوبي الإدارة المرسمين بتاريخي 2 ماي 1988 و14 ديسمبر 1988 أن قرار الهدم المطعون فيه، جاء في الواقع نتيجة عدم احترام المدعو عيسى القرفي لالتزامه إتجاه البلدية المتمثل في عدم بيع المحل السكني موضوع قضية الحال للعارض بدون موافقتها، مما يتبين أن القرار المنتقد تم اصداره للضغط عليهما واجبارهما على التراجع في عقد البيع.

... وحيث يتجلى أن البلدية استعملت صلاحياتها في مجال مقاومة البناء الفوضوي وهدمه، في غير المصلحة العامة التي تشرف على تسييرها، مما يضفي على قرارها المطعون فيه صبغة الإنحراف بالسلطة [3].

3– إستعمال التدابير الضبطية لفض نزاع بين الأفراد

في قراره المؤرخ في 10 جوان 2002، صرح مجلس الدولة الجزائري بأن: "البلدية تدخلت للفصل في نزاع قائم بين المستأنف عليه والمدخلين في الخصام...حيث أن مثل هذه النزاعات تعد من اختصاص الجهة القضائية...وحيث أن البلدية غير مخولة قانونا للفصل في ذلك، وبالرجوع إلى القرار المعاد فإن قضاة المجلس أسسو قرارهم على تدخل رئيس البلدية في نزاع قائم بين مواطنين...يعد تجاوزا للسلطة [4]، وكان حري بهم أن يصرحوا بأن هذا التصرف يشكل انحرافا بالسلطة،كما فعلت

---

[1] – محكمة القضاء الإداري، قضية رقم 336 لسنة 4 ق، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة الرابعة، ص. 881، اشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع نفسه، ص. 227.

[2] - CE. 21 février 1947, Guillement, in A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, mémoire pour l'obtention du diplôme d'étude approfondies en droit public du commerce international, 2004- 2005, p. 25.

وأيضا، قادر أحمد عبد الحسيني، المرجع السابق، ص. 12.

[3] - A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 26.

[4] – مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الرابعة، قرار رقم 003601، بتاريخ 10 جوان 2002، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، لسنة 2002، ص. 209.

المحكة الإدارية التونسية التي أعلنت: "بأنه تم اتخاذ القرار المطعون فيه لإيجاد حل للنزاع القائم بين المدعية وجارها حـ الملكية، وهو نزاع يعود بالنظر فيه للمحاكم العدلية" [1]، مما يجعل القرار مشوبا بعيب الإنحراف بالسلطة.

4- استعمال التدابير الضبطية لتحقيق مصلحة مالية للإدارة

من ضمن البواعث المستوحاة من الإنشغال بتحقيق المصلحة العامة غير المصلحة التي تبرر استعمال السلطات الضبطية، المصلحة المالية للإدارة وبالذات للمجالس البلدية، وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في البداية بأن قرارات الضبط الإداري التي تستهدف بها هيئة الضبط الإداري تحقيق مصلحة مالية، هي قرارات مشوبة بالإنحراف بالسلطة[2]. وهو ذات ما انتهى إليه القضاء الإداري المصري، فقد قررت محكمة القضاء الإداري أنه: "إذا استبان للمحكمة من الأوراق أن رفض الترخيص للمدعي في الاستيراد، يقوم على سعي الإدارة بدون مبرر من القانون لمناهضة ما وافقت عليه المدعي من قبل، وأن الباعث الحقيقي لهذا الرفض هو خوفها من بوار سلعة مماثلة كانت قد استوردتها، ولتغطية المسؤولية في هذا الشأن على حساب المدعي، وهو لا ذنب له في ذلك، فإن قرارها برفض الترخيص، يكون مخالفا للقانون منطويا على إساءة استعمال السلطة ..."[3]. كما كانت للمحكمة الادارية التونسية فرصة ابطال تدابير ضبطية اتخذت لتحقيق أغراض مالية للإدارة، وهكذا فإن قرار غلق نقطة تجميع منتوجات البحر بهدف حماية الإلتزامات التعاقدية للبلدية مع مستأجريها، أو بهدف تأجير محلات واقعة بالسوق البلدية [4]، تشكل انحرافا بالسلطة في إطار تحقيق أغراض مالية للإدارة.

غير أن مبدأ عدم مشروعية الإنحراف بالسلطة لمصلحة الإدارة المالية، قد طرأ عليه تطور هام، تمثل في اقرار مجلس الدولة الفرنسي لمشروعية القرارات المخالفة للهدف المخصص، في سبيل تحقيق أهداف الإدارة المالية على أساس أن تلك القرارات لم تعد تشكل إنحرافا بالسلطة. ويرجع هذا التحول في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، إلى ظهور مبادئ سياسية واجتماعية بعد سنوات الحرب العالمية الأولى، وما صاحبها من انكماش في المذهب الفردي، ونهوض بالمذهب الجماعي، مما أدى إلى اتساع فكرة الصالح العام على حساب المصلحة الفردية، وكان ذلك داعيا إلى النظر لمبدأ الصالح العام بمنظور جديد، يعمل على التضحية بالمصالح الفردية في سبيل المصالح الجماعية، وكان في تطور النظم الاقتصادية وتدخل الدولة في مظاهر النشاط الاقتصادي، وما ألقته على المرافق العمومية من أعباء

---

[1] - A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 26.

[2] - من ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Laumonnier المؤرخ في 26 نوفمبر 1875، التي صرح بصددها المجلس بعدم مشروعية استعمال سلطات الضبط الصحي في اطار مصلحة مالية للإدارة، والقرار الصادر في قضية syndicat des agriculteurs de Loiret المؤرخ في 05 فيفري 1892، وقرار Lepiez المؤرخ في 20 ديسمبر 1944 وقرار bluteau المؤرخ في 1953، أشار إلى جميع هذه القرارات

J. Castagné, Op. Cit., p. 129.130.

[3] - محكمة القضاء الإداري المصرية، الحكم الصادر في 16 ديسمبر 1947، السنة الثانية، ص. 148، أشار اليه محمد عبد الحميد مسعود، المرجع السابق، هامش الصفحة 695، 696.

[4] - المحكمة الإدارية التونسية، 31 ديسمبر 1997 و20 اكتوبر 2001، أشار اليها:

A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 26.

متزايدة، مما جعلها في حاجة إلى زيادة مواردها المالية. كل ذلك أدى إلى التطور الذي لحق مبدأ انحراف السلطة للمصلحة المالية للإدارة من خلال تغيير مسلك مجلس الدولة الفرنسي [1].

وقد كان هذا المسار واضحا في القرارات التي صدرت في هذه الفترة، حيث قرر: "أن مسعى الإدارة لتحقيق أغراض مالية هدف مشروع، لأن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة" [2]، كما أقر بمشروعية قرارات سلطات الضبط الإداري التي تحظر على مشروع النقل العمومي بين المدن، القيام بالنقل داخل البلدة، وذلك بغية مساعدة صاحب الإمتياز المتعاقد مع البلدية وحمايته من المنافسة [3].

وقد سار القضاء الإداري المصري على درب القضاء الإداري الفرنسي، حيث أقرت مبادئه الحديثة هذا التطور، فقضت محكمة القضاء الإداري بأن: "الأسباب المالية التي دعت إلى سحب الترخيص لامتناع المدين عن دفع الإتاوة تدخل ضمن المصلحة العامة، ومن ثم فإن المجلس البلدي إذا استهدف من إلغائها أن يستفيد ماليا، ليتسنى له إصلاح شوارع المدينة، والتي تتأثر بعمل الشركات المرخص لها عملا مستمرا، وأن نفقات إصلاحها تصل إلى مبالغ كبيرة، إنما استهدف هدفا مشروعا، ليس ثمة من شك في أن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة [4] .

وتبريرا لهذا التناقض في المواقف من جانب مجلس الدولة الفرنسي، اقترح بعض الفقهاء، الذين استنتجوا بأن الجهة القضائية العليا قد هجرت قضائها القديم، شرحا لا تنقصه الدقة: "إن المرافق البلدية للنقل العمومي، والتي تخضع لرقابة الإدارة تعتبر في الوقت الراهن وسيلة لضمان حسن تنظيم المرور وتسهيله... لذلك فمن المهم للنظام العمومي أن تتمكن هذه المرافق من العمل بطريقة عادية، وعليه فإن العمدة الذي يحمي توازنها المالي لضمان استمراريتها، يحمي في نهاية المطاف هدفا من أهداف الضبط الإداري" [5]، لكن كل ما يمكن قوله حول هذا التبرير الذي يلامس المغالطة بأنه تبرير فاسد ومصطنع [6]، لذلك فإنه يبدو من الأفضل أن نجد في القرارات السابقة على غرار Jean Marie Auby et Reland Drago تطبيقا لمفهوم النظام العمومي الاقتصادي [7]، ومن ثم يتعين التسليم بصحة تدابير الضبط الإداري، التي تقوم على حقيقة أنها كانت تستهدف في هذه الفترة من أزمة

---

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة...، المرجع السابق، ص. 230، مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الاداري ومجلس الدولة...، المرجع السابق، ص. 824، 825

[2] - CE. 29 janvier 1932, sociétés des autobus antibois, in J. Castagné, Op. Cit., p. 130.

[3] - CE. 29 octobre 1932, sociétés de chemin de fer et tramways du Var et du Gard, in J. Castagné, Op. Cit., p. 130.

أشار إليه أيضا، مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 825، كما أن رفض تجديد الرخصة لشغل الدومين العمومي، بغرض الحصول على عوائد أكثر ارتفاعا هو رفض مشروع.

CE. 08 janvier 1960, Lafon, AJDA. 1960, p. 183.

[4] – محكمة القضاء الاداري المصرية، قضية رقم 630 لسنة 7 ق، جلسة 27 ديسمبر 1954، مجموعة أحكام السنة التاسعة، ص. 184، أشار إليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة...، المرجع السابق، ص. 234 ومصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة...، المرجع السابق، ص، 826.

[5] - M. Teitgen, la police municipale, thèse Nancy, 1934, p. 109.

[6] - J. Castagné, Op. Cit., p. 130.

[7] - J. M. Auby, R. Drago, cours de droit administratif, 1953-1954, édit. tex. p. 152, in J. Castagné, Op. Cit., p. 130.

1930، تجنب النتائج المؤسفة للمنافسة الاقتصادية الجامحة، فهذا القضاء لا يعتبر إذن قيدا على فكرة الإنحراف بالسلطة، ولكنه لا يعدو في حقيقته أن يكون مجرد تطبيق واسع لفكرة النظام العمومي من الناحية الاقتصادية [1].

مع ذلك فعندما تكون المصلحة المالية هي الباعث الوحيد للقرار الإداري، فإن مجلس الدولة يعتبره غير مشروع، لذلك أُعتبر غير مشروع القرار الذي أمر بغلق مساكن مؤثثة، لأن هذا القرار اتخذ بهدف تخليص الإدارة من نتائج الاستيلاءات الغير مشروعة المأمور بها سابقا [2]، لكن إذا كان القرار يحقق مصلحة عامة أخرى إلى جوار المصلحة المالية، فإن مجلس الدولة الفرنسي لا يلغي القرار [3].

المطلب الثاني: الإنحراف بالإجراء

يمكن أن نصادف في إطار سعي سلطات الضبط الإداري لتحقيق مصلحة خاصة أو لتحقيق مصلحة عامة، غير مصلحة حفظ النظام العمومي أو استرجاعه، المكلفة أصلا بتحقيقها، شكل خاص يسمى في الاصطلاح الفقهي والقضائي بالإنحراف بالإجراء.

وعلى غرار الإنحراف بالسلطة فإن الإنحراف بالإجراء يتميز أيضا بطابعه القصدي، إذ يترجم نية السلطة الضبطية التي انحرفت بالإجراء برغبتها في التملص من الضمانات المعترف بها لصالح المدارين بموجب الإجراء المشروع، خاصة مع تعدد طرق هذا الإنحراف، وعلى هذا الأساس سوف نتناول في الفرع الأول تعريف الإنحراف بالإجراء على أن نخصص الفرع الثاني لطرق الإنحراف بالإجراء، لنقف من خلال هذين الفرعين على كيفية تجريد هذه الوسيلة للمواطنين من ضماناتهم الإجرائية التي كفلها لهم القانون.

الفرع الأول: تعريف الإنحراف بالإجراء

ترتكب الإدارة انحرافا بالإجراء عندما تستعمل إجراء لبلوغ نتيجة معينة، في حين أن الحصول على هذه النتيجة مسموح لها بتحقيقها فقط باستعمال إجراء آخر [4]. لذلك يعتبر جانب من الفقه بأن الإنحراف بالإجراء يشكل نوعا للإنحراف بالسلطة، لأنه يفترض أن موظفا يجمع بين اختصاصين مختلفين، فيستعمل الإجراء الخاص بممارسة أحد اختصاصاته لتحقيق نتيجة تتعلق بغاية الإختصاص الآخر، لذلك فإن الإنحراف بالإجراء ما هو إلا صيغة خاصة للإنحراف بالسلطة [5]. وهكذا فإن مفهوم الإنحراف بالإجراء يستند إلى فكرة غياب الخيار بين إجرائين من طرف متخذ القرار، وبذلك فإن العنصر الأصلي للإنحراف بالإجراء هو بدون منازعة الطابع العمدي لتغيير

---

[1] - J. Castagné, Op. Cit., p. 130.

[2] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص.236. وأيضا

1- CE. 10 Avril 1955, in J. M. Auby, R. Drago, Traité de contentieux administratif, T- 2, 3eme édition, 1984, p. 417. 418.

[4] - G. Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », RDP. 1966. p. 65.

[5] - M. Gros, « Fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », RDP. 1997, p. 1244, note. 42.

الإجراء [1]، هذا وتترجم النية بالرغبة في التملص من الضمانات المعترف بها للمدارين بموجب الإجراء المشروع، فالإدارة تختار تطبيق إجراء سريع في مكان الإجراء المعقد الذي يقتضي تدخل سلطات مختلفة، والذي يهدد بتأخير أو بمنع اتخاذ القرار [2]، وأن مشروعية القرار تقتضي بالتأكيد أن تكون السلطة الإدارية مختصة لاتخاذه، ولا تتجاهل أيضا مفهوم النصوص الإجرائية التي تطبقها [3].

وعلى الرغم من أن الإنحراف بالإجراء أقل حدوثا بكثير من الإنحراف بالسلطة، بالمعنى الضيق في موضوع الضبط الإداري [4]، إلا أن ثمة أحكام في القضاء الإداري تكشف عن وجود انحرافات بالإجراءات تلحق بقرارات الضبط الإداري، من ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 24 جوان 1960 في قضية société Frampar et société Française d'édition et de publication، والتي تتلخص وقائعها في أنه، واستنادا إلى أن المادة 10 من قانون التحقيق الجنائي الفرنسي (التي عوضت بالمادة 30 من قانون الإجراءات الجنائية، ثم ألغيت بموجب المادة 148 من قانون 4 جانفي 1993)، أصدر محافظ مديرية الجزائر قرارا بمصادرة جريدة، وقد طلب مفوض الحكومة في هذه القضية من مجلس الدولة ألا يأخذ في حسبانه فقط النص الذي استند إليه مصدر القرار، لأن المظهر الخارجي لتدبير ما لا يُعبر حتما عن حقيقته الداخلية، ومن ثم فإنه يكون من المناسب في بعض الحالات التحقق من طبيعة وموضوع عملية الضبط، ولما كان موضوع القرار وبرغم إشارته إلى المادة 10 سالفة الذكر، ليس تحقيقا في اعتداء على أمن الدولة أو لتقديم مرتكبيه إلى المحاكمة، وأن الموضوعات المطعون فيها لم تتضمن أية جريمة، ولم تعقد أية محاكمة وقد انصبت المصادرة على كل المطبوعات، وليس على بعضها بهدف استخدامها كدليل، وكأن الغرض المستهدف بكل وضوح هو منع المواطنين من قراءة مقالات تعتبرها الإدارة خطرا على النظام العمومي، بناء على ذلك يكون القرار المطعون قرار ضبط إداري، لذلك قضى مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرار للإنحراف بالإجراء [5].

وفي هذا الإطار أورد الأستاذ عزري الزين قرارين لمجلس الدولة الجزائري، معتبرا بأن الأخير ألغى قرارات الإدارة الضبطية لانحرافها بالإجراء.

في القضية الأولى، استأنف (ق.م) قرار صادر عن مجلس قضاء الجزائر، قضى برفض الدعوى لعدم التأسيس.

وتتلخص وقائع الدعوى في أن المستأنف يمتلك قطعة أرضية مشيد فوقها بناية، أراد أن يشيد عليها محل تجاري، فتحصل على رخصة البناء من البلدية، وشرع في انجاز الأعمال حتى بلغت نسبتها 80%، عندها أبلغه رئيس البلدية

---

1 - R. Goy, la notion de détournement de procédure, in recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann, Paris, Cujas, 1977, p. 330.
2 - R. Goy, la notion de détournement de procédure, Op. Cit., p. 229.
3 - Ch. Debouy, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, P.U.F. 1980, p. 204.
4 - J. Castagne, Op. Cit., p. 131.
5 - J. Castagné, Op. Cit., p. 131.

بقرار إلغاء رخصة البناء. وحيث أن المستأنف استفاد استفادة قانونية من القطعة الأرضية وأنه تحصل على رخ البناء وشرع في الإنجاز ولم يرتكب أية مخالفة.

وحيث أنه يجوز للبلدية إلغاء رخصة البناء وفقا للقانون الساري، بعد مرور مدة لا تزيد عن 60 يوما من تاريخ تسليمها. وحيث أن إلغاء رخصة البناء بالطريقة التي استعملتها البلدية مخالفة للقانون وتعد تجاوزا وتعسفا في استعمال سلطاتها وأن إلغاؤها تعسفي.

وتعليقا على هذا القرار، قال الأستاذ عزري الزين، أن الإدارة ملزمة قبل اتخاذ أي قرار أن تحصل من أعوان المصالح التقنية للعمران على محاضر إثبات هذه المخالفات، فتكون سندا إداريا للمطالبة بتعديل البناء مثلا، فتجاوز الإدارة في قضية الحال لكل هذه الاجراءات وذهابها مباشرة إلى الإجراء السهل المتمثل في إلغاء رخصة البناء، يعد انحرافا وتعسفا في استعمال السلطة (يقصد الإجراء) [1].

فإذا سلمنا بأن الإنحراف بالإجراء، هو استعمال السلطة الإدارية لنص معين بالمخالفة لمفهومه أو خارج مجال تطبيقه لاتخاذ تدبير يحق لها اتخاذه بموجب نص آخر [2]، فإننا نوافقه على هذا الرأي على أساس أن النص القانوني الذي يسمح للإدارة بإلغاء رخصة البناء، قد استعمل خارج مجال تطبيقه، ذلك أن مصالح البناء والتعمير على مستوى الولاية أقرت بالتزام المستأنف بجميع المواصفات التي تضمنتها رخصة البناء، وأنه لم يرتكب أية مخالفة، وعلى فرض ارتكاب هذه المخالفة، فإن الإدارة ملزمة قبل اتخاذ أي قرار ضد المخالف أن تحصل من أعوان المصالح التقنية للعمران على محاضر إثبات هذه المخالفات، وهي إجراءات تجاوزتها الإدارة في هذه القضية.

وفي قضية أخرى تتعلق أيضا بالإنحراف بالإجراء، أصدر مجلس الدولة الجزائري قرارا يحمل رقم 671 مؤرخ في 24 سبتمبر 2001 [3]، والذي بموجبه أبطل مقررين لرئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية برهوم، رقم 08/99 و09/99 المؤرخين في 24 جانفي 1999، حيث أن الأخير قدم للسيدة (م،ن) رخصة لإنجاز أشغال الترميم في المسكن الذي يشغله زوجها السيد (ن،ج) والذي بدأ يظهر عليه الشقق على مستوى الجدران. وبتاريخ 24 جانفي 1999 اتخذ رئيس المجلس الشعبي البلدي (المستأنف عليه) مقرر وقف الأشغال، ثم مقرر يتضمن الهدم، فاستهلت مصالح بلدية برهوم هدم الأشغال المنجزة من طرف المستأنفين.

إنه وحسب نص المادة 52 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18 ماي 1999، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري التي تنص على ما يلي: "في حالة رفض تحقيق مطابقة البناية في الآجال المقررة، يحرر العون محضر الأمر بتوقيف الأشغال، ويعلم الوالي ورئيس المجلس الشعبي البلدي المعني بذلك،

---

[1] – عزري الدين، تعليقا على قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 412 مؤرخ في 07 ماي 2001، قضية (ق.م) ضد الدائرة الحضرية لبويرة، الغرفة الثانية، قرارات العمران الفردية...، المرجع السابق، ص. 124- 127.

[2] - Letourneur, Note sous, CE. 16 Avril 1948, Richard, S. 1948, III. 62.

[3] – مجلس الدولة الجزائري الغرفة الأولى، قرار رقم 671 مؤرخ في 24 سبتمبر 2001 في الملف رقم 004744، قضية (م ومن معها) ضد بلدية برهوم ولاية المسيلة، أشار إليه عزري الزين، قرارات العمران الفردية...، المرجع السابق، ص. 128.

ويجب على هذا الأخير المختص اقليميا أن يخطر الجهة القضائية المختصة للنطق حسب الطرق الإستعجالية، بتثبيت أمر توقيف الأشغال وتحقيق مطابقة الأماكن أو مطابقة البنايات لرخصة البناء..."، وأنه حسب نص المادة 53 من المرسوم التشريعي 07/94 المذكور أعلاه، فإنه في حالة مواصلة صاحب المشروع الأشغال منتهكا بذلك أمر توقيف الأشغال المنصوص عليه في المحضر المذكور في المادة 50، تؤهل السلطة الإدارية المختصة بتكليف من يقوم على نفقة مرتكب المخالفة بهدم القسم من الأشغال المرتبط، بموضوع الأمر بتوقيف الأشغال دون اللجوء إلى قرار من العدالة.

وفضلا عن ذلك وتطبيقا لنصوص المواد 61 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 176/91 المؤرخ في 28 ماي 1991، الذي يحدد كيفيات تحظير شهادة التعمير ورخص التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك، فإن طلب رخصة الهدم يجب أن تقدم من طرف مالك السكن موضوع الهدم.

وأن المستأنف عليه لا يمكنه اتخاذ مقرر وقف الأشغال ولا مقرر رخصة الهدم ولا هدم أشغال خارج الحالات المنصوص عليها في المادة 53 من المرسوم التشريعي 07/94 المذكور اعلاه.

حيث أنهم وبرفضهم إبطال مقررات وقف الأشغال ورخصة الهدم المتخذة لم يأخذوا بعين الاعتبار الأحكام القانونية المذكورة أعلاه، ولم يفصلوا في حالة تجاوز السلطة الموصوفة، وبالتالي ينبغي إلغاء قرارهم... وأن هناك مجال بالتالي لإلغاء القرار المستأنف، وفصلا من جديد إبطال مقرري رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية برهوم رقم 08/99 و09/99 ".

يتبيّن مما سبق بوضوح بأن بلدية برهوم قد انحرفت في استعمال إجراءات وقف الأشغال والهدم التي خولها إياها المرسوم التشريعي رقم 09/94، وكان نتيجة ذلك إبطال المقررين الصادرين عن رئيس المجلس الشعبي البلدي لبلدية برهوم.

الفرع الثاني: إختلاف طرق الإنحراف بالإجراء

يعني الإنحراف بالإجراء عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والغرض المحقق، أو عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والموضوع الحقيقي للقرار أو عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والأسباب الحقيقية للقرار.

أولا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والغرض

يخصص المشرع أو السلطة التنظيمية لكل إجراء نتيجة خاصة [1]، وبالتالي فإن الإنحراف بالإجراء ينتج عن إستعمال الإدارة لإجراء إداري لتحقيق غرض غير ذلك الذي من أجله وضع هذا الإجراء، فالإدارة تستعمل الإجراء لا لتحقق الغرض المخصص لهذا الإجراء لكن بقصد بلوغ غرض آخر، هذا الغرض الآخر لا يمكن بلوغه إلا باستعمال إجراء آخر، وهكذا تستعمل الإدارة الإجراء خارج مجال تطبيقه. في هذا الإطار يندرج قرار المجلس االأعلى، الصادر في 14 جانفي 1989 الذي جاء فيه: "حيث أن القطعة الأرضية التي تم الاستيلاء عليها مخصصة حسب

[1] - Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », RDP. 1966, p. 72.

مقتضيات المقرر المطعون فيه لشق الطريق، حيث يستخلص من تصريحات والي تيزي وزو ورئيس المجلس الشعبي البلدي، أن القطعة الأرضية المذكورة مخصصة لاستقبال بناءات ومشاريع عمومية ولاسيما البناءات السكنية، فمشروع شق طريق ترابية سيتم بالتالي تحريفه عن هدفه الأصلي، وبذلك تكون الإدارة قد انحرفت بالإجراءات" [1].

ثانيا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والموضوع الحقيقي للقرار

يُشكل انحرافا بالإجراء استعمال إجراء ما بهدف إتخاذ قرار إداري له موضوع آخر غير ذلك الذي من أجله وضع هذا الإجراء، فالقرار الإداري يتضمن موضوعين مختلفين، موضوع واضح لكنه غير مقصود من طرف الإدارة وموضوع خفي لكنه مرغوب من طرف متخذ القرار.

وعليه فإن الموضوع الخفي مشوب بالإنحراف في الإجراء لأنه اتخذ باتباع الإجراء المخصص للموضوع الظاهر. وفي ذلك قالت المحكمة الإدارية التونسية في قرارها الصادر في 3 مارس 1978 ما يلي: "حيث يتجلى من أوراق القضية ومن الأبحاث المجراة فيها أن التسخير المطعون فيه اتخذ قصد حوز العقار موضوع النزاع حالا وبصفة نهائية...وحيث بات من الثابت أن بلدية تونس أظهرت منذ بداية العملية نية حوز العقار بصفة نهائية، وكان من واجبها إتباع إجراءات الإنتزاع من أجل المصلحة العامة..." [2] .

ثالثا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والأسباب الحقيقية للقرار

تحدد القاعدة القانونية الحالات التي يمكن أن يستخدم فيها الإجراء [3]، وبهذا ينتج الإنحراف بالإجراء عند اتجاه نية الإدارة إلى استعمال إجراء على أساس أسباب غير صحيحة مزعومة من طرف الإدارة وتتلاءم مع الإجراء المتبع والأسباب الحقيقية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذ القرار، والقاضي في هذه الحالة يتجاوز التحقق من مجرد الوجود المادي للوقائع إلى البحث عن الأسباب الحقيقية التي ولدت في ذهن متخذ القرار التصور المتعلق بالقرار المتنازع فيه.

[1] – جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 555، 556.

[2] - A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 31.

[3] - G- Camus, « réflexions sur le détournement de procédure », Op. Cit., p. 72

ترد على الرقابة القضائية التي يمارسها القاضي الإداري لإثبات عيب الإنحراف بالسلطة في قرارات الضبط الإداري عدة قيود، تتعلق في البداية بتحميل المدعي الطرف الضعيف في النزاع الإداري عبئ إثبات إنحراف السلطة الضبطية، الطرف القوي في الدعوى، وصاحبة الإمتيازات والتي تحتجز أغلب عناصر الإثبات، كما تتمثل هذه القيود في حذر القاضي واحتراسه الشديد في إثبات الإنحراف بالسلطة، بحيث يبحث دائما عن الدليل القاطع وإلا رفض الدعوى، على اعتبار أن ادعاءات الطاعن مجردة من كل دليل، ومرد ذلك إلى الطابع النفسي والشخصي الذي يتميز به وجه الإنحراف بالسلطة،

والذي يقتضي مهارة وجهد كبيرين ومرّكزين من جانب القاضي [1]، لاسيما عند التحقق من شروط إقرار الإنحراف وباستعمال الوسائل المحدودة الفعالية. لقد رتبت هذه القيود المتعددة، سقوط إثبات الإنحراف بالسلطة كعيب شخصي لصالح إثبات عدم مشروعية الأسباب، وهذا ما سيكون محلا للفروع الثلاثة على التوالي:

الفرع الأول: صعوبة إثبات عيب الإنحراف بالسلطة

إن إثبات الإنحراف بالسلطة أمر بالغ الصعوبة بالنسبة للقاضي والمتقاضي معا، لأنه ينطوي على إثبات نوايا متخذ القرار الضبطي، ما يقتضي تحليل نفسي يقوم به القاضي شخصيا، فهذا الأخير لا يمكنه التوصل بسهولة إلى ما يؤكد انحراف الإدارة بسلطتها، لأن هذا العيب هو عيب شخصي يكمن في نوايا ومقاصد رجل الإدارة وهي عوامل نفسية داخلية[2] لا يمكن الكشف عنها بمجرد استعراض وفحص أوراق الإدارة، لذلك فإن النقطة المركزية في نظرية الإنحراف بالسلطة هي في النهاية مسألة الإثبات [3].

إن الطبيعة النفسية للإنحراف بالسلطة تجعل من تبني نظام محكم للإثبات أمر صعب جدا، ففحص نفسية الإدارة يمنح للقاضي سلطة تقديرية واسعة في الوصول إلى الدليل الناتج عن اقتناعه الشخصي، مع ذلك فإن التقدير المبني على القناعة الشخصية مهدد بجعل القضاء غير واضح.

ومن جهة أخرى، فإن هذا العامل النفسي يقتضي تقديرات صعبة وغامضة من شأنها أن تجعل القاضي حذرا جدا في فحص الإنحراف بالسلطة، وتشل بالتالي وجه الإنحراف لصالح منح الإدارة سلطة تحكيمية، وحرمان المدار من ضمانة

---

[1] - « l'ingéniosité qui implique un rapprochement délicat des dates et des faits entourant la prise de l'acte montre à quel point le détournement de pouvoir ou de procédure requiert de la part du juge une démarche plus dense et davantage focalisée », CH. Boutayeb, «le contrôle d'utilité publique par le juge administratif en matière d'expropriation », RDP. 1997, p. 1391, in A. B. RHouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 127.

[2] – عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 540.

[3] - R. Vidal, « l'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », RDP. 1952, p. 292.

مهمة. أمام هذه الصعوبات، ومن أجل عقلنة إثبات الإنحراف، فقد تم توجيه الإنحراف بالسلطة الشخصي في مبـ نحو مجال موضوعي في إثباته [1].

إن دراسة إثبات الإنحراف بالسلطة يطرح ثلاثة مسائل، تتعلق الأولى بعبئ الإثبات، والثانية بموضوع أو محل الإثبات والثالثة بوسائل الإثبات.

أولا: من يدعي بتحمل عبئ الإثبات

القاعدة في هذا الشأن هي أن الإنحراف بالسلطة لا يفترض وإنما يجب أن يثبت، بحيث يتحمل المتقاضي عبئ الإثبات بسبب قرينة مشروعية القرارات الإدارية، فإذا لم ينجح في إقامة الدليل على ادعاءاته، يرفض القاضي وجه الإنحراف بالسلطة [2].

هذه القرينة القضائية التي كرسها القضاء الإداري لصالح الإدارة، يفترض بموجبها أن القرارات الإدارية قد اتخذت بنية مشروعة وأن الأعوان العموميون يمارسون اختصاصاتهم بطريقة مشروعة، صحيحة ومتطابقة كليا مع القانون. وتجسيدا لهذه القرينة عادة ما يستعمل القضاء الإداري الصيغة التالية: "لا يظهر من وثائق الملف...."، هذه الصيغة تعني بأنه لا الطاعن ولا الإدارة تمكنا من تقديم دليل مقنع على وجود أو غياب الإنحراف بالسلطة، لذلك فإن القاضي الإداري وبسبب وجوده في وضعية الشك، فإنه يفصل لصالح الإدارة التي تستفيد من قرينة المشروعية.

إن قرينة مشروعية القرارات الإدارية وإن كانت ضرورية للإستقرار القانوني، فإنها لن تسمح بتقدم الرقابة القضائية على المشروعية الشخصية، كما أنها لا تتلاءم مع أصالة النزاع الإداري، وخاصة مع المميزات الخاصة للإنحراف بالسلطة، لذلك فإن هذه القاعدة من شأنها أن تشل أية إمكانية للرقابة الفعالة، ولذلك فإن القاضي الإداري مدعو للحد من هذه القرينة بتحويل عبئ الإثبات إلى الإدارة، متى قدم الطاعن تعزيزا لإدعاءاته عناصر الدليل التي تتمتع بدرجة معينة من المصداقية [3] .

وعلى هذا الأساس وأمام هذا الوضع، فإن المدار يتحمل حد من الإثبات غير قابل للإنقاص، فوجه الإنحراف المزعوم يجب أن يكون مزودا بالتوضيحات الكافية، لأن الإدعاء بأن القرار مشوب بعيب الإنحراف هو ادعاء واسع، ويصبح واضحا ومحددا عندما يشير الطاعن إلى أن الإدارة قد اتخذت القرار بدافع الإنتقام مثلا، فوجه الإنحراف بالسلطة الواسع والغامض مصيره عدم القبول، بحيث سيستبعده القاضي دون فحص الموضوع، لذلك فإن تقديم الدليل من طرف الطاعن يبقى أمرا ضروريا.

---

[1] - R. Vidal, « l'évolution du détournement de pouvoir… », Op. Cit., p. 294

[2] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة الجزائر، ط– 2001، ص. 68، 69.

[3] - A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 105.

لذلك يشترط مجلس الدولة الفرنسي تقديم بدايات الاثبات [1] أو ما يسميه بـ commencements de preuve، والتي تجد امتداداتها وتكملتها في التحقيق الذي يجريه القاضي [2]، فإذا بدا للقاضي بأن الإنحراف بالسلطة محتملا، فإنه لا يلغي القرار لكنه يتدخل بموجب سلطته في التقصي لإنقاذ المدار، ولإكمال إثبات الإنحراف بمبادرته الخاصة، فيحول ما هو محتمل إلى يقين.

ثانيا: وسائل إثبات الإنحراف بالسلطة

تعني دراسة وسائل الإثبات تحديد طرق وأساليب الإثبات، حيث يطبق أمام القاضي الإداري مبدأ حرية الإثبات، فإثبات النية تقتضي استعمال وسائل إثبات متنوعة.

وأول ما يبحث القاضي عن عيب الإنحراف بالسلطة، فإنه يبحث عنه في نص القرار المطعون فيه، بحيث اشترط مجلس الدولة الفرنسي أن يظهر الإنحراف من خلال عبارات القرار ذاته [3]، والحال أن التدابير الضبطية التي تتضمن بذاتها إقرارا بالغرض الغير مشروع، قليلة في الواقع العملي، فلا تنتمي إليها سوى نوعية وحيدة من قرارات الضبط الإداري وهي تلك التي تهدف إلى تحقيق مصلحة مالية، أما في جميع الحالات الأخرى فإن السعي إلى الوقوف على الإنحراف بالسلطة من خلال عبارات القرار المطعون فيه وحدها يعني شل وجه الإنحراف بالسلطة [4]، ومن ضمن عبارات الملف أيضا التي يمكن أن يلجأ إليها القاضي هي العبارة التي تتضمن تسبيب القرار المنازع فيه، غير أن التسبيب لن يكون مفيدا إلا إذا كان حقيقيا، وشاملا، وهكذا فالقرار الذي يقتصر صاحبه على الإحالة إلى الآراء والإقتراحات والتقارير التي قرر بمقتضاها يعتبر مجردا من التسبيب، كما لا يعتبر القرار مسببا تسبيبا كافيا إلا إذا تضمن توضيحا كاملا وواضحا للأسباب.

لذلك لجأ مجلس الدولة الفرنسي بسرعة إلى توسيع مجال البحث واستعمل كدليل على الإنحراف بالسلطة مجموع الوثائق المودعة بملف الدعوى [5]، إذ قد يشكل هذا الملف بما يشمل عليه من أوراق ومستندات الوعاء الحقيقي الذي يكمن فيه الإنحراف بالسلطة، إذ يدخل ضمن مفهوم ملف الدعوى، المراسلات المتعلقة بموضوع القرار المطعون فيه، سواء في ذلك الإدارية التي سبقت أو التي لحقت القرار المطعون فيه [6].

---

[1] – لحسين بن الشيخ أث ملويا، مبادئ الإثبات...، المرجع السابق، ص. 96.

[2] - J. Lemasurier, « la preuve dans le détournement de pouvoir », RDP. 1959, p. 39, 54.

[3] – عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 541، مجلس الدولة الفرنسي، قرار بتاريخ 23 فيفري 1933، أشار إليه: مصطفى أبو زيد فهي، القضاء الإداري مجلس الدولة، المرجع السابق، ص. 830، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، المرجع السابق، ص. 292، 293.

[4] - J. Castagné, Op. Cit., p. 132; M. Gros, fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir, Op. Cit., p. 1239.

[5] - CE. 16 novembre 1900, in J. Castagné, Op, Cit., p. 132 ; R. Bonnard, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP. 1923, p. 373.

وأيضا عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 541.

[6] - CE. 19 décembre 1952,

ومن القرارات الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي، والتي تؤكد هذا الإتجاه، قرار sieur Lambert والذي جاء به: "دون حاجة إلى فحص أوجه الطعن الأخرى للعريضة، من حيث أنه ينتج من مستندات القضية أن العمدة.... وبقراريه الصادرين في 22 ماي 1965 و3 مارس 1966 على التوالي، منح إلى السيد Robidet ترخيصي بناء مستودع، فارضا عليه في كل مرة عدة شروط، وبصفة خاصة أن يُقيم البناء على بعد مسافة معينة من منزل مقام على أرض مجاورة مملوكة للسيد Lambert، وأنه وبعد أن قدم السيد Robidet طلب ترخيص ثالث، حصل في النهاية على الترخيص المذكور غير مقترن بشرط المسافة التي تفصل بين البناء محل الترخيص والعقار المجاور، ومن حيث أنه ينتج من هذا التحول للإدارة الذي حدث دون قيام واقع جديد يؤدي إليه، ومن ظروف القضية أن القرار المطعون فيه صدر مشوبا بالإنحراف بالسلطة...." [1]. مع ذلك، فمن النادر أن يستطيع الطاعن تقديم دليل كامل ومقنع على النوايا الغير مشروعة لمتخذ القرار باعتبار أن الطاعن لا يشارك في اتخاذ القرار [2]، لذلك فنادرا ما تستطيع هذه الوثائق إقناع القاضي، وفي سبيل ذلك، فللقاضي أن يطلب من الإدارة أن تقدم له الوثائق التي يقدر بأنها مفيدة لدعم يقين المحكمة، حول النوايا الحقيقية لمتخذ القرار. يتعلق الأمر بمظهر أصلي للإجراءات القضائية الإدارية، والمتمثل في طابعها الإستقصائي [3].

كما يُستفاد الإنحراف بالسلطة من مجموعة القرائن الناتجة عن الملف، والقرينة هي استنباط أمر غير ثابت من أمر ثابت [4]، ويكون اللجوء إلى القرائن عندما يخلو ملف الدعوى من أدلة الإثبات الكافية، أو عندما يتعذر على الطرف المكلف بالإثبات تقديم ما يؤيد طلباته من مستندات، وبالقرائن يستطيع القاضي أن يؤسس حكما من خلال الشواهد والدلائل [5]، وفي هذه المرحلة ينتقل عبء إثبات عكس القرائن إلى عاتق الإدارة، فإذا سكتت أو لم تقدم الإجابة الشافية التي تقنع القاضي، اعتبر ذلك منها تسليما بطلبات المدعي.

وفي هذا الاطار أبطل مجلس الدولة الفرنسي قرار الضبط الإداري المطعون فيه لعيب الإنحراف بالسلطة، لأن العمدة مصدر القرار المطعون فيه كان قد حظر كل المواكب عدا موكبا واحدا، هو موكب الشركة التي استهدف محاباتها بهذا الحظر، وهو ما شكل مجموعة من القرائن جعلت من عيب الإنحراف بالسلطة مؤكدا [6].

لكن ومنذ بداية النصف الثاني من القرن العشرين، توسعت سلطات البحث لدى القاضي لإثبات الإنحراف بالسلطة، بحيث قبل في بعض القرارات وسائل إثبات مستمدة من خارج الملف، ومن الظروف الخارجية عن النزاع [7]،

أشار اليه عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة،....، المرجع السابق، ص. 299.

[1] - CE. 13 Novembre 1970, Lambert, AJDA. 1971, p. 58.

[2] - CH. Debbash, « la charge de la preuve devant le juge administratif », D. 1983, chron. p. 44.

[3] - Lemasurier, « la preuve dans le détournement de pouvoir », Op. Cit., p. 54; G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 343.

[4] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الانحراف بالسلطة...، المرجع السابق، ص، 306.

[5] – أحمد كمال الدين موسى، نظرية الاثبات في القانون الاداري، رسالة حقوق، القاهرة، 1976– 1977، ص. 404.

[6] - CE. 03 Aout 1927, stade olympique Chabanais, in J. Castagné, Op. Cit., p. 132.

[7] - J. Lemasurier, « la preuve dans le détournement de pouvoir », Op. Cit., p. 36, J. PH. Colson, L'office du juge et la preuve dans le contentieux administratif, thèse, Paris, 1970, p. 192.

فالجهة القضائية العليا لا تأخذ بعين الإعتبار الوقائع السابقة أو الملازمة للقرار فقط، بل وأيضا الوقائع التي تحدث فترة من ايداع العريضة، فبفضل الفحص الدقيق للظروف الموضوعية التي تحيط باتخاذ القرار المتنازع فيه، يُوضح القاضي الإداري النوايا الحقيقية للإدارة، ويبني يقينه بتقريب القرار المنتقد من مختلف الظروف الواقعية، وفي هذا الصدد، قالت المحكمة الإدارية التونسية: "حيث من المسلم به فقها وقضاء أن الإنحراف بالسلطة... ينسجم في مجموعة من المؤثرات كالوقائع

والأعمال القانونية والقرارات المترابطة منطقيا والمتواترة زمنيا والتي من شأنها الدلالة على الإنحراف" [1].

فغالبا وقبل اتخاذ القرار المتنازع فيه، تأخذ الإدارة مجموعة من القرارات المتتابعة ضد الطاعن، هذه القرارات من شأنها الكشف عن نوايا الإدارة، كما قد تكشف عنها أيضا القرارات المصاحبة للقرار المتنازع فيه، بالإضافة إلى المعطيات الواقعية المتولدة بعد اتخاذ القرار الأخير، وحتى تلك المتخذة خلال مرحلة التحقيق.

ومسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن يمثل الحد الأقصى لملاحقة انحراف الإدارة بسلطتها، ففي قراره الصادر في قضية Sieur Castaing أخذ في حسبانه لإثبات الإنحراف بالسلطة ليس فقط الوقائع اللاحقة على القرار المطعون فيه، ولكن أيضا تلك اللاحقة على الطعن لتجاوز السلطة، وقبل الفصل في هذا الطعن [2]. وإذا كان القضاء الإداري المصري لا يُقر بهذه الوسيلة في إثبات الإنحراف بالسلطة، فإن المحكمة الإدارية التونسية تجري مقابلة بين الوقائع والتواريخ لتوضيح دوافع القرار [3]. كما تشكل ملاحظة وتحليل طريقة اتخاذ القرار الضبطي مثل السرعة والفجائية في اتخاذه وتنفيذه عوامل أخرى، تساهم في الكشف عن عيب الإنحراف بالسلطة [4].

---

[1] – المحكمة الإدارية التونسية، 26 ديسمبر 2003، قضية كوربي اشار إليه:

A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 124.

[2] - CE. 2 février 1957, in J. Castagné, Op. Cit., p. 133 ; J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, Op. Cit., p. 420, I. Ben Hassen, Op. Cit., p. 358.

وأيضا عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإنحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الاداري، المرجع السابق، ص. 337، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي أقام طعنا لإلغاء قراري وزير الصحة الصادرين في 2 ماي 1950 و27 جويلية 1950 برفض طلب المدعي للترخيص بفتح صيدلية في الأبيار بالجزائر، وقد قرر مجلس الدولة بأن القرارين المطعون فيهما قد لحقهما عيب الإنحراف بالسلطة، مستندا في ذلك إلى واقعتين لاحقتين لتاريخي صدور القرارين المطعون فيهما، وتوجدان خارج ملف القضية، الواقعة الأولى، هي أن وزير الصحة والسكان بعد أن رفض بقراره الصادر في 2 ماي 1950، طلب المدعي، متح بموجب قرار أصدره في 7 ديسمبر 1950صيدليا آخر ترخيصا لفتح صيدلية في ذات المدينة، ودون تغير حاجات سكانها، والواقعة الثانية وهي التي تكمن فيها أهمية الحكم وتتمثل في أنه بعد 5 سنوات وتحديدا في 20 ديسمبر 1955، منح الوزير مرة ثانية ترخيصا مماثلا رغم أن حاجات السكان لم تتغير.

[3] – وهو ما يظهر في قرار محجوب المؤرخ في 20 اكتوبر 2001 والذي جاء فيه: "حيث وبالقيام بالإطلاع على أوراق الملف، يتضح قيام البلدية سنة 1990 بتحرير محضر معاينة يتضمن عدم احترام العارض للقواعد الصحية، غير أنها لم تحرك ساكنا إلا في سنة 1998 تاريخ إنشاء السوق البلدي، علاوة على إصرارها على غلق المحل رغم قيام العارض بتوفير عدة مرافق صحية ضرورية وحصوله على شهادة وقائية من ديوان الحماية المدنية، كما أنها أجبرت العارض على الإنتصاب في سوق بلدي تنعدم فيه الحركة التجارية وتعوزه الشروط الصحية، على عكس ما يوفره دكانه الأصلي. وحيث يتجلى من ملابسات القضية وعلى نحو ما سبق عرضه، أن البلدية المدعي عليها وخلافا لما تمسكت به مرارا لم تتخذ قرار الغلق للمحافظة على الصحة العمومية، بل سعت من خلاله إلى تسويغ المحلات والأماكن الموجودة سواء في السوق الأسبوعية أو البلدية وتكون بذلك قد انحرفت بسلطتها". أشار إلى هذا القرار:

A. B. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 126 ; I. Ben. Hassen, Op, Cit., p. 359.

[4] – عمار عوابدي، النظرية العامة...، المرجع السابق، ص. 542.

وبخصوص دور القضاء الجزائري في إثبات عيب الإنحراف بالسلطة، فقد أوضح الأستاذ عمار عوابدي، "ونظرا لعدم تخصص قضاة الغرفة الإدارية مهنيا وبشريا وكلية بالمنازعات الإدارية، فإن تطبيق عيب الإنحراف في استعمال السلطة كسبب من أسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء في النظام القضائي الجزائري قليل جدا، إن لم يكن نادر وغامض" [1].

الفرع الثاني: شروط تقرير القاضي لقيام عيب الإنحراف بالسلطة

يسعى القاضي إلى التأكد بشكل قاطع من وجود الإنحراف بالسلطة، ويستلزم الفحص والتحليل الذي يقوم به الأخير لتكوين اقتناعه الشخصي توفر مجموعة من الشروط:

أولا: أن يصدر القرار المطعون فيه عن إختصاص تقديري للإدارة

يحدث أن تكون سلطة الضبط الإداري ملزمة باتخاذ قرار معين بموجب قاعدة قانونية معينة، عندئذ، فإذا ألحق هذا القرار ضررا بأحد المدارين، وأراد الأخير إثبات عدم مشروعيته مستندا إلى الإنحراف بالسلطة، فإن مزاعمه لا يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار، لأن الإدارة كانت ملزمة بالتصرف بالطريقة التي تصرفت بها.

وبالتالي فادعائه غير قابل للتأثير على صحة القرار الإداري، فوجود الإختصاص المقيد يؤدي إلى ظاهرة موضوعية قرارات الضبط الإداري. وفي ذلك قضى مجلس الدولة، بمشروعية قرار العمدة بسحب ترخيص سبق له أن منحه، لأن العمدة مُلزم قانونا بإصدار قرار السحب، ولأن منح الترخيص كان من اختصاص المحافظ، ولهذا رفض المجلس النعي على القرار المطعون فيه، بأنه مشوب بالإنحراف بالسلطة [2]. كما أن رفض رخصة الصيد لشخص ما استحق عدة إدانات، جردته من الحق في الصيد يبقى مشروعا، حتى وإن كان الموظف الإداري الذي رفض الطلب عدوا شخصيا للطالب [3]. وبالتالي فلا يجوز للقاضي أن يُقرر قيام عيب الإنحراف بالسلطة إلا إذا كانت هيئة الضبط الاداري التي اتخذت القرار المطعون فيه تتمتع بسلطة تقديرية.

ثانيا: عدم تحقيق القرار لأية غاية مشروعة من غاياته إذا تعددت

في حالة تعدد أغراض قرار الضبط الإداري، فإن مهمة القاضي في تشخيص عيب الإنحراف بالسلطة تتعقد، بحيث يشترط لإلغاء القرار الضبطي أن يكون الغرض الغير مشروع فاصلا أو أساسيا أو أنه الغرض الوحيد المحقق.

والغرض الفاصل أو الأساسي هو الغرض الذي لولاه لما اتخذت الإدارة القرار الضبطي [4]، أما الغرض التابع أو الزائد فهو الغرض الذي يثبت بأن الإدارة ستتخذ قرارها بغض النظر عنه، فغيابه من ذهن رجل الإدارة لا يمنعه من اتخاذ

---

[1] – المرجع نفسه، ص. 543.

[2] - CE. 17 juillet 1953, constantin, in J. Castagné, Op. Cit., p. 134.

[3] - G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 341.

[4] - M. Gros, « fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », Op. Cit., p. 1240.

هذا القرار، وهكذا فإن تعدد الأغراض سيدفع بالقاضي إلى البحث في مشاعر متخذ القرار عن الغرض الذي له تـ حاسم على القرار.

وبناء على ما تقدم، فحتى يفلت القرار المتخذ لعدة أغراض من وجه الإنحراف، فيجب أن يكون الغرض الذي حتم اتخاذه مشروعا، فإذا كان للقرار الضبطي عدة بواعث، بحيث يكون بعضها منشئ للإنحراف بالسلطة والبعض الآخر مشروع، فتعتبر الغايات الأولى زائدة والثانية فاعلة، وتكفي لتبرير القرار المتنازع فيه [1]، وعليه تكون غاية القرار الضبطي مشروعة، مهما كانت اللامشروعية التي تصيب الغايات الأخرى، يستوى في ذلك أن تكون الغاية الغير مشروعة التي توجد إلى جانب غاية النظام العمومي مصلحة خاصة [2]، أو مصلحة عامة لا تعد غاية من غايات الضبط الإداري [3].

ثالثا: خلو القرار المطعون فيه من كل أوجه عدم المشروعية الأخرى

بفعل الطابع الإحتياطي الذي يميز الإنحراف بالسلطة، فإن هذا الوجه هو آخر وجه يتم فحصه من طرف القاضي الإداري في إطار تقدير مشروعية القرار الإداري، ولا يتم فحصه إلا بعد رفض أوجه الإلغاء الأخرى [4]، فالقضاء الإداري يختار أن يؤسس الإبطال على الأوجه الموضوعية، لكي يتجاوز القاضي التقدير الغامض للإنحراف بالسلطة، ويعطي قراره أساسا أكيدا [5]. ولقد أصبح هذا العيب احتياطيا أكثر مع ظهور رقابة الأسباب، بعد قبوله كعنصر مهم لإثبات الإنحراف بالسلطة، لذلك تكلم الفقهاء الفرنسيين عن سقوط الإنحراف بالسلطة لصالح رقابة الأسباب، مستندين إلى العدد المتناقص من الإلغاءات المحكوم بها على أساس هذا الوجه [6].

---

[1] - G. Vedel, P. Delvolvé, Droit administratif, Op. Cit., p. 342.

[2] – من التطبيقات القضائية لذلك، مجلس الدولة الفرنسي 6 ماي 1921، compagnie des omnibus et tramways de Lyon حيث قبل المجلس بمشروعية التنظيم الصادر عن محافظ Rhône بشأن لصق الاعلانات في التراموای (الحافلات الكهربائية)، لأن هذا التنظيم استهدف كفالة أمن وراحة المسافرين، ولا يؤثر في مشروعيته أنه ألغى النشر الذي كانت تقوم به مؤسسة أجنبية. وفي قرار 29 مارس 1957 société des autocars orlandix قرر مجلس الدولة بأنه: "لم يتبين من المستندات المودعة ملف الدعوى أن عمدة تولون لم يتصرف لمصلحة المرور في الشوارع، وأنه في ضوء هذه الظروف وحتى مع التسليم بأن هذا القرار كان من شأنه محاباة نظام النقل المختلط في المدينة، مضرا بمشروعات النقل العام الأخرى للمسافرين، فإن هذا ليس من شأنه أن يؤثر على مشروعية القرار المطعون فيه". هذين القرارين مشار اليهما في:

J. Castagné, Op. Cit., p. 135.

[3] – لقد قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعا قرار المحافظ الصادر بموجب سلطاته الضبطية بشأن حظر استخدام بعض بنادق الصيد، لأنها تمثل خطر على الأمن العمومي، حتى وإن ثبت بأن هذا المنع كان أيضا بغرض حماية الحيوانات والطيور.

CE. 28 juillet 1953, Dumey, in J. Castagné, Op. Cit, p. 135.

[4] - « la doctrine contemporaine s'accorde sur ce point, le détournement de pouvoir est devenu subsidiaire dans la panoplie des moyens utilisés par le juge », ch. Debouy, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, PUF. Paris, 1980, p. 202.

[5] - G. Camus, « Réflexions sur le détournement de procédure », Op.Cit., p. 84.

[6] - « les consultations du recueil des arrêts montre combien sont rares les annulations pour détournement de pouvoir », R. Vidal, « l'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », Op. Cit., p. 292.

مع ذلك فإن الإلغاء المقرر بناء على عيب خارجي، مع استبعاد الوجه الداخلي المستخلص من الإنحراف بالسلطة تشوبه بعض العيوب، ذلك أنه لا يوجد ما يمنع الإدارة من تصحيح عدم المشروعية الخارجية، متخذة القرار الملغى بنفس عباراته محترمة في هذه المرة قواعد الإختصاص والشكل، وعلى عكس ذلك لو أن عدم المشروعية الداخلية التي يشكل القرار جزء منها هي التي رتبت إلغاؤه، فلن تستطيع الإدارة اتخاذ نفس القرار دون مخالفة حجية الشيء المقضي به.

يبقى أن مجلس الدولة الفرنسي قد كانت له الفرصة لإلغاء القرار المتنازع فيه على أساس الإنحراف بالسلطة دون حاجة لفحص أوجه العريضة الأخرى، وهذا لا يعني بأن الوجه المستخلص من الإنحراف بالسلطة قد تم تحليله بصفة أولية، بل تم التمسك به بصفة حصرية أيضا [1].

رابعا: وجوب تمسك صاحب الشأن بعيب الإنحراف بالسلطة

إن وجه الإنحراف بالسلطة ليس من النظام العمومي، لذلك فإن القاضي لا يثيره من تلقاء نفسه، بل يجب أن يذكر من طرف الطاعن ويبين في العريضة [2]. مع ذلك قال الفقيه Jèze بأن الإنحراف بالسلطة الذي يشوب القرار بالبطلان من النظام العمومي، لكن رأيه هذا بقى منعزلا بالنظر الى أراء الفقهاء المعاصرين الذين يظل بالنسبة إليهم هذا الوجه ليس من النظام العمومي، وقاضي تجاوز السلطة لا يثيره أبدا من تلقاء نفسه [3]. ولتفسير هذا الموقف القضائي والفقهي الرافض للإعتراف بطابع النظام العمومي لهذا الوجه توجد عدة أسباب:

– إن الإنحراف بالسلطة وإن كان يشكل تاريخيا العيب الأول الذي مس بالمشروعية الداخلية للقرارات الإدارية، فقد حل محله تدريجيا عيب السبب أو مخالفة القانون بالمعنى الواسع.

– الطبيعة النفسية لهذا الوجه، إن الطابع الشخصي لهذا الوجه والذي يترك للقاضي تقديرات وأبحاث نفسية دقيقة جعل من المستحيل الإعتراف له بطابع النظام العمومي [4]، فالبحث عن الإنحراف بالسلطة يوصل إلى رقابة لا يملكها القاضي الإداري، يتعلق الأمر برقابة الأخلاق الإدارية.

يتبين مما سبق أن ثمة قيودا أو شروطا ترد على رقابة القاضي الإداري لعيب الإنحراف بالسلطة، وهذه القيود أو الشروط ترجع إما إلى طبيعة الإنحراف بالسلطة ذاته، أو إلى طبيعة بعض القرارات التي لها بناء قانوني خاص، وليس إلى تحفظ القاضي الإداري في وصم قرارات الضبط الإداري بهذا العيب، خاصة فيما يخص قرارات الضبط الإداري

---

1 - CE. 4 mars 1964, Dame Veuve Borderie, AJDA. 1964, p. 624;
CE. 2 février 1957, Castaing, in J. M. Auby, R. Drago, traité de contentieux administratif, Op. Cit., p. 415.

2 - CH. Debouy, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, Op. Cit, p. 201.

3 - Ibid., p. 202.

4 - M. Gros, « fonctions manifeste et latentes du détournement de Pouvoir », Op. Cit., p. 1238.

الصادرة عن السلطات المركزية [1]، فيجب الإعتراف بأن الأمر لم يعد كذلك، فمنذ زمن طويل لم يعد القاد الإداري يبدي أي تردد.

الفرع الثالث: سقوط الإنحراف بالسلطة لصالح رقابة الوقائع

إن رقابة الأسباب تسهل إثبات نوايا الإدارة، لأن القاضي يغير محل الإثبات على المستوى الموضوعي للوقائع، فضلا عن ذلك فإن عدم الوجود المادي للوقائع يشكل طريقة فعالة للإلغاء، فغالبا ما يتم الإستناد إليه من طرف الطاعنين وغالبا ما يتمسك به القاضي. وهكذا يتبع القاضي في البحث عن نوايا الإدارة على ضوء الأسباب طريقة مختلفة عن تلك التي يتبناها في مجال الإنحراف بالسلطة.

أولا: دور الأسباب في إثبات الإنحراف بالسلطة

إن عدم مشروعية الأسباب تفترض نية الإدارة في اتباع غرض غير مشروع، وإن مشروعيتها تستبعد قبول الإنحراف بالسلطة، وهكذا وعندما لا يوجد إخلال بالنظام العمومي، فإن التدبير الضبطي لا يحقق استرجاع النظام العمومي. إن الوحدة النفسية للقرار الإداري تنشا رابطة ضيقة بين السبب والغرض [2]، وقد قادت هذه العلاقة الضيقة ببعض الفقه إلى الخلط بين هذين الركنين للقرار الإداري، والحال أنه يوجد بين السبب والغرض إختلاف جوهري، فالسبب هو واقعة "سابقة وخارجية" للقرار الإداري والتي دفع وجودها بمتخذ القرار إلى اتخاذه، بالمقابل، فإن الغرض عنصر نفسي بحت يعبر عن نية رجل الإدارة ويجسد نتيجة القرار النهائية. فالبحث عن الغرض الذي بالنظر إليه تصرفت السلطة الإدارية، هو البحث عن بواعثه، عن النية من وراء إصداره، وإذا استطعنا القول، البحث عما كان يجول في رأس متخذ القرار. يوجد إذن مجال للتمييز بين العناصر السابقة والموضوعية للقرار وعناصره التالية والشخصية.

مع ذلك تم انتقاد هذا التمييز [3]، لأن الغرض كالسبب سابق على القرار، يتعلق بنتيجة معينة في ذهن متخذ القرار، يريد الوصول إليها، فالمعيار الزمني ليس معيارا حاسما في التمييز، فمن وجهة نظر نفسية بحتة، وفي تعاقب الأحداث الذهنية أو العقلية، فإن الغرض سابق أيضا على اتخاذ القرار، يتعلق الأمر بنتيجة محددة في المستقبل، لكنها موجودة في ذهن متخذ القرار قبل صدوره [4]. ومع أن السبب ذو طابع موضوعي والغرض ذو طابع

---

[1] – فالإنحراف بالسلطة الوحيد المنسوب للسلطة الحكومة والمسجل خلال النصف الأول من القرن العشرين، والذي يبقى مشهورا، ارتكب بصدد قضية Laumonier Carriol عن طريق مجلس الدولة بموجب قراره المؤرخ في 26 نوفمبر 1875، أشار إليه:

J. Castagné, Op. Cit., p 136, G. Vedel, P. Delvolvé, droit administratif, Op. Cit., p. 337.

[2] - R. Vidal, « l'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », Op. Cit., p. 291.

[3] - M. Gros, « fonctions manifestes et latentes du détournement de pouvoir », Op. Cit., p. 1240-1242.

[4] - G. Vedel, Essai sur la notion de cause en droit administratif Français, Op, Cit., p. 435.

شخصي [1]، فهما قريبين جدا أحدهما من الآخر، لذلك فإن عدم الوجود المادي للأسباب المشروعة يشكل قوية على الإنحراف بالسلطة. وهي قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس لسببين:

من جهة لا يؤدي عدم الوجود المادي للأسباب بالضرورة إلى الإنحراف بالسلطة، لأن عدم المشروعية للإنحراف بالسلطة، وعدم المشروعية لعدم الوجود المادي للأسباب مختلفتين في طبيعتهما، فالإنحراف بالسلطة عيب نفسي في حين أن عدم الوجود المادي للأسباب عيب موضوعي، يظهر خارج نوايا متخذ القرار، وما يوجد خارج النية لا يعكس بالضرورة ما يوجد داخل نوايا رجل الادارة [2].

ومن جهة أخرى فان عدم الوجود المادي للأسباب، لا يعني بالضرورة أن الإدارة تقصد تأسيس قرارها على أسباب غير مشروعة، وبالتالي اتباع غرض غير مشروع، فبإمكان الإدارة ارتكاب خطأ غير إرادي حول الوجود المادي للأسباب، ورغم أن الأسباب المشروعة غير موجودة ماديا، فإنها موجودة في ذهن رجل الإدارة، فالخطأ في الأسباب الموضوعية قد يوجد دون وجود الإنحراف بالسلطة [3] .

يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي ومن بعده المحكمة الإدارية التونسية، قد خالفا هذا التحليل، وتبنيا موقف الفقيه R. Bonnard الذي اعتبر قرينة "الوجود المادي للوقائع وتكييفها الصحيح يفترض تحقيق الغرض المشروع"، قرينة قاطعة وليست مجرد قرينة بسيطة [4]، فالأول (مجلس الدولة الفرنسي) غالبا ما يستعمل العبارة التالية: "ينتج عن هذه الوقائع بأن القرار المنازع فيه، قد اتخذ لأغراض أجنبية عن مصلحة المرفق"، في حين قررت الثانية المحكمة الإدارية التونسية أنه: "طالما ثبت من أوراق الملف أن العارض قام بأشغال بناء الطابق العلوي دون الحصول على رخصة، فإن ذلك يكون سببا كافيا وجديا لاتخاذ جهة البلدية قرار الهدم... وينفي عنها كل نية في التشفي" [5]، بعبارة أخرى فإن القرار المشوب بالإنحراف بالسلطة هو معيب آليا في أسبابه الموضوعية.

---

[1] – سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص. 352.

[2] - A. b. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p.130.

[3] - R. Vidal, « l'évolution... », Op. Cit., p. 302 ; R. Bonnard, le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, Op. Cit., p. 371, 372.

[4] -« L'existence d'un certain motif entraine forcement la poursuite d'un certain but, quant au moin l'acte adéquat a été accompli », R. Bonnard, note sous CE. 11 janvier 1935, Gras, 25 juin 1937 de la renaudière, RDP. 1938, p. 139.

[5] – المحكمة الإدارية التونسية، قرار رقم 12130 مؤرخ في 28 جوان 2005، قضية مغربي، أشار إليه:

I. Ben. Hassen, Op. Cit., p. 262.

ثانيا: سقوط وجه الإنحراف بالسلطة

سبق أن بيّنا بأن القاضي يُفضل فحص الوقائع على حساب الإنحراف بالسلطة، لذلك أعلن الفقه منذ مدة طويلة سقوط هذا الوجه، الذي يُفسر بتطور رقابة الأسباب والذي تم بصوره مستقلة عن رقابة الغرض، والذي يكفي في الكثير من الأحوال لمراقبة تدخل الإدارة. يُفسر سقوط الإنحراف بالسلطة أيضا بطابعه التبعي، فالقاضي لا يلجأ إلى هذا الوجه، إلا عندما ييأس من الأوجه الأخرى، هذا الإستبدال تطور وتزايد مع تطور رقابة قاضي تجاوز السلطة للأسباب الواقعية للقرار، فالسبب لم يستعمل فقط من طرف القاضي كعنصر لإثبات الإنحراف بالسلطة، لكنه أيضا كوسيلة تستبدل بفعالية الإنحراف بالسلطة وتجعله غير مفيد كل فحص للغرض [1].

كما أن القاضي يفضل في أغلب الأحوال إبطال القرار للأوجه الأخرى، لأنه لا يريد إذا كان بإمكانه تجنب ذلك، أن ينقص من اعتبار الإدارة في أعين المواطنين، ففاصلا في تجاوز السلطة، يلتزم القاضي بأن يضمن للمدارين، حماية حقوقهم وأن يتصرف بشكل يؤدي إلى إبطال القرارات الغير مشروعة، لكن متى وجدت أوجه أخرى تبرر عدم المشروعية، فليس عليه أن يبحث في النية الآثمة لمتخذ القرار، خاصة وأن هذا السلوك لا يؤثر في شيء على المتقاضين الذين ليست لهم أية مصلحة مشروعة في أن يكون مثل هذا السبب مفضل على الآخر [2].

إن النظام القضائي يمنع بهذه الطريقة من أن توضع في النور تصرفات الإدارة الغير مقبولة، كما أنه يحرم المتقاضي من الضمانة التي يقدمها إلغاء القرار لعيب داخلي هو عيب الإنحراف بالسلطة، فعندما يلغي القرار لعيب خارجي رغم الإنحراف بالسلطة، فبإمكان الإدارة إعادة إصدار القرار الملغى بعباراته، مصححة هذه المرة العيب الخارجي.

يفسر أخيرا سقوط الإنحراف بالسلطة بالطابع الموضوعي لرقابة الوقائع، فالقاضي يتحول نحو الوقائع، لأن البحث عن بواعث الإدارة يطرح مشاكل إثبات عويصة جدا بالنسبة للطاعن، فالإنحراف بالسلطة ضحية قاعدة الإثبات.

يتضح مما سبق أن نظام إثبات الإنحراف بالسلطة، هو نظام صارم وغير ملائم للمتقاضي، فهو يتضمن عيوب على مستوى عبء الإثبات وعلى مستوى إدارة الدليل، فالمتقاضي يصطدم بصعوبات جدية لتقديم دليل، تعزيزا لادعاءاته بالإنحراف بالسلطة، بل غالبا ما يكون مجردا من السلاح أمام الإدارة التي تحوز أغلبية عناصر الدليل.

---

[1] – مع ذلك اعتبر العميد R. odent القول بأن الإنحراف بالسلطة قد سقط غير صحيح:

« Le détournement de pouvoir est néanmoins, un des quatre grands moyens admis par la jurisprudence....je ne crois pas qu'il soit exact de considérer la notion de détournement de pouvoir comme entrée dans une période de décadence qui préparerait ou présagerait à sa disparition... » R. Odent, contentieux administratif, les cours de droit, IEPP. Paris, 1981, p. 2014, in A. b. Rhouma, le détournement de pouvoir ou de procédure, Op. Cit., p. 55.

[2] - Ch. Debouy, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative, Op. Cit., p. 203 ; I. Ben. Hassen, Op. Cit., p. 361.

كما أن ثقل عبء الإثبات الواقع على الطاعن واحتراس القاضي من التدخل الفعال للبحث عن الإنحر بالسلطة، يزيد من عدم التوازن بين طرفي النزاع، إذ لا يقبل القاضي هذا الوجه، مختبئا وراء صعوبات الإثبات إلا إذا كان جسيما. وبالتالي فإن الرقابة الفعالة لوجه الإنحراف بالسلطة، تقتضي دور أكثر فعالية للقاضي من أجل إقامة التوازن في تحمل عبء الإثبات والمساهمة في إدارة الدليل من أجل دعوى إدارية منصفة.

باعتبار أن عيب الإنحراف بالسلطة قد يصيب القرارات الفردية واللائحية، وأن اللوائح يمكن أن تكون من لوائح الضبط الإداري التي يجعل القانون لمخالفتها جزاء جنائيا، وباعتبار أن لوائح الضبط الإداري يطبقها القاضي الجنائي، فهل يمكن للأفراد أن يدفعوا أمام الأخير ببطلان اللائحة لأنها مشوبة بعيب الإنحراف ؟

إجابة على هذا السؤال، اعتبر بعض الفقهاء [1]، بأنه لا يمكن تصور تقرير القضاء العادي لمثل هذا العيب، لأنه ينتج أساسا من الملف الإداري الذي لا تملكه المحاكم العادية. وقد ساندت أحكام القضاء العادي الصادرة في هذه الفترة هذا الموقف الفقهي، حيث يبين قضاء الغرفة الجنائية بأن المحكمة العليا قد رفضت التمسك بهذا الوجه [2]

إن هذا الرفض يفسر بالتبرير الذي قدمته الغرفة الجنائية نفسها، وهو أن تقدير نوايا متخذ القرار يعرضها لوزن ملائمة القرار الإداري، لكن العمل استقر على عكس هذا الموقف، فتوسُع القضاء الإداري في قبول أدلة الإثبات والإعتماد على القرائن وظروف الحال، شجع القضاء العادي على القيام بهذه المهمة لأن الأمر يتعلق في النهاية بتحليل قانوني يملكه القاضي العادي [3].

وحسب الفقيه Pelletier [4] فإن الأحكام الصادرة عن المحاكم العادية في مجال الإنحراف بالنسبة لقرارات الضبط الاداري يمكن تقسيمها إلى ثلاثة مجموعات:

المجموعة الأولى: تشمل الأحكام التي رفضت بوضوح الإطلاع على وجه الإنحراف بالسلطة، لأنه يؤدي في نفس الوقت إلى رقابة الملائمة.

المجموعة الثانية: وتشمل الأحكام التي تجنبت الإقرار الصريح بعيب الإنحراف بالسلطة، ودون الإشارة إلى "عدم المشروعية"، مكتفية بالإشارة إلى أن غاية قرار الضبط الإداري الخاضع لدراستها ليست من غايات الضبط الإداري.

المجموعة الثالثة: وتشمل الأحكام التي تبيّن الإنحراف بالسلطة، وتُصرح بعدم مشروعية القرار المشوب به.

وبالنظر إلى اتفاق نتائج المجموعتين الثانية والثالثة، ففي كلاهما يُلغى قرار الضبط الإداري، في الأولى بسبب رفض القاضي الجنائي منح القرار المتنازع فيه طبيعة القرار الضبطي، وفي الثانية بسبب عدم مشروعية الأخير، لذلك فسوف نقسم البحث إلى مطلبين نتناول في الأول: رفض المحاكم العادية رقابة غاية القرارات الإدارية الضبطية، وفي الثاني: رقابة المحاكم العادية لهذه لغاية.

---

[1] - H. welter, le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, thèse, Nancy, 1929, p. 192.

[2] - Crim. 19 avril 1918; crim. 8 aout 1924; crim. 23 février 1938, in D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judicaire, LGDJ, Paris, 1995, p. 181.

[3] -.Crim. 14 mars 1957, 26 juillet 1957

أشار إلى هذين القرارين مصطفى أبو زيد فهي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، المرجع السابق، ص. 837.

[4] - M. Pelletier, l'appréciation de la légalité des actes administratifs par le juge répressif, thèse, Paris, 1952, p. 127, in J. Castagné, Op. Cit., p. 136.

صرّح القاضي العادي في بعض القضايا التي تم الإستناد فيها إلى الإنحراف بالسلطة في قرارات الضبط الإداري، بأنه غير مختص لتقدير نوايا سلطات الضبط الإداري، ورفض نتيجة لذلك الحكم على هذا الوجه [1].

وقد صدر عن الغرفة الجنائية قرارين يوضحان هذا الموقف [2]، وتتلخص ظروف القضيتين اللتان صدر فيهما، في أنه اتخذ قرار ضبط إداري بتحديد خط سير سيارات مرفق النقل العمومي، بُغية حماية مصالح المرفق محل الإمتياز.

وقد تصدت محكمة جنح Lyon لمسألة مشروعية هذا القرار في حكمين، صدر الأول بجلسة 30 جانفي 1935 وصدر الثاني بجلسة 15 ماي 1935، وقد قررت المحكمة بموجب هذين الحكمين بأن القرار مشوب بعيب الإنحراف بالسلطة، فطُعن في الحكمين أمام محكمة النقض، الغرفة الجنائية، التي نقضت الحكم الأول بقرار صدر في 22 نوفمبر 1935، ونقضت الحكم الثاني بقرار صدر في 23 فيفري 1938:

إن مصطلحات القرار الأخير الصادر في 23 فيفري 1938، قد جاءت واضحة لا يكتنفها أي غموض، بخصوص رفض محكمة النقض اعتبار الإنحراف بالسلطة كسبب لعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري، وقد جاءت أسبابه على النحو التالي:

"حيث أنه وللنطق بالإعفاء من التهمة صرّح الحكم المتنازع فيه، بأن القرارات المشار إليها التي اتخذت من طرف محافظ Rhone وعمدة Lyon لا يهدفان إلى ضمان أمن وانتظام المرور، لكن لهما غرض وحيد وهو المحافظة على مصالح المرفق محل الامتياز.

لكن ينتج عن المواد 97 إلى 99 من قانون 5 أفريل 1884 المشار إليه في القرارات السابقة، بأن التدابير المتخذة بواسطة هذين القرارين تدخل في الدائرة القانونية للسلطات الضبطية المخولة قانونا لهيئات الضبط الولائية والبلدية، وأنه عندما يتخذ القرار من طرف المختصين، ويتم الإدعاء كما في هذه الحالة بأن هذا القرار يتضمن نصوصا متجاوزة للسلطة، لأنها تفرض قيودا على حرية التجارة والصناعة، فإنه ينفتح أمام أصحاب الشأن طريق الطعن أمام الإدارة العليا...". فمن وجهة نظر المحكمة فإن الإنحراف بالسلطة يمكن أن يشكل من دون أدنى شك تقييدا للممارسة الحرة للتجارة والصناعة، لكنه لا يمس بمشروعية القرار الضبطي.

وفي قرار صادر عن الغرفة الجنائية بتاريخ 12 جانفي 1939 [3]، فصلت الأخيرة في مشروعية قرار المحافظ الذي أنشأ امتيازا لصالح فئة من بائعي الحليب بالمحافظة، إذ قضت محكمة النقض رغم إقرارها بأن التنظيم محل المنازعة

[1] - D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judicaire, Op. Cit., p. 181, « La jurisprudence de la chambre criminelle de cette époque, nous révèle que la cour suprême refusait de retenir ce moyen », J. Castagné, Op. Cit., p. 137.
[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 137.
[3] - Cass. Crim. 12 janvier 1939, in J. Castagné, Op. Cit, p. 138.

أقام تفرقة تعسفية محضة في المعاملة، بنقض الحكم المطعون والذي قرّر بأن التنظيم قد شابه الإنحراف بالسلطة، وَ في المثالين السابقين وصفت محكمة النقض عدم المساواة في المعاملة بأنه "مجرد تقييد" ليس له أثر على مشروعية القرار، بمعنى أنها وضعت عدم المساواة على مستوى المساوئ التي يمكن أن تتولد من قرار الضبط الإداري، وبالتالي على مستوى الملائمات التي يترك تقديرها لسلطات الضبط.

بالإضافة إلى هذه الأمثلة، نجد أمثلة أخرى لهذا الموقف السلبي لرقابة الإنحراف بالسلطة ضمن أحكام الجهات القضائية الدنيا، من ذلك حكم محكمة cholons - sur- Marue [1]، التي فصلت في 7 ديسمبر 1949 في مشروعية قرار المحافظ الذي منع "التصويت من أجل السلام" على أحد الطرق العمومية، وبعد اطلاعها على طابع أسباب القرار المتنازع فيها، وضحت المحكمة بأن: "القضاء ثابت على أن القرارات التنظيمية لا يلزم لصحتها التسبيب، وبناء على أن الخطأ في الأسباب لا يعيبها اتجاه جهة القضاء العادي غير المختصة بتقدير الإنحراف بالسلطة، فإنه يكفي البحث عما إذا كان قرار المحافظ قد اتخذ في حدود اختصاصه".

يبدو بأن المنطق واحد في كل الحالات السابقة، فالقاضي العادي يعتبر بأنه لا مجال لبحث نوايا الإدارة منذ اللحظة التي اتخذ فيها القرار الضبطي من طرف السلطة المختصة. كما يبدو بأن المحاكم العادية في فرنسا قد أخلطت بين تقدير الإنحراف بالسلطة وتقدير ملائمة القرار الضبطي الممنوعة على القاضي.

لكن إلى جانب هذه التصريحات بعدم الإختصاص، توجد الكثير من الأحكام التي تبين بأن المحاكم العادية تترك أحيانا هذا الموقف السلبي لممارسة الرقابة على أغراض الضبط الإداري.

[1] - Cass. Crim. 7 décembre 1949, in J. Castagné, Op. Cit., p. 138, 139.

المطلب الثاني: رقابة مشروعية غاية القرار الضبطي

تتم رقابة المحاكم العادية لمدى مشروعية ركن الغاية في قرارات الضبط الإداري بطريقتين: طريقة مباشرة وطريقة غير مباشرة.

الفرع الأول: عدم إقرار القاضي العادي لعيب الإنحراف بالسلطة

لجأت إلى هذه الرقابة الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية، في العديد من أحكامها التي تتعلق بقرارات هيئات الضبط الإداري، التي استهدفت من خلالها تحقيق مصالح مالية للإدارة، وقد رفضت المحكمة في هذه الأحكام إنزال العقوبات الجنائية بمخالفي هذه القرارات، لأنها لا تعتبرها قرارات ضبط إداري، إذ أن غاياتها لا تقوم على مقتضيات النظام العمومي[1]، من ذلك القرار الصادر عن الغرفة الجنائية والمؤرخ في 18 جانفي 1906 والذي يبيّن بأن المحكمة العليا تطبق هذا الحل.

يتعلق الأمر بتقدير مشروعية قرار ضبطي بلدي، يمنع مرور السيارات ذات وزن معين، وذلك لتجنيب البلدية نفقات صيانة طرقها، كما أشارت إلى ذلك ديباجة القرار. إن المحكمة بعد اطلاعها على أسباب هذا القرار قرّرت: "من حيث أنه ينتج من ديباجة القرار أن الأخير لا يسعى إلى كفالة حسن النظام، أو الأمن العمومي أو الصحة العمومية، ولم يكن له أهداف أخرى سوى حماية مصالح البلدية، ومن ثم فإن القرار المتخذ في مثل هذه الشروط لا يجد له جزاء في أحكام المادة 471- 15 من القانون الجنائي" [2].

نفس الصياغة موجودة ببعض التفاصيل القليلة في الكثير من القرارات الرافضة لكل جزاء عقابي لقرارات سلطات الضبط المتخذة بهدف تحقيق المصالح المالية للأشخاص القانونية العمومية [3].

يتضح مما سبق، بأن هذه الصورة الرقابية تتخذ مظهرين: يتمثل الأول في عدم التطرق المباشر أو الصريح من جانب القاضي لمشروعية غرض القرار الضبطي محل الدفع بعد المشروعية، ويتمثل الثاني في تجنبه التقرير الصريح بعدم مشروعية الإنحراف بالسلطة، بل يكتفي بالتقرير بأن القرار لم يستهدف المحافظة على النظام العمومي أو استعادة الإستقرار، ومن ثم يكون غير جدير بالحماية الجنائية، ويمتنع بالتالي عن توقيع العقوبة المقررة قانونا على من خالفه، فالقاضي بدلا من أن يصف القرار بأنه غير مشروع للإنحراف بالسلطة، يكتفي بأن ينفي صفة الضبط الإداري عن القرار المنازع فيه.

فضلا عن ذلك، تميز الغرفة الجنائية بمحكمة النقض على مستوى القرارات الإدارية التنظيمية، موضوع الدفع بعدم المشروعية أمام القاضي الجنائي والذي يحتوي على عدة مواد أو نصوص، بين ما يستهدف منها غايات ضبطية

[1] - crim. 22 mars 1883; crim. 26 janvier 1924, crim. 27 décembre 1954; crim. 10 décembre 1958, cité in, D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judicaire, Op. Cit., p. 183.
[2] - J. Castagné, Op. Cit., p. 140
[3] - Cass. Crim. 25 octobre 1900; 2 mai 1931; 27 décembre 1954, in J. Castagné, Op. Cit., p. 140.

إدارية، وبين ما ترمي إلى تحقيق أغراض مالية، بحيث أن الأولى فقط، ولكون غايتها ضبطية يعاقب مُخالفها جنائيا [1] أما الثانية ولكون غاياتها مالية، فلا محل لمعاقبة من انتهكها [2].

الفرع الثاني: إقرار القاضي العادي لعيب الإنحراف بالسلطة

تختلف هذه الصورة الرقابية عن سابقتها من حيث أن الأحكام تذكر بشكل مباشر وصريح عيب الإنحراف بالسلطة، ويقرر فيها القاضي عدم مشروعية قرار الضبط الإداري لصدوره مشوبا بهذا العيب.

إلا أن القاضي العادي نادرا ما يُشير صراحة إلى أن قرارات الضبط الإداري مشوبة بعيب الإنحراف بالسلطة[3]، ومع ذلك توجد بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض من خلال غرفتها الجنائية، التي تؤكد على مبدأ رقابة القاضي العادي لعيب الإنحراف بالسلطة، من ذلك قرار 16 أفريل 1935 [4]، الذي صدر بشأن قضية تتعلق بمخالفة أحد الأفراد لقرار محلي، كان يتطلب الحصول على رخصة بناء قبل إقامة أي بناء على إقليم البلدية، وحين قُدم المخالف إلى قاضي المخالفات لإقامته بناء دون الحصول على رخصة سابقة بالبناء، قُضي ببراءته، وحين طُعن في حكم البراءة أمام محكمة النقض، رفضت الأخيرة الطعن وأيدت الحكم المطعون فيه، وجاء بأسباب القرار: "من حيث أن المتهم طلب من العمدة الترخيص له بالبناء، فرد عليه عضو المجلس الشعبي البلدي بالرفض، إستنادا إلى أنه لا يجوز منح الترخيص قبل أن تسوى نهائيا مسألة تصريف المياه المستعملة في المصنع، بعد ذلك قرر عضو المجلس البلدي وقف تنفيذ أشغال البناء التي بدأها المتهم. ومن حيث أن قاضي المخالفات اعتبر ودون أن ينازع في صدور القرار المذكور في حدود اختصاص العمدة، أن له الحق في أن يفحص ما إذا كانت نصوصه لا تتعارض مع بعض المبادئ العامة مثل حرية التجارة والصناعة واحترام حق الملكية، وذهب إلى أن العمدة ليس له أن يوقف، في حالة خاصة، البناء على مسألة تصريف المياه الراسبة منذ عدة سنوات، ومن ثم يعتبر قرار عضو المجلس البلدي من هذه الناحية، قرارا كيديا، وإن أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على هذه الأسباب، فإنه لا يجوز نقضه".

لاشك أن كشف المحكمة عن ممارسة سلطات الضبط الإداري، من أجل النكاية والكيد يعني اقرارها ضمنيا بوجود الإنحراف بالسلطة [5] . لكن محكمة النقض لم تكتف بالإشارة الضمنية لعدم مشروعية القرار الضبطي

---

[1] - Cass. Crim. 1 er décembre 1934, D. Tsevas, le contrôle de la légalité..., Op. Cit., p. 184.

[2] - Cass. Crim. 23 juillet 1927, in D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire, Op. Cit., p. 183.J. Castagné, Op. Cit., p. 140.

يتعلق الأمر بقرار ضبط محلي لتنظيم مواقف السيارات بإحدى البلديات، حددت المادة الأولى منه لسيارات النقل أماكن للتوقف، في حين حددت مادته الثانية مقدار الرسوم التي يجب على ملاك السيارات تسديدها، عن شغل سياراتهم للطريق العمومي، فذهبت محكمة النقض، إلى أن المادة الأولى يعاقب على مخالفتها بينما لا يجوز ذلك بخصوص المادة الثانية.

[3] - Castagné, Op. Cit., p. 141.

[4] - D. Tsevas, Le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judicaire, Op. Cit., p. 181; J. Castagné, Op. Cit., p. 141.

[5]- يذكر الأستاذ Pelletier المشار إليه من طرف J. Castagné في الصفحة 143، أن الغرفة الجنائية قبلت بموجب قرار 3 جوان 1937، ضمنيا الإنحراف بالسلطة بشأن قرار محافظ أمر بالغلق الأسبوعي لمخبزه في نطاق نظام المناوبة، محاباة لأصحاب مخابز أخرى، وقد اعتبرت الغرفة الجنائية بأن: "... محكمة جنح فرساي كان لها الحق في أن تبحث فيما إذا كانت المناوبة قد أنشأت في هذه الحالة "نظاما لعدم المساواة" بين أصحاب المخابز، بيد أنها

للإنحراف بالسلطة، بل توجد بعض القرارات التي تعبر من خلالها هذه المحكمة صراحة عن هذا العيب، يتجلى ذ في قرار dame Leroux [1]، الذي تتلخص وقائعه في أن السيدة المذكورة طلبت الترخيص لها بفتح ملهى عمومي، لكن العمدة رفض طلبها بحجة أن محلها قريب جدا من المدرسة والمقبرة.

وقد أبطلت محكمة الاستئناف القرار لأنه اتخذ خارج إعتبارات حفظ النظام والصحة والسكينة العموميين، لكنها أسسته على خرق حرية التجارة والصناعة، غير أن محكمة النقض لجأت مباشرة وصراحة إلى استعمال طريق الإنحراف بالسلطة معلنة ما يلي [2]: "باعتبار أن العمدة اتخذ قرار الرفض في الظروف المذكورة سابقا، فإنه يكون بذلك قد استعمل سلطاته الضبطية لتحقيق غرض غير الذي من أجله منحت له هذه السلطات، وهو تحقيق الأغراض الضبطية".

وقد أصبح هذا القرار بعد ذلك قرارا مبدئيا، يعترف للقاضي الجنائي بحق مراقبة الإنحراف بالسلطة الذي يشوب القرارات الإدارية الضبطية على غرار القرارات الإدارية الأخرى، وقد كانت للمحاكم الردعية الفرصة لتأكيد هذا الموقف [3].

تبين الحالات السابقة التي قمنا بدراستها، بأن المحاكم العادية لا تتبنى دائما موقفا دقيقا بخصوص رقابة الغرض الضبطي، لذلك يمكننا القول بأن دراسة موقف كل من جهتي القضاء الإداري والعادي، تؤدي إلى القول بوجود فروق في الحلول التي قررتها كل منهما، فحلول القضاء الإداري تتسم بالإنسجام والوحدة وهي على درجة عالية من الإتقان القانوني واللغوي، في حين أن حلول القضاء العادي تبدو أكثر ترددا وتحفظا بالنسبة لعيب الإنحراف بالسلطة، فضلا عن ندرتها.

مع ذلك فإن القضاء العادي أصبح يتجه اليوم نحو "موضوعية" عيب الإنحراف بالسلطة objectivation de vice، وبعبارة أخرى إلى جعل عيب الإنحراف بالسلطة عيبا موضوعيا، ولعل القرار الصادر عن محكمة النقض، غرفتها الجنائية، في قضية stellewagen [4] وقرارات أخرى [1]، تبين هذا الإتجاه،

اقتصرت على تبيان أن تقسيم إقليم المدينة بما يتفق وأيام الغلق التي قررها المحافظ هو تقييم تعسفي محض، وسيجع على المنافسة بين المخابز المتقاربة جدا بنفس المدينة، والتي يجب مع ذلك أن تغلق في يوم مختلف وبالنظر إلى هذه البيانات ذات الطابع العام (غير مفصلة)، وبالنظر إلى عدم فحص مسألة تعادل أيام البيع بين خبازي مختلف مناطق المدينة، فإن الحكم المطعون فيه بالنقض لم يقم على أسباب كافية"

وإن امتنع هذا الحكم عن ذكر الإنحراف بالسلطة، فإنه ذكر "نظام عدم المساواة" الذي قام بطريقة تعسفية محضة، من المؤكد أنه إذا كان قد ثبت في هذه القضية بأن سلطات الضبط الإداري في المحافظة (المدينة)، قد استخدمت سلطتها لغلق مخبزه خلال بعض الأيام لمحاباة مخابز أخرى، فإن عيب الانحراف بالسلطة ثابت ومؤكد.

[1] - Crim. 21 Décembre 1961, cité in D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge juge judiciaire, Op. Cit, p. 182.

[2] - Crim. 21 Décembre 1961, cité in D. Tsevas, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire, Op. Cit., p. 182.

[3] - Cass. Crim. 25 juin 1964, D. Tsevas, Ibid., p. 182 ; Cass. Crim. 22 novembre 1935, in J. Castagné, Op. Cit., p. 141.

[4] - Cass. Crim. 10 octobre 1957, in J. Castagné, Op. Cit., p. 147- 150

وتتلخص وقائع القضية في أن السيد Stellewagen وهو مصور متجول كُلف بالمثول أمام محكمة مخالفة Arcachon، ونُسب إليه من بين مخالفات أخرى، مخالفة أحكام قرار المحافظ، الذي يحظر على المصورين المتجولين ممارسة نشاطهم المهني على بعد أقل من 30 متر من محل أي مُصور مقيم، وفي 5 أفريل 1954 انتهت محكمة المخالفات السالفة الذكر إلى عدم مشروعية القرار إستنادا إلى أنه يستهدف فقط حماية المصالح الخاصة للمصورين المقيمين، وعندما طعن على هذا الحكم أمام محكمة النقض أيدته على أساس أنه: يتبيّن من فحص القرار المطعون فيه أنه لم يقرر في أي من أحكامه أنه اتخذ بغية حماية النظام العمومي أو الأمن العمومي أو السكينة العمومية، وأنه لا يتضح من عبارات المادة 4- 5 منه، أن الحظر الذي تضمنه استهدف هذه الغاية، وأن هذه المادة بعد أن حظرت على المصورين المتجولين العمل على بعد أقل من 30 متر من محلات أو ورش التصوير المحترفة، أضافت أنه: "ولا يمتد هذا الحظر إلى التجار الذين يعملون بالتصوير بصفة عرضيه، مثل بائع البصريات..."، وأنه ينتج من هذه العبارة أن الحظر المتعلق بها يعد اعتداء على مبدأ حرية التجارة والصناعة لصالح مجموعة من التجار. فمحكمة النقض قد تصدت بوضوح لعدم مشروعية غرض قرار المحافظ، بطريقة موضوعية واضحة مقدمة إياها على أنها مخالفة لمبدأ عام في القانون وهو مبدأ حرية التجارة والصناعة.

وفي قرار Dame Leroux المؤرخ في 21 ديسمبر 1961 سالف الذكر، لاحظنا بأن محكمة النقض قررت تأييد الحكم محل الطعن بالنقض، لأن العمدة بحظره إقامة المرقص العمومي، لم يستهدف غاية من غايات الضبط الإداري، بل أخذ في اعتباره فقط قرب الملهى من المدارس والمدافن، فالمحكمة عولت على الأسباب للقول بأن غاية القرار الضبطي غير مشروعة، وتجنبت بذلك البحث في نوايا مصدر القرار، وعما إذا كان قد تعمد الخطأ في تقدير الأسباب. وبذلك فإن المحكمة اعتمدت في الوقوف على عدم مشروعية القرار على المبادئ العامة للقانون (مبدأ حرية التجارة)، كقرينة موضوعية تكشف عن الإنحراف بالسلطة، كما يفعل ذلك القضاء الإداري.

اذن يستطيع القاضي العادي من الآن فصاعدا، عن طريق الأخذ بوجه "مخالفة القانون"، النطق بالجزاء المترتب عن عدم مشروعية غرض القرار الضبطي، لأنه يفضل التمسك بعدم المشروعية الموضوعية السهلة والواضحة، على أن ينكب على البحث في نوايا السلطة الضبطية بهدف إثبات عدم مشروعيتها.

إن مسألة وضع عدم مشروعية الغرض الضبطي على مستوى موضوعي، يأخذ بها أيضا القضاء الإداري الحديث، فكما سبق وأن رأينا يعرف الإنحراف بالسلطة كطريق طعن احتياطي انحدارا أو سقوطا أمام جهات القضاء الإداري، فكلما استند المتقاضون إلى هذا الوجه أبدى القاضي الإداري تحفظا كبيرا في قبول هذا الطعن، وركّز على الإعتبارات الموضوعية، كعدم الإختصاص، عيب الشكل وخاصة غياب الأساس القانوني، حيث يكون الدليل أقل صعوبة للإثبات من الإنحراف بالسلطة [2]، مما يعني بأن مجال المشروعية الموضوعية في توسع مستمر بفعل ازدهار نظرية المبادئ العامة للقانون، والتطور الغير متوقع لرقابة الوقائع، فالقرارات الغير مشروعة التي لم يكن من الممكن في

---

[1] - Cass. Crim. 28 février 1957, 16 octobre 1957, 24 octobre 1957, 24 décembre 1957, in J. Castagné, Op, Cit., p. 150.

[2] - J. Lemasurier, « la preuve dans le détournement de pouvoir », RDP. 1959, p. 48.

فترة ما مجازاتها إلا عن طريق وجه الإنحراف بالسلطة، أصبحت اليوم محلا كذلك لتطور أوجه مخالفة القانون. يضاف إلى هذه الإعتبارات، اعتبار أخر سبق وأن شرحناه في المبحث الأول من هذا الفصل، يخص تحفظ الجهات القضائية الإدارية اتجاه الإنحراف بالسلطة والذي يتضمن في أغلب الأحوال تقديرا منحطا ومهينا حول سير المرفق أو على الأقل حول الشخص الذي اتخذ القرار المتنازع فيه، فالقاضي ولحماية حساسية الإدارة يقوم بإلغاء القرار، لكن يؤسس ذلك على أوجه أقل إهانة وأكثر سهولة كالخطأ في القانون أو الخطأ في الواقع.

لكل هذه الأسباب، يمكننا أن نقول بأنه يوجد اليوم في القضاء الإداري كما في القضاء العادي، اتجاه حقيقي لجعل عدم المشروعية المرتبطة بغرض القرار الإداري الضبطي موضوعية [1]، ولهذا فإن الفارق الذي يفصل الجهتين القضائيتين ليس فارقا كبيرا، ويبدو بأنه يتناقص شيء فشيء، فمن الناحية النظرية لا يوجد أي سبب مقبول لإبعاد رقابة الغرض عن اختصاص القاضي العادي، لأنه يتعلق برقابة المشروعية، ومن الناحية الفنية فإنه لا يوجد أي عائق أمام تماثل الجهتين القضائيتين. فإذا كان القاضي العادي كالقاضي الإداري يستطيع في أغلب الأحوال إقرار مشروعية غاية قرار الضبط الإداري باللجوء إلى المبادئ العامة للقانون، فهو ليس أعزلا اتجاه الحالات النادرة، حيث لا يستطيع أن يتبين هذا الوجه، لأنه لا يوجد ما يمنعه إذا رفض تقرير عدم المشروعية، في حالة عدم مشروعية غاية القرار، من أن يقرر كما يفعل أحيانا بأن اللائحة ليست لائحة ضبط إداري، وبالتبعية فلا يمكن النطق اتجاهه بجزاء جنائي، وباستخدام هذه الوسيلة الإحتياطية يمكنه أن يصل على الأقل على المستوى العملي، إلى ذات النتيجة التي كان بمقدوره أن يحققها إذا قرر عدم المشروعية، وبالتالي فالخلاف الحالي الموجود بين جهتي القضاء العادي والإداري فيما يتعلق برقابة الإنحراف بالسلطة يبدو بأنه في النهاية خلاف شكلي أكثر منه جوهري.

[1] - J. Castagné, Op. Cit., p. 151.

خـــاتمة:

تُمارس الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري من طرف جهتين قضائيتين مختلفتين، هما جهة القضاء الإداري وجهة القضاء العادي، في إطار نظام الازدواجية القضائية، الذي يقوم على مبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والقضائية، حيث يختص القاضي الإداري أساسا بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري، فيما يختص القاضي العادي بتقدير مشروعيتها على سبيل الإستثناء، وبناء على وجود نص في القانون أو قضاء صادر عن جهة قضائية عليا.

وقد لاحظنا بأن النظام الذي يأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات الإدارية والمحاكم العادية، يحرص على أن يقرنه بآلية إجراء المسائل الأولية، فإذا أثير دفع بعدم مشروعية قرار ضبطي أمام القاضي العادي (الجنائي أو المدني)، وكان الفصل فيه لازما للبت في المنازعة الأصلية، فإنه يتعين على القاضي العادي أن يوقف الفصل في الدفع لحين أن يفصل القاضي الإداري المتخصص في مدى مشروعية القرار محل هذا الدفع.

وقد يورد التنظيم القضائي تغليبا لمبدأ شمول الإختصاص وقاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، استثناءات على مبدأ الفصل بين السلطات، بحيث يصبح قاضي الدعوى الأصلية مختص بالفصل في مشروعية القرارات الضبطية، التي يكون الفصل فيها لازما للفصل في هذه المنازعات، وفيما عدا ذلك، يتعين على قاضي الدعوى أن يعمل على إجراء المسألة الأولية متى توفرت شروطها.

النتائج:

- إن اختلاف طرق الرقابة القضائية، بمعنى تنوع الإمكانيات الممنوحة للمُدار للمنازعة في مشروعية قرارات الضبط الإداري، وأيضا درجة تطور الرقابة الممارسة على المشروعية الداخلية للقرارات الضبطية، تشكل بالتأكيد عوامل فعالية هذا النظام القضائي (نظام الازدواجية القضائية)، لكن لا يمكننا أن نطلق هذا الحكم بدون فحص خارجي للرقابة القضائية من أجل أخذ حكم تقويمي في مواجهته. لذلك فإذا أردنا فعلا أن نُكوّن فكرة دقيقة حول فعالية هذا النظام، فيجب قبل كل شيء أن نضع تحت المجهر المظهر التطبيقي لشروط ممارسته، وفي هذا الإطار تجدر الإشارة إلى أن النظام القضائي الجزائري وإن كان يتبنى الإزدواجية القضائية على النمط الفرنسي، فإنه قد تبنى منذ نشأته بعض الطرق التقليدية للرقابة التي تبناها مجلس الدولة الفرنسي من رقابة الوجود المادي للوقائع وصحتها وتكييفها القانوني، لكنه لم يسايره إطلاقا في الاتجاهات الحديثة كتطبيقه لفكرة الخطأ الواضح، وفكرة الموازنة بين التكاليف والمزايا التي تتجسد في مجال قرارات الضبط الإداري في التناسب الحاصل بين درجة الإخلال بالنظام العمومي والإعتداء الواقع على الحرية الفردية، وانما سايره في حالات ضيقة جدا تكاد تنعدم، حيث لا نرى لها أثرا واضحا وكبيرا، إلا في حالات استثنائية محتشمة عند استقراء أحكامه القضائية.

لكن، وإذا كان القاضي الفرنسي يبحث دائما عن الحلول المناسبة في كل زمان لضمان التوازن بين السلطات الضبط والحقوق والحريات الفردية، وإن كان قد نجح إلى حد كبير في تحقيق هذا التوازن، خاصة عندما وصل إلى رقابة مدى ملائمة القرار الضبطي، من خلال الرقابة القصوى لتناسب حجم الإعتداء على الحريات العمومية، بالنظر إلى الإخلال بالنظام العمومي، وهو الأمر الذي لم يصل إليه بعد القاضي الجزائري، وبالتالي بقي بعيدا، على خلاف بعض نظرائه العرب، عن نقطة التوازن المنشود. ومع ذلك فإننا لا نؤيد القاضي الفرنسي في كل ما ذهب إليه، لأنه ومع التطور الذي وصل إليه، في فرض رقابة فعالة على قرارات الضبط الإداري، فإنه يبدو بأنه قد حن إلى دوره الأصلي، باعتباره قد نشأ نشأة نابوليونية، ووُلد كجهاز إداري أكثر منه جهاز قضائي في خدمة الإدارة، وبسبب ثقافته الإدارية وعلاقاته المنتظمة مع الإدارة، فضلا عن أن القاضي في التصور الجماعي هو جهة قريبة جدا من السلطة التنفيذية، هذا ما لم ولن يسمح له بأن يُعرقل عملها، بل لاحظنا بأنه حاول بكل الطرق وبمختلف السبل وتحت مختلف التسميات جبر قراراتها وترميمها، وهذا ما نلمسه من خلال استعماله للتقنيات التصحيحية والمبطلة للسُم أو الماحية لعدم المشروعية، والتي تسمح له بتجنب إلغاء القرار الإداري، رغم أنه يستلزم ذلك، بترميمه وبتصحيحه وبمحو عدم مشروعيته، متحججا بأن البحث عن حل مناسب ومتكيّف للبطلان، يصب في إطار إعطاء فعالية أكبر للرقابة القضائية، لأن الإلغاء الغير مشروط حسبه، للقرار الإداري الغير مشروع، يمكن أن يكون عديم الفائدة، ويمكن أن يُعطي للمدار أمل كاذب، عن طريق نجاح مؤقت. وهو منطق لا يمكن قبوله، لأن مجلس الدولة الفرنسي يسير وفقا لهذا الإتجاه الحديث من وضعية الرقابة القصوى والشاملة، إلى وضعية مغايرة يُشكل فيها القاضي الإداري الحلقة الأخيرة في عملية إتخاذ القرارات الإدارية، وتشكل فيها الدعوى القضائية دورة إستدراكية للإدارة لمراجعة قراراتها، وبالتالي لأن تصدر ما تراه مناسبا من قرارات دون مراعاة للمشروعية، مادام في انتظار قراراتها قاض سيسهر على جبرها وترميم عيوبها، فتحول بذلك القاضي الإداري الفرنسي، من قاضي المشروعية إلى قاضي اللامشروعية، وحرم بالنتيجة المتقاضي من فرصة الحصول على رضى ولو معنوي بإلغاء القرار الغير مشروع، هذا من جهة.

- ومن جهة أخرى فإذا أردنا أن نُقيّم هذا النظام القضائي المرجعي، فلا بد من مقارنته مع نظام أخر رائد في حماية الحقوق والحريات، وهو النظام القضائي الألماني، وقد سبق وأن أوضحنا بأن ألمانيا أعادت بناء قانونها كليا بعد الحرب العالمية الثانية، بهدف تجنب خطر الإنحراف التحكمي، وأقصت من نظامها القانوني كل البقايا التي تتعارض مع الفرد والديمقراطية، فيما انشغلت فرنسا بعد 1945 بالعودة إلى الوضعية التي كانت عليها قبل الحرب، دون أن تقوم بمجهود كبير لتحديث قانونها، ونتج عن ذلك أن القانون الفرنسي قد ركز الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية أو ما يُسمى أيضا برقابة الشرعية القانونية الداخلية على احترام القانون الوضعي من طرف السلطة الإدارية، فيما اتجه القانون الألماني إلى التركيز على مسألة إحترام الحقوق الشخصية للخواص، بعبارة أخرى ففي حين أن القاضي الفرنسي يبحث عن التعارض المحتمل بين القرار والقواعد التي يجب أن تحترمها الإدارة، فإن القاضي الألماني لا يكتفي بذلك، بل يبحث أيضا عن معرفة ما إذا كان المترافع محق في الموضوع الذي ادعى به ضد الإدارة، وبهذا فان تقنيات الرقابة تختلف من بلد لآخر، فالقاضي الفرنسي لا يتحقق من الوضعية الشخصية للطاعن، ولهذا فإن القانون

العام الشخصي le droit public subjectif لم يوفق في الدخول في القانون الإداري الفرنسي ما الحربين. بالمقابل فإن أشخاص القانون الخاص في القانون الألماني، هم أصحاب حقيقيين لحقوق عمومية شخصية، يحتج بها في مواجهة الإدارة، وبالتالي فهي تُشكل مصدرا لالتزام الأخيرة، نتيجة لذلك يقيم هؤلاء الأشخاص دعاوى حقيقية تتم دراستها والفصل فيها حسب إجراءات قريبة من الإجراءات المدنية.

ولا شك أن مصطلح الحقوق الشخصية يُرتب لأصحابه حماية أكثر فعالية من التي يوفرها النظام الفرنسي، ومع ذلك فإن النظام الأخير مرشح خلال العشر سنوات أو الخمسة عشرة سنة القادمة، لاستيعاب التطورات الإيجابية، التي عزف عن استيعابها في السنوات السابقة، بسب التأثير الذي يخضع له من جانب القانون الدولي وخاصة الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، باعتبار أن المعاهدات الدولية والقرارات المستمدة منها تسمو على القانون، بموجب المادة 55 من الدستور الفرنسي، وقد بدأت نتائج التغيير القضائي تظهر بسرعة مذهلة، بحيث أصبح القانون الدولي المصدر الأهم للقانون الإداري، وهذا سواء فيما يخص الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان أو القانون الأوروبي. من ذلك أن تطبيق الإتفاقية الأوروبية قد أدخل قواعد لم تكن معروفة في القانون الفرنسي كالحق في الحياة والحق في حياة عائلية عادية، كما فرض القانون الأوروبي مبدأ الثقة الشرعية.

إن التطور الذي حصل والذي سيحصل في فرنسا وفي البلدان المتأثرة بنظامها هو في صالح الفرد ضد الإدارة، فالقواعد الدولية والأوروبية خاصة فورية التنفيذ في النظام الداخلي، هي في الغالب قواعد لحماية الفرد، وبهذا فإن هذا الأخير (الفرد) يستند وسيستند من الآن فصاعدا أمام القاضي الإداري ليس فقط على مخالفة القانون، لكن أيضا على مخالفة هذه القواعد التي تعترف له بحقوق شخصية حقيقية، وهذه الشخصنة subjectivisation للنقاش القانوني، قد عُززت بكون مجلس أوروبا والقانون الأوروبي يمنح في غالب الأحوال للأفراد ليس فقط حقوق الإنسان المكرسة بموجب القانون الفرنسي، لكن أيضا الكثير من الحقوق الشخصية المتعلقة بهذا أو ذلك الفرع من القانون الاقتصادي أو الاجتماعي. وهكذا تطورت مهمة القاضي الإداري الفرنسي تدريجيا، فليس له أن يتحقق ببساطة من مطابقة القرار الضبطي للقانون، بل يجب عليه أن يفصل في مجموع الحقوق التي يدعيها شخص من أشخاص القانون الخاص في مواجهة السلطة الإدارية في نزاع معين، وأن ينشغل بالتالي بحماية الخواص ولا ينشغل فقط بضمان حسن سير الدولة.

وبالتالي فإن المشكل مطروح بقوة بالنسبة للقاضي الجزائري الذي لم يستطع لحد الآن، خلافا لنظرائه العرب، أن يواكب التغيرات التي أصبحت تعتبر تقليدية، بالنظر إلى التطور الحالي، فهل يستطيع أن يواكب هذه التطورات العالمية الحالية والمستقبلية التي تصب كلها في إطار حماية الفرد ضد الإدارة. إننا لا نتوقع ذلك في الوقت الحالي وفي الظروف الحالية، لذلك فإن التغيير يتطلب مجهودات كبيرة ومتكاثفة لتطوير العنصر البشري المتحكم الأساسي في هذا التطور.

- نقطة أخرى من شأنها أن تساهم في إثراء النظرة التقييمية للنظام القضائي للرقابة على المشروعية الداخ

لقرارات الضبط الإداري في الظروف العادية، تتعلق بالطابع المزدوج لهذا النظام، وبواقع أن هذه الرقابة تمارس بالمرة من طرف محاكم النظام القضائي ومحاكم النظام الإداري. يبدو من الطبيعي جدا الوقوف على الإمتيازات والمساوئ التي يبديها التدخل في إجراء تقدير المشروعية من هذا أو من ذلك النظام.

ففيما يخص الرقابة الممارسة من طرف المحاكم العادية، فقد تميزت بالتردد المفرط أحيانا وبالمحدودية أحيانا أخرى، وبالإنعدام شبه التام في حالات أخرى، كما هو عليه الحال في الجزائر، إذا ما تمت مقارنتها بطرق وآليات الرقابة القضائية الإدارية التي تعرف رقابة عميقة، وهذا بسبب تردد القاضي العادي في مواجهة كل ما يُسمى بالإدارة. وبالأحرى بسبب نقص التكوين الإداري للقاضي العادي، ما يترتب عليه التحفظ في ممارسة الرقابة، وهكذا فان الضعف الأساسي الذي يمكن أن نعيبه على رقابة المشروعية الممارسة من طرف الجهات القضائية العادية يعود إلى سبب واقعي، إلى عيب في تكوين القاضي العادي، وليس إلى سبب قانوني أو إلى نقص في تنظيم النظام نفسه.

وبالإضافة إلى هذه المشكلة الواقعية، فقد أثار اشتراك الجهتين القضائيتين في الإختصاص بتقرير مشروعية قرارات الضبط الإداري العديد من الإشكاليات، تتربع على قمتها مشكلة التناقض بين أحكام القضاء الإداري والقضاء العادي، ثم الخشية من وجود تنظيمين قضائيين يختلفان في الأحكام المتعلقة بالدفع بعدم المشروعية، اختلاف من شأنه أن يهدد مبدأ مساواة الأفراد أمام القواعد القانونية، التي تنظم هذا الدفع، وهو ما يمثل خطرا على مصداقية القضاء. ويتجسد هذا الاختلاف فيمايلي:

– اختلاف طبيعة الدفع بعدم المشروعية أمام جهتي القضاء الإداري والعادي (الجنائي)، فهو دفع شكلي أمام القضاء الجنائي ودفع موضوعي أمام القضاء الإداري. لذلك فإن المشرع مدعو للحرص على توحيد النظام القانوني لطبيعة الدفع أمام جهتي القضاء، بما يتفق وطبيعته.

– الاختلاف في مدى تعلق الدفع بعدم المشروعية بالنظام العمومي، يجب أن يعتبر الدفع متعلقا بالنظام العمومي سواء بالنسبة لأطراف الخصومة أو بالنسبة للقاضي. ومن ثم فلا يجوز أن يعتبر دفعا إجرائيا يتعين على صاحب الشأن أن يتمسك به قبل الكلام في الموضوع، ولا يجوز له إثارته لأول مرة أمام قاضي النقض، في حين أنه يعتبر دفعا من النظام العمومي بالنسبة للقاضي الجنائي، له أن يثيره من تلقاء نفسه في أية حالة كانت عليها الدعوى، أما أمام القاضي المدني والقاضي الإداري فلا يعتبر كذلك، سواء بالنسبة لصاحب الشأن أو بالنسبة للقاضي.

هذا وإذا كان النظام القضائي في فرنسا وفي الدول التي تتبعها، يحتاج إلى إنشاء إطار تفكير مشترك، في مجال قرارات الضبط الإداري، لقضاة النظامين القضائيين العادي والإداري، من أجل أن تصبح الرقابة الممارسة من طرف القاضي العادي على هذه القرارات كاملة وعميقة، كتلك الممارسة من طرف القاضي الإداري، من خلال تكوين قضاة النظامين في جزء مشترك من القانون، والقيام بتبادلات مؤقتة، بحيث يعمل كل منهما مؤقتا في النظام القضائي الآخر، فإن الوضع في الجزائر يقتضي إضافة إلى ذلك التفكير في التكوين الجدي لقضاة النظامين القضائيين، تكوين يمنح لهم التخصص الحقيقي في مجال المنازعة الإدارية بصفة عامة، ونزاع المشروعية وحماية حقوق الإنسان بصفة

خاصة (وقد سبق للأستاذ عمار عوابدي في كتابه النظرية العامة للمنازعات الإدارية، أن أكد على حقيقة خ
تخصص قضاة الغرفة الإدارية مهنيا وبشريا وكلية بالمنازعات الإدارية)، خاصة وأن القاضي الجزائري منتظر منه أن يكون أكثر جرأة وأكثر عزما للوصول إلى مستويات الرقابة التي لم يسبق له أن بلغها، غير أن الجرأة والعزم وسلطة القرار لا تلد من العدم، بل هي ثمرة التكوين الجيد والضمير الحي، لذلك فإن التطور المنتظر في الموضوع محل الدراسة مرتبط بشكل كبير بتكوين العامل البشري، والحال أن نصيب تدريس المواد المتصلة بنشاط القضاء الإداري في الجزائر في إطار النظام الكلاسيكي ضئيل جدا، فمواضيع القانون الإداري تدرس خلال سنتين فقط، حيث يتضمن برنامج السنة الثانية مدخلا للقانون الإداري والتنظيم الإداري والقرارات الإدارية ونظرية المرفق العمومي ونظرية الضبط الإداري، ونظرا لطول هذا البرنامج، فمن العسير إتمامه في سنة جامعية واحدة، فتبقى على الأقل نظريتين أو ثلاثة نظريات بدون معالجة، مما يجعل الدراسة مبتورة من أهم الأسس التي يقوم عليها القانون الإداري. أما في السنة الثالثة، فتدرس مادة المنازعات الإدارية حيث يطول برنامجها أيضا، فيصعب إنهاؤه لكثرة المواضيع المطلوب معالجتها، والتي تشكل العمود الفقري لنشاط القضاء الإداري، وبالتالي يمكن استنتاج مستوى وقدرات وملكات الحقوقيين في مجال القانون الإداري، الذي يعتبر قاعدة إنطلاق لاقتحام وظائف القضاء الإداري.

وفي إطار النظام الحديث المسمى (ليسانس– ماستر– دكتوراه)، وبالنظر إلى التجربة القصيرة التي عرفتها الجامعات الجزائرية، فإن الوضع يبدو أسوأ من سابقه، بسبب اتباع هذه الجامعات لنظام التخصص، بحيث تتخصص كل دفعة من الطلبة لمدة الثلاث سنوات المخصصة لنيل شهادة الليسانس، في موضوع قانوني معين كالقانون العقاري أو الأموال العمومية أو قانون الأعمال أو قانون شؤون الأسرة وغير ذلك من المواضيع، دون بقية المواضيع القانونية المتشعبة الأخرى. وبعد انتهاء هذه الفترة ونيل شهادة الليسانس، يُشارك الطالب في المسابقة الوطنية للقضاء للإلتحاق بالمدرسة الوطنية للقضاء.

وعند هذا الحد، فإننا لانتصور بأن الطالب الذي تكوّن لمدة ثلاثة سنوات فقط في موضوع قانوني واحد، ثم التحق بالمدرسة الوطنية للقضاء، بامكانه أن يتصدى بايجابية وبفعالية للدعاوى القضائية المتنوعة، وأن يصل بالرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري إلى الحد الذي لم يستطع القاضي، الذي تكوّن في النظام الكلاسيكي منذ الاستقلال، لمدة أربع سنوات كاملة وفي مختلف فروع القانون، أن يبلغها.

لذلك وأمام نقص تكوين القانونيين في إطار هذا النظام الحديث، بسبب تقليص الحجم الساعي بالنسبة لجميع المواد، وتحجيم محتوى المقاييس، والتخصص في موضوع قانوني واحد فقط، فإنه لا بد من تدارك هذا النقص ومحاولة الرفع من المستوى التكويني للقضاة الجدد، من خلال العمل على توحيد الدراسة الجامعية على مستوى الوطن بانشاء الجذع المشترك على مستوى السنة الأولى والثانية ليسانس، تدرس خلالهما مختلف المواد القانونية. واشتراط الحصول على الأقل على الليسانس والماستر للإلتحاق بالمدرسة الوطنية للقضاء. وأن يخضع القضاة للتكوين المستمر من خلال خضوعهم للتنقيط من طرف مسؤوليهم.

وبالاضافة إلى مشكل التكوين الجامعي، فإن الدراسة على مستوى المدرسة الوطنية للقضاء موحدة لجميع الطلبة القضاة، ولا وجود لأي تخصص، لذلك يستوجب الأمر التفكير في كيفيات وطرق تكوين القضاة المتخصصين

في مجال القضاء الإداري. ولعل التجربة التونسية التي أنجبت قاضي إداري يواكب بدقة التطورات الإيجابية لص الحقوق والحريات العمومية جديرة بالإهتمام.

غير أن هذا الأمر لا يعفي إطلاقا القضاة الجزائريين الممارسين من مسؤولياتهم، في المبادرة إلى الإطلاع والبحث في القانون والقضاء المقارن، عن الأدوات القضائية الملائمة والكفيلة بتحقيق حماية أوسع لحقوق وحريات المدارين. فليس صحيحا أن الفرصة لم تُتح للقاضي الجزائري منذ الإستقلال، للتعرف على هذه الوسائل، ومحاولة تطبيقها على القضايا التي تُعرض عليه، بل هو تجاهل منه لاختصاصاته القضائية.

فلماذا يمتنع القاضي الجنائي عن ممارسة اختصاصه في تقدير مشروعية القرارات الضبطية، المرتبطة بالجريمة التي ينظرها، إذا كانت المادة 459 من قانون العقوبات تمنحه صراحة هذا الإختصاص، ولماذا يمتنع القاضي العادي الغير ردعي عن ممارسة هذا الإختصاص، إذا كان مبدأ الفصل بين السلطات القضائية والإدارية، مبدأ غريبا تماما عن القانون الجزائري، وإذا كان تكوين القضاة العاديين والإداريين في الجزائر يتم بنفس الطريقة. فما سر هذا الإحجام عن تقدير مشروعية القرارات الإدارية، لا سيما الضبطية منها، واللجوء بدل ذلك إلى إعمال المسألة الأولية، وإثقال كاهل المتقاضين بدعاوى وإجراءات ومصاريف ومواعيد جديدة، هم في غنى عنها ؟ أو ربما الفصل مباشرة في الدعوى الجنائية، واعتبار القرار الإداري مشروعا ما دام لا يوجد قرار أو حكم إداري صادر عن القاضي الإداري يُقر بعدم مشروعية القرار الإداري المطلوب تقدير مشروعيته أمام القاضي الجنائي. ولماذا يحجم القاضي الإداري الجزائري عن تطبيق الأساليب الحديثة للرقابة القضائية، خاصة مبدأ التناسب بين درجة الإعتداء على النظام العمومي ودرجة الإعتداء على الحريات الفردية ؟ ولا نحسبه غير قادر على ذلك.

التوصيات:

بناء على ما تقدم، وباعتبار أن الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري في الظروف العادية تشترك فيها جهات القضاء الإداري والعادي، فإن التوصيات تكون كالتالي:

- ضرورة قيام القضاة العاديين (الردعيين وغير الردعيين) بممارسة إختصاصاتهم القانونية، المتمثلة في تقدير مشروعية القرارات الضبطية المرتبطة بالجرائم أو الدعاوى التي ينظرونها. إضافة إلى ضرورة تطبيق القاضي الإداري لأساليب الرقابة القضائية الكفيلة بتحقيق التوازن بين السلطات التي تتمتع بها الهيئات الضبطية وحقوق وحريات المواطنين، لا سيما نظرية الخطأ الواضح في التقدير ومبدأ التناسب.
- ضرورة الحرص على توحيد النظام القانوني لطبيعة الدفع بعدم المشروعية أمام جهتي القضاء.
- الاهتمام الجدي بتكوين قضاة النظامين القضائيين، في مجال منازعات المشروعية، بتوحيد الجذع المشترك على مستوى كل الجامعات الجزائرية لمدة سنتين كاملتين، تدرس خلاله مختلف المواضيع القانونية، مع توسيع الحجم الساعي لمواضيع القانون والقضاء الإداريين في مرحلة الليسانس أو بإنشاء نظام التخصص في القانون الإداري في هذه المرحلة الجامعية. مع ضرورة إعطاء عناية خاصة لتدريس القضاء الإداري على مستوى المدرسة الوطنية للقضاء لجميع الطلبة، مع اشتراط الحصول على الليسانس والماستر للإلتحاق بها.
- وضع إطار للتعاون بين قضاة النظامين القضائيين، يتم من خلاله تبادل الخبرات والمعارف والحلول المناسبة بين قضاة النظامين القضائيين.

لاشك أن هذا التكوين لو تم السهر على تجسيده، سيُقدم إضافة معتبرة للسلطات الجديدة التي اعترف بها المشرع مؤخرا للقاضي الإداري الجزائري، بموجب قانون 08/ 09. ولا شك أن هذه الإقتراحات، تتفاعل ايجابيا مع ضرورة الإرتقاء بواجب القاضي في ضبط العلاقات بين الإدارة والمدارين، بأن ينشأ نوع من التوازن بين أطراف هذا النوع من الدعاوى. فأبعد من فحص النزاعات، فإن مهمته توفيقية أساسا، في صورة القانون الإداري بكامله الذي يوجد في ملتقى الطرق بين النظام والحرية. تنظيمية أيضا بحيث أنه يضمن مهمة التنظيم الاجتماعي la régulation، بدفع الإدارة إلى تكييف تدخلها مع مستوى تطور المجتمع، وهكذا فإن الرقابة القضائية تهدف في التصور الجماعي إلى ضمان الحقوق والآداب الاجتماعية. إننا نحضر اذن لتأصيل أو لرسوخ متدرج لرقابة التدخل الإداري التي تترجم بالتقدم المحقق لصالح المدار بالرجوع إلى ثقافة حقوق الإنسان، هذا ما يجعلنا ندرك بحق، بأن القاضي يُغير ويُعدل رقابته بالنظر إلى التحولات الاجتماعية– السياسية اللاحقة socio– politiques، وهو ما يترتب عليه طرح التساؤل التالي **كامتداد أو كآفاق مستقبلية لهذا البحث**: أو لا يشكل تغير الرقابة القضائية من مرحلة زمنية إلى أخرى، مصدرا لعدم استقرار القضاء، ومصدر احتمالات بالنسبة للمتقاضي ؟ في هذه الشروط، هل تمنح الجهات القضائية للمُدار ما يسمى بالأمن القانوني ؟

أولا: باللغة العربية

1- النصوص القانونية:

- دستور الجمهورية الجزائرية الصادر سنة 1963.
- دستور الجمهورية الجزائرية الصادر سنة 1976.
- دستور الجمهورية الجزائرية الصادر سنة 1989.
- دستور الجمهورية الجزائرية الصادر في 28 نوفمبر 1996.
- القانون العضوي رقم 98- 01، المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق باختصاصات مجلس الدولة وتنظيمه وعمله، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 37.
- قانون رقم 89- 28 المؤرخ في 31 ديسمبر 1989، المعدل والمتمم بموجب القانون 91- 19 المؤرخ في 2 ديسمبر 1991، المتعلق بالاجتماعات والمظاهرات العمومية.
- قانون 90-09 مؤرخ في 7 أفريل 1990، المعدل والمتمم بالقانون 12-07 مؤرخ في 21 فبراير 2012، يتعلق بالولاية، الجريدة الرسمية، العدد 12.
- قانون 90-31 المؤرخ في 3 ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 12-06 مؤرخ في 18 صفر عام 1433 الموافق 12 يناير 2012 المتعلق بالجمعيات، الجريدة الرسمية، العدد 2.
- قانون 98-02 المؤرخ في 30 ماي 1998 المتعلق بالمحاكم الإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 37.
- قانون 08-09، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية، العدد 21.
- الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 8جوان 1966 المتضمن قانون الإجراءات المدنية المعدل والمتمم.
- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو 1966 الذي يتضمن قانون العقوبات، المعدل والمتمم.
- قانون 01-03 بشأن الزام الادارات العمومية والجماعات المحلية بتعليل قراراتها الادارية (المغرب).
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 1968.
- قانون رقم 46 لسنة 1972 المتعلق بالسلطة القضائية المصرية.
- الأمر 67-281 المؤرخ في 20 ديسمبر 1967، المتعلق بعمليات التنقيب وحماية المواقع والمعالم التاريخية والطبيعية.
- الأمر 01-77 المؤرخ في 23 يناير 1977، المتعلق بوثائق السفر للمواطنين الجزائريين.

- الأمر 01/85 المؤرخ في 13 أوت 1985 المتضمن تنظيم رخص البناء.
- المرسوم بقانون رقم 95 لسنة 1945 الخاص بشؤون التموين، المنشور بتاريخ 4 أكتوبر 1945 (مصر).
- المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18 ماي 1999، المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.
- المرسوم التنفيذي رقم 91-176 المؤرخ في28-05-1991 المعدل والمتمم، يحدد كيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة و شهادة التقسيم ورخصة البناء و شهادة المطابقة ورخصة الهدم
- المرسوم المؤرخ في 20 فيفري 1976، المتعلق بالمؤسسات الخطيرة أو الغير صحية.
- المرسوم رقم 147- 76 المؤرخ في 32 اكتوبر 1976 المتضمن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.
- المنشور الوزاري المشترك رقم 007 المؤرخ في 11 ماي 1994، المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العامة.

2- قرارات و آراء المجلس الدستوري

- قرار المجلس الدستوري، رقم 01، المؤرخ في 20 أوت 1989، المتعلق بقانون الانتخابات، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 36، 1989.
- قرار المجلس الدستوري، رقم 89/02 المؤرخ في 30 أوت 1989، المتعلق بالنظام الأساسي للنواب،
- رأي المجلس الدستوري، رقم 10 / 2000 المؤرخ في 13 ماي 2000، المتعلق بتطابق التنظيم الداخلي للمجلس الشعبي الوطني مع الدستور، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، رقم 46 مؤرخة في30 جويلية 2000.

3- الأحكام والقرارات القضائية:

- قرار المجلس الأعلى، 25 مارس 1966، بن كوشة، حولية العدالة، 1967، 1966، ص. 271.
- قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الاجتماعية، 8 يونيو 1966، النشرة السنوية للعدالة، مجلة صادرة عن وزارة العدل، أشار اليه محمد ابراهيمي، المرجع السابق، ص. 196.
- قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الإدارية، رقم 24402 مؤرخ في 1982.11.27 ، المجلة القضائية، العدد الأول، (أول عدد صدر بعد انشاء المحكمة العليا)، ص. 238- 239.
- قرار المجلس الأعلى، رقم 40087، المؤرخ في 9 مارس 1985، جمال سايس، المرجع السابق، الجزء الأول، ص. 163، 164.
- قرار المجلس الأعلى رقم 37578 المؤرخ في 23 نوفمبر 1985، المجلة القضائية 1989، العدد الثاني، ص. 199.
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، رقم 42136، مؤرخ في 12 جويلية 1686، قضية (ل.ك) ضد وزير الداخلية ووالي عنابة، المجلة القضائية، 1990، العدد الرابع، ص. 168.

- قرار المجلس الأعلى، 31 جانفي 1987، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 225.
- قرار المجلس الأعلى، رقم 878- 53 مؤرخ في 18 أفريل 1987، المجلة القضائية 1990، العدد الثالث، ص. 194 .
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، مؤرخ في 27 جوان 1987، المجلة القضائية 1990، العدد الرابع، ص. 175.
- قرار المجلس الأعلى، رقم 56407، المؤرخ في 30 جانفي 1988، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، ص. 429، 430.
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، استئناف رقم 420/50 فهرس 1984، قضية رئيس بلدية رئيس بلدية القصر ضد (د.ب، ع.أ)، غير منشور.
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، استئناف استعجالي رقم 35152 بتاريخ 21 جانفي 1984، قضية فريق ط، رئيس بلدية ...والي ولاية...، غير منشور.
- قرار المجلس الأعلى، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 46155 بتاريخ 12 ديسمبر 1988، المجلة القضائية، لسنة 1990، عدد 4، ص. 153.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، رقم 68240 ، مؤرخ في 1990.07.28، المجلة القضائية ، 1992 العدد الأول، ص. 153.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الاجتماعية، ملف رقم 73922، بتاريخ 8 جويلية 1991، المجلة القضائية لسنة 1993، ص. 77.
- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، المؤرخ في 20 ديسمبر 1992، بين الجمعية الجزائرية لحماية وترقية الآثار ووالي ولاية الجزائر، جمال سايس، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، ط- 1، 2013، ص. 617- 620.
- قرار مجلس الدولة، قرار رقم 172994، المؤرخ في 1998.07.27، مجلة مجلس الدولة، العدد 1، لسنة 2002.
- قرار مجلس الدولة الجزائري، الغرفة الثالثة، مؤرخ في 8 مارس 1999، لحسين بن الشيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، ط- 2002، ص. 53.
- قرار مجلس الدولة، الغرفة الرابعة، رقم 90، مؤرخ في 31 جانفي 2000، والي ولاية مستغانم ضد الجمعية المسماة منتجي الحليب، لحسين بن شيخ أث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، ط- 2004، ص. 193.
- قرار مجلس الدولة الجزائري، رقم 006195 مؤرخ في 2002/09/23، مجلة مجلس الدولة، العدد 3 لسنة 2003، ص. 96.

- قرار مجلس الدولة، الغرفة الخامسة، رقم 018915، المؤرخ في 11 ماي 2004، مجلة مجلس الدولة، العدد 5، لسنة 2004، ص. 240.
- قرار مجلس الدولة، رقم 013551 ، مؤرخ في 15 جوان 2004، مجلة مجلس الدولة، رقم 04، لسنة 2004، ص. 130.
- حكم المحكمة الإدارية بسطيف، رقم 13/00272، قضية المدعي ضد رئيس المجلس الشعبي البلدي، غير منشور.
- قرار المجلس الأعلى المغربي، الغرفة الإدارية، رقم 412، مؤرخ في 18 ماي 2005، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، مجلة الحقوق المغربية، دلائل الأعمال القضائية، مطبعة الأمنية، الرباط، السحب الثاني، 2010، ص. 327.
- حكم المحكمة الإدارية بالدار البيضاء المغربية، عدد 97، ملف رقم 2003/11، المؤرخ في 1 مارس 2004، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، مجلة الحقوق المغربية، دلائل الأعمال القضائية، السحب الثاني، ص. 33.
- حكم محكمة أكادير الإدارية، رقم 2004/29، المؤرخ في 12 فيفري 2004، عبد الله درميش، العمل القضائي في المنازعات الإدارية ، الجزء الثاني، ص. 217، 218.

4- الكتب العامة:

- **أحمد محيو**، المنازعات الإدارية، ترجمة فائز أنجق وبيوض خالد، ديوان المطبوعات الجامعية، ط- 5، 2003.
- **أحمد محيو**، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، ط- 4، 2006.
- **جورج سعد**، القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط- 1، 2006.
- **رمزي طه الشاعر**، تدرج البطلان في القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، التيسير للطباعة، ط- 3، 2000.
- **رمضان محمد بطيخ**، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من السلطة التقديرية للإدارة، وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
- **سامي جمال الدين**، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، 1992، (د، م، ن).
- **سامي جمال الدين**، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية، منشأة المعارف، الإسكندرية، (د، ت، ن).
- **سليمان بارش**، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري، الخصومة القضائية أمام المحكمة، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- **سليمان محمد الطماوي**، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط- 6، 1991.
- **صعب ناجي عبود الديلمي**، الدفوع الشكلية أمام القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتبة السنهوري، المؤسسة الحديثة للكتاب، 2010.
- **عاطف البنا**، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، (د، م، ن)، ط- 1، 1970.
- **عبد الرحمان بن خلدون**، المقدمة، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، مكتبة المدرسة ودار الكتاب اللبناني، بيروت، 1968.
- **عبد العزيز عبد المنعم خليفة**، الانحراف بالسلطة كسبب لإلغاء القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- **عبد القادر رباينة**، الرقابة على النشاط الإداري، الرقابة الإدارية والقضائية، دار القلم، المغرب، ط- 1، 2010.
- **عليان بوزيان**، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، (د، ت، ن).
- **عمار عوابدي**، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، نظرية الدعوى، الجزء الثاني، د م ج، الجزائر، ط- 4، 2005.
- **عمار عوابدي**، القانون الإداري، النشاط الإداري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 4، 2007.

- **عمار عوابدي**، دعوى تقدير الشرعية في القضاء الإداري، دراسة عملية تحليلية ومقارنة بين القضاء الإداري الفرنسي والنظام القضائي الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- **فتحي فكري**، القانون الدستوري، المبادئ الدستورية العامة، دستور 1971، الكتاب الأول، المبادئ الدستورية العامة وتطبيقاتها في مصر، 2004.
- **لحسين بن الشيخ أث ملويا**، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر، ط- 1، 2001.
- **لحسين بن الشيخ أث ملويا**، دروس في المنازعات الإدارية، "وسائل المشروعية"، دار هومة، ط- 1، 2006.
- **مجدي دسوقي محمود**، المصادر القضائية مصدر ذاتي للمشروعية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001.
- **محسن خليل**، القانون الدستوري والنظم السياسية، 1987، (د، م، ن).
- **محمد ابراهيمي**، الوجيز في الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 3، 2006.
- **محمد الصغير بعلي**، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.
- **محمد الصغير بعلي**، القضاء الإداري، دعوى الإلغاء، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- **محمد الصغير بعلي**، الوسيط في المنازعات الإدارية، طبقا للقانون 08- 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- **محمد عبد العال السناري**، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، مطبعة الاسراء، (د، ت، ن).
- **محمد فوزي نويجي**، فكرة تدرج القواعد الدستورية، دراسة تحليلية نقدية، دار النهضة العربية، ط- 1، 2007.
- **محمد كامل ليلة**، الرقابة على أعمال الإدارة، 1970، (د، م، ن).
- **محمد مرغني خيري**، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول، 1989، (د، م، ن).
- **محمود سلامة جبر**، الغلط البيّن في قضاء الإلغاء، (د، ت، ن)، (د، م، ن).
- **مسعود شيهوب**، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الهيئات والإجراءات، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 5، 09- 2009.
- **مسعود شيهوب**، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، نظرية الاختصاص، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط- 5، 09- 2009.
- **مصطفى أبو زيد فهمي**، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- **ناصر لباد**، الوجيز في القانون الإداري، دار المجدد للنشر والتوزيع، الجزائر، ط- 4، 2010.
- **نفيس مدانات**، دراسات معمقة في القانون العام، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

5- الكتب المتخصصة:

- **حلمي الدقدوقي**، رقابة القضاء على المشروعية الداخلية لأعمال الضبط الإداري، دراسة مقارنة، فرنسا ومصر ومبادئ الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1989.
- **عبد الحميد جبريل آدم**، التنفيذ المباشر الإداري، تطبيقاته والرقابة القضائية عليه، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007.
- **عزري الزين**، قرارات العمران الفردية وطرق الطعن فيها، دراسة في التشريع الجزائري، مدعمة بأحدث قرارات مجلس الدولة، دار الفجر للنشر والتوزيع، ط- 1، 2005.
- **محمد باهي أبو يونس**، الحماية القضائية المستعجلة للحرية الأساسية، دراسة لدور قاضي الأمور المستعجلة الإدارية في حماية الحرية الأساسية وفقا لقانون المرافعات الإدارية الفرنسي الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- **محمد بكر حسين**، الحقوق والحريات العامة، حق التنقل والسفر، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- **محمد عبيد الحساوي القحطاني**، الضبط الإداري في دولة الإمارات العربية المتحدة، التزام الحدود وحيادية التنفيذ، دار أبو المجد للطباعة، 2009.
- **هاني الطعيمات**، حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، ط- 1، 2003.

6- الرسائل الجامعية:

- **أحمد كمال الدين موسى**، نظرية الإثبات في القانون الإداري، رسالة حقوق، القاهرة، 1976- 1977.
- **أمل لطفي جاب الله**، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الخاصة بالأجانب، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة حلوان، 2004.
- **السيد أحمد محمد مرجان**، الضبط الإداري في مجال البناء والتعمير، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة الإسكندرية، كلية الحقوق، 2001.
- **عبد المنعم عبد العظيم جيزة**، آثار حكم الإلغاء، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، 1970.
- **عبد الوهاب البرزنجي**، السلطة التقديرية للإدارة والرقابة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1970.
- **محمد عبد الحميد مسعود الصبّاح**، اشكاليات الرقابة القضائية على مشروعية قرارات الضبط الإداري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2006.

7- المقالات:

- الخير قشي، "تطبيق القانون الدولي الاتفاقي في الجزائر"، مجلة العلوم الاجتماعية والانسانية، جامعة باتنة، العدد 4، 1995، ص. 13.
- العربي زروق، "التطور القضائي لمجلس الدولة الفرنسي في رقابة السلطة التقديرية للإدارة، ومدى تأثر القضاء الجزائري بها"، مجلة مجلس الدولة، العدد- 8، 2006، ص. 125.
- **العربي زروق**، "مبدأ الموازنة بين التكاليف والمزايا (بين المنافع والأضرار)، النظرية التقييمية كأسلوب حديث لمراقبة ملائمة القرارات الإدارية"، مجلة مجلس الدولة، العدد- 8، 2006، ص. 140.
- **رشيد خلوفي**، النظام القضائي الجزائري، "مجلس الدولة"، مجلة الموثق، العدد 2، جويلية- أوت، 2001، ص. 27- 37.
- **سليمان محمد الطماوي**، "السلطة التقديرية والسلطة المقيدة"، مجلة الحقوق للعلوم القانونية والاقتصادية، السنة الرابعة، العددان الأول والثاني، يناير- يونيو، 1950، ص. 98.
- **عبد الكريم بودريوة**، "القضاء الإداري في الجزائر، الواقع والآفاق"، مجلة مجلس الدولة، العدد- 6، 2005، ص. 09.
- **فريدة أبركان**، "رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، العدد- 1، لسنة 2002، ص. 40.
- **ليلى زروقي**، "دور القاضي الإداري في مراقبة مدى احترام الإدارة للإجراءات المتعلقة بنزع الملكية الخاصة للمنفعة العمومية"، مجلة مجلس الدولة، لسنة 2003، العدد- 3، ص. 24.
- **نصر الدين بن طيفور**، "الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات"، مجلة مجلس الدولة، العدد 9، 2009.
- **مجدي أحمد فتح الباب**، "فعالية الضبط الإداري وضمانات الحماية القضائية"، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 28، جويلية 2005، ص. 336.
- **مجدي أحمد فتح الباب**، "الحقوق والحريات العامة وسلطات الضبط الإداري"، مجلة مركز بحوث الشرطة، العدد 26، يوليو 2004، ص. 447.
- **محمد أبو زيد محمد**، "حدود سلطات الضبط الإداري في مجال ممارسة حرية الاجتماعات العامة في الظروف العادية وضماناتها"، مجلة كلية الدراسات العليا، رقم- 5، جويلية 2001، ص. 56.
- **مسعود شيهوب**، "دولة القانون ودولة المشروعية"، حوليات، مجلة تصدر عن مخبر الدراسات والبحوث حول المغرب العربي والبحر الأبيض المتوسط، جامعة منتوري قسنطينة، العدد 4، 2001، ص. 40.
- **مهند نوح**، "القاضي الإداري والأمر الإداري"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلة علمية محكمة دورية، المجلد 20، العدد الثاني، 2004، ص. 183.

8- التعاليق على الأحكام والقرارات:

- **عمر زودة**، تعليق على القرار رقم 1، الصادر بتاريخ 3 ماي 2000، عن محكمة التنازع، مجلة مجلس الدولة، العدد 2، سنة 2002، ص. 116.
- **لحسين بن الشيخ أث ملويا**، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
- **لحسين بن الشيخ أث ملويا**، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الثاني، دار هومة، الجزائر، ط- 4، 2004.

9- مجموعات الأحكام والقرارات:

- **جمال سايس**، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الأول، منشورات كليك، ط- 1، 2013.
- **جمال سايس**، الاجتهاد الجزائري في القضاء الإداري، الجزء الثاني، منشورات كليك، ط- 1، 2013.
- **عبد الله درميش**، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الأول، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، السحب الثاني، 2010.
- **عبد الله درميش**، العمل القضائي في المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، دلائل الأعمال القضائية، الدليل الثاني، مجلة الحقوق المغربية، مطبعة الأمنية، الرباط، السحب الثاني، 2010.

10- مواقع على الانترنت

- **قادر أحمد عبد الحسيني**، انحراف القرار الإداري عن قاعدة تخصيص الأهداف في التشريع العراقي، متوفر على الموقع:

http:// www. Iasj. Net/ 28 aout 2012.

1- TEXTES JURIDIQUES

- Constitution de la république Française de 1946.
- Constitution de la république Française de 1958.
- Loi constitutionnel N° 205/2005, 1 mars 2005, relative à La charte de l'environnement, J.O, N°51, du 05 mars 2005, p.3697, cité in http://www.légifrance.gouv.fr/02.08.2011.
- Loi n°67-17 du 4 janvier 1967 modifiant l'art. 14 de la loi 49956 du 16-07-1945 sur les publications destinées a la jeunesse**.**
- La loi n°80/539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcés en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public://droit.org/jo/textes/id.htm/
- Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative**.**
- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000, relative au référé devant les juridictions administratives JORF. 1 juillet 2000.
- code de justice administrative.
- Code de la santé publique.
- Code pénal Fançais N° 685-92 du 22 juin 1992.
- Code de procédure pénale Français.
- Decret du 3 juillet 1973 relative aux tribunaux administratifs.
- **Decret** n° 1044/2004 du 4 octobre 2004, J.O (Français), 5 octobre 2004, p. 17032, http: // legifrance.gouv.fr /

2- ARRETS ET JUGEMENTS

- Cour suprême, 4 février 1978, wali de Annaba/ Zerawi Boujema, Le recueil de la jurisprudence administrative, R. khelloufi et H. Bouchahda, publié par l'institut de droit d'Alger, 1999, p .137
- cour de Constantine (ch. Adm.) ordonnance du 30 novembre 1983, affaire N°- 1374/83 (ch. C/ Ministre de l'intérieure, non publié.
- Cour de Constantine (Ch. adm), ordonnance Du 22 janvier 1986, affaire N : 1660/85 (entreprise …. c/Wilaya….), non publier.
- Cour de Constantine, (CH. Adm), ordonnance du 21/01/1987 affaire N° 1924/86 (M. BC) /le wali de..., nom publié.

C E D H. 17 juiller 2001, **EKIN**, C. France, D. 2002, p. 317.

- C EDH, 27 janvier 2009, **Tatar** c/ Roumanie, Revue juridique de l'environnement, N°- 1, 2010, p. 61.

- TC, 16 juin 1923, **Septfonds**, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p.234.
- TC, 30 octobre 1947, **Barinstein**, c/ Lemonier, JCP. 1947, 2, 3966.
- TC. 5 juillet 1951, **Avranches et Desmarets**, Sirey, 3.1.
- TC. 17 octobre 2011, N° 3828 et 3829, **scea du cheneau**, RFDA. N°- 6, novembre- décembre 2011, p. 1136.

- CE, 4 avril 1914, **Gomel**, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009,p. 161.
- CE. 30 novembre 1923, **Couittéas**, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p. 239.
- CE, 10 janvier 1930, **Despijole**, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009,p.
- CE. 19 mai 1933, **Benjamin**, cité in M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p. 280.
- CE. Ass. 22 juin 1951, **Daudignac**, cité in M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p. 420.
- CE. 07 juin 1957, Candamine, RDP. 1958, P.58.
- CE. 6 décembre 1907, Compagnie des chemins de fer de l'Est et autre, M. Long et (al.), les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 2009, p. 107.
- CE. 20 octobre 1989, **Nicolo**, cité in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17e édition, 2009, p. 656.

- CE. 19 avril 1991, Belgacem, RFDA. 1991, p 497- 510.
- CE. 19 Avril, 1991, Naima Babas, RFDA. 1991, p. 497- 510.
- CE. 9 juillet 1997, Ekin, Dalloz, 1998, p. 317.
- CE. Ass. 28 juin 2002, Villemain, RDP, 2003, p. 447.
- Cass. Crim. 6 juin 1924, GP. 1924 . 2. p. 231.
- Cass. Crim. 25 juin 1937, GP. 1937, 2, p. 480.
- Cass. Crim. 18 janvier 1951, D. 1951, p. 289.

UNIVERSITE SETIF2
UNIVERSITE SETIF2

Cass. Crim. 2 février 1955, D. 1955, p. 275.

- Cass. Crim. 24 décembre 1957, Dalloz, p. 207

- Cass. Crim. 21 octobre 1987, D. 1988, p. 50.
- Cass. CV. 19 juin 2001, Dalloz, 2001, p. 2178.

3- OUVRAGES GENERAUX ET TRAITES

- **Auby (J. M), Drago (R)**, traité de contentieux administratif, T-2, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 3em édition, 1984.
- **Ben Achour (Y)**, droit administratif, CPU. Tunis, 2010.
- **Blanco (F)**, pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité, contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir, P. U. AIX- Marseille, 2010.
- **Chapus (R)**, droit de contentieux administratif, Paris, Montchrestien, 13eme édition, 2008.
- **Couchez (G), Lagrde (X)**, procédure civile, Sirey. 16emeédition, 2011.
- **Debbasch (CH), Colin (F)**, droit administratif, économica, Paris, 10eme éditon, 2011.
- **Debouy (CH)**, les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse, PUF. 1980.
- **De Laubadaire (A), Venézia (J. C), Gaudemet (Y)**, droit administratif, Paris, LGDJ. 2002.
- **Demersay (E. C)**, de l'examen des faits par le conseil d'Etat statuant en matière de recours pour excès de pouvoir, Paris, LGDJ. 1922.
- **Diqual (L),** la compétence liée, LGDJ. 1964.
- **Dupuis (G), Guédon (M. J)**, **Chrétien**, droit administratif, Sirey. 12eme édition, 2011.
- **Girard (S. B)**, l'inexistence en droit administratif, contribution à l'étude de la fonction des nullités, L'harmattan, 2010.
- **Guichart, Ferrand (F),** procédure civile, Paris, Dalloz, 28eme édition, 2006.
- **Guinchard (S)**, droit pratique de la procédure civile, droit interne, droit communautaire, 6em édition, 2009.
- **Hauriou (M)**, précis de droit administratif et droit public, Sirey, 12eme édition, 1993.

Jèze (G), les principes généraux du droit administratif, T- 1, Dalloz, 2005.

- **Ktistaki (S)**, l'évolution du contrôle juridictionnel des motifs de l'acte administratif, Paris, LGDJ. 1991.
- **Lagasse (D)**, l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif, essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration, Bruxelles, Bruylant, 1986.
- **Leroy (M)**, contentieux administratif, Bruylant, 3eme édition.
- **Loschak (D)**, le rôle politique du juge administratif Français, Paris, LGDJ. 1972.
- **Odent (R)**, contentieux administratif, T- 1, Paris, Dalloz, 2007.
- **Peiser (G)**, contentieux administratif, Dalloz, 14eme édition, 2006.
- **Rivero (J)**, droit administratif, Dalloz, 13eme édition, 1990.
- **Rivero (J**), **Waline (J),** droit administratif, Dalloz, 21eme édition 2006.
- **Rouault (M. C)**, droit administratif, Paris, Gualino éditeur, 2005.
- **Rouquette (R)**, petit traité du procès administratif, Dalloz, 4eme édition, 2010.
- **Tsevas (D)**, le contrôle de la légalité des actes administratifs individuels par le juge judiciaire, Paris, LGDJ. 1995.
- **Vedel (G)**, Essai sur la notion de cause en droit administratif Français, Paris, Sirey, 1934.
- **Vedel (G), Delvolvé (P)**, droit administratif, T- 2, Dalloz, PUF.
- **Waline (M)**, Etendue et limite du contrôle du juge administratif sur les actes de l'administration, EDCE. 1956.
- **Zouaimia (R), Rouault (M. C)**, droit administratif, Berti édition, 2009.

4- OUVRAGES SPECIALISES

- **Colliard (C. A), Letteron (R)**, libertés publiques, Paris, Dalloz, 8eme édition, 2005.
- **Gilbert (S)**, le juge judiciaire gardien de la propriété privée immobilière, étude de droit administratif, Paris, Marie et Martin, 2011.
- **Minet (C. E)**, droit de la police administrative, Vuibert, 2007.
- **Picard (E)**, la notion de la police administrative, LGDJ. 1984.
- **Rivéro (J)**, les libertés publiques, T- 1, les droits de l'homme, Paris, PUF. 5eme édition, 1990.
- **Tsiklitiras (S)**, la protection effective des libertés publique par le juge judiciaire en droit Français, LGDJ. 1991.

5- THESES ET MEMOIRES

- **Ben Hassen (I)**, le contrôle des motifs de fait dans le recours pour excès de pouvoir, thèse de Doctorat, université de Sfax, faculté de droit de Sfax, 2010- 2011.
- **Castagné (J)**, le contrôle juridictionnel de la légalité des actes de la police administrative, thèse Bordeaux ,1964.
- **Colson (J. PH)**, l'office du juge et la preuve dans le contentieux administrative, thèse, Paris, 1970.
- **Flauss (J. F)**, les questions préjudicielles et le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires, thèse, Strasbourg, 1976.
- **Rhouma (A. B.H)**, le détournement de pouvoir ou de procédure, mémoire pour l'obtention du diplôme d'étude approfondie en droit public et du commerce international, université de Sfax, faculté de droit, 2004- 2005.
- **Rousseau (D)**, le contrôle de l'opportunité de l'action administrative par le juge administratif, thèse, Poitiers 1979.
- **Saouli (I)**, ordre public et libertés, recherche sur la police administrative en Tunisie, thèse pour Doctorat d'Etat en droit public, faculté des science juridiques, politiques et sociales de Tunis, Tunis II, 1997-1998.
- **Teitgen (P. H)**, la police municipale, thèse, Nancy, 1934.
- **Welter (H)**, le contrôle juridictionnel de la moralité administrative, thèse, Nancy, 1929.

6- ARTICLES ET CHRONIQUES

- **Aguila (Y)**, « la valeur constitutionnelle de la charte de l'environnement », RFDA. N°- 6, novembre- décembre, 2008, p.11.
- **Bailleul (D)**, les nouvelles méthodes du juge administratif, AJDA. 13 septembre 2004, p. 1626.
- **Bergers (M. C)**, les actes non règlementaires, AJDA. 20 janvier 1980, N°-3, Doctrine, p. 16.
- **Bockel (A)**, « la voie de fait : mort et résurrection du notion discutable », Dalloz, 1970, p. 29 et s.
- **Bonnard (R),** le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir, RDP. 1923, p. 363.
- **Bugny (D. D)**, « la compétence du juge administratif saisi d'un recours en appréciation de validité d'un acte administratif, encadrée par le renvoi préjudiciel du juge judiciaire », RFDA. Janvier- février, 2006, p. 73.
- **Called (C)**, « la fonction juridictionnelle à l'épreuve de la question préjudicielle », revue jurisdoctoria, N°- 6, 2011, p. 17.
- **Camus (G)**, « réflexion sur le détournement de procédure », RDP. 1966, p. 65.
- **Canedo-Paris (M)**, la dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif Français d'un concept controversé, RFDA. N°- 5, septembre- octobre, 2008, pp. 979-998.

Cassia (E. S), « la protection de la jeunesse limite à la liberté d'expression » ? RDP. N°- 2, 2006, p. 402.

- **Chapus (R)**, « de la soumission au droit des règlements autonomes », Dalloz, 1960, p. 119.
- **Chevallier (F)**, « la fonction contentieuse de la théorie des opérations complexes », AJDA. 2 juillet- aout 1981, p. 332.
- **Combarnous (M)**, Chron. CE. Sect. 14 octobre 1960, Laplace, AJDA. 1960,1. p. 160.
- **Costa (J. P)**, « le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du conseil d'Etat, AJDA. 20 juillet- 2 aout 1988, p. 434.
- **Debbasch (CH)**, « la charge de la preuve devant le juge administratif », Dalloz, 1983, p. 44.

Debene (M), « le conseil constitutionnel et les principes particulièrement nécessaires à notre temps », AJDA. 1978, p. 351.

- **D'istra (P). (C), Paoletti (P), Philippe (X), «** le degré du contrôle du contentieux sur les mesures de police administrative », in D. Linote, la police administrative existe –t'elle ? P. U. d'Aix Marseille, économica, 1985, p. 66.
- **Djabbar (A)**, « la loi et le règlement dans la constitution du 28 novembre 1996 », Revue Idara, Volume 7, N°- 1, 1997, p. 8.
- **Donnat (F) et Casas (D)**, obligation de la juridiction administrative saisie d'une question préjudicielle renvoyée par l'autorité judiciaire, AJDA. 2003, N°- 38, 10 novembre 2003, p. 2028.
- **Donnat (F) et Casas (D)**, Chron. CE. Ass. 5 mars 2003, Aggoun, AJDA. 2003, p. 726.
- **Drago (D)**, « autour de la réforme du conseil d'Etat », AJDA. 1963, p. 524- 536.
- **Feffer (M. A)**, Chro. CE. Sect. 17 octobre 1980, Bert, AJDA. 1980, p. 649.
- **Faure (B)**, « le dualisme juridictionnel et les libertés », in le dualisme juridictionnel, limites et mérites, Dalloz, 2007, p. 110.
- **Finkel (G)**, « l'expulsion des étrangers et le juge administratif en droit Français », AJDA. 1978, p. 261.
- **Fromont (M),** « l'intensité du contrôle du juge sur les décisions administratives en France et en Allemagne », in mouvement du droit public, du droit administratif, au droit constitutionnel du droit Français au autres droit, mélanges en l'honneur de Franck Moderne, 2004, Dalloz, 1123- 1133.
- **Gaudemet (Y)**, « les questions préjudicielles devant les deux ordres de juridictions », RFDA. Septembre- octobre. 1990, p.78.
- **Gouduin**, « le dualisme juridictionnel facteur d'amélioration des procédure », in le dualisme juridictionnel, limites et mérites, colloque organisé à la Rochelle les 30 et 1er octobre 2005, Dalloz, 2007, p. 43.
- **Gouttenoire (A)**, « les aménagements du dualisme juridictionnel : le bloc de compétence judiciaire en matière de propriété privé et de libertés fondamentales », in le dualisme juridictionnel, limites et mérites, colloque organisé à la Rochelle les 30 et 1er octobre 2005, Dalloz, 2007, p. 55.
- **Granjon (D)**, « les questions préjudicielles », AJDA. Février 1968, Doctrine, p. 75.

Gros (M), « fonctions manifestes et latentes du détournement du pouvoir », RDP. 1997, p. 1244.

- **Henry (H. P)**, « une nouvelle fonction pour l'erreur manifeste », AJDA. 1979, p. 17.
- **Heurte (A)**, « le recours sur renvoi des tribunaux judiciaire », AJDA. 14 années, 20 novembre 1958, p. 111.
- **Huten (N), Cohendet (M. A)**, « la charte cinq ans après », RJE. N°- 1, 2010, p. 38.
- **Jeze (G)**, « l'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir », RDP. 1911, p. 290.
- **Jeze (G)**, « Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques », RDP. 1913, p. 31.
- **Labetoule (D)**, « l'avenir du dualisme juridictionnel, point de vue d'un juge administratif, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1772.
- **Leclercq (C)**, « le déclin de la voie de fait », RDP. 1963, p. 712.
- **Lemasurier**, « la preuve dans le détournement de pouvoir », RDP. 1959, p.39.
- **Lesclous (V),** l'appréciation des actes administratifs par le juge répressif, la semaine juridique, JCP. 1994, N°- 11, p. 143.
- **Marceau (A)**, « police administrative et droit de concurrence », AJDA. 2002, N°- 3, p. 194.
- **Mazars (M. F)**, « le dualisme juridictionnel en 2005, point de vue d'un juge judiciaire, AJDA. 26 septembre 2005, p. 1777.
- **Mestre (A)**, « contrôle des motifs », in Encyclopédie Dalloz, contentieux administratif, T- 2, D. 1985, Mise à jour 1988, N°- 92.
- **Meurisse (R), «** l'appréciation de la légalité des actes administratifs par les tribunaux répressifs », GP. 1953, 2 ème semestre, p. 6.
- **Morange**, « valeur juridique des principes contenus dans les déclarations de droit », RDP. 1945, p. 229.
- **Nourai (N. C), Depinay (N. C)**, « l'urgence devant le juge administratif, première application des articles L.521-1 et 521-2 nouveaux du code de justice administrative », LPA. 12 février 2001, N°- 30, p.712.
- **Pasbecq (C. H)**, « de la frontière entre la légalité et l'opportunité dans la jurisprudence du juge de l'excès de pouvoir », RDP. N°- 1, p. 810.

Peyrical (J. M), « le juge administratif et la sauvegarde des actes de l'administration, étude sur la neutralisation et la substitution des motifs », AJDA. 1996, p. 309.

- **Quiot (G)**, « voit de fait », juris-classeur, 1998, N°- 29.
- **Reglade (M)**, « du prétendu du contrôle juridictionnel de l'opportunité en matière de recours pour excès de pouvoir », RDP. N°- 3, juillet- aout- septembre, 1925, p. 422.
- **Richard (A)**, « l'exception d'illégalité devant le juge d'instruction », G P. 1953, 2^{em} semestre, p. 1. 2.
- **Rivero (J), «** principes fondamentaux reconnnus par les lois de la république, une nouvelle catégorie constitutionnelle » ? Dalloz, 1972, p. 265.
- **Rouault (M. C)**, « le juge administratif et les ordonnances », annadroit, droit administratif, Gualino édition, 2005, p. 222.
- **Rouault (M. C)**, **Faupin (H), Canel (G),** « les rapports entre actes administratifs d'une part, lois d'autre part », annadroit, droit administratif, Gualino éditeur, 2005, p. 92.
- **Rouault (M. C)**, **Faupin (H), Canel (G),** « la place de la loi dans la hiérarchie des sources du droit », annadroit, droit administratif, Gualino éditeur, 2005, p.57.
- **Seiller (B),** « l'illégalité sans l'annulation », AJDA. 10 mai 2004, N°- 81, p. 966.
- **Vedel (G)**, « la juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP. 1950. 1.
- **Verpeaux (M)**, «le juge administratif gardien du droit de propriété », RFDA. 2003. p. 1103
- **Vidal (R)**, « l'évolution du détournement de pouvoir dans la jurisprudence administrative », RDP. 1952, p. 292.
- **Waline (M)**, « le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnelle », RDP. 1930, p. 222.
- **Woehrling (J. M)**, « le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire en France », R A. 1999, p. 77.

7- CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

- **Aubin (M. E)**, Concl. Sur CE. Sect. 30 avril 1976, Simeon, AJDA. 1976, p. 625.
- **Auby (J. M)**, Note sous TC. 5 juillet 1951, Avranches et Desmarets, S. 1952, 3. 1.
- **Bacquet (A)**, Concl. Sur CE. Ass. 15 mai 1981, Maurice, AJDA. 1982, p. 86.
- **Bazex (M)**, Cass. Com. 16 mai 1996, AJDA. 1996, p. 1033.
- **Delvolvé**, concl. Sur TC. 17 mars 1949, D. 1949, p. 209.
- **Dondoux (P)**, concl. Sur CE. 6 février 1981, M. Baudet, AJDA. 1981, p.489.
- **Dontenwille (M)**, concl. sur Cass. Crim. 25 avril 1985, D. 1985, p. 329.
- **Fréjaville (M)**, Note sous TC. 30 octobre 1947, Barinstein, JCP. 1947. 2. p. 3966.
- **Gaudemet (Y)**, Note sous CE. Sect. 27 septembre 1985, Sos. Usinor, RDP. 1986, p. 842.
- **Gentot**, Concl. Sur TC. 7 mai 1971, Ministre de l'économie et des finances et ville de Bordeaux, JCP. 1971. 1. p. 2446.
- **Gros (M)**, Note sous CE. 10 décembre 1993, madame Maes, le choix juridictionnel des motifs d'annulation en matière de police administrative, RDP. 1994, N° - 3, LGDJ. P. 825.
- **Guettier**, Note CE. Ass. 28 juin 2002, Villemain, RDP. 2003, p. 447.
- **Janicot (L)**, Note sous CE. 3 octobre 2008, commune d'Annecy, RFDA. N°- 6, novembre décembre, 2008, p. 1159.
- **Lamarque**, Note sous. Cass. Crim. 21 décembre 1961, Dame Le Roux, JCP. 1962, p. 12680.
- **Lamarque**, Note sous. Cass. Crim. 1 juin 1967, JCP. 1968, 2. 15505.
- **Mestre (R)**, Note sous CE. 22 novembre 1946, Mathian, Sirey, 1947.3. p. 41.
- **Michel**, concl. Sur CE. 19 mai 1933, cité in M. Long et (al.), les grands arrets de la jurisprudence administrative, 2009, p. 280
- **Moreau**, Note sous TC. 6 novembre 1967, Coutauceau, AJDA. 1968, p. 407.

Muscatelli et Pastorel, Note sous CE. 21 juin 1993, préfet de la corse, Dalloz, 1994, p.37.

- **Rideau**, Note sous crim. 22 octobre 1970, D. 1971, p. 21.
- **Romieu (S)**, Concl. Sur TC. 2 décembre 1902, Sociét immobilière de Sait- just, in M. Long, P.Weil, G. Braibant, B. Genevois, les grands arrets de la jurisprudence administrative, Dalloz, 2009.
- **Seiller (B)**, Note sous Cass. Civ. 20 décembre 2007, RDP. 2008, p. 1641.
- **Seiller (B)**, Note sous TC. 17 octobre 2011, SCEA du chéneau, RFDA. N°- 6, novembre- décembre 2011, p.1135.
- **Souty**, Note sous TC. 6 novembre 1967, préfet de Loire- et- Cher, JCP. 1968. 2. p. 15448.
- **Troizier (A. R)**, Note sous TC. 17 octobre 2011, RFDA. N- 6, novembre- décembre 2011.
- **Vught (G)**, Concl. Sur CE. 29 mars 1968, AJDA. juin, 1968, p. 341.
- **Waline (M)**, Note sous CE. 17 février 1950, dame Lamotte, RDP. 1951, p. 478.
- **Waline (M)**, Note sous CE. 6 juillet 1977, Consorts Girard, RDP. 1977, p. 1323.

8- RECUEILS D'ARRETS

- **Long (M), Weil (P), Braibant (G), Delvolvé (P), Genevois (B)**, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, 17eme édition 2009.
- **Khelloufi (R), Bouchahda (H)**, le recueil de la jurisprudence administrative, l'institut de droit d'Alger, 1979.

9- CITES INTERNET

- **Ben Abd Allah (M.A)**, Théorie des questions accessoires et pouvoir du juge judiciaire répressif, http://fr. jurispedia.org/ 11 septembre 2012.
- **Bernardin (F.X)**, « contrôle de légalité des actes administratifs, nouveaux pouvoirs du juge judiciaire », http://www.lepetitjuriste.fr/ 11 septembre 2012.
- Charte de l'environnement, http://fr. wikipedia.org/ 26 juillet 2011.
- http://legifrance. gouv.fr/ 1septembre 2012.
- La compétence du juge judiciaire en dehors des textes, http:// playmendroit.free.fr/ 11 septembre 2012.
- La cour de discipline budgétaire et financière, www. Ccompte.fr/cour des comptes/publications/
- La force de la chose jugée, http:// fr. wikipedia. Org /31 mai 2011.
- La loi n° 80/539 du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public://droit.org/jo/textes/id.htm/
- Loi n°2000- 597 du 30 juin 2000, JORF. 1 juillet 2000, p. 9948, in http://www. Legifrance.gouv. fr/ 11septembre 2012.

فـــهرس العنـــاويـــن

مقدمة.....1

الباب الأول: إجراءات الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري.....9

الفصل الأول:اجراءات تحريك الرقابة القضائية.....10

المبحث الأول: أثر إنقضاء ميعاد الطعن بالإلغاء على التمسك بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري.....13

المطلب الأول: أثر انقضاء ميعاد الطعن على دعاوى المسؤولية الناتجة عن القرار الغير مشروع.....14

الفرع الأول: عدم سقوط دعوى التعويض عن الضرر الناتج عن القرار الغير مشروع.....15

الفرع الثاني: ميعاد دعوى التعويض.....16

المطلب الثاني: أثر إنقضاء ميعاد الطعن على دعاوى إلغاء القرارات التبعية للقرار الغير مشروع.....18

الفرع الأول: القرارات التنظيمية.....18

أولا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرار التنظيمي بمناسبة الطعن في القرارات التبعية الصادرة تطبيقا له.....18

ثانيا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرار التنظيمي إذا تغيرت الظروف الواقعية أو القانونية التي أدت الى صدوره.21

الفرع الثاني: القرارات الفردية.....22

أولا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرار غير التنظيمي الذي يشكل عنصرا في العملية المركبة.....24

أ- اضافة شرط الإستمرارية إلى شرط الخصوصية وفقا للإتجاه الكلاسيكي.....25

1- شرط الإستمرارية.....25

2- شرط الخصوصية.....25

ب- تحول مفهوم العملية المركبة.....26

1- مرونة الرابطة المباشرة والضرورية.....26

2- نفي الرابطة الضرورية.....27

ثانيا: جواز التمسك بعدم مشروعية القرارات المنعدمة.....29

أ- إرتباط القرار المنعدم بعدم مشروعية جسيمة.....29

ب- الدفع بعدم مشروعية القرار المنعدم دفع دائم ومتجدد.....31

المبحث الثاني: الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري كمسألة أولية.....34

المطلب الأول: مفهوم المسألة الأولية.....34

الفرع الأول: تعريف المسألة الأولية وتحديد أساسها.....34

أولا: تعريف المسألة الأولية.....34

ثانيا: أساس تقنية أو آلية المسائل الأولية.....36

أ- المسألة الأولية وفصل الأنظمة القضائية.....37

ب- المسألة الأولية والتعاون بين الأنظمة القضائية.....37

الفرع الثاني: تمييز المسألة الأولية عن غيرها من المسائل.....9
أولا: المسألة الأولية العامة والخاصة.....39
ثانيا: المسألة الأولية والمسألة السابقة.....40
ثالثا: المسألة الأولية والمسألة الملتمسة.....42
الفرع الثالث: شروط اعمال المسألة الأولية.....43
أولا: ضرورة الطابع القضائي للدعوى.....43
ثانيا: ضرورة وجود مسألة حقيقية أو منازعة فرعية حقيقية.....44
أ- الطابع الجدي للإعتراض.....45
ب- ضرورة توجيه سؤال حقيقي لقاضي الإحالة.....46
ثالثا: ضرورة الجواب على المسألة للفصل في الموضوع.....47
أ- الإلتزام بالإجابة على المسألة الأولية.....47
1- مبدأ الإلتزام بالإجابة على المسألة الأولية.....47
2- موضوع الالتزام.....49
- الإجابة على المسألة المطروحة من طرف السلطة القضائية في الحالة الأخيرة لقراراتها القضائية.....49
- الإلتزام بالإجابة على المسألة المطروحة فقط.....50
* تحديد القاضي العادي لمضمون المسألة المطروحة.....51
* عدم تحديد القاضي العادي لمضمون المطروحة.....52
ب- ضرورة الجواب على المسألة الأولية للفصل في النزاع الأصلي.....54
المطلب الثاني: أثر إعمال المسائل الأولية.....54
الفرع الأول: أثر إعمال المسألة الأولية في مواجهة قاضي الدعوى الأصلية.....54
أولا: حجية حكم وقف الفصل في الدعوى في مواجهة القاضي الأصلي.....55
ثانيا: إرتباط قاضي الدعوى بجواب قاضي الإحالة.....55
أ- حجية القرارات الصادرة عن قاضي الإحالة.....56
ب- مدى التأثير الحقيقي لجواب المسألة الأولية على القرار في الموضوع.....57
الفرع الثاني: أثر إعمال المسألة الأولية في مواجهة قاضي الإحالة.....58
أولا: إجراءات طرح المسألة الأولية أمام قاضي الاحالة.....58
أ- شروط وجود الدعوى.....58
1- الأطراف.....59
2- الميعاد.....59
3- الإجراءات.....60

ثانيا: حجية وقف الفصل بالنسبة لقاضي الإحالة.....(
الفصل الثاني: طرق ممارسة الرقابة القضائية.....63
المبحث الأول: رقابة القاضي العادي لمشروعية قرارات الضبط الإداري.....64
المطلب الأول: رقابة القاضي الجنائي.....64
الفرع الأول: أساس ومدى الرقابة.....64
أولا: أساس الرقابة.....64
أ- المرحلة السابقة لقرار محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets.....64
1- موقف المحاكم العادية قبل صدور قرار الغرفة الجنائية في 3 أوت 1810
(رفض المحاكم العادية رقابة مشروعية القرارات الضبطية).....65
2- موقف محكمة النقض في قرارها الصادر في 3 أوت 1810
(رقابة المشروعية المؤسسة على قضاء الغرفة الجنائية).....66
3- رقابة المشروعية المؤسسة على نص تشريعي.....69
ب- موقف محكمة التنازع في قضية Avranches et Desmarets.....70
ثانيا: مدى الرقابة.....76
أ- من الناحية المادية: قرارات الضبط الإداري الخاضعة للرقابة.....77
1- القرارات التنظيمية.....77
2- القرارات الفردية.....77
ب- من الناحية الشكلية: جهات الرقابة.....79
ج- حدود تقدير القاضي الجنائي لمشروعية قرارات الضبط الإداري.....80
الفرع الثاني: آثار الحكم في الدفع بعدم المشروعية.....81
الفرع الثالث: مخرج التناقض بين أحكام القضاء العادي والإداري.....83
أولا: القاضي الإداري فصل أولا.....84
أ- رفض القاضي الإداري للطعن.....84
ب- إلغاء القاضي الإداري للقرار أو تقرير عدم مشروعيته.....85
ثانيا: القاضي الجنائي فصل أولا.....86
أ- رفض القاضي الإداري أو التصريح بعدم مشروعية قرار الضبط الإداري في الوقت الذي لا يعتبره القاضي الجنائي كذلك.....86
ب- إلغاء القاضي الإداري لقرار الضبط الإداري أو التصريح بعدم مشروعيته في الوقت الذي يعتبره القاضي الجنائي مشروعا.....86
المطلب الثاني: الدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري أمام القاضي المدني.....87

الفرع الأول: عدم اختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري.....
أولا: موقف القضاء العادي قبل صدور قرار محكمة التنازع في قضية Septfonds.....88
ثانيا: موقف محكمة التنازع في قضية Septfonds.....89
الفرع الثاني: حدود عدم اختصاص القاضي المدني بتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري.....90
أولا: الإختصاص بتقدير مشروعية قرارات الضبط في حالة الاعتداء المادي.....91
أ- مفهوم الإعتداء المادي.....91
1- وجود تنفيذ مادي.....91
2- عدم مشروعية جسيمة وواضحة.....92
- الإعتداء المادي الناتج عن عدم المشروعية الجسيمة والظاهرة لقرار الضبط الإداري.....92
- الإعتداء المادي الناتج عن عدم المشروعية الجسيمة والظاهرة لعملية التنفيذ.....95
3- الإعتداء على حق الملكية أو إحدى الحريات الأساسية.....97
ب- زوال مبررات إختصاص القاضي العادي في حالة الإعتداء المادي.....101
1- تقديم القاضي الإداري لضمانات الإستقلالية.....101
2- تحديد الضمانات التقنية الممنوحة للمتقاضي من طرف القاضي الإداري.....101
- منح القاضي الإداري سلطة الأمر.....101
- إنشاء إستعجال الحريات واق من تطور الإعتداء المادي.....104
ج- مدى ملائمة إلغاء نظرية الإعتداء المادي.....105
1- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى مقتضيات الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان.....106
2- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى الإستقلالية الفعلية للقاضي الإداري.....107
3- إعادة التفكير في المبدأ بالنظر إلى سلطة الأمر التي أصبح يملكها القاضي الإداري.....107
ثانيا: الاختصاص بتقدير مشروعية تنظيمات الضبط الإداري.....108
أ- تقدير شرعية لوائح الضبط في حالة الإعتداء على الحرية الفردية أو حق الملكية.....109
ب- مدى الرقابة التي تضمنها قرار Barinstein.....110
ثالثا: إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ظاهرة اللامشروعية والقرارات المتعارضة مع قانون الإتحاد الأوروبي تطبيقا لقضاء محكمة التنازع في 17 اكتوبر 2011.....111
أ- إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات المتعارضة مع قاضي الإتحاد الأوروبي.....112
ب- إختصاص القاضي العادي غير الجنائي بتقدير مشروعية القرارات الإدارية ظاهرة اللامشروعية.....114
1- أن تكون المشروعية ظاهرة.....115
2- عدم مشروعية القرار بالنظر إلى قضاء مستقر.....115
المبحث الثاني: رقابة القاضي الإداري لمشروعية قرارات الضبط الإداري.....120

المطلب الأول: الطعن لتقدير مشروعية قرارات الضبط الإداري بناء على إحالة من القاضي العادي.....120
الفرع الأول: طبيعة الطعن لتقدير المشروعية.....121
الفرع الثاني: الإختصاص بنظر الطعن.....121
أولا: الإختصاص الولائي.....122
ثانيا: الإختصاص النوعي.....122
ثالثا: الإختصاص المحلي.....123
المطلب الثاني: الطعن والدفع المباشر بعدم المشروعية أمام القاضي الإداري.....123
الفرع الأول: الرقابة بواسطة دعوى تجاوز السلطة.....124
الفرع الثاني: الرقابة بواسطة الدفع بعدم المشروعية أمام القضاء الإداري.....126
أولا: الطبيعة القانونية للدفع بعدم مشروعية قرارات الضبط الإداري.....127
أ- الدفع بعدم المشروعية، هل هو مسألة سابقة أم مسألة أولية.....127
- إعمال المسألة الأولية.....129
- إعمال المسألة السابقة.....129
ب- تكييف الدفع بعدم المشروعية، هل هو دفع شكلي أم موضوعي.....130
1- الدفع بعدم المشروعية والطعن لتقرير المشروعية.....130
2- الدفع بعدم المشروعية والطعن لتجاوز السلطة والطعن لتقرير الإنعدام.....131
ثانيا: شروط قبول الدفع بعدم المشروعية.....131
ثالثا: الفصل في الدفع وحجية الحكم الصادر فيه.....132
الباب الثاني: موضوع الرقابة القضائية على المشروعية الداخلية لقرارات الضبط الإداري.....134
الفصل الأول: رقابة محل قرار الضبط الإداري.....135
المبحث الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري للقواعد القانونية المكتوبة.....136
المطلب الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري للدستور.....136
الفرع الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري لديباجة الدستور.....137
أولا: ديباجة الدستور الفرنسي.....137
أ- إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789.....137
ب- ديباجة دستور 1946.....139
1- المبادئ الأساسية المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية.....139
2- المبادئ المسايرة لروح العصر.....140
ج- ميثاق البيئة لسنة 2005.....140
1- التطبيق المباشر والمتغير للميثاق.....143

- التطبيق المباشر للميثاق في حالة سكوت القانون.....143
- التطبيق المدعم للميثاق بواسطة قانون.....145
2- التطبيق المباشر للميثاق في إطار الإلغاء الضمني.....146
- إلغاء الأحكام التشريعية المتعارضة (الغير منسجمة) مع الميثاق.....146
- التطبيق المباشر للميثاق تبعا لإلغاء قانون مخالف.....147
ثانيا: ديباجة الدستور الجزائري.....148
الفرع الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري لمتن الدستور.....149
المطلب الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري للقواعد الدولية.....152
الفرع الأول: التكريس الدستوري للمساواة بين القانون والمعاهدات الدولية.....152
الفرع الثاني: التكريس الدستوري لسمو المعاهدات الدولية.....154
أولا: التكريس القضائي لسمو بعض القواعد الإتفاقية الدولية.....156
ثانيا: رفض ترجيح المعاهدة على القانون الحديث.....156
ثالثا: تغير اتجاه القضاء الإداري.....158
أ- الإعتراف المطلق بسمو المعاهدات.....158
ب- نتائج الإعتراف بسمو المعاهدات على القانون.....160
المطلب الثالث: مخالفة تدابير الضبط الإداري للقوانين والتنظيمات.....164
الفرع الأول: تعريف القانون والتنظيم.....165
أولا: تعريف القانون.....165
أ- معنى القانون.....165
ب- جزاء مخالفة تدابير الضبط الإداري للقانون.....166
ثانيا: تعريف التنظيم 167
أ- معنى التنظيم.....167
ب- جزاء مخالفة تدابير الضبط الإداري للتنظيمات.....168
الفرع الثاني: التمييز بين القانون والتنظيم.....168
أولا: السمو الكلاسيكي للقانون على التنظيم.....168
ثانيا: السلطة التنفيذية صاحبة الولاية العامة في التشريع.....169
ثالثا: جزاء تحديد الإختصاصات.....170
الفرع الثالث: أنواع القوانين والتنظيمات.....171
أولا: أنواع القوانين.....171
أ- القوانين العضوية.....171

ب- القوانين العادية.....171
ج- الأوامر.....171
1- الأوامر المعتبرة قانونا حقيقيا.....172
1- الأوامر التي تتطلب المصادقة.....172
ثانيا: أنواع التنظيمات.....173
أ- التنظيمات المستقلة.....173
ب- التنظيمات التنفيذية أو المشتقة.....173
الفرع الرابع: حجية القوانين والتنظيمات.....173
أولا: المعيار العضوي.....174
ثانيا: المعيار الشكلي.....175
ثالثا: المعيار الموضوعي (المادي).....175
المبحث الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري للقواعد القانونية الغير مكتوبة.....177
المطلب الأول: مخالفة تدابير الضبط للمبادئ العامة للقانون.....177
الفرع الأول: القضاء والعوامل المادية أساس المبادئ العامة للقانون.....178
أولا: القضاء أساس شكلي للمبادئ العامة للقانون.....178
ثانيا: العوامل المادية أساس مادي للمبادئ العامة للقانون.....179
الفرع الثاني: الحرية والحقوق الفردية والمساواة أساس تقسيم المبادئ العامة للقانون.....180
أولا: مخالفة المبادئ المتعلقة بالحريات والحقوق الفردية.....180
أ- مخالفة مبدأ إحترام الحريات والحقوق الفردية.....180
1- حرية التنقل.....180
- تحديد إقامة الأشخاص في مكان معين.....181
- تقييد حرية المواطنين في الإنتقال من مكان لآخر.....181
- إبعاد المواطنين خارج بلدهم أو رفض طلبات هجرتهم إلى الخارج.....182
- الإمتناع عن منح مواطني الدولة جوازات سفر أو الإمتناع عن تجديدها.....182
2- حرمة المسكن وسرية الحياة الخاصة.....182
3- الحق في الملكية.....183
4- الحريات العمومية المنظمة (الحريات الخاصة بالحياة الجماعية).....184
- حرية الاجتماع العمومي.....184
- حرية تكوين الجمعيات.....185
- حرية العقيدة وإقامة الشعائر.....187

- حرية الرأي (حرية الصحافة والطباعة والنشر ووسائل الإعلام).....38
ب- مخالفة مبدأ حرية التجارة والصناعة.....190
1- ضرورة المحافظة على النظام العمومي.....191
2- قيود قانونية مصدرها القانون أو صادرة عن الإدارة الضبطية بناء على قانون.....192
ثانيا: مخالفة المبادئ العامة المتعلقة بالمساواة.....193
أ- مخالفة مبدأ المساواة أمام القوانين والتنظيمات.....193
ب- مخالفة مبدأ المساواة في استخدام الأملاك العمومية.....194
الفرع الثالث: تعايش القيمة الدستورية والقيمة الأقل من التشريعية للمبادئ العامة للقانون.....196
المطلب الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري لقوة الشيء المقضي فيه.....199
الفرع الأول: مخالفة تدابير الضبط الإداري لقوة الشيء المقضي فيه من طرف القضاء الإداري.....201
الفرع الثاني: مخالفة تدابير الضبط الإداري لقوة الشيء المقضي فيه من طرف القضاء المدني والجنائي.....202
الفصل الثاني: رقابة أسباب قرار الضبط الإداري.....205
المبحث الأول: إتساع رقابة الأسباب الواقعية.....206
المطلب الأول: تطور الرقابة الدنيا على الوقائع.....206
الفرع الأول: رقابة الوجود المادي للوقائع.....206
الفرع الثاني: اتساع الرقابة الدنيا بفضل رقابة الخطأ الظاهر في التقدير.....210
أ- رقابة الخطأ الظاهر في تدابير الضبط العليا.....211
ب- رقابة الخطأ الظاهر في تدابير الضبط الخاص.....215
المطلب الثاني: حماية الوقائع في حالة الرقابة التامة أو الكاملة.....218
الفرع الأول: الرقابة العادية.....218
أولا: العملية التي يقوم بها القاضي عند مراقبة التكييف القانوني.....220
ثانيا: درجات رقابة التكييف القانوني للوقائع.....222
أ- تحديد القاعدة القانونية لشروط اتخاذ القرار الإداري بطريقة واضحة.....222
ب- عدم تحديد القاعدة القانونية لشروط اتخاذ القرار الإداري.....222
ج- تحديد القاعدة القانونية لشروط اتخاذ القرار بطريقة غامضة.....223
ثالثا: رقابة التكييف والسلطة المقيدة.....223
الفرع الثاني: الرقابة القصوى.....225
أولا: تقدير أهمية وتناسب الوقائع التي تدعيها الإدارة مع التدابير الضبطية المتخذة.....225
أ- الرقابة القصوى وتقييد سلطة الإدارة.....227
ب- شروط مشروعية تدبير الضبط الإداري.....231

1- شرط الضرورة.....231
2- شرط التناسب.....232
- خطورة الإخلال أو الإضطراب معيار تناسب التدبير الضبطي.....233
- قيمة الحرية المتنازع فيها معيارا خاصا لتناسب التدبير الضبطي.....234
3- شرط ألا يكون التدبير الضبطي عاما ومطلقا.....135
ج- طبيعة رقابة القيمة الذاتية للأسباب.....236
1- هل يعتدي القاضي عند رقابة التناسب على اختصاصات الإدارة؟.....236
2- فهل يعتدي القاضي الإداري على رقابة الملائمة؟.....237
- الرأي المعترف برقابة الملائمة.....237
- الرأي المنكر لرقابة الملائمة.....238
المبحث الثاني: الجزاء المترتب عن رقابة أسباب قرارات الضبط الإداري.....245
المطلب الأول: التقنيات التصحيحية.....245
الفرع الأول: تقنيات الإستبدال.....245
أولا: تقنية الإنزلاق بالأساس القانوني (إستبدال الأساس القانوني أو القاعدة الشرعية).....245
ثانيا: تقنية إحلال الأسباب.....247
أ- تقنية إستبدال الأسباب في حالة الإختصاص المقيد للإدارة.....248
ب- تقنية إستبدال الأسباب خارج فرضيات الإختصاص المقيد.....248
الفرع الثاني: تقنية تحييد سبب أو عدة أسباب.....250
المطلب الثاني: التقنيات المبطلة لعدم المشروعية.....251
الفرع الأول: التفسير القضائي للقرار في اتجاه المشروعية "إزالة السم" أو "نزع السم".....251
الفرع الثاني: تقنية الوسائل الغير فعالة.....253
أولا: الأوجه المستند اليها في إطار الإختصاص المقيد للإدارة.....253
ثانيا: الأوجه التي ليس لها علاقة بالنزاع.....254
المطلب الثالث: التعديل الوقتي لآثار الإبطال القضائي.....255
الفرع الأول: الإنذار قبل انقضاء الميعاد.....255
أولا: الإبطال المشروط أو الإبطال المؤجل.....255
ثانيا: الإلغاء بآثار مؤجلة أو الآثار المؤجلة للإلغاء.....256
الفرع الثاني: إقران قرار الرفض بالتهديد بالإبطال المستقبلي (تكييف سلطة الرفض).....257
الفصل الثالث: رقابة غاية أو غرض قرار الضبط الإداري.....260
المبحث الأول: منهج القاضي الإداري في رقابة غاية قرار الضبط الإداري.....261

المطلب الأول: الإنحراف بالسلطة.....261
الفرع الأول: الإنحراف بالسلطة لتحقيق غرض أجنبي عن المصلحة العامة.....261
أولا: إستعمال السلطات الضبطية لتحقيق غرض خاص.....261
ثانيا: إستعمال السلطات الضبطية لتحقيق غرض ديني أو سياسي.....262
الفرع الثاني: الإنحراف بالسلطة لتحقيق مصلحة عامة غير المصلحة التي يجب على الإدارة أن تحققها.....263
أولا: قاعدة تخصيص الأهداف.....263
ثانيا: فرضيات أخرى للإنحراف بالسلطة في إطار غرض المصلحة العامة غير الغرض القانوني.....264
1- الإنحراف في استعمال سلطة الإستيلاء.....264
- الإنحراف بسلطة الإستيلاء المؤقت.....264
- الإستيلاء في إطار الغرض التأديبي.....265
2- التدبير الضبطي المتخذ لضمان تنفيذ عقد.....265
3- إستعمال التدابير الضبطية لفض نزاع بين الأفراد.....265
4- إستعمال التدابير الضبطية لتحقيق مصلحة مالية للإدارة.....266
المطلب الثاني: الإنحراف بالإجراء.....268
الفرع الأول: تعريف الإنحراف بالإجراء.....268
الفرع الثاني: إختلاف طرق الانحراف بالإجراء.....271
أولا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والغرض.....271
ثانيا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والموضوع الحقيقي للقرار.....272
ثالثا: عدم التلاؤم بين الإجراء المستعمل والأسباب الحقيقية للقرار.....272
المطلب الثالث: قيود الرقابة القضائية لإثبات عيب الانحراف بالسلطة.....273
الفرع الأول: صعوبة إثبات عيب الإنحراف بالسلطة.....273
أولا: من يدعي يتحمل عبئ الإثبات.....274
ثانيا: وسائل إثبات الانحراف بالسلطة.....275
الفرع الثاني: شروط تقرير القاضي لقيام عيب الإنحراف بالسلطة.....278
أولا: أن يصدر القرار المطعون فيه عن اختصاص تقديري للإدارة.....278
ثانيا: عدم تحقيق القرار لأية غاية مشروعة من غاياته إذا تعددت.....278
ثالثا: خلو القرار المطعون فيه من كل أوجه عدم المشروعية الأخرى.....279
رابعا: وجوب تمسك صاحب الشأن بعيب الإنحراف بالسلطة.....280
الفرع الثالث: سقوط الإنحراف بالسلطة لصالح رقابة الوقائع.....281
أولا: دور الأسباب في إثبات الانحراف بالسلطة.....281

ثانيا: سقوط وجه الإنحراف بالسلطة.....33
المبحث الثاني: منهج القاضي العادي في رقابة غاية قرار الضبط الإداري.....285
المطلب الأول: رفض رقابة مشروعية غاية القرار الضبطي.....286
المطلب الثاني: رقابة مشروعية غاية القرار الضبطي.....288
الفرع الأول: عدم إقرار القاضي العادي لعيب الإنحراف بالسلطة.....288
الفرع الثاني: إقرار القاضي العادي لعيب الإنحراف بالسلطة.....289
خاتمة.....293
مراجع الأطروحة.....300
فهرس العناوين.....323