

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

مبدأ المشروعية في القانون الإداري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون القضائي

تحت إشراف الأستاذ(ة):

سلايم عبد الله

الشعبة: الحقوق

من إعداد الطالب(ة):

أسماء مرزوق

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

فرحات حمو

الأستاذ(ة)

مشرفا مقرر

سلايم عبد الله

الأستاذ(ة)

مناقشا

بلينة محمد

الأستاذ(ة)

السنة الجامعية: 2021/2020

تاريخ المناقشة: 2021-07-13

الإهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفي أما بعد:
الحمد لله الذي وفقنا لنتمين هذه الخطوة في مسيرتنا الدراسية بمذكرتنا هذه ثمرة الجهد
والنجاح بفضلته تعالى
أهدي تخرجي الجامعي لأبي وأمي الغاليين اللذان كانوا لهم أعمق الجهود في تحقيق
النجاح في هذه الرحلة العلمية، كما أهدي تخرجي هذا الكافة أفراد أسرتي كل بإسمه
أهدي تخرجي إلى النور الذي أثار دربي والسراج الذي لا ينطفئ نوره وأبدا والذي بذل جهدا
السنين من أجل أن...سلام النجاح والدي العزيز،
وإلى من أخص الله الجنة تحت قدميها وغمرتني بالحب وأشعرتني بالسعادة والأمان هي
حياتي وكل عمري والدتي العزيزة.
ولا أنسى صديقة العمر ما أجمل في صداقتنا أنها بعيدة كل البعد عن المصلحة وأساسها
الصدق والإخلاص والوفاء أهدي لما هذا العمل لوجود ما يجافي طيلة سنوات الدراسة والتي
ساعدتني من أجل الوصول إلى هذا النجاح.
صديقتي رحال إكرام خديجة.

الشكر والتقدير.

في البداية، الشكر والحمد لله، جل وعلاه، فإنه ينسب الأمر كله والفضل في إكمال هذه الدراسة.

وبعد الحمد لله فإنني أتوجه إلى أستاذي مشرفي عبد القادر بالشكر والتقدير الذي لن تقيمه أي كلمات حقها، فلولا دعمها المستمر لي ما تم هذا العمل.

وبعدها فالشكر موصول لكل أساتذتي الذين تتلمذت على أيديهم في قسم الحقوق خاصة وأساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية عامة، حتى أتشرف بوقوفي أما حضرت لجنة المناقشة التي لها مني فائق التقدير، الشكر والإحترام، تحياتي الخالصة لكم.

بن ميلود فاطمة الزهراء ريم

لا تتحقق سيادة القانون بخضوع الأفراد إلى القانون فقط، فهذا أمر بديهي لا جدال فيه، وإنما تتحقق أيضا بخضوع الدولة إلى القانون وحين نقول الدولة فإننا نقصد بها الهيئات التي تملك السلطة في المجتمع¹، ومن المعروف إن السلطة على ثلاثة أنواع: سلطة تشريعية، وتنفيذية وقضائية.

قد اتسعت السلطات فقد كان دورها فيما مضى مقصورا على الدفاع عن أراضيها من الاعتداء عليها خارجيا وحفظ الأمن الداخلي والفصل في المنازعات عن طريق ولاية القضاء، وفي هذا الزمن سميت بالدولة الحارسة، أما الآن وفي ظل هذه الدولة الحديثة والتي أخذت على عاتقها أن تهيب لأفرادها مختلف الخفات من صحة وتعليم وإسكان وتجارة وصناعة، وحتى تقوم الدولة بدورها على أحسن وجه كان لازما عليها أن تنشئ الهيئات الإدارية التي تؤدي هذه الخدمات، وكان عليها أيضا أن تمنح هذه الهيئات العامة قدرا من السلطات والوسائل التي تعين على أداء هذه الخدمات وذلك بموجب قوا رهن حسب مقتضى الحال .

حيث كان لابد لهذه الدولة وبواسطة سلطاتها من أن تتمتع بامتيازات وأن تمارس من هذه السلطات ما يمكنها من القيام بمسؤولياتها المناطة بها لتحقيق مصالح المجتمع وتنظيم المرافق العامة وهو مبرر وجودها، فإنه من جهة أخرى لابد من حماية الأفراد من تعسف السلطة وانحرافها لأن السلطة كثيرا ما تفعل فعلها في رؤوس أصحابها فيفقدون القدرة على الاتزان وتغشى أبصارهم عن تملس الحق وتحقيق العدل بين الناس، فكان لابد من وجود ضمانات تحمي الأفراد من تعسف السلطة وهي ما اصطلح على تسميتها "الإدارة". وهذه الضمانات تتمثل في خضوع هذه الأخيرة للقانون فيما تقوم به من أعمال وتتخذ من تصرفات وإجراءات، فيما تتمتع من سلطات وامتيازات من المعروف أن خضوع الإدارة

¹ عبد القادر عدو، المنازعات الادارية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص11.

العامّة للقانون يعتبر عنصرا من عناصر الدولة القانونية التي يخضع فيها الحكام والمحكومين لسلطات القانون، كما أنه يعكس مستوى متقدم من التحضر والتقدم والديمقراطية، إذ أنها تجسد الرغبة العامة وحماية الأفراد من تعسف واستبداد الإدارة العامة فيما لو تركت تتصرف وتعمل دون إخضاعها لقواعد قانونية موضوعة مسبقا، ويعتبر كذلك خضوع الإدارة العامة للقانون محركا للنشاط الإداري، وقيدا عليه، فهو محرك للنشاط الإداري إذ أنه يوزع الاختصاصات والصلاحيات القانونية بين مختلف الموظفين العموميين ويمنحهم التأهيل القانوني للقيام بالأعمال الإدارية ويحدد لهم الأهداف والغايات التي يتعين عليهم استهدافها، ويقيد هذا النشاط بأن يتم وفق قواعد قانونية موضوعة مسبقا .

وتتجلى هذه الضمانة بالالتزام بمبدأ هام هو "مبدأ المشروعية" والذي انطوت تحت لواءه الكثير من الدول حتى أصبح طابعا تتميز به الدول القانونية والتي يخضع فيها الحكام والمحكومين للقانون بحيث لم يعد الخضوع للقانون مقصورا على الأفراد الذين يلتزمون بأحكامه بل تعدى ذلك إلى السلطات الحاكمة "الإدارة" فلا تأتي هذه الأخيرة تصرفا إلا لتحقيق أهداف قانونية والنزول على مقتضياته ولا تقوم بأي نشاط إلا وفق أحكامه، ليس ذلك فحسب وإنما وفق قواعد سبق وضعها وفقا للأوضاع والشروط المقررة لذلك، ومنه فإن دولة القانون والحق تقوم على فكرة أساسية هي أن القانون لا الفرد هو الحاكم، وبالعكس ذلك نكون أمام حكومة استبدادية تقوم على أساس جوهري يتمثل في أن القانون هو مجرد تعبير عن إدارة الحاكم الذي يعمل على حمل شعبه على احترامه دون أن يلتزم هو به، ولهذا تصبح إدارة الحاكم مطلقة وطيقة من كل قيد إن شاء طبق القانون .

ولا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحرّياتهم أن تتحقق سيادة القانون عن طريق تنظيم سلطات الدولة وتحديد العلاقات فيما بينهما وإنما يتوجب أن توفر ضمانات ما يكفي لاحترام هذه السلطات والاختصاصات المناطة بها، وحتى يمكن توقيع الجزاء اللازم في مخالفة الإدارة للقانون، وتأسيسا على ذلك يتعين على السلطة التشريعية أن تتناول اختصاصاتها في النطاق الذي رسمه الدستور وحدده لها وبالمقابل على السلطة التنفيذية المكلفة بالسهر على

تنفيذ القوانين وإشباع الحاجيات الأساسية الجماعية أن تزاوُل صلاحياتها وتتخذ أعمالها الإدارية في الحدود التي قررتها القوانين، وينطبق القول نفسه على السلطة القضائية التي تتمثل وظيفتها في تطبيق القانون على المنازعات التي تعرض عليها في صورهِ أحكام قضائية تحوز حجية الأمر المقتضى به.

لا يعتبر مبدأ المشروعية من خلق القانون الفكري الحديث ولا من ابتكاره فهو ضرب بجذوره في التاريخ القديم، فقدمت فلسفات التاريخ القديم لمبدأ المشروعية أساند ومقومات، فالفلسفة الإغريقية تنتهي إلى طرح مبدأ خضوع سلطات المدينة لقانون العقل ولما يأمر به شأن قضية الحرية والمساواة بين المواطنين الأحرار كذلك الفكر السياسي الروماني على رأسه شيشرون الذي يفصل بين حق السلطة أي حق السيادة وما ينطوي عليه من حق الأمر والنهي فيجعله ملكا للشعب الروماني بين وظائف الحكم التي يفوض بها الحكام من لدن الشعب بموجب عقد تفويض سياسي إما بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد كان لها قصب السبق في هذا المجال حيث نصت على رد كل شيء ينشأ بشأنه نزاع إلى القواعد الشرعية في ، كتاب الله و سنة رسوله قال تعالى : " يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا" سورة النساء الآية 59.

وقد مر القضاء الإداري ومبدأ المشروعية بتاريخ طويل قبل أن يصل إلى ما هو عليه في العصور الحديثة فقد كانت الإدارة في فرنسا تتمتع بوظيفة مزدوجة فهي سلطة تنفيذية وسلطة قضائية في ذات الوقت وبعد أن ظهر عجز الإدارة القضائية عن حماية الأفراد وحقوقهم وتحقيق المصالح العامة دعت الضرورة إلى إصلاح الخلل وفي عام 1872 منح المجلس الدولة الفرنسي اختصاصا قضائيا باتا وأخذت قسما من القضاء الإداري تتضح إلا أن الإدارة بقيت تمارس بعض الاختصاصات حتى عام 1889 عندما أصبح مجلس الدولة الفرنسي صاحب الاختصاص في نظر المنازعات الإدارية.

السبب الشخصي

ضيق الوقت الذي لا يساعد في دراسة مواضيع معقدة.

أما السبب العلمي

توفر مراجع مختلفة، و كذلك إيضاح العلاقة الوطيدة بين مبدأ المشروعية وحقوق

وحرريات الأفراد .

تكمن أهمية دراسة هذا الموضوع في تحديد المقصود بمبدأ المشروعية وتبيان نطاقه وتحديد الاستثناءات الواردة عليه، وكذلك تحديد وتوضيح الضمانات الأساسية التي تعمل على تحقيق مبدأ المشروعية .

إشكالية هذا الموضوع تتمحور حول مبدأ المشروعة في القانون الإداري و ضمانات

تحقيقه وعليه :

فما مفهوم مبدأ المشروعية؟ و ما هي الضمانات التي تكفل تحقيق هذا المبدأ؟ وهل

تمارس الرقابة بوصفها أهم الضمانات؟

لقد اتبعنا في هذه الدراسة المنهج الوصفي والتحليلي الذي يقوم على جمع المعلومات

التي لها علاقة بالموضوع و التحليل .

لقد قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، يتناول الفصل الأول مفهوم مبدأ المشروعية

وذلك من خلال مبحثين حيث المبحث الأول يتناول مفهوم مبدأ المشروعية والمبحث الثاني

يتناول مصادر مبدأ المشروعية.

ونتناول في الفصل الثاني ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية وذلك في مبحثين حيث

يتناول المبحث الأول الضمانات القضائية والمبحث الثاني الضمانات الغير القضائية.

تتوزع السلطة في الدولة على ثلاث هيئات : السلطة التشريعية ، والسلطة القضائية، والسلطة التنفيذية. وإذا كانت وظيفة السلطة التشريعية ممثلة في البرلمان هي سن القوانين، ووظيفة السلطة القضائية هي الفصل في النزاعات التي تثور بين أشخاص القانون العام أو الخاص، فان للسلطة التنفيذية وظيفتان أساسيتان : وظيفة حكومية يطلق عليها أعمال الحكومة أو أعمال السيادة، ووظيفة إدارية ويطلق عليها أعمال الإدارة .

وتتمثل أعمال الحكومة عموما في رسم السياسة العامة للدولة، ووضع برامجها، سواء تعلقت هذه السياسة بعلاقة الدولة بالخارج، أو بالداخل. وهذه السياسة هي التي تتولى الإدارة العامة تجسيدها على أرض الواقع. ووسيلتها في ذلك القرارات الإدارية والعقود الإدارية (القرارات الإدارية أهم وسيلة في هذا المجال).

ويندرج ضمن أعمال الإدارة، أي الأعمال التي تدخل في الوظيفة الإدارية : تنفيذ القوانين والأنظمة الصادرة عن السلطتين التشريعية والتنفيذية¹، إنشاء وتسيير المرافق العامة، المحافظة على النظام العام والآداب العامة.

وعلى ضوء قسمنا الفصل إلى مبحثين المبحث إلى مطلبين المبحث الأول سنتناول فيه مفهوم مبدأ المشروعية والمبحث الثاني مصادر مبدأ المشروعية .

¹الدكتور عبد القادر عدو، المنازعات الادارية، دار هومة للطبع والنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الجزائر، 2012، ص12.

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية.

إن من أهم دعائم دولة القانون خضوع الدولة للقضاء، وهذا يلزم الجميع بمبدأ سيادة القانون، وهذا يتعلق بمبدأ حدود سلطة الدولة وخضوع جميع سلطاتها العامة لقواعد ملزمة في مبدأ المشروعية الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم من تعسف الدولة ومن أجل ذلك يستوجب دراسة تعريف مبدأ المشروعية ومصادرها.

المطلب الأول: تعريف مبدأ المشروعية .

يعني مبدأ المشروعية أو الشرعية¹ سيادة القانون، أو التطابق مع القانون، أو سمو القانون كما عبر عن ذلك الدستور الجزائري في ديباجته. ومن هذا المنطلق يقصد بالمشروعية الإدارية تطابق أعمال الإدارة مع القانون، ولا بد أن يفهم القانون بمفهومه العام، أي كافة القواعد القانونية السائدة في الدولة، سواء كانت تشريعية من صنع البرلمان، أو تنظيمية من صنع السلطة التنفيذية أيما كان مستواها، بل أن مفهوم القانون يتسع ليشمل الأحكام القضائية الصادرة ضد الإدارة، خاصة أحكام إلغاء القرارات الإدارية، حيث تلقى على الإدارة التزام التطابق مع هذه الأحكام. كما يشمل أيضا القرارات الفردية التي تصدرها الإدارة حيث يلقي عليها التزام عدم المساس بالحقوق التي ترتبت عن هذه القرارات .

هكذا، على سبيل المثال، إذا أصدرت الإدارة قراراً مطابقاً للقانون بترقية موظف، فإنه لا يجوز لها سحب هذا القرار أو إلغائه باعتباره قد أكسب الموظف حقاً في الترقية، وإذا ما أقدمت الإدارة على هذا التصرف فإن قرارها يكون مشوباً بعيب مخالفة القانون، الأمر الذي يستوجب إبطال هذا القرار، والتعويض عنه باعتباره خطأ مصلحياً.

¹ قد جرى بعض الفقه على استعمال لفظ المشروعية *légalité* والشرعية *légitimité* غير أن البعض جري على التمييز بينهما ، أي أن المشروعية تعني سيادة القواعد القانونية الموجودة فعلا، أما الشرعية فهي أوسع من المشروعية إذ لا تعنى فقط احترام القواعد الموضوعية فعلا، وإنما تعني كل القواعد بما فيها القواعد التي يكتشفها الإنسان بعقله والتي تساهم في إقامة العدل في المجتمع.

الفرع الأول: شمولية مبدأ المشروعية الإدارية للسلطة التقديرية.

أولاً: التفرقة بين السلطة المقيدة والسلطة التقديرية : تنقسم اختصاصات الإدارة من حيث حرية التصرف إلى اختصاصات مقيدة الإدارة، حيث يلقي عليها التزام عدم المساس بالحقوق التي ترتبت عن هذه القرارات *compétences liées*، واختصاصات تقديرية *compétences discrétionnaires* (أو سلطة تقديرية).

ففي حالات قد يفرض القانون على الإدارة ضرورة التصرف بطريقة معينة إذا ما توافرت شروط معينة. وعلى الإدارة في مثل هذه الحالات أن تتصرف باعتبار ذلك من الصلاحيات المقيدة. مثال ذلك الترقية بالأقدمية، الإحالة على التقاعد لبلوغ السن القانونية.

أما حالات السلطة التقديرية فهي الحالات التي تملك فيها الإدارة الخيار بين قرارين إداريين، أو مسلكين على الأقل. وقد يكون المسلكان : إما التصرف على نحو معين، أو عدم التصرف على الإطلاق، ومن الأمثلة على ذلك الترقية بالاختيار، منح التراخيص بالإقامة للأجانب.

ثانياً: خضوع السلطة التقديرية للمشروعية الإدارية : إن حرية الإدارة في التصرف أو

الامتناع عن التصرف لا يعني تحررها من مبدأ المشروعية، ومن ثم يجب التأكيد أن ممارسة السلطة التقديرية لا بد أن يكون في نطاق القانون، وفي غير ذلك لا يمكن الحديث عن سلطة تقديرية ، وإنما عن سلطة تحكيمية *Arbitraire* .

ولنضرب مثلاً على ذلك : ارتكاب موظف خطأ ما في وظيفته¹، إن الهيئة الإدارية التي

لها صلاحية التأديب، لها في المقام الأول سلطة تقديرية في متابعة الموظف تأديبياً أو الامتناع عن ذلك. وإذا اختارت الإدارة الخيار الأخير، وكان القانون يقرر عقوبات متعددة لهذا الخطأ فإن الإدارة تملك، في المقام الثاني، سلطة اختيار ما تراه من عقوبة ملائمة.

¹الدكتور عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص20.

ولفترة طويلة رفض مجلس الدولة رقابة الإدارة أثناء ممارستها للسلطة التقديرية. غير أنه استطاع بسط رقابته بالتدرج على النواحي التالية : الرقابة على الوجود المادي للوقائع

Contrôle de la qualification رقابة التكييف القانوني للوقائع

Contrôle de l'erreur juridique des faits، رقابة الغلط الواضح في التقدير

.manifeste . - l'exactitude matérielle des faits

الفرع الثاني: جواز تحرر الإدارة من بعض قواعد المشروعية

كرس القضاء الإداري مبدأ جواز تحرر الإدارة من بعض قواعد المشروعية، في حالتين اثنتين : الحالة الأولى هي أعمال السيادة أو الحكومة، والثانية هي حالة الضرورة أو حالة الظروف الاستثنائية.

أولاً : أعمال الحكومة أو السيادة Actes de gouvernement

هذه الأعمال تخرج عن رقابة القضاء الإداري ، إذ لا يملك القاضي الإداري أن يراقب مشروعية العمل، غير أن له أن يقرر مسؤولية الدولة في حالة ما إذا سببت هذه الأعمال ضرراً للغير (على سبيل المثال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Compagnie générale d'énergie radio électronique، حيث قرر مسؤولية الدولة بتعويض شركة تضررت بفعل توقيع الحكومة الفرنسية على معاهدة - عمل من أعمال السيادة تخص تأجيل دفع ألمانيا التعويضات عن أضرار الحرب. مجلس الدولة، 30 مارس 1966، قضية CGER القرارات لكبرى للاجتهااد الإداري، قرار رقم 83.

وتتصل هذه الأعمال بسيادة الدولة في الداخل والخارج¹. وقد اختلف الفقه حول معيار التمييز بين أعمال السيادة غير الخاضعة لرقابة القضاء وأعمال الإدارة التي تخضع لرقابة هذا القضاء. وقد وجدت ثلاثة (3) معايير:

فادي نعيم علاونة ، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمائنه وتحقيقه،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام ،جامعة النجاح الوطنية¹،كلية الدراسات العليا،نابلسفلسطين،2011،ص86.

- 1- **معيار الباعث السياسي** : مضمونه أن أعمال السيادة هي التي تصدرها السلطة التنفيذية لباعث سياسي بخلاف أعمال الإدارة، إذ لا وجود لهذا الباعث. وقد انتقد هذا المعيار لافتقاده عنصر التحديد، وهو ما قد يدفع السلطة السياسية إلى التذرع بالباعث السياسي كلما أرادت أن تفلت من رقابة القضاء
- 2- **معيار طبيعة العمل** : ومضمونه أن أعمال السيادة هي الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية في ممارستها وظيفتها الحكومية، وفي غير ذلك يعد العمل إدارياً. وقد قيل في التمييز بين الوظيفتين أن الوظيفة الحكومية تتمثل في وضع الحلول للأمور الأساسية والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تسيير المصالح اليومية لجمهور المواطنين.
- وقد انتقد هذا المعيار لصعوبة التمييز بين الوظيفة الحكومية والوظيفة الإدارية.
- 3- **معيار القائمة القضائية** : قام هذا المعيار أساساً على استقراء الأحكام القضائية بقصد حصر أعمال السيادة في قائمة خاصة أطلق عليها اسم القائمة القضائية لأعمال السيادة، وتتضمن هذه القائمة أساساً مجموعة الأعمال الآتية :
- (أ)- الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التشريعية بالسلطة التنفيذية : كقرار حل البرلمان، اقتراح القوانين، الدعوة إلى الانتخاب .
- (ب)- الأعمال المتعلقة بشؤون الدولة الخارجية، كإبرام المعاهدات، إنشاء وتنظيم المرافق الدبلوماسية، قطع العلاقات، تطبيع العلاقات .
- (ج)- الأعمال المتعلقة بالدفاع الوطني : كقرار إعلان الحرب، تفتيش السفن الأجنبية أثناء الحرب، إبعاد رعايا الدولة الأجنبية.
- وقد أخذ القضاء الجزائري بنظرية أعمال السيادة حيث رفضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) طعناً من أحد الأفراد في قرار وزير المالية بسحب ورقة 500 دينار في عام 1984 مؤسسه قرارها على أن القرار الحكومي المتضمن سحب الأوراق

المالية من فئة 500 د.ج من التداول¹، وقرار وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل خارج الأجل هما قراران سياسيان يكتسيان طابع أعمال الحكومة، ومن ثم فانه ليس من اختصاص المجلس الأعلى لا فحص مدى شرعيتها ولا مباشرة رقابة على مدة التطبيق (المجلس الأعلى، 7 يناير 1984، قضية ي.ج.ب ضد/ وزير المالية، المجلة القضائية، عدد4، 1989، ص 211).

ثانيا : حالة الظروف الاستثنائية *Circonstances exceptionnelles*

في أغلب الحالات تمارس الهيئات الإدارية سلطاتها في ظل ظروف عادية. غير أن ثمة مراحل قد يمر فيها المجتمع بظروف قد يتعذر مواجهتها لو بقيت الإدارة مقيدة بالحدود التي يرسمها المشرع لصلاحيتها، خاصة في مجال الضبط². ولهذا فان الحكمة تقتضي توسعاً في سلطات الإدارة، كما تقتضي التغاضي عما يمكن أن يشوب قراراتها من عيوب . طالما أن هذه القرارات ضرورية للحفاظ على النظام العام في مثل هذه الظروف.

1 مصدر نظرية الظروف الاستثنائية : نظرية الظروف الاستثنائية هي نظرية مصدرها القضاء. فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية، أو ما يعرف أيضا بنظرية الضرورة، بمناسبة الحرب العالمية الثانية، وعرفت باسم سلطات الحرب. وقد وسع مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية لتشمل كل فترة من الشدة يمكن أن يتعرض لها المجتمع وقت السلم .

وبموجب هذه النظرية فان القرارات الإدارية التي تكون غير مشروعة في الحالات العادية تصبح مشروعة في الحالات الاستثنائية ، طالما أنها ضرورية للحفاظ على النظام العام، وسير المرافق العامة.

¹ فادي نعيم علاونة ، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات وتحقيقه، المرجع السابق، ص 87.
² محمد خلف الجوري، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، مكتب الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 43.

2 النظام التشريعي لنظرية الظروف الاستثنائية : حين نتحدث عن النظام القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية فنقصد بذلك النصوص القانونية التي يضعها المشرع بغرض توسيع سلطات الهيئات الإدارية خلال بعض الفترات حفاظا على النظام العام وسير المرافق العامة، ومن ذلك على سبيل المثال : المرسوم الخاص بإعلان حالة الطوارئ ، المرسوم الخاص بإعلان حالة الحصار .

وهذه النصوص لا تمنع الإدارة من التوسع في صلاحياتها تطلب الأمر ذلك، بحيث تصبح هذه السلطات تجد مصدرها في كل من الحلول القضائية والنصوص التشريعية على حد سواء.

3- صور الظروف الاستثنائية : أخذ المشرع الجزائري بأربع (4) صور في حالة الضرورة وهي : حالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الاستثنائية، حالة الحرب.

غير أنه من اللازم التأكيد أن الحالة الاستثنائية لا تشمل هذه الصور فقط. حيث طبق

مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية على الفترات الحرجة *Périodes critiques*، كفترة التهديد بإضراب عام (مجلس الدولة، 18 ديسمبر 1947 ، Jarrigon ،

المجموعة ص 148). وفترات الكوارث الطبيعية كالفيضانات. كما طبقها أيضا على

الحالات التي يتضمن فيها تطبيق المشروعية تهديدا جسيما للنظام العام. والمثال على ذلك

حالة مشروعية امتناع الإدارة عن ¹ تقديم يد المساعدة لتنفيذ الأحكام جبراً إذا كان من شأن

هذا التنفيذ الإخلال بالنظام العام، كامتناعها عن التنفيذ الجبري لحكم بإخلاء مبنى.

(أ) - حالة الطوارئ *Etat d'urgence* (م 91 من الدستور الجزائري): إن الأسباب التي

حددها الدستور لتقرير حالة الحصار هي نفسها التي تسمح بتقرير حالة الطوارئ وتتمثل في

الضرورة الملحة، والهدف منها هو الحفاظ على النظام العام، وتأمين السير الحسن للمرافق

العامة .

¹ عليان بوزيان، دولة المشروعية بين النظرية والتطبيق ج1، طبعة الاولى دار الجامعة الجديدة، الجزائر، ص 110.

وتختص السلطة المدنية بتحقيق هذه الغاية، على خلاف حالة الحصار. ومع ذلك، كما جاء في المرسوم رقم 92-44 المتضمن إعلان الطوارئ¹، يمكن لوزير الداخلية تفويض السلطة العسكرية بقيادة العمليات التي من شأنها إعادة الأمن العام .

والسلطة المدنية المختصة باتخاذ الإجراءات الهادفة للحفاظ على النظام العام هي وزير الداخلية، والوالي. ومن هذه الإجراءات التي يجوز لوزير الداخلية اتخاذها : الاعتقال الإداري، ويتمثل في حرمان شخص راشد من حرية الذهاب والإياب بوضعه في مركز أمن بناء على اقتراح من مصالح الأمن (م 5 من المرسوم السابق). تحديد أو منع الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة. المنع من الإقامة. الوضع تحت الإقامة الجبرية، الأمر بالتفتيش ليلا ونهارا. تسخير العمال للقيام بنشاطهم المهني المعتاد في حالة إضراب غير مرخص مرور به.

(ب) - حالة الحصار أو الحكم العري : Etat de siege يوضح لنا المرسوم الرئاسي رقم 91 - 196 المتضمن تقرير حالة الحصار خلال تلك الفترة، بعض خصائص هذه الحالة، وأولاها هو اختصاص السلطة العسكرية بالصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة، وفي هذا نصت المادة 3 من نفس المرسوم على ما يلي : " تفوض إلى السلطة العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام والشرطة ". ومعنى ذلك أن صلاحيات الضبط الإداري تختص بها السلطة العسكرية، ولهذا فان مصالح الأمن تلحق بالقيادة العليا للسلطة العسكرية، ومن الإجراءات التي يجوز لها اتخاذها : الاعتقال الإداري، التفتيش ليلا ونهارا، الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر قصد إيداعها في مخازن الجيش ...

(ج) الحالة الاستثنائية : Etat d'exception تنص المادة 93 من الدستور على اختصاص رئيس الجمهورية بتقرير الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن

¹ مرسوم رئاسي رقم 92-44 المتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية، عدد 35 10.1992

يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلال البلاد، أو سلامة ترابها، ولا يتخذ هذا الإجراء إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة، والمجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن، ومجلس الوزراء. وتحول الحالة الاستثنائية لرئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية .

والملاحظ أن الدستور يشترط أن يكون ثمة خطر جسيم وحال (داهم). والمقصود بالخطر الجسيم الخطر الذي يتجاوز في شدته المخاطر المعتادة والمألوفة. كما يشترط أن يقع الخطر على إحدى المواضيع التي حددها الدستور، وهي المؤسسات الدستورية واستقلال البلاد وسلامة ترابها.

(د) - حالة الحرب : Etat de guerre تعلن إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع. ويوقف العمل بالدستور، ويتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات.

4- آثار الظروف الاستثنائية : قلنا بأنه يترتب على قيام الظروف الاستثنائية أن تصبح القرارات غير المشروعة في الحالة العادية مشروعة باعتبار أنها ضرورية للحفاظ على النظام العام، وسير المرافق العامة، وحين نقول¹ القرارات فإننا نقصد التدابير التي تتخذها السلطات الإدارية لمواجهة هذه الظروف، وهي تمس بصفة جوهرية بالحقوق والحريات العامة، على سبيل المثال : الاستيلاء المؤقت على العقارات والمنقولات، حجز الصحف، منع التجمعات، الإخلاء الجبري للمنشآت، وغير ذلك .

وهكذا فإن القرارات المعيبة بعيب من عيوب اللامشروعية تصبح قرارات صحيحة ولا يمكن للقاضي بالتالي إبطالها، ومن الأمثلة التي يقدمها القضاء الفرنسي :

(أ) - التدابير المشوبة بعيب الاختصاص : ومن ذلك اتخاذ الحكومة لتدابير هي من اختصاص السلطة التشريعية، ومن التطبيقات القضائية على تجاوز عيب الاختصاص في

¹ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري، دون ذكر الطبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية مصر، 2009.

القرارات الإدارية بسبب الظروف الاستثنائية حكم مجلس الدولة الفرنسي 4 قضية Heyriers حيث قضى فيه بمشروعية مرسوم صادر عن الحكومة الفرنسية علق تطبيق المادة 65 من قانون 22 أبريل 1905 الخاصة بالزامية إخطار الأعوان الإداريين بملفاتهم قبل أي تدبير تأديبي¹.

ولقد ذهب مجلس الدولة بعيداً إلى حد الاعتراف بمشروعية التدابير المتخذة من طرف أشخاص غريباء عن الإدارة لضرورة استمرار المرافق العامة. وكان الأمر يتعلق بمبادرة أفراد بتشكيل لجنة اضطلعت بإدارة البلدية عقب الغزو الألماني للأراضي الفرنسي، وقد قامت اللجنة في إطار هذه المهمة بالاستيلاء على مواد غذائية مخزنة لدى تجار المدينة، ثم بيعها (ب)- التدابير المشوبة بعيب الشكل أو الإجراء : ومن ذلك عزل عمدة بلدية من طرف المحافظ دون مراعاة ركن الشكل، ومن ذلك أيضاً تعليق إخطار العون الإداري بملفه قبل أي تدبير تأديبي.

(ج)- التدابير المشوبة بعيب مخالفة القانون : ويتعلق الأمر على وجه الخصوص بتدابير الضبط الماسة بحرية الأفراد. والمبدأ هو أن التدابير غير المشروعة في الحالات العادية تصبح مشروعة في الحالات الاستثنائية، والتطبيق النموذجي هو حكم مجلس الدولة في قضية Lorant Dol ، حيث اعترف مجلس الدولة بمشروعية تدابير اتخذها الحاكم العسكري "لطولون" بقصد حماية العسكريين من خطر الجوسسة. وتتمثل هذه التدابير الماسة بحرية الأفراد في الحظر على أصحاب محلات بيع الخمر استقبال بائعات الهوى في محلاتهم، والحظر على الفتيات فتح بارات لبيع الخمر .

شروط مشروعية التدابير في حالة الظروف الاستثنائية : لا بد من توافر جملة شروط لمشروعية التدابير التي تتخذها السلطة الإدارية، وهي :

¹ جوان 1918، القرارات الكبرى للاجتهاد الإداري، قرار رقم 31، ص 186 (28، Heyriers (مجلس الدولة : قضية)

أ)- أن تطراً ظروف غير عادية تنذر بمخاطر جسيمة، ومن ذلك حالة حرب، فيضان، زلزال، أوبئة .

ب)- أن يستحيل على الهيئة الإدارية التصرف خلال هذه الظروف طبقاً للقواعد القانونية الموضوعية.

ج)- أن تكون الغاية من التدبير المتخذ هو تحقيق المصلحة العامة.

د)- أن يكون التدبير المتخذ ضرورياً ومنتاسباً مع الحالة الواقعية التي دفعت الإدارة إلى اتخاذه، أي أن يكون الإجراء الوحيد أمام الإدارة، بحيث لا تملك الإدارة أية خيارات أخرى، وأن يكون ثمة تناسب بين درجة خطورة الظرف وبين الإجراء المتخذ.

المطلب الثاني : الرقابة على مبدأ المشروعية

يمكن التمييز في هذا الصدد بين ثلاثة أنواع من الرقابة هي الرقابة السياسية، والرقابة الإدارية، الرقابة القضائية.

وما يمكن قوله عن الرقابة السياسية هو أن لها صورا متعددة، ومن ذلك الرقابة الشعبية عن طريق الاقتراح، وعن طريق الأجهزة المنتخبة¹. ومن ذلك أيضاً رقابة الرأي العام. وهي تمارس خصوصاً من طرف بعض الهيئات والتنظيمات كالأحزاب والجمعيات، إضافة إلى الصحافة، ومنها أيضاً الرقابة البرلمانية. وتمارسها السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية بوسائل عديدة :

كالاستجواب، مناقشة بيان السياسة العامة، لجان التحقيق التي ينشئها البرلمان للتحقيق في قضية معينة تشغل الرأي العام.

وتبقى الرقابة الإدارية والقضائية على درجة كبيرة من الأهمية بالنظر إلى ما يملكه الرئيس الإداري من سلطة الإشراف والرقابة على أعمال مرؤوسيه ف الهيئات العمومية، وبالنظر

¹ خليل محسن، النظم السياسية والقانون الدستوري، الطبعة الثانية، الإسكندرية، منشأة المعرف 1971.

إلى ما يتمتع به القاضي الإداري من سلطات في مواجهة الإدارة، وأهمها سلطته في إلغاء القرارات غير المشروعة، والتعويض عنها إذا كان لذلك مقتضى.

الفرع الأول : الرقابة الإدارية *Contrôle administratif*

1- مضمون الرقابة الإدارية : يقصد بالرقابة الإدارية أن تتولى الإدارة بنفسها مطابقة تصرفاتها للقانون. وقد تكون هذه الرقابة تلقائية. وقد تكون بناء على تظلم من الأفراد. ولهذا السبب توصف بأنها رقابة ذاتية داخلية. وتحرك هذه الرقابة غالباً بناء على تظلم من صاحب الشأن. وهذا التظلم قد يرفع إلى الرئيس الإداري لمصدر القرار ويعرف بالتظلم الرئاسي *Recours hierarchique* ، وقد يرفع إلى مصدر القرار نفسه ويعرف بالتظلم الولائي *Recours gracieux* ، وقد يرفع إلى لجنة خاصة.

وتتجلى أهمية التظلم الإداري *Recours administratif* 2 ناحيتين اثنتين (2) : الأولى أنه يمكن لصاحب التظلم أن يستند في تظلمه على أسباب قانونية، كعدم التناسب بين العقوبة والخطأ. ويمكن له أن يستند على أسباب إنسانية كطلب الصفح مثلاً. والثانية هو أن التظلم يشكل في الكثير من النظم القانونية شرطاً لقبول دعوى إلغاء القرارات الإدارية .

2-تقدير الرقابة الإدارية : تتضمن الرقابة الإدارية : نواحي ايجابية وأخري سلبية :
 (أ)- النواحي الايجابية : تمكن هذه الرقابة¹ من حل النزاعات بطريقة ودية وسريعة، وهذا ما يجنب الشخص المتضرر من القرار أو التصرف اللجوء إلى القضاء ، وما يعنيه من طول إجراءات وكثرة مصاريف . كما أنها رقابة مشروعية ورقابة ملائمة في آن واحد.
 (ب)- النواحي السلبية : وتتمثل أساساً في إمكانية مسaire الرئيس المرؤوس رغم عدم مشروعية القرار الإداري، كما أن هذه الرقابة تجعل الإدارة خصماً وحكماً في نفس الوقت، وهذا ما لا يصب في مصلحة المضرور من القرار أو التصرف، إذ قد لا تتراجع الإدارة عن القرار مطلقاً، وقد تعدل عنه جزئياً.

فادي نعيم علونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه، مذكرة مكملة لمتطلبات درجة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2

الفرع الثاني : الرقابة القضائية **Contrôle juridictionnel**

1- مضمون الرقابة القضائية : هي الرقابة التي تباشرها المحاكم القضائية عن طريق الدعوى القضائية وهي : دعوى إلغاء القرارات الإدارية (وتعرف أيضا بدعوى تجاوز السلطة، ودعوى بطلان القرارات الإدارية)، دعوى تقدير المشروعية، دعوى تفسير القرارات الإدارية ، دعوى القضاء الكامل¹.

ويملك القاضي الإداري في دعوى الإلغاء أو دعوى تجاوز السلطة إلغاء القرار الإداري غير المشروع. وفي دعوى تقدير أو فحص المشروعية يملك القاضي صلاحية إعلان عدم مشروعية القرار دون أن يكون له الحكم بإلغائه. وفي دعوى تفسير القرارات الإدارية فإن المطلوب من القاضي الإداري هو البحث عن المعنى الحقيقي للقرار الإداري بقصد تحديد الآثار المترتبة عنه، وعن طريق دعوى القضاء الكامل أو الشامل يملك القاضي الإداري الرقابة على العقود الإدارية (منازعات العقود). والحكم بالتعويض الصالح الطرف المتضرر (منازعات المسؤولية الإدارية). كما يملك الرقابة على جانب كبير من المسائل المتصلة بالانتخابات المحلية (المنازعات الانتخابية).

ويتوجب على الطاعن أو المدعي أن يقدم أدلة قانونية أو واقعية قابلة لأن يكون لها أثر قانوني، فالموظف الذي يتعرض لعقوبة تأديبية بإمكانه أن يؤسس دعواه على كون الخطأ المنسوب إليه غير² صحيح مادياً (أي غير ثابت)، أو أن الخطأ رغم ثبوته لا يتناسب مع العقوبة المسلطة عليه

2- تقدير الرقابة القضائية : إن مزايا الرقابة القضائية متعددة، تحجب ما يكتنفها من مأخذ قليلة من السهل تجاوزها :

¹ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص 50.
² فادي نعيم علوانة المرجع السابق، ص 99.

أ)- من حيث المزايا : تتميز الرقابة القضائية بتعدد الضمانات الممنوحة للمدعي في مواجهة الإدارة. ومن هذه الضمانات:

مبدأ المساواة أمام القضاء.

مبدأ علنية الجلسات.

مبدأ وجوب التحقيق في المنازعات الإدارية.

مبدأ تعدد درجات التقاضي، وهو ما يمكن المدعي أن يطعن في الحكم أمام محكمة الطعن.

مبدأ حجية الشيء المقضي به : حيث يفرض على الإدارة الالتزام بتنفيذ الحكم الصادر

ضدها متى تم تبليغها بالحكم ممهورا بالصيغة التنفيذية. وفي حالة مخالفتها هذا الالتزام

فلمستفيد من الحكم أن يطعن في قرارها بالامتناع أمام القضاء الإداري مرة أخرى. ذلك أن

امتناعها ، وحتى تنفيذها الحكم تنفيذاً ناقصاً، يعد قراراً إدارياً يجوز الطعن فيه بدعوى

البطلان أو الإلغاء. كما يجوز للمدعى المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل جراء

الامتناع عن التنفيذ، أو عن التنفيذ الناقص، كما يمكن تحريك الدعوى العمومية ضد

الموظف الذي يمتنع عن التنفيذ، أو يعرقل، أو يعترض، أو يستخدم سلطته لوقف تنفيذ حكم

قضائي (م 138 مكرر قانون العقوبات).

ب)- العيوب : يؤخذ على الرقابة القضائية جملة عيوب هي

- أنها مكلفة : ومن أهم أسباب ذلك حتمية الاستعانة¹ بمحام كشرط لقبول الدعوى أمام

القضاء الإداري. وفي ذلك نصت المادة 815 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على

أنه : " ترفع الدعوى أمام المحكمة الإدارية بعريضة موقعة من محام ". ونصت المادة 905

على وجوب أن تقدم العرائض تحت طائلة عدم القبول من طرف محام معتمد لدى مجلس

الدولة، وذلك باستثناء الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة

الإدارية.

عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية
الجزائر، 1990.

- أنها رقابة تتميز بإجراءات معقدة وبمواعيد قانونية لا بد من مراعاتها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة

- أن القاضي في بعض النظم القانونية لا يملك أن يكره الإدارة على تنفيذ أحكامه بواسطة الأوامر التنفيذية والغرامة التهديدية.

الفرع الثالث : نظم الرقابة القضائية على الإدارة

يوجد نظامان قضائيان للرقابة على الإدارة هما : نظام القضاء الموحد ، ونظام القضاء المزدوج.

1- نظام القضاء الموحد :

(أ) - خاصية نظام القضاء الموحد : يتميز بوجود جهة قضائية واحدة هي المحاكم العادية (أو العدلية) تختص بالفصل في جميع المنازعات سواء بين الأفراد والإدارة أو بين الأفراد أنفسهم طبقاً لقواعد القانون الخاص. وأهم الدول التي أخذت بهذا النظام هي بريطانيا .

(ب)- تقدير نظام القضاء الموحد : لنظام القضاء الموحد جملة مزايا وجملة عيوب أيضاً. ومن مزايا هذا النظام :

-المساواة بين مركز الأفراد وبين مركز الإدارة، أي أن الإدارة الإدارية عامة تمتلك تعامل كما يعامل الأفراد بحيث لا تظهر ما يعرف بامتيازات السلطة العامة، وبإمكان القاضي أن يصدر أمراً إلى الإدارة، وبإمكانه أن يحل قراره محل قرار الإدارة (سلطة الحلول). وتختلف هذه السلطة عن سلطة الأمر، حيث تنقل بموجبها سلطة التقرير من الإدارة إلى القاضي، بمعنى أن القاضي يمارس عملاً إدارياً، أما في سلطة الأمر فإن سلطة التقرير تبقى بيد الإدارة. كسلطة

- وحدة القواعد القانونية المطبقة¹، حيث لا توجد نزاعات إدارية ونزاعات عادية، وهذا ما يجنب المدعى احتمال ضياع حقه بسبب عدم درايته بالقواعد القانونية الخاصة بالمنازعات الإدارية .

- تجنب حالات التنازع في الاختصاص بين الجهات القضائية سواء كان تنازعا ايجابياً أو سلبياً.

وفي مقابل هذه المزايا يأخذ على هذا النظام مجموعة من المثالب أهمها :

- عدم تخصص القاضي، وهو ما قد ينجر عنه عدم إلمام القاضي بكل مظاهر النشاط الإداري في الدولة، وهذا النشاط يتميز بتعدد مجالاته، وكثرة النصوص المطبقة عليه بسبب تعدد مجالات تدخل الإدارة.

- عدم الاعتراف بمركز الإدارة، إذ يفرض استهداف الإدارة تحقيق المصلحة العامة ضرورة الاعتراف لها بمركز مميز عن مركز الأفراد، وإلا كان في ذلك تعطيل للمصلحة العامة في بعض الأحيان .

2- نظام القضاء المزوج

(أ)- خاصية هذا النظام : يتميز هذا النظام بوجود جهتين قضائيتين : جهة القضاء الإداري وجهة القضاء العادي ويعرف أيضا بالعدلي، إذ يختص هذه الأخير بالفصل في النزاعات التي تثور بين أشخاص القانون الخاص طبقاً لقواعد القانون الخاص (القانون المدني، القانون التجاري..). بينما يختص القضاء الإداري بالفصل في النزاعات التي تثور بين الأفراد وبين الإدارة العامة وفقاً لقواعد مغايرة هي قواعد القانون الإداري².

غير أن الكثير من التشريعات قد منحت صلاحية الفصل 2 بعض المنازعات التي تكون الإدارة طرفاً فيها إلى القضاء العادي، ومن ذلك التشريع الجزائري، إذ منحت المادة 802

¹ محمد الصغير باعلي، المرجع السابق، ص 19.

² محمد الصغير باعلي، المرجع السابق، ص 100.

من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، للمحاكم العادية، صلاحية الفصل في بعض المنازعات رغم أن أحد أطرافها شخص عام، وهي : مخالفات الطرق، المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبات تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

(ب)- نشأة نظام القضاء المزدوج : نشأ هذا النظام في فرنسا بعد الثورة الفرنسية عام 1789، حيث أقرت مبدأ الفصل بين السلطة الإدارية والسلطة القضائية كنتيجة لمبدأ الفصل بين السلطات. وبسبب هذا المبدأ فقد منعت المحاكم العادية من التدخل في الوظيفة الإدارية، وأصبحت الإدارة بالتالي الخصم والحكم في النزاعات التي تثور بينها وبين الأفراد. وقد عرفت هذه المرحلة بمرحلة الإدارة القضائية أو الوزير القاضي .

وفي السنة الثامنة بعد الثورة تم إنشاء لجنة استشارية تتولى دراسة شكاوى المواطنين واقتراح حلول لها، وكان الحل المقدم غير ملزم إلا إذا وقعه رئيس الدولة، وعرفت هذه المرحلة بمرحلة القضاء المحتجز، أو القضاء المحجوز.

وقد انتهت هذه المرحلة بصدور قانون 24 مايو 1872، حيث نصت المادة 9 منه على اختصاص مجلس الدولة بشكل سيادي 4 المنازعات الإدارية. غير أن طلبات الأفراد كانت توجه إلى الإدارة التي تفصل فيها بالدرجة الأولى، ثم ترفع بعد ذلك إلى مجلس الدولة . وعرفت هذه المرحلة بمرحلة القضاء المنتدب، وقد انتهت هذه المرحلة بصدور حكم مجلس الدولة في قضية Cadot بتاريخ 19 ديسمبر 1889 ، حيث قبل مجلس الدولة النظر في منازعات الأفراد دون اشتراط مرورها على الوزير .

(ج)- تقدير نظام القضاء المزدوج : من أهم مزايا هذا النظام القضائي:

- تخصص القضاة، وهو الشيء الذي يساعد على الفصل في النزاعات بشكل صحيح بالنظر إلى تعدد مجال النشاط الإداري، وتنوع القواعد القانونية التي تحكم تصرفات الإدارة.

-يراعي هذا النظام مركز الإدارة، إذ لا تعد طرفاً عادياً 2 الخصومة، بحيث تتمتع بالكثير من الامتيازات السلطوية كسلطة إصدار قرارات نافذة، وسلطة تعديل العقود الإدارية، وسلطة نزع الملكية للمنفعة العامة. والملاحظ أن الاعتراف للقضاء الإداري في كل من التشريعين الفرنسي والجزائري بسلطة توجيه أوامر إلى الإدارة لضمان تنفيذ الأحكام الإدارية، وسلطة الحكم عليها بغرامة تهديدية قد أضعف بعض الشيء من مركز الإدارة كخصم متميز أمام القضاء .

أما من حيث العيوب، فقد أخذ على هذا النظام إمكانية حدوث تنازع في الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي، غير أن هذا المأخذ قد تم التخفيف منه عن طريق إنشاء محكمة التنازع.

المبحث الثاني: مصادر مبدأ المشروعية

ويقصد بداية بكلمة مصدر في اللغة القانونية معنيان رئيسيان. أولهما مجموع الوقائع أو الأفكار أو حتى كل علم تأثر به القانون الوضعي ، ويقصد به أيضا الطرق والأساليب المختلفة التي وضعت وسنت بمقتضاها القواعد القانونية¹ ولما كان المقصود بالقانون الذي تخضع له الإدارة القانون بمعناه الواسع ، وبما يتضمنه من قواعد عامة مجردة فإنه من البديهي استبعاد نوعين من أعمال الإدارة من نطاق مصادر المشروعية ، الأول يتعلق بالعقود التي تبرمها الإدارة سواء كانت مدنية أو إدارية ، وذلك لأن العقود لا ترتب بصفة عامة آثارها إلا في مواجهة أطرافها ولا تولد آثاراً موضوعية يمكن أن يخاطب بها غير أطراف العقد وذلك استنادا إلى المبدأ العام الذي يقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين . أما النوع الثاني من الأعمال المستبعدة من نطاق مصادر المشروعية فهو القرارات الإدارية الفردية وذلك لذات السبب حيث تتعلق بمركز

¹ - العبادي، محمد وليد: القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة. مرجع سابق . ص 42.

قانوني محدد بأشخاص معينين بذاتهم ولا تتضمن قواعد عامة مجردة تنطبق على الكافة ما يعني ان مثل هذه القرارات الفردية ينتهي أثرها بمجرد تطبيقها على الحالة المحددة وتنتهي معها قوة وأثر القرار مما لا يجوز القياس عليه أو اعتباره مصدر لحالة عامة وهذا ما تطلب استثناءه ، وكذلك الأمر ينصرف إلى العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة في كل حالة على حدة وحسب مصلحتها وموضوع التعاقد مما يعني استبعادها أيضا وان كان هناك ما يعرف بالرقابة القضائية على مثل هذه القرارات¹ أجل تحديد مصادر مبدأ المشروعية فأنا سوف نتناولها وفق الترتيب التالي :

المطلب الأول : المصادر المكتوبة

تشمل القواعد القانونية جميع قواعد القانون المكتوب بصرف النظر عن قيمتها القانونية .فالقواعد القانونية المكتوبة هي تلك القواعد التي وضعتها السلطة المختصة بالتشريع وصاغتها بوثيقة مكتوبة ، ولكن هذه القواعد القانونية المكتوبة لا تتمتع بذات القيمة القانونية ، بل أن قيمتها متفاوتة ومختلفة . فتترتب القواعد القانونية على شكل هرم كما سبق الحديث عن ذلك ويسمى هذا الهرم تدرج القواعد القانونية² وتحتل القواعد الدستورية قمته فهي أعلى القواعد المكتوبة ثم يليها قواعد القانون العادي بالمعنى المتعارف عليه أي التشريعات التي يصدرها البرلمان ، ثم يلي قواعد القانون العادي الأنظمة التي تصدرها السلطة التنفيذية "التشريع الفرعي" ، فهي ذات قيمة متفاوتة ، فليس لقواعد التشريع الفرعي القيمة القانونية نفسها فمنها ما يتمتع بقيمة القانون العادي كالقوانين

¹ أحمد ، رجب محمود : القضاء الإداري . بدون طبعة . القاهرة : دار النهضة العربية . 2005م . ص 16 . 1 انظر القرار رقم "2004/61" محكمة العدل العليا الفلسطينية بجلسة 2006/6/21م . وكذلك القرار رقم "2006/21" محكمة العدل العليا الفلسطينية بجلسة 2005/3/14م .

² العبادي، محمد وليد: القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة . مرجع سابق . ص 4

المؤقتة "لوائح الضرورة" والأنظمة التفويضية " ومنها ما يتمتع بقيمة أدنى من قيمة القانون العادي كالأنظمة التنفيذية¹.

لهذا فالمصادر المكتوبة للمشروعية هي عبارة عن مجموعات مدونة تحتوي على قواعد قانونية ملزمة تتفاوت في درجة قوتها القانونية، وصادرة عن سلطات رسمية لها حق التشريع في الدولة². والمصادر المكتوبة هي الدستور والتشريعات العادية واللوائح "التشريع الفرعي" والمعاهدات ، وستناولها وفق الترتيب التالي:

الفرع الأول : التشريعات الدستورية

تتمثل هذه التشريعات بصفة أساسية في الدستور ، باعتباره القانون الأساسي في الدولة الذي يتمتع بالسمو والعلو فوق كافة التشريعات الأخرى نظراً لصدوره عن السلطة التأسيسية الأصلية³. ويقصد بالقواعد الدستورية "مجموعة القواعد القانونية التي تبين نظام الحكم في الدولة وتحدد الحقوق والحريات العامة للأفراد وتقرر الأسس والأهداف السياسية والاقتصادية والاجتماعية للدولة⁴.

ولما كانت هذه القواعد التي تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها وتحدد نطاق اختصاص كل منها وكيفية ممارسة هذه الاختصاصات ، فإنه يترتب على ذلك أن تسمو هذه القواعد وتحتل المرتبة الأولى على قمة التنظيم القانوني للدولة . وتبعا لذلك تلتزم جميع

¹ شطناوي ، علي خطار: موسوعة القضاء الإداري . مرجع سابق . ص36

² للمزيد حول مصادر مبدأ المشروعية المكتوبة انظر : - 1 كنعان ، نواف : القانون الإداري "الكتب الأول" . بدون طبعة. عمان : دار الثقافة . 2002م . ص44- 66 . أبو زيد ، محمد عبد الحميد : المرجع في القانون الإداري . الطبعة الثانية . بدون دار نشر . 2007م . ص 110-130

³ عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 14.

⁴ دويكات ، غازي : القانون الدستوري . ب ط . نابلس : مكتبة الشروق . ب ن . ص 2 . وللمزيد انظر : 3 عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 14 . 2 خليل ، محسن : النظم السياسية والقانون الدستوري . ط2 . الإسكندرية : منشأة المعارف . 1971م . ص452 . المشهداني ، محمد كاظم : القانون الدستوري . بدون طبعة . بدون بلد نشر : المكتب العربي الحديث . 2007م . ص15 عبد الوهاب ، محمد رفعت : القانون الدستوري . بدون طبعة . الإسكندرية : منشأة المعارف . بدون سنة نشر . ص 7.

السلطات باحترام هذه القواعد بأن تمارس اختصاصاتها في الحدود المرسومة لها وعلى الوجه المبين في الدستور¹.

ولهذا فإن جميع التشريعات العادية في الدولة يجب أن تحترم أحكام الدستور ولا تخرج عليها وإلا عدت غير دستورية . كما يجب أن تصدر التشريعات الفرعية أو اللوائح وكذلك جميع ما يصدر عن السلطة الإدارية من أعمال وإجراءات دون مخالفة نصوص الدستور حتى لا تصبح غير مشروعة . وان كان الأصل أن ترد هذه القواعد في وثيقة تسمى الدستور ، الذي يعد مصدرا من مصادر المشروعية ، إلا أنها قد ترد في وثائق أخرى يطلق عليها إعلانات الحقوق أو المواثيق أو مقدمات الدساتير نفسها ، الأمر الذي يجب أن يكون محل تقيد سواء في القواعد الدستورية المدونة أو غير المدونة ، سواء في الدول التي يسود فيها نظام الدستور المدون أو غير المدون ولما كان الدستور يتربع على قمة النظام القانوني في الدولة وعلى هذا الأساس تعتبر القواعد القانونية المنصوص عليها في صلب الدستور أول مصدر من مصادر الشرعية ، كما أنها أسمى القواعد القانونية في مدرج النصوص التشريعية في الدولة لأنها تنشئ وتنظم السلطات العامة جميعها ، وتحدد دائرة اختصاص كل منها ، وتبين كيفية ممارسة هذه الاختصاصات ، فجميع السلطات ملزمة باحترام هذه القواعد وممارسة وظائفها في الحدود المرسومة على الوجه المبين في الدستور². فإذا أصدرت الإدارة قراراً في أمر جعله الدستور من اختصاص السلطة التشريعية أو القضائية كان القرار الإداري منعماً ، وإذا خالف القرار الإداري أي مبدأ من المبادئ المنصوص عليها في الدستور كان القرار الإداري باطلاً³.

¹ جمال الدين ، سامي : القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 25
² حافظ ، محمود : القضاء الإداري في الأردن . مرجع سابق . ص 24 . 3 أبو العثم ، فهد عبد الكريم: القضاء الإداري .

مرجع سابق . ص 47

³ حنا إبراهيم: القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 9 .

فالقانون الأساسي الفلسطيني نص على مبدأ المساواة ، وقرر أن الفلسطينيين أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وان اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين . كما وينص القانون الأساسي الفلسطيني على أن العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة أن توفره . للفلسطينيين بتوجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به ¹ .

وان كانت هناك قواعد دستورية غير مدونة متمثلة في إعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير والتي تؤخذ بعين الاعتبار كأحد مصادر المشروعية وملزمة في الدول ذات النظام المدون للدستور وذات النظام الغير مدون ، إلا انه يبقى هناك تساؤل عن القيمة القانونية لإعلانات الحقوق ومقدمات الدساتير ؟ ومن أجل الإجابة عن هذا التساؤل سنتعرض لهما وفق ما يلي:

أولاً : إعلانات الحقوق والمواثيق .

قد يوجد بجانب النصوص الدستورية مبادئ عامة ترد في وثيقة تعلنها الدولة وتبين فيها فلسفة المجتمع والأسس التي يجب أن يقوم عليها تنظيمه ، ومن الوثائق الشهيرة في هذا المجال إعلان حقوق الإنسان الأمريكي الذي أصدرته جمعية فرجينيا عام 1776م ، والفرنسي عام 1789م ، والميثاق الوطني في مصر عام 1962م ² وإعلانات الحقوق والمواثيق هي وثائق سياسية منفصلة عن الدستور تنص في الغالب على الحقوق والحريات الفردية التي يتعين على الدولة احترامها علاوة على بعض الأسس التي يجب أن يقوم المجتمع على مقتضاها . ³ كما وتتمثل المبادئ الواردة في إعلانات الحقوق والمواطن تجسيدا وترجمة واضحة ومباشرة لفلسفة القرن الثامن عشر والحركة الفكرية التي صاحبت تلك الفلسفة ، فهي مبادئ أساسية وبديهية استخلصها الفلاسفة ورجال القانون

¹ انظر القانون الأساسي الفلسطيني ، المواد رقم " 25،9 .

² - أبو العثم ، فهد عبد الكريم: القضاء الإداري .مرجع سابق . ص 19

³ جمال الدين ، سامي : القضاء الإداري -الرقابة على أعمال الإدارة- مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 26

العام باعتبارها أسس عادلة ومعقولة للتنظيم السياسي ، ويتعين على واضعي الدساتير الاستهداء بها ووضعها موضع . التطبيق¹ أما بالنسبة للمواثيق وإعلانات الحقوق في فلسطين فإننا نجد الميثاق القومي الفلسطيني ثم النظام الأساسي لمنظمة التحرير الفلسطينية ومن الإعلانات إعلان قيام دولة فلسطين عام 1988 م . هذا فضلا عن أمثلة عديدة على مستوى العالم للمواثيق والإعلانات² .

ثانياً: مقدمات الدساتير

مقدمات الدساتير هي تلك المبادئ والقواعد الفلسفية التي تنصدر الدساتير عادة بخلاف المواد القانونية التي تتضمنها هذه الدساتير ، ومثالها مقدمة الدستور المصري ومقدمة لدستور الفرنسي.

لعام 1964م³ وكذلك الشأن بالنسبة لدستور الجمهورية الخامسة الحالي الذي صدر عام 1958م. ولقد تضمنت هاتين المقدمتين بعض الأحكام والمبادئ الدستورية الهامة كما اشتملت على بعض التوجيهات ذات الطابع الفلسفي ، وكانت المبادئ القانونية العامة التي احتوت عليها هاتين المقدمتين أساسا استند إليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه كمبدأ المساواة وحق الدفاع والحريات الفردية⁴ . وعلى هذا فإذا تضمنت المقدمة العديد من المبادئ والتوجيهات، فقد يثور تساؤل مهم حول مدى اعتبار هذه المبادئ مصدرا من مصادر المشروعية ؟ ، ومدى إلزامية المبادئ الواردة فيها ؟

اختلف الفقه حول مدى القيمة القانونية لمقدمة الدستور ، لذلك تم الرجوع إلى التفرقة بين الأحكام الملزمة وغيرها التوجيهية والتي سبق الحديث عنها في إعلانات الحقوق ، ومع هذا فان الفقه يتجه في هذا المجال إلى احد الرأيين وهما

¹ - شطناوي ، علي خطار: موسوعة القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 36.

² أبو عمارة ، محمد علي : القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة . الطبعة الثانية . الجزء الثالث . غزة : جامعة الأزهر . 1998م . ص 41

³ جمال الدين ، سامي : القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 25

⁴ عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 17

1 - النصوص التقريرية أو القانونية : وتتميز هذه القواعد بأنها محددة وقابلة للتطبيق الفوري إذ يستطيع الأفراد أن يطالبوا بتطبيقها دون الحاجة لتدخل المشرع لتنظيم كيفية التطبيق ، وتشكل قيوداً على المشرع العادي بضرورة احترامها لأنها تقرر مراكز قانونية يتعين احترامها ولا اتسمت بعدم الدستورية ، كحرية العقيدة والفكر والرأي والملكية¹. وعليه فإذا ما احتوت مقدمة الدستور على نصوص وصفية محددة تكونوا لهذه النصوص الصفة الإلزامية التي تعادل قوة مواد الدستور ذاتها ، ذلك أن قوة الدستور العليا لا تبدأ فقط بمواده الأصلية الواردة به بل تبدأ بما يحتويه الدستور بأكمله من مواد وأحكام ، سواء ورد ذلك في مواد الدستور نفسه أو في مقدمته التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ منه.

2 - النصوص التوجيهية: وهي تختلف عن سابقتها بأنها غير محددة وتمثل غايات وتمنيات يعمل النظام السياسي على تحقيقها ، أو تعمل على توضيح معالم النظام الذي يجب أن يسود في الدولة . ولتطبيقها يجب أن يتدخل المشرع ليبين كيفية وضعها موضع التطبيق ، ولا يستطيع الأفراد المطالبة بتطبيقها من تلقاء أنفسهم ومثالها النصوص المتعلقة بالعمل والضمان الاجتماعي ، والتي يتمتع البرلمان بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الوقت الملائم لإصدار هذه التشريعات ، علماً أنه لا يستطيع أن يشرع فيما يخالفها مخالفة صريحة²

3 - ونضم رأينا للدكتور عدنان عمر في أنه من الواجب أن يكون لهذه المبادئ والمقدمات نفس القوة القانونية للدستور حتى لا يصبح الدستور مرآة تجمل وجه النظام السياسي بنصوصه التي تكفل الحريات والحقوق المختلفة ، غير أنها على أرض الواقع تبقى حبراً على ورق ولا تجد مجالها للتطبيق . وبالتالي نفضل أن

¹ عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص18.

² شطناوي ، علي خطار: موسوعة القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 49 .

خليل ، محسن : القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة" . مرجع سابق . ص24

يأتي الدستور وينص على الحقوق والحريات والقواعد القانونية التي تلزم النظام السياسي ويترك تقدير القواعد الأخرى وفقاً للتطورات والمستجدات في تعديلات دستورية قائمة إذ لا جدوى من النص على الحق في العمل إذا كانت الدولة لا تضمن كفالة تحقيقه للأفراد¹

الفرع الثاني: التشريعات العادية

يختلف تعريف التشريع باختلاف الزاوية التي ينطلق منها التعريف، فيعرفه الفقهاء من الزاوية الموضوعية بأنه "القواعد العامة المجردة والقواعد التي يسيطر عليها الطابع العمومي وذلك على

عكس القرار الإداري ذي الطابع الفردي". أو قد يعرف بناء على الناحية الشكلية والذي يعتمد على العضو مصدر القاعدة فالعمل تشريع إذا توفر فيه صدوره عن سلطة خول لها الدستور حق إصداره. وصدوره طبقاً للقواعد والإجراءات والأشكال التي بينها الدستور والقضاء.²

ويستند المعيار الشكلي إلى نظرية الفصل بين السلطات ذلك أن السلطة في الدولة الديمقراطية تتقاسمها ثلاث هيئات، تشريعية تختص بسن القوانين، وتنفيذية واجبها تنفيذ القانون، وقضائية وعملها قاصر على تطبيق القوانين، وعلى هذا تتميز السلطة التشريعية بمكانة مرموقة بين الهيئات لأنها منتخبة من طرف الشعب، إلا أن هذا لا يمنحها التماهي على الدستور باعتبارها سلطة أسسها الدستور ويلزمها عدم مخالفتها.

فالقوانين هي تشريعات تصدرها السلطة التشريعية في الدولة، وهي صاحبة الاختصاص في ذلك، وتأتي في المرتبة الثانية بعد الدستور من حيث التدرج القانوني، وتعد

¹ عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق. ص 18. 2. لقد نص القانون الأساسي الفلسطيني لعام 2003 على صيانة الحقوق والحريات وهي مقررته بالقانون الأساسي نفسه لأنها موجودة في الباب الثاني وهي لها نفس قوة الدستور لأنها مبادئ دستورية

² شيحا، إبراهيم عبد العزيز: القانون الإداري. بدون طبعة. عمان: دار الثقافة. 1994م. ص 114

المصدر الثاني من مصادر المشروعية ، والإدارة بوصفها السلطة التنفيذية تخضع لأحكام القانون فإذا خالفت حكم القانون أو صدر عمل إداري استناداً إلى قانون غير دستوري وجب إلغاء ذلك العمل¹

ومن المفروض في التشريع الذي تجري عليه عملية إثبات دستوريته من عدمها انه تشريع قد صدر من جهة أعطاها الدستور هذا الحق وانه صدر مستوفياً لكافة الشروط والأوضاع . وللقضاء أن بحث في ما إذا صدر القانون عن الجهة التي حددها الدستور أو لا ، وهل استوفى شكله وإجراءاته الدستورية²

ولعل أهم مصادر مبدأ المشروعية وفرة من حيث القواعد هي القوانين بحكم كثرتها واختلاف موضوعاتها . فكثيرة هي النصوص القانونية التي تضعها السلطة التشريعية وتمس جهة الإدارة أو تنظم علاقاتها مع الأفراد ، كقانون الخدمة المدنية الفلسطيني رقم " 4 " لسنة 1998م والمعدل بقانون رقم " 4 " لسنة 2005م وقانون الخدمة في قوى الأمن وقانون الهيئات المحلية وقانون العطاءات العامة وقانون نزع الملكية للمنفعة العامة ، والقانون المنظم لرخص البناء وغيرها . فهذه المنظومات القانونية أياً كان موضوعها متى صدرت وتم نشرها أصبحت ملزمة للجهات الإدارية المختصة وملزمة أيضاً للأفراد فيما يتعلق بوظيفتهم ومركزهم . والقانون إذا صدر لا يجوز إلغائه أو تعديله إلا بقانون يماثله في الرتبة . فلا يجوز للسلطة التنفيذية إلغاء أو تعديل نص قانوني . وهذا ما قضت به محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها " مما لا جدال فيه أن القانون لا يعدل إلا بقانون، وانه لا يجوز تعديل قانون بقرار من مجلس الوزراء"³

¹الطو ، ماجد راغب : القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 28

²الدواني ، عمر : مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 26

³عبد الوهاب ، محمد رفعت : القضاء الإداري . الطبعة الأولى . الكتاب الأول ، بيروت : منشورات الحلبي الحقوقية، 2005م . ص 24.

بوضياف ، عمار : مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته . my4shared-4shared.www . ص 14

فالتشريع العادي يتضمن مجموعة القواعد القانونية التي تقررها السلطة التشريعية في البلاد ، لذلك تلتزم السلطات العامة في الدولة باحترام أحكام التشريع ما لم يعدل بالكيفية التي يعينها الدستور. وقد بين القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003م اختصاصات السلطة التشريعية في سن مثل هذه القوانين¹

فالعملية التشريعية تقوم على أساس وضع القواعد القانونية التي تنظم الأوضاع والعلاقات المستقبلية . وتقوم على بيان المبادئ والأحكام العامة الكلية وترك الأمور التفصيلية للقواعد القانونية الأدنى مرتبة . فالمشرع الدستوري يحيل أمر تنظيم الأمور التفصيلية للمشرع العادي "قوانين عادية" ، والمقصود من الأحكام الدستورية هو الإحالة إلى المشرع العادي " المجلس لتشريعي " لبيان الحدود والشروط والقيود والكيفية التي تنظم ممارسة الحريات الفردية والعامة .²

وفي جميع الأحوال فإن للقضاء أن يتمتع عن تطبيق القانون غير الدستوري في معرض النزاع المعروض أمامه ، لان القواعد القانونية التي تقوم بوضعها السلطة التشريعية هي في مرتبة

أدنى من الدستور وتليه من حيث التدرج القانوني في الدولة ، بالتالي فإنها تعد بعد الدستور المصدر الثاني لمبدأ المشروعية.³

وعليه يعد مبدأ المشروعية الأساس القانوني لخضوع الإدارة للقوانين باعتبارها السلطة المختصة بتنفيذها والتي ألزمها الدستور بوضع القوانين موضع التنفيذ بغير تعديل أو تعطيل أو إعفاء من تنفيذها ، هذا مع الأخذ بعين الاعتبار أن خضوع الإدارة للقانون لا يعني خضوعها عضواً للسلطة التشريعية ، إذا أن هذا الخضوع يقتصر على الجانب الوظيفي فحسب ، بمعنى خضوع وظيفة التنفيذ لوظيفة التشريع ، دون أن يؤدي ذلك إلى خضوع

¹لقانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، الباب الرابع ، المواد "47-62

²العبادي، محمد وليد: القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة . مرجع سابق . ص54.

- ³أبو العثم ، فهد عبد الكريم: القضاء الإداري . مرجع سابق . ص54

عمال وموظفي الإدارة خضوعاً رئاسياً لأعضاء البرلمان ، إذ ينطوي مبدأ الفصل بين السلطات على ضرورة الاستقلال العضوي لكل سلطة . وهذا ما سنتكلم عنه في الفصل الثاني من هذه الدراسة والذي يتناول ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية¹.

ولما كانت السلطة التشريعية صاحبة الاختصاص في إصدار القوانين العادية فانه وبالرجوع إلى مخلفات الانتداب البريطاني على فلسطين مجد نص المادة " 35 من القانون التفسيري لسنة 1945م ، نجد أنها تنص صراحة في عدم جواز البحث قضائياً في مشروعية أي قانون ما لم ينص على خلاف ذلك صراحة ، فهي صريحة في مصادرة مبدأ المشروعية² بعكس الحال في القانون الأساسي الفلسطيني الذي نص على إنشاء محكمة دستورية تتولى فحص مدى دستورية القوانين³ وان كان هناك خلاف حقيقي حول تشكيل هذه المحكمة بالرغم من صدور قانون يحدد جميع الأمور المتعلقة بها⁴ . هذا وبالإشارة إلى أن خضوع الإدارة لقواعد القانون الإداري.

لا يعتبر استبعاد للخضوع لقواعد القانون الخاص بالمطلق ، بل قد تختار الإدارة الخضوع لها كما هو الحال في الشركات الوطنية والمختلطة وكذا في الحالات التي تظهر فيها الإدارة كفرد عادي في علاقاتها القانونية تبيع وتشتري وتستأجر وتؤجر وفقاً للقواعد التي تحكم علاقات الأفراد . أو قد يتقرر ذلك من خلال الاجتهاد القضائي كخضوع نشاط المرافق العامة الاقتصادية والاجتماعية لقواعد القانون الخاص . وقد يتقرر ذلك من خلال

¹ - جمال الدين ، سامي : القضاء الإداري - الرقابة على أعمال الإدارة - مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 33.

² تنص المادة 35 "من القانون التفسيري الانتدابي لعام 1945م على ((لا يصح البحث قضائياً في أي تشريع إلا في 3 المواضيع التي ورد النص فيها صراحة على ذلك بحكم القانون.))

³ - القانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، المادة " 103)) تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في: 4 أ - دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها. (...)

⁴ للمزيد حول هذا الخصوص انظر: 5 الوحيد ، فتحي : المحكمة الدستورية العليا في مشروع القانون الخاص بها . سلسلة التقارير رقم " 60 ، غزة : الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن . بدون سنة نشر . ص 18 وما بعدها معهد حقوق الإنسان و نقابة المحامين الدولية. تحليل مقارن لقانون المحكمة الدستورية العليا في السلطة الوطنية الفلسطينية. مركز مساواة . رام الله : 2009م . ص 14 وما بعدها.

المشروع كما هو الحال بالنسبة لإخضاع المنازعات الإدارية لنصوص قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم "2" لسنة 2001م¹

وإذا كان الأصل هو أن السلطة التشريعية تعتبر صاحبة الاختصاص الأصيل في التشريع فإنه أجاز أحيانا للسلطة التنفيذية أن تشرع في بعض الأمور بواسطة تشريعات فرعية تسمى اللوائح الإدارية ، وأن اللوائح الإدارية تعتبر أعمالا تشريعية من الناحية الموضوعية ، وتعتبر أعمالا إدارية من الناحية الشكلية . وطبقا لمبدأ تدرج القواعد التشريعية فإن التشريع العادي يعلو التشريع الفرعي لان الفرع يتبع الأصل بحيث يتحتم على اللائحة أن تحترم القانون بان تعمل في دائرته ولا تخالفه وإلا عدت اللائحة غير مشروعة وحق إنزال الجزاء المقرر عليها²

ولهذا فأننا سوف نتناول في هذه القوانين المؤقتة واللوائح الإدارية كما يلي :

الفرع الثالث : القوانين المؤقتة والأنظمة الإدارية

وسنتعرض لهما باختصار كما يلي :

أولا : القوانين المؤقتة

ذكرنا أن الأصل هو أن التشريع من اختصاص السلطة التشريعية ، وأن وظيفة السلطة التنفيذية هو تنفيذ القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية ، ليس ذلك وحسب ، وإنما تستطيع السلطة التنفيذية بوصفها سلطة إدارية ممارسة نشاطات أخرى كثيرة ليتسنى لها إدارة المرافق العامة وتسييرها ، وقد تواجه حالات طارئة وأمور مستعجلة لا تحتمل التأخير في وقت لا يكون المجلس التشريعي منعقدا أو قد يكون منحلًا.³ فماذا عساها أن تعمل في مواجهتها صونا للدولة وضمانا لسير مرافقها بصورة تؤمن البقاء والأمن والاستقرار ؟ .

¹ انون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم "2" لسنة 2001م ، الباب الرابع عشر ، المواد "283-291"

² لشخانية، عبد علي:القرارات الإدارية ومبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 95

³ أبو العثم ، فهد عبد الكريم: القضاء الإداري . مرجع سابق . ص57.

لهذا تكون القوانين المؤقتة " أنظمة الضرورة" هي الوسيلة الوحيدة لذلك ، وتعرف القوانين المؤقتة بأنها مجموعة القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التنفيذية عند غياب البرلمان لمواجهة الأزمات ودفع الأخطار الجسيمة التي تحق بالدولة مثل حالات الطوارئ وحالات الحرب والاستعجال¹.

وتجد هذه القوانين أساسها في القانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، حيث نص عليها في .المادة 43 منه،² ومع هذا فإن هذه القوانين يجب أن تتقيد بشروط حتى تعتبر مصدراً من مصادر الشرعية وهذه الشروط هي:

1 التقيد الزمني ، بحيث لا تمتلك السلطة التنفيذية ورئيسها صلاحية إصدار هذه القوانين في أوقات انعقاد المجلس التشريعي ، ذلك لأنه من يتولى جهة التشريع . والفترة الزمنية التي يجوز فيها إصدار مثل هذه القوانين المؤقتة تشمل الفترة التي يكون فيها المجلس غير منعقداً أو منحللاً³.

2 قيد الضرورة، وفي هذا يجب أن تكون القوانين المؤقتة في أمور تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير ، أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل . وهذا يعني أن القوانين المؤقتة لا يجوز إصدارها إلا في حالة الضرورة ، لذلك يطلق عليها تشريعات الضرورة وقد أصاب المشرع الفلسطيني عندما أطلق عليها اسم قرارات لها قوة القانون ولم يطلق عليها اسم قوانين مؤقتة كما فعل نظيرة الأردني . وذلك لأن كلمة قانون تعني القانون الصادر عن الجهة المختصة

¹الذنيبات ، محمد جمال مطلق: موجز في القضاء الإداري الأردني . مرجع سابق .ص2

²نصت المادة"43" من القانون الأساسي الفلسطيني على ((لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة والتي لا تتمثل 3 التأخير في غير ادوار انعقاد المجلس التشريعي ، إصدار قرارات لها قوة القانون . ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون ، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون))

³لقانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، المادة "43".

بالتشريع وهي المجلس التشريعي¹ . وان كانت الضرورة بحد ذاتها تشكل أساسا للنقاش حول الجهة التي تتولى تقدير حالة الضرورة ، إلا أننا سنترك البحث في هذا السؤال إلى المبحث الثاني والذي يتناول تقدير حالة الضرورة.

3 التقيد الإجرائي ورقابة المجلس التشريعي ، ونجد أن أهم ما يميز القانون المؤقت أو القرارات ذات القوة القانونية هو انه يجب أن يعرض على المجلس التشريعي في أول اجتماع يعقده ، وإذا أخلت السلطة التنفيذية بهذا الالتزام فإن الجزاء الذي يترتب على ذلك هو أن القانون المؤقت يصبح فاقداً للصفة القانونية والدستورية² . ولكن ثور مسألة المدة الزمنية التي يجب على البرلمان أن يبدي رأيه خلالها ؟ . لقد حدث جدل فقهي كبير حول هذا الأمر ، إلا أن الرأي السائد ول ذلك هو أن تبقى هذه القرارات محتفظة بقوتها القانونية ونفاذها حتى يبدي البرلمان رأيه فيها مهما طالت المدة . ونجد أن القانون الأساسي الفلسطيني لم يحدد مدة أقصى لذلك متمشياً بذلك مع هذا الرأي مع الإشارة أيضا انه وإذا أصدر المجلس التشريعي قانونا عادياً في الأمور التي نظمها القانون المؤقت أثناء وجود هذا الأخير فان هذا الأمر يزيل مفعول القانون المؤقت³ .

4 قيد المدى أو القيد الموضوعي ، وعلى هذا يكون للقوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون ، وبناءً على ذلك يكون للقوانين المؤقتة قوة القانون بمقتضى أحكام القانون الأساسي الفلسطيني رغم كونها قرارات صادرة عن رئيس الدولة ، وفيما يتعلق بتناول الأمور التي أوجب القانون الأساسي تنظيمها بقانون فقد استقر اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية على "" أن الفقه والقضاء قد

¹ الشويكي ، عمر محمد: القضاء الإداري "دراسة مقارنة" . مرجع سابق . ص32

² قانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، المادة "43"

³ لذنبيات ، محمد جمال مطلق: موجز في القضاء الإداري الأردني . مرجع سابق . ص23-24

اتفقا على أن القانون المؤقت يستطيع أن يتناول ما يتناوله القانون العادي من موضوعات¹. ولا يوجد نص في القانون الأساسي الفلسطيني يخالف الاجتهاد.

ثانيا : الأنظمة الإدارية

يطلق على القواعد القانونية التي تصدرها السلطة التنفيذية التشريع الفرعي ، للدلالة على طبيعة القواعد التي تتضمنها من حيث عموميتها وتجردها . وتسمى في فلسطين الأنظمة ، وتصدرها السلطة التنفيذية ، ويعرف النظام بأنه "عمل إداري صادر عن السلطة التنفيذية ويتضمن قواعد عامة ومجردة تطبق على طائفة معينة من الأفراد بالقوة عند الاقتضاء " ، وبذا يلزم الأفراد . بأحكام النظام دون أن يأخذ رأيهم وموافقهم مسبقا² .

ونجد أساس الحق في إصدار هذه الأنظمة في القانون الأساسي الفلسطيني في المادة "69" ومع هذا فان الأنظمة التي تستطيع السلطة التنفيذية إصدارها متعددة وسنعمل على بيانها بنوع من الاختصار .

1 الأنظمة المستقلة ، وهي تلك الأنظمة التي تصدر عن الحكومة بموجب المجال المتروك لها في الدستور ، ففي فلسطين مثلا هناك هيئات عامة كلجنة الجدار ولجنة مقاومة الاستيطان وهيئة التكافل الأسري ومؤسسة اسر الشهداء فهي بالتالي لا تشكل عملا تابعا للقانون العادي بل هي مستقلة وتستاثر بمجال محجوز لها ومتحرر عن مجال القانون الصادر عن البرلمان غير أن عدم تبعيتها للقانون لا تجعلها في مستوى التشريع الصادر عن البرلمان لأنها تبقى دائما قرارات إدارية صادرة عن السلطة التنفيذية ، كما يذهب لذلك الغالبية العظمى من الفقه الإداري لمعاصر³.

¹ للمزيد حول شروط القوانين المؤقتة انظر : 1 الطهراوي ، هاني : القانون الإداري . الكتاب الأول . بدون طبعة . عمان : دار الثقافة . 2001م . ص 76-77

² العبادي، محمد وليد: القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة . مرجع سابق . ص 56.

³ شيحا ، إبراهيم عبد العزيز : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 15 وما بعدها . 2 عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص 23

واستنادا إلى القانون الأساسي الفلسطيني تكون هذه الأنظمة على سبيل الحصر وبموجب المادة " 69" من الدستور والتي تشمل وضع السياسات العامة وتنفيذها ووضع الأنظمة من أجل مراقبة تخصيص وإنفاق الأموال العامة ، وتعيين صلاحيات رئيس الوزراء والوزراء ومجلس الوزراء بأنظمة يضعها مجلس الوزراء¹.

2- اللوائح التنفيذية ، وهي تلك اللوائح التي تتضمن الأحكام التفصيلية أو التكميلية اللازمة لتسيير القوانين² وهي تتضمن قواعد مرادة وعامة وتطبق على الأفراد بالقوة عند الإقتضاء³. والأساس القانوني التي تستمد منه الحكومة اصدر تلك الأنظمة هو نص المادة " 69" من القانون الأساسي الفلسطيني ويشترط لصحة ومشروعية الأنظمة التنفيذية العديد من الشروط وهي:

- ألا تتعارض أحكام النظام مع أحكام القانون الذي صدر ذلك النظام بالاستناد إليه ، وعند وجود تعارض يعمل بالقانون لا بالنظام .
- أن تتضمن أحكام النظام التنفيذي قواعد تنفيذه محضة لا تزيد شيئاً على مضمون القانون أو تحد منها.
- أن يصدر النظام التنفيذي من قبل الجهة المختصة بإصداره وإلا عد نظاماً غير قانونياً.
- تطبق الأنظمة التنفيذية ويسري مفعولها بأثر فوري من تاريخ صدورها فقط ، فلا يجوز أن تتضمن أثراً رجعياً وإلا كانت غير مشروعة⁴.

3 لوائح الضبط ، ويقصد بها تلك اللوائح التي تصدرها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بعناصره المختلفة ، الأمن العام والسكينة العامة والصحة العامة ، ولا شك أن لوائح الضبط هي نوع من اللوائح وتلتزم بتنفيذ القانون ولا ينبغي أن تخالف

¹ القانون الأساسي الفلسطيني المعدل ، المواد "68،69

² أبو عمارة ، محمد علي : القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة . مرجع سابق . ص 53

³ الذنبيات ، محمد جمال مطلق: موجز في القضاء الإداري الأردني . مرجع سابق . ص 17

⁴ لظهاوي ، هاني : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 71-72.

القانون وخاصة ما يتعلق لوائح الأمن العام.¹ وترتكز هذه الأنظمة على تنظيم ممارسة الحريات العامة للأفراد بهدف وقاية وحماية النظام العام في المجتمع. وهكذا تتضح خطورة هذه الأنظمة بما تتطوي عليه من ضوابط وقيود على حريات المواطنين. يترتب على مخالفتها توقيع الجزاء، أي العقوبات المنصوص عليها² هذا مع وجود العديد من اللوائح الأخرى التي لا وجود لها في النظام الفلسطيني وذلك لان القانون الأساسي لم ينص على جوازها ولم يجز التعامل معها كاللوائح التفويضية التي تكون بحاجة إلى صدور قانون تفويض خاص بها وأنه لا ضرورة للحديث عنها طالما انه لا يوجد تطبيقات لها في فلسطين.³

الفرع الرابع: المعاهدات الدولية:

يقصد بالمعاهدات تلك الاتفاقات التي تبرمها الدولة مع الدول أو المنظمات الدولية بقصد تنظيم الموضوعات ذات الاهتمام المشترك⁴. فالمعاهدات الدولية تعتبر مصدرا من مصادر المشروعية في الدول ، وذلك بعد التصديق عليها من السلطة المختصة ووفقاً للإجراءات القانونية. إذ أنها بعد التصديق تصبح جزءاً من القانون الداخلي للدولة ، ومن ثم

¹ أبو عمارة ، محمد علي : القضاء الإداري في فلسطين وقطاع غزة . مرجع سابق . ص55

² الطهراوي ، هاني : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 75

³ قصد باللوائح التفويضية " أن يسمح البرلمان أو المجلس التشريعي بواسطة قانون التفويض للسلطة التنفيذية أن تقوم 4 بالتشريع بدلاً منه بقيود محددة يعينها قانون التفويض كالنص على الموضوعات والمدة التي تصدر خلالها هذه اللوائح بحيث يكون لهذه الأخيرة قوة القانون " . انظر : د. خليل ، محسن : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 56 .

- أن المشرع الفلسطيني وفي ظل غياب النص الدستوري على التفويض ، قد درج على إسناد الاختصاص بإصدار اللوائح المستقلة والتنفيذية فقط إلى مجلس الوزراء . وانظر على سبيل المثال - : المواد "103،104،106،107" من قانون الخدمة المدنية رقم "4" لسنة 1998م والمعدل بقانون رقم "4" لسنة 2005م . للمزيد حول هذا الخصوص انظر :- مهنا ، محمد فؤاد : مبادئ وأحكام القانون الإداري . المجلد الثاني . بدون طبعة . الإسكندرية : دار المعارف . 1978م .

⁴ أحمد، رجب محمود، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص33.

يلتزم الأفراد كما تلتزم السلطات العامة جميعها باحترامها والنزول على أحكامها¹. وأن كان الأمر كذلك فإنه تنور المشكلة حول القيمة القانونية التي تتمتع بها المعاهدات عند التطبيق؟

إن الإجابة على هذا التساؤل سيعيدنا إلى النظر في الدساتير الخاصة بكل دولة ، فالدستور الفرنسي يعطي هذه المعاهدات مرتبة أعلى من مرتبة القوانين العادية حيث نص دستور 1958م في المادة " 55 " منه على " أن المعاهدات والاتفاقات المصدق عليها وفق القانون يكون لها اعتبار . من وقت نشرها قوة أعلى من قوة القانون². أما الدستور الأردني فهو يجعلها في مرتبة القوانين العادية . " أما الدستور الجزائري فهو يعترف لها بطابع السمو على القانون³ أما وفي القانون الأساسي الفلسطيني فإنه لم يوجد نص يعالج المعاهدات بشكل صريح ، بل اكتفى بالإشارة وفي المادة " 10 " منه على جواز انضمام السلطة الوطنية للاتفاقيات الدولية ، دون أن يحدد صراحة القيمة القانونية التي تتمتع بها هذه المعاهدات . إلا أننا نذهب برأينا إلى ما اخذ به الدكتور محمد وليد العبادي في أن المعاهدات والاتفاقيات الدولية المستوفية لمراحلها القانونية تتمتع بمرتبة مساوية للقانون العادي بحيث يتعين على الإدارة العامة تنفيذ واحترام أحكامها ، ووضعها صوب أعينها في ما تقوم به من أعمال وتصرفات سواء كانت قانونية أو مادية، ولهذا تعتبر القرارات الإدارية المخالفة لأحكامها غير مشروعة وعرضه للإلغاء القضائي⁴ ولعل أهم ما يعترض هذه المعاهدات في ظل النظام القانوني الفلسطيني في إمكانية الانضمام لهذه المعاهدات بحيث أن فلسطين ليست بدولة . ويبقى هذا التساؤل يثار لدى فقه القانون العام.

¹ حافظ محمود، القضاء الإداري في الأردن، مرجع سابق، ص 13.

² الشويكي، عمر، محمد القضاء الإداري دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 36.

³ بوضياف عمار، مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته، مرجع سابق، ص 13.

⁴ عبادي، محمد وليد: القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة . مرجع سابق . ص 56.

المطلب الثاني : المصادر غير المكتوبة.

نعلم أن من خصائص القانون الإداري انه غير مقنن ، وبالتالي فإنه له مصادر لقواعده القانونية غير مدونة يستلهم منها القاضي الإداري الحلول للمنازعات التي لا يجد نصاً قانونياً يفصل فيها ¹ . وتتمثل المصادر غير المدونة بمبدأ المشروعية في القواعد العرفية ، سواء كان عرفاً دستورياً أو إدارياً من جهة ، وفي المبادئ العامة للقانون من جهة أخرى ² . وسنعمل على دراستها في فرعين مستقلين .

الفرع الأول : العرف

يعتبر العرف المصدر الأول ، بل وأقدم مصدر للمشروعية بصفة عامة ، وان كان العرف لم يعد يحتل - كما كان في الماضي - تلك الأهمية ، حيث انتشرت حالياً ظاهرة القواعد القانونية المكتوبة إلا انه لا زال رغم ذلك يلعب دوراً هاماً وأساسياً في هذا الخصوص . إذ أن هناك قواعد عرفية دستورية وقواعد عرفية إدارية وأخرى مدنية وأخرى دولية . ومما يؤكد تلك الأهمية اعتداد القوانين الوضعية به والنص على اعتباره مصدراً منشئاً للقواعد القانونية في المجتمع ³ .

وان كنا هنا بمنأى عن الخضوع في الجدل الفقهي حول القيمة القانونية للعرف وبغض النظر . ولكن ومع اعتبار عن هذا الجدل إلا أن العرف يعد مصدراً من مصادر مبدأ

¹ عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص 27.

² - عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 25

³ بطيخ ، رمضان محمد: مبدأ المشروعية وعناصر موازنته. مرجع سابق . ص 18

المشروعية¹ ولكن مع إعتبار العرف مصدراً غير مكتوب للمشروعية في القانون فإنه يجب التطرق إلى أنواع العرف الذي يعد مصدراً من مصادر المشروعية كما يلي :

أولاً : - العرف الدستوري

ينشأ العرف الدستوري حين تجري الهيئات الحاكمة عل عادة معينة في موضوع من موضوعات القانون الدستوري ، ويقوم في ضمير الجماعة بالإحساس بوجوب احترام هذه العادة ، ويستقر في أذهان أفرادها أنها أصبحت قاعدة قانونية ملزمة².

فالعرف الدستوري عبارة عن عادة تتصل بنظام الحكم في الدولة درجت الهيئات الحاكمة على استعمالها ، بحيث تصبح هذه العادة قاعدة عامة ملزمة للهيئات الحاكمة التي أنشأتها³ ويتكون العرف الدستوري من عنصرين الأول معنوي مقتضاه أن يقوم في ذهن الجماعة وضميرها بما في ذلك الهيئات الحاكمة الاعتقاد بأن هذه القاعدة العامة ملزمة قانوناً ، وعنصر مادي يتمثل في الاعتياد على تكرار القاعدة بحيث يجب أن تصدر الأعمال المتكررة من الهيئات العامة الحاكمة في الدولة . ولكي يقوم الركن المادي يلزم توفر شروط معينة في العادة وهذه الشروط هي :

- 1 يشترط أن يكون التصرف أو الإجراء متكرراً .
- 2 يلزم أن تكون العادة عامة، أي أن يسير على مقتضاها كل من يعنيه الأمر .
- 3 ولكي تكون العادة عرفاً يجب أن تكون ثابتة ومضطردة.
- 4 ويلزم فوق ذلك أن تكون العادة قديمة .

¹ حافظ ، محمود : القضاء الإداري في الأردن . مرجع سابق . ص 18

² شويكي ، عمر محمد: القضاء الإداري "دراسة مقارنة" . مرجع سابق . ص 50

³ خليل ، محسن : القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة" . مرجع سابق . ص 78

5 وأخيراً يلزم في العادة أن تكون على قدر من الوضوح والتحديد بما ينفي الجهالة في شأنها ويمنع من وقوع الاضطراب أو الخلط في تفسير مضمونها¹ والعرف الدستوري إما أن يكون مفسراً أو مكملاً أو معدلاً ، وبغض النظر عن الخلافات الفقهية حول القيمة القانونية لكل واحد منهما وخصوصاً العرف المكمل ، إلا أن له وللعرف المفسر قوة القواعد الدستورية المكتوبة ، أما المعدل فهو إما يكون معدلاً بالإضافة أو بالحذف . والراجح في الفقه العربي أن المعدل بالإضافة يلحق بالعرف المكمل ويأخذ حكمه ، أما العرف المعدل بالحذف فيرى غالبية الفقه عدم جواز الأخذ به لأنه يشكل مخالفة صريحة لنص من نصوص الدستور.²

ثانياً : العرف الإداري

يقصد بالعرف الإداري سير الإدارة على نمط معين في أداء عملها وبشكل منتظم ومستمر بحيث يسود الاعتقاد لدى الإدارة والأفراد بأن هذا السلوك قد أصبح ملزماً.³ ويلعب العرف الإداري.

دورا هاما في مصادر المشروعية بغياب التقنين الشامل للقانون الإداري ، ويلجأ إليه القاضي لإيجاد الحلول لما يعرض عليه من منازعات كلما استشعر الغموض أو النقص في النصوص . ولما كان للعرف الإداري دور هام في هذا المجال فإننا سوف نحدد عناصره وشروطه كما يلي :

1 عناصر العرف الإداري :

ويقوم العرف الإداري على عنصر مادي يتمثل في تكرار التصرف أو السلوك على منهج واحد وبشكل متكرر ومنتظم متى توافرت شروطه من قدم وعمومية واستقرار¹ وقد

¹ دويكات ، غازي : القانون الدستوري . مرجع سابق . ص 33 . وللمزيد انظر 1 المشهداني ، محمد كاظم : القانون الدستوري . مرجع سابق . ص 15 وما بعدها

² خليل ، محسن : القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة" . مرجع سابق . ص 88-89

³ لظهاوي ، هاني : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 79

يكون هذا العمل ايجابيا في صورة القيام بعمل أو تصرف معين أو قد يكون سلبيا في صرة الامتناع عن القيام بعمل أو تصرف معين² لهذا يجب أن يتوفر في هذا العنصر المادي العمومية والثبات والقدم والعلانية والذويوع³ وكذلك عدم مخالفته لنص تشريعي قائم⁴. أما العنصر الآخر فهو العنصر المعنوي، ويعني أن يسود الاعتقاد لدى الجهات الإدارية بالزامية إتباع السلوك أو العادة التي درجت عليها ، بحيث تستشعر ضرورة الالتزام بهذا العرف ، كما تلتزم باحترام القاعدة القانونية المكتوبة.⁵

2 شروط العرف الإداري:

ويشترط لقيام العرف الإداري شرطان، أولهما أن يكون السلوك أو المنهج أو التصرف المتبع عاما ومطبق بصفه دائمة ومنتظمة ، وعليه إذا كان سلوك الإدارة على نحو ما غير منتظم وتصرفت إزاءه بشكل مختلف من حالة إلى أخرى فلا نكون أمام قاعدة عرفية ملزمة، وبالتالي عدم الانتظام لا يشكل قاعدة عرفية⁶ أما الشرط الثاني فهو أن لا يكون هذا العرف قد نشأ مخالفاً لنص قانوني قائم⁷ ، ذلك لأنه في مرتبة تالية لأنه قاعدة قانونية مكتوبة، واستنادا إلى تدرج القاعدة القانونية مما يحتم كشرط للأخذ بهذا العرف أن لا يكون مخالفا لنص قائم .

هذا بالإضافة إلى اعتراف القضاء الإداري للعرف بهذه القوة القانونية الملزمة واعتباره مصدرا من مصادر المشروعية، فعبرت عن ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها "

¹ عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص 37

² شطناوي ، علي خطار: موسوعة القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 48

- ³ الزعبي ، خالد سماره : القانون الإداري . الطبعة الثالثة. عمان : دار الثقافة . 1998م . ص 51-52.

⁴ الظاهر ، خالد خليل : القانون الإداري . الكتاب الأول . الطبعة الأولى. عمان : دار الميسرة للنشر . 1998م . ص 65

⁵ الطهراوي ، هاني : القانون الإداري . مرجع سابق . ص 79

⁶ مر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص 38.

⁷ عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 2

إن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة، بل هي تشمل مخالفة كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمت بها واتخذتها منهجاً لها¹.

الفرع الثاني : المبادئ العامة للقانون

تعتبر المبادئ العامة للقانون مصدراً من مصادر المشروعية وذلك عدم تقنين القانون الإداري ، فقد لجا القضاء الإداري إلى المبادئ العامة للقانون للفصل في العديد من المنازعات الإدارية ، فقد ألغى القضاء الإداري العديد من القرارات الإدارية لمخالفتها للمبادئ العامة للقانون².

ويقصد بالمبادئ العامة للقانون تلك المبادئ التي يستنبطها القضاء ويعلن ضرورة التزام الإدارة بها وهي التي يكشف عنها القاضي من خلال الضمير القانوني العام في الدولة ، ويطبّقها على . ما يعرض عليه من منازعات.³ هي مجموعة القواعد القانونية التي رسخت في وجدان الأمة القانوني ويتم استنباطها بواسطة المحاكم⁴.

فالمبادئ العامة للقانون لا يشترط ورودها في نص قانوني مكتوب فقد تكون خارجة عنه يستخلصها القاضي من طبيعة النظام القانوني وأهدافه المتنوعة ، وبذلك تختلف المبادئ العامة للقانون بهذا المعنى عن المبادئ القانونية التشريعية التي تتضمنها التشريعات المختلفة من دستورية وعدية وفرعية المنصوص عليها في هذه التشريعات، لأنها مكتوبة وتستمد قوتها الإلزامية من المشرع.⁵

وتمتاز المبادئ العامة للقانون بأنها مبادئ قانونية عامة موجودة في جميع فروع القانون العام والخاص ، إلا أن ما يميز هذه المبادئ في القانون الإداري أنها غير مقننه ، وفي الحديث عن هذه المبادئ بوصفها احد مصادر المشروعية يجب أن نحدد القيمة القانونية

¹ حافظ ، محمود : القضاء الإداري في الأردن . مرجع سابق . ص 18

² شطناوي ، علي خطار: موسوعة القضاء الإداري . مرجع سابق . ص 52

³ الدواني ، عمر: مبدأ المشروعية . مرجع سابق . ص 38

⁴ بوضياف ، عمار : مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته . مرجع سابق . ص 18

⁵ عبد الله ، عبد الغني بسيوني : القضاء الإداري اللبناني . مرجع سابق . ص 32.

لهذه المبادئ ، ومن ثم المصدر الذي تستمد منه هذه القوة ، ومن ثم سنحاول إلقاء الضوء على أبرز هذه المبادئ ، وذلك من خلال تناولها وفق الترتيب التالي:

أولاً: قوة المبادئ العامة للقانون

لقد اختلف الفقه الفرنسي قبل صدور دستور الجمهورية الخامسة ، حيث قررا ابتداءً أن هذه المبادئ تتمتع بقوة قانونية مساوية للتشريع العادي ، وذلك طالما أن المشرع لم يخالفها بنص صريح . هذا مع الإشارة إلى أن الفقه الفرنسي بدل موقفه بعد صدور دستور عام "1958 . لا سيما أن الاتجاه العام لهذا الفقه اخذ بالقول أن المبادئ العامة للقانون لها قوة تعلق على التشريعات العادية بحيث أصبح لها قوة دستورية¹ .

ومع جميع الجدل الفقهي الذي صل حول ذلك ذهب بعض الفقه إلى القول بان هذه المبادئ تتمتع بمرتبة وسطى بين القانون واللائحة ، بينما ذهبت غالبية الفقه بالقول أن اللوائح تبقى دائماً في مرتبة أدنى من المبادئ العامة للقانون لأنها مجرد قرارات إدارية على الرغم من القيمة التشريعية التي اكتسبتها ، وعليه يكون للمبادئ العامة للقانون قوة أدنى من القوانين العادية وأعلى من اللوائح أما الراجح في القوة القانونية لهذه المبادئ انه ليس لكل هذه المبادئ القوة القانونية العامة نفسها ، إذ تتفاوت في مدى قوتها تبعاً للمصدر الذي تستند إليه ، فإذا استنبط القاضي مبدأ قانوني من القواعد الدستورية أو المبادئ التي بني عليها الدستور كان لهذا المبدأ قوة الدستور ، وبالتالي يسمو هذا المبدأ على القوانين العادية . وإذا استنبط القاضي القاعدة القانونية من الاتجاه العام في التشريع أو من مبادئ العدالة كان لهذه القاعدة قوة أدنى من قوة التشريع.² وهذا الرأي ما يميل الباحث إلى الأخذ به في هذا الخصوص وهو الرأي السليم بنظر الباحث .

ثانياً : مصدر القوة القانونية للمبادئ العامة للقانون

¹ الذنبيات ، محمد جمال مطلق: موجز في القضاء الإداري الأردني . مرجع سابق . ص30

² حنا إبراهيم: القضاء الإداري. مرجع سابق . ص38-39

اختلف الفقه الإداري حول أساس المبادئ العامة للقانون ومصدرها ، فمنهم من يرى أن القاضي الإداري أن يقوم بخلقها أو إنشائها ، بينما يرى البعض الآخر أن القاضي الإداري لا يخلقها لأنه ليس المشرع وإنما هو يكشف عنها . وسوف نتناول هذه المصادر وفق ما يراه هؤلاء الفقهاء .

1 - قد يقال أن المبادئ العامة للقانون تستمد قوتها من ورودها في المقدمة الدستورية

أو في إعلان حقوق الإنسان ، ولكن هناك من الأحكام ما يقرر مبادئ لا نجد لها اثر في مقدمات الدساتير ولا في إعلان الحقوق ، كمبدأ مساواة المنتفعين أمام المرافق العامة وهذا ما اخذ به أحكام القضاء الفرنسي¹

2 - ومن الفقهاء من ذهب بالقول بان القانون الطبيعي هو مصدر القوة الملزمة

للمبادئ العامة للقانون ، ولكن هذا القول بدورة لا يتفق مع موقف القضاء الفرنسي الذي يرفض الرجوع إلى فكرة القانون الطبيعي ، ولو انه كان يعتد بهذه الفكرة الأخيرة لكان يمتنع عن تطبيق القوانين العادية المخالفة لمبادئ القانون العامة ، إذ أن منطق الأخذ بالفكرة يؤدي إلى رفض تطبيق القوانين المخالفة للقانون الطبيعي.²

3 - إن المبادئ العامة للقانون لا تجد لها سوى مصدر القضاء الذي يكتشفها ويقرها

في أحكامه . وهذا الدور الإنشائي للقضاء يتضح أكثر ما يتضح في القانون الإداري بصفة خاصة ، بل أن هذا القانون ليس إلا ثمرة لما ابتدعه القضاء الإداري من مبادئ وقواعد ونظريات.³

ثالثاً: تطبيقات على المبادئ العامة للقانون

¹ حافظ ، محمود : القضاء الإداري في الأردن . مرجع سابق . ص20

² بوضياف ، عمار : مبدأ المشروعية ودور القضاء الإداري في حمايته . مرجع سابق . ص 88-89 . 3 عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص30.

³ طلبة ، عبد الله : مبادئ القانون الإداري . الجزء الأول . الطبعة السابعة . دمشق : منشورات جامعة دمشق . بدون 1 سنة نشر . ص38-39

- يمكن ومن خلال استقراء مجموع المبادئ العامة للقانون الإداري وحسب ما ابتدعها مجلس الدولي الفرنسي إرجاعها إلى أربعة أو خمسة مبادئ أساسية تتمثل فيما يلي:
- 1 مبدأ الحرية : ويتفرع عنه مبادئ عديدة مثل حرية التجارة والصناعة ، وحرية العقيدة، وحرية العمل، وحرية التعليم ، وحرية الرأي ، وحرية الإرادة ، وحرية التنقل والتظاهر والسكن ، وغيرها من حريات¹.
 - 2 مبدأ المساواة : ويتفرع عنه مبدأ المساواة أمام القانون، وأمام الضرائب ، والمساواة في استعمال الأموال العامة ، وأمام الوظائف العامة ، ومساواة المنتفعين بخدمات المرافق العامة ، والمساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة².
 - 3 مبدأ العدالة : ويعرف هذا المبدأ في جميع مجالات القانون ومنها القانون الإداري، ويتفرع عنه مبادئ كثيرة كمبدأ كفالة حق الدفاع ، وقانونية الجريمة ، والعقوبة، وعدم جواز المسائلة مرتين على الجرم الواحد ، ومبدأ عدم رجعية القانون ، ومبدأ علانية المحاكمات ، ومبدأ من ينشد الإنصاف عليه أن يتقدم بأيدي نظيفة³.
 - 4 مبدأ كفالة حق الدفاع :- ومقتضى هذا المبدأ أن حق الدفاع يقتضي أن يعلن الشخص عن فحوى الشكوى المقدمة ضده حتى ولو لم ينص القانون على ذلك، وان لا يكون الخصم حكماً ، وان تتاح للفرد الفرصة لتقديم بينته ، وجميع هذه المبادئ تملئها قواعد العدالة والمثل العليا التي تتضمنها⁴.

¹ عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية". مرجع سابق . ص33 . 2 انظر القرار رقم 2005/110 محكمة العدل العليا الفلسطينية بجلسة 2005/10/15م

² حافظ ، محمود : القضاء الإداري في الأردن . مرجع سابق . ص19 . 3 انظر القرار رقم 2003/189 محكمة العدل العليا الفلسطينية بغزة ، بجلسة 2005/4/25

³ احمد ، رجب محمود : القضاء الإداري . مرجع سابق . ص43 . 1 عمر، عدنان: القضاء الإداري الفلسطيني "مبدأ المشروعية" . مرجع سابق . ص 34

⁴ م - . نده، حنا إبراهيم: القضاء الإداري . مرجع سابق . ص40

5 مبدأ استقرار المعاملات والأوضاع القانونية : ويعرف هذا المبدأ العديد من التطبيقات مثل ، عدم رجعية القرارات الإدارية ، وقوة الشيء المقضي به ، وحجية الشيء المقضي به ، وعدم المساس بالآثار المترتبة على القرارات الإدارية الفردية ، ومبدأ صيانة الحقوق المكتسبة ، ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد ، وعدم جواز سحب القرارات الإدارية غير المشروعة ، ومبدأ عدم جواز الحجز على أموال المرفق العام.

إن مبدأ المشروعية وقيام دولة القانون يتطلب وجود ضمانات ووسائل عملية لإيقاف كل اعتداء على القانون يقع من قبل الإدارة ، بحيث تتفاوت هذه الضمانات والوسائل في مضمونها ونتائجها من دولة لأخرى ، إذ يحكمها درجة ديمقراطية النظام ومدى احترامه لحقوق الإنسان . والتي لا يعكسها فقط سن النصوص القانونية بل تنفيذها على أرض الواقع هذا بالعلم انه لا تثريب بالقول أن السماح للأفراد بالامتناع¹ عن تنفيذ القرارات الإدارية متى قدروا أنها مخالفة للقانون يؤدي بالضرورة الى فقد الإدارة لسلطتها وعجزها عن تنفيذ أهدافها ومن هنا وجدت هذه الضمانات فلكي يكتمل النظام القانوني للدولة فلا بد من أن تكون هناك رقابة على أعمال الإدارة ، فسيادة القانون لا تتحقق دون أن تشمل الحكام والمحكومين على حد سواء بحيث يستطيع الأفراد طلب إلغاء أو وقف تنفيذ القرارات الإدارية أو طلب التعويض عنها بدعاوي أمام المحاكم ولا يشترط أن تكون المحاكم المختصة بنظر المنازعات الإدارية محاكم إدارية ، وإنما قد تمارسها المحاكم الاعتيادية ، فالمهم هو تحقيق الغرض من وجود الرقابة القضائية ، وهو إلغاء القرارات الإدارية . المخالفة للقانون أو طلب التعويض عنها.

المبحث الأول: مدخل الرقابة القضائية :

تعد الرقابة القضائية على أعمال الإدارة إحدى أساليب الرقابة المتاحة للمواطنين على أعمال الإدارة، وأن هذه الرقابة لا يمارسها القضاء بناء على دعوى إدارية يرفعها صاحب المصلحة حيث تتميز هذه الرقابة بالتلقائية حيث تهدف إلى إجبار الإدارة على احترام مبدأ الشرعية، إضافة إلى حماية حقوق وحرية الأفراد وذلك عن طريق إلغاء القرارات والتعويض عنها فقد توكل هذه الرقابة إلى القضاء العادي الذي يفصل في منازعات الأفراد بعضهم مع بعض وكذلك المنازعات التي تنجم بين الأفراد والإدارة و هو ما يسمى بالقضاء الموحد أو قد

عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام الجزائري، الجزء الأول، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1998، ص 111.

توكل إلى القضاء الإداري الذي يعتبر القضاء المتخصص بالرقابة على أعماله تصرفات الإدارة للفصل في المنازعات التي تكون الإدارة طرف فيها و هذا ما نستعرضه لاحقاً¹.

المطلب الأول: الرقابة القضائية في ظل النظام الموحد :

يقوم نظام وحدة القضاء و القانون على أساس مبدأ خضوع الجميع، حكاما ومحكومين، أي أن أفراد عاديين و سلطات عامة لرقابة قضائية موحدة تضطلع بها جهات القضاء العادي و تطبق في ذلك أحكام القانون العادي شكلا وموضوعا. ذلك كأصل عام. حماية لمبدأ المساواة أمام القانون و مبدأ المشروعية و سيادة القانون و مقتضيات حماية النظام القانوني لحقوق و حريات الإنسان بكل جدية².

الفرع الأول: مدلول نظام القضاء الموحد:

يقصد به إنفراد القضاء العادي بالفصل في كافة المنازعات سواء بين الأفراد في ما بينهم أو بين الأفراد و الإدارة و يسود هذا النظام في الدول الأنجلوساكسونية. في ظل نظام القضاء الموحد يعهد بمهام السلطة القضائية إلى جهة واحدة تختص بالفصل في كافة المنازعات مدنية كانت أم إدارية، و هذه الجهة هي القضاء العادي الذي يطبق قانونا واحدا على جميع المنازعات لذا سمي بالقضاء الموحد. وهذا النظام تأخذ به عدة دول سبق بيانها³.

وفي هذا النظام يعهد للجهة القضائية الوحيدة بمهمة الفصل في كافة المنازعات سواء تلك التي تنثر بين الأفراد وجهة الأفراد، ومن ثم فإن هذه الجهة تختص بنظر المنازعات جميعها عادية كانت أم إدارية فيخضع الجميع لقضاء موحد وقانون موحد⁴.

¹ فادي نعيم جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، مذكرة مكملة لمتطلبات درجة الماجستير في القانون العام، منشورة، كلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2011، ص138.

² charles debbask, science administrative, deuxieme édition dallaz, paris 1972.p620.

³ إمام محمد عبده: القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة مرجع سابق، ص68.

⁴ فتح الله خضر، طارق: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص74.

ففي الدول التي تأخذ بهذا النظام تختص المحاكم العادية في نظر المنازعات التي تثور في مواجهة الإدارة بسلطات واسعة تتعارض والمبدأ المقرر في نظام القضاء المزوج الذي يعمل على الفصل بين الإدارة والقضاء، فاختصاص القضاء العادي في إنجلترا لا يقف عند حد فحص مشروعية أعمال الإدارة أي عند حد الرقابة القانونية على هذه الأعمال، بل يمكن للقضاء أن يتدخل في أعمال الإدارة، وذلك إما بتوجيه أوامر إليها بأن يأمرها بالقيام بأمر معين أو بالامتناع عن أداء عمل معين، وإما بتعديل القرارات التي تقوم الإدارة باتخاذها، أو سحب هذه القرارات، وتدخل القضاء في أعمال الإدارة على النحو السابق لا يقتصر عن حالة مخالفة الإدارة للقانون، إذ له كذلك هذا الحق إذا ما رأى أن الإدارة قد قامت بعمل غير منطقي أو غير مناسب.

ويتولى القضاء هنا رقابة مشروعية القرارات الإدارية بأسلوبين مختلفين يتمثل الأول منهما في مراقبة الطريقة التي أعد بمقتضاها وهي تطبيق فكرة العدالة الطبيعية، ويتضمن هذا المفهوم مجموعة المبادئ التي تتصل بحيدة ونزاهة مصدر القرار الإداري، وحق الأفراد المعنيين في الإطلاع على أسبابه وحقهم في الاستشهاد بالشهود، ويتجرد هذا الاجتهاد القضائي من أي أساس قانوني ويسمح للجهة القضائية بأن تفرض تطبيق واحترام القواعد الإجرائية الوجيهة عند إعداد واتخاذ القرارات الإدارية، ويتمثل الأسلوب الثاني الذي يلجأ إليه القضاء في هذا النظام في مراقبة مشروعية القرارات الإدارية، واستنادا إلى هذا المفهوم يملك الأفراد حق التوجه إلى القضاء إذا اتخذت الإدارة أي إجراء أو قامت بأي عمل لا تتمتع بسلطة إصداره أو القيام به، وتقل هذه الرقابة إلى حد ما عيب عدم اختصاص و تغطي عدم إحترام قواعد توزيع الاختصاص¹.

¹ القيسي أعاد على حمود، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، عمان، دار وائل للنشر، 1999، ص 88.

الفرع الثاني: أسس ومبررات النظام القضائي الموحد:

يستند النظام القضائي الموحد على مبررات عدة فهي ذات أسس تاريخية وقانونية و

قضائية و سنحاول استعراض هاته الأسس و المبررات فيما يأتي

1 +الأساس التاريخي : المتمثل في موقف القضاء الإنج ليزي و القضاء الأمريكي، في

مواجهة سلطات و استبداد و تعسف و انحراف الملوك و الحكام قبل قيام الثورتين الإنجليزية

و الأمريكية، و الدفاع بقوة عن حقوق وحریات الإنسان و المواطن، ومقاومة محاولات

الاعتداء و التغول عليها، من طرف سلطات الحكم الملكي المستبد و المطلق، لقد أدى هذا

النظام إلى إنجاز مبدأ الفصل بين السلطات و مبدأ استقلال القضاء مما أفضى إلى الدفاع

عن فكرة الدولة القانونية ومبدأ الشرعية وسيادة القانون وتأييد حماية حقوق وحریات الانسان

والمواطن، من أية محاولة اعتداء و التغول عليها، من طرف السلطات العامة في الدولة، في

ظل الظروف الاستثنائية حالة الحرب، وحالة الأحكام العرفية والطوارئ.

2 +الأساس السياسي الدستوري : إن الأساس السياسي والدستوري لنظام وحدة القضاء

والقانون يتمثل في التفسير المرن والواقعي لمبدأ الفصل بين السلطات، الذي يقضي في

تخصص جهات القضاء العادي با لوظيفة القضائية برمتها وعدم إخراج منازعات السلطات

العامة من نطاق اختصاصها لأي سبب من الأسباب¹.

الأساس القانوني والقضائي : ويتمثل في أن عملية التطبيق السليم والصحيح والكامل

تطبيق لكل من مبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ الشرعية وسيادة القانون تقتضي وتحتم

وحدة القضاء والقانون، حتى يخضع الجميع لقضاء واحد وهو القضاء العادي و لقانون واحد

هو القانون العادي، بحيث تختص جهات القضاء العادي بكل المنازعات القضائية في

الدولة، سواء كان أطرافها أفراد عاديين أو سلطات عامة، في سبيل ضمان تطبيق مبدأ

المساواة ومبدأ الشرعية تطبيقا كاملا، وبنظر هذا الأساس، أن إخراج منازعات السلطات

¹ عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان

المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص43

العامة من نطاق اختصاص ورقابة القضاء العادي لأي سبب من الأسباب يعد إهدارا وانتهاكا لحقوق وحرّيات الإنسان والمواطن¹.

الفرع الثالث: مزايا وعيوب النظام القضائي الموحد :

أ-المزايا:

1- التيسير على المتقاضين والتبسيط عليهم والخلو من التعقيد كون وجود جهة قضائية واحدة. 2- وحدة جهة القضاء والقانون المطبق تأكيدا للمبدأ المشروعية يرتكز على مبدأ المساواة حيث يتم خضوع كل من الإدارة والأفراد أمام قاضي واحد وتطبيق قانون واحد على الجميع².

3- البساطة والوضوح والسهولة في تطبيقه دون الدخول في المتاهات وتعقيدات معيار تحديد نطاق الجهة القضائية المختصة بالمنازعات وطبيعة الإجراءات القضائية التي يجب أن تقوم في نطاقها الدعوى القضائية.

4- يجسد ويحقق تطبيقا حقيقيا لكل من مبدأ المساواة أمام القانون، ومبدأ الشرعية وسيادة القانون، وكفالة الحماية القانونية والقضائية الأكيدة لحرّيات الإنسان والمواطن، إذ ما توفرت له ضمانات مثل: احترام مبدأ التخصص والتقسيم للعمل المهني. داخل نظام وحدة القضاء كنظام الغرف الإدارية على مستوى المجالس القضائية الإقليمية و المحكمة العليا في نظام وحدة القضاء و القانون المعمول به في الجزائر³.

2- العيوب:

هناك جملة من العيوب نلخصها في النقاط التالية:

¹ عمار عوابدي، المرجع نفسه ، ص43 وما يليها.

² ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص 81.

³ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري(مجلس الدولة)دار العلوم للنشر و التوزيع، عناية 2004 ص 18

- 1- يتطلب مبدأ المساواة أمام القانون و مبدأ الشرعية و سيادة القانون، حتما خضوع الحكام و المحكومين لاختصاص قضائي واحد، و لقانون واحد بينما يمكن تحقيق هذين المبدأين بصفة كاملة و حقيقية في نظام ازدواج القضاء و القانون.
- 2- صعوبة ضمان حماية فعالة لحقوق و حريات الإنسان و المواطن في نظام وحدة القضاء و القانون ، حيث لا يحترم مبدأ التخصص و تقسيم العمل، و مبدأ تحديد نطاق الرقابة مع ظاهرة طغيان السيطرة البيروقراطية الإدارية و الفنية على مجريات الحياة العامة و هو الأمر الذي يجعل الجهات القضاء العادي، و لأسباب موضوعية و واقعية و سياسية، تعجز في أغلب الأحيان عن تحقيق تلك الحماية القانونية و القضائية المتبصرة و الفعالة لحقوق و حريات الأفراد من تجاوزات الإدارة العامة.
- 3- نظام وحدة القضاء و القانون غير منطقي و غير واقعي إذ كيف يمكن تطبيق مبدأ المساواة التامة و المطلقة بين أطراف الدعوى القضائية، علما بأن العلاقات الإدارية الناجمة عنها تقوم على مبدأ اللامساواة بين أطراف المنازعة و الدعوى الإدارية، باعتبار الإدارة طرف، هي سلطة عامة و مرافق و مؤسسات عامة تعمل و تسير بانتظام من أجل تحقيق المصلحة العامة في مجال الوظيفة .
- 3 هذا النظام لا يحترم بعض المبادئ الدستورية السياسية والقانونية العامة مثل مبدأ الفصل بين السلطات، ومبدأ وحدة السلطات الرئاسية، ومبدأ التدرج الإداري ففي هذا النظام يملك القاضي حق التدخل في الاختصاصات والسلطات الإدارية، وسلطة توجيه الأوامر والتعليمات الكتابية إلى السلطات الإدارية، ويأمر فيها بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل، مما يجعل من هذا النظام سلطة رئاسية إدارية تنهي وتعطل، وبالتالي أن هذه النتيجة مخالفة لمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ استقلالية الإدارة ومبدأ وحدة السلطة والأمر¹.

¹ محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري (مجلس الدولة)، المرجع السابق، ص19.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج :

نظام ازدواج القضاء والقانون، يعني وجود نظام قضائي إداري مستقل استقلالاً موضوعياً ومادياً وعضوياً عن السلطة التنفيذية أولاً وعن جهات القضاء العادي، استقلالاً شاملاً وكاملاً على درجات ومستويات التقاضي، ابتدائياً واستئنافاً ونقداً¹.

الفرع الأول: مدلول الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج :

يقصد بأسلوب القضاء المزدوج بمعناه القانوني السليم أن يتألف النظام القضائي في الدولة من جهتين قضائيتين كل منهما ما عن الأخرى تمام الاستقلال، وهما جهة القضاء العادي، وتختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم ببعض، وجهة القضاء الإداري، وتتولى الفصل في المنازعات الإدارية التي تنثور بين الإدارة والأفراد². ويتولى القضاء الإداري النظر في المنازعات الإدارية في راقب مشروعية أعمال الإدارة، وله أن يحكم بإلغاء قراراتها غير المشروعة ويقض بالتعويض عن تصرفاتها الضارة المخالفة للقانون غير أن القاضي الإداري إذ كان ينظر في مشروعية العمل الإداري فإنه لا يحق له كأصل عام أن يبحث في ملائمة هذا العمل وتناسبه مع تحقيق الهدف الذي صدر من أجله، كما ليس للقضاء الإداري أن يصدر للإدارة أوامر أو توجيهات أو يلزمها باتخاذ موقف معين حتى وإن كان هذا الموقف نتيجة منطقية لما قضى به من عدم مشروعية قرار الإدارة، فإذا ألغى القضاء قرار فصل أحد العاملين مثلاً فليس له أن يأمر الإدارة بإعادته إلى عمله وليس للقضاء الإداري كذلك أن يلجأ إلى توقيع غرامات تهديدية على الإدارة لإجبارها على التصرف على نحو معين³.

¹ charles debbarsh;op cit;p623

² خليل محسن: القضاء الإداري اللبناني "دراسة مقارنة" مرجع سابق، ص121.

³ الحلو ماجد راغب، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص65.

كما وتعد فرنسا الدولة الأولى التي أخذت بنظام القضاء المزوج حيث أرست دعائم القضاء الإداري باعتباره جهة قضائية مستقلة عن القضاء العادي، وقد نشأ القضاء الإداري في

فرنسا مع ظهور المبادئ الدستورية التي أعلنت خلال الثورة الفرنسية عام 1789م حيث فسر رجال الثورة الفرنسية مبدأ الفصل بين السلطات بأنه يعني الفصل المطلق الكامل بين السلطات ضمانا لعدم طغيان سلطة على أخرى، وأنه لا يجوز للسلطة أن تراقب أعمال السلطات الأخرى¹.

ويرجع استمرار وديمومة النظام المزوج في فرنسا إلى استقلالية قواعد القانون الإداري وتميزها ولضرورة اعتماد منطق التخصيص القضائي، ولنتيجة الصفات الذاتية الخاصة التي يتعين أن تتوفر في القاضي الإداري².

الفرع الثاني: أسس ومبررات ازدواج القضاء :

يستند النظام القضائي الموحد على مبررات عدة فهي ذات أسس تاريخية ومنطقية وكذا أسس واعتبارات علمية وسنحاول استعراض هذه الأسس والمبررات فيما يأتي:

1- **الأساس التاريخي :** حقبة مقاومة تدخل المحاكم القضائية بفرنسا في الشؤون الإدارية، مما أدى إلى تبني مبدأ عدم خضوع الإدارة العامة لسلطة القضاء العادي، هذه العقدة التي أدت إلى فصل الإدارة العامة عن القضاء العادي بموجب المادة قانون 13 من 16-24 أوت 1790، وتلاحقت التطورات والمعطيات التاريخية في مراحل متتابعة انتهى إلى وجود نظام القضاء المزوج³.

¹فتح الله خضر، طارق: القضاء الإداري ومبدأ المشروعية، المرجع السابق، ص78-79، وللمزيد انظر إمام محمد محمد عبده، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص70-71.

²العبادي، محمد وليد، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، المرجع السابق، ص111، وللمزيد انظر عبد الله عبد الغني بسيوني: القضاء الإداري اللبناني، مرجع سابق، ص69.

³عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص46.

2- **الأساس المنطقي:** يبنى تأسيس الوظيفة الإدارية في الدولة على أساس فكرة السلطة العامة، وذلك بما يكفل للإدارة العامة تحقيق المصلحة العامة بوظيفتها الإدارية، وبما أن النشاط الإداري يختلف عن النشاط الخاص، من حيث الأجهزة والهيئات والأهداف ومن حيث الأساليب والإجراءات، فإنه يتحتم على الإدارة العامة أن تتمتع بمركز قانوني متميز وأسمى من مراكز الأفراد وذلك ما يحتم أن تكون لها قانون مخصوص يلائم ويتناسب مع طبيعة نشاطها المتمثل في حماية المصلحة العامة، وحماية حقوق وحرريات الأفراد، وحتى يتأتى للإدارة العامة هذا الهدف المنشود فإنه لا يمكن أن تخضع هذه الإدارة العامة لذات القانون، ولذات القضاء الذي يخضع له الأفراد، وهما القانون العادي والقضاء العادي، لأن هذين الأخيرين أقيما على أساس افتراض المساواة بين أشخاصه وأطرافه في الصفة والمركز القانوني والمصلحة وهذا الأساس يتهدم وينعدم إذا كانت الإدارة العامة طرفا في النزاع¹.

الأساس في الاعتبار العلمي : ابتكرت نظرية القانون الإداري المستقلة قواعدها، وخلقت من قبل القضاء الإداري، وانبثقت من طبيعة نشاط الإداري لتراعي المقتضيات الإدارية، ومستلزماتها لتحقيق المنفعة العامة، وتحقيق التوازن بين الامتيازات الإدارية وبين حماية حقوق وحرريات الأفراد، والذود عن مبدأ مشروعية أعمالها وعليه، إن المحاكم العادية لا يمكنها من حيث الكفاءة والمقدرة الفنية أن تستوعب وتهضم وأن تسيطر على أحكام ومبادئ وقواعد نظرية القانون الإداري، فهي ليست قادرة على تطبيقها كما يجب، لأن مبادئ وقواعد القانون الإداري مختلفة أساسا عن مبادئ وقواعد القانون الخاص ومن ثم كان هذا الاعتبار أو الأساس العلمي لنظام ازدواجية القانون والقضاء².

الفرع الثالث: مزايا وعيوب الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 252.

² عمار عوابدي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام لقانون الجزائري، المرجع السابق، ص 47.

أ- **المزايا:** يرى أنصار هذا النظام أن للقضاء المزوج العديد من المميزات والخصائص التي يمتاز بها والتي تجعل منه نظام قضائي رقابي فاعلا في أداء المهمة الرقابية المنوطة به وتعمل على تحقيق أهدافه التي أنشأ من أجلها ومن أهمها:

1- أنه نظام يؤدي إلى نشأة قواعد قانونية تحكم العلاقات بين الإدارة والأفراد وتطبق على كل المنازعات الإدارية.

2- يؤدي هذا النظام إلى التوفيق بي المصالح العامة التي تهدف الإدارة لتحقيقها حيث يلزم تمتعها ببعض الامتيازات والمصلحة الخاصة لكل فرد والمتمثلة في حماية حقوق وحرريات العامة، فإذا وجد قضاء إداري يعهد إليه بإيجاد نقطة التوازن بين المصلحتين أدى ذلك إلى ترسيخ مبدأ المشروعية¹.

ب- **العيوب:** يشوب نظام القضاء المزوج عيوب عديدة وأهمها فيما يلي:

1- يتمثل العيب الرئيسي في نظام القضاء المزوج فيما يؤدي إليه إلى تعقيد وتنازع في الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والقضاء الإداري، سواء كان هذا التنازع ايجابيا فنتمسك كلتا الجهتين باختصاصها في نظر نزاع معين، أم كان التنازع سلبيا يمتنع فيه القضاء العادي والإداري من نظر هذا النزاع بحجة عدم الاختصاص، ويرد على ذلك بأن وجود محكمة تنازع الاختصاص يعتبر مكملا لنظام القضاء المزوج، وتقوم هذه المحكمة بفض أحكام التنازع وتحديد جهة الاختصاص ومن تناقض الأحكام.

2- عندما يطبق القضاء الإداري قانونا يختلف عن لقانون الذي يطبق على الأفراد بسبب وجود الإدارة كطرف في العلاقة القانونية المتنازع فيها فإنه إيجابي الإدارة ويعتدي على مبدأ المساواة، لأن المساواة تقتضي أن يكون القانون الذي يطبق على كل من الإدارة والأفراد واحداً، فهو يحكم العلاقات العامة والعلاقات الخاصة على سواء، وأن تكون جهة القضاء التي تفصل في جميع المنازعات واحدة ويستوي فيما إذا كانت منازعة بين الإدارة

¹ محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص73.

والأفراد أو بين الأفراد بعضهم ببعض، ويرد بعض الباحثين على هذا الوجه بأن طبيعة العلاقات الإدارية تقتضي قواعد تشريعية معينة يطبق عليها وتتناسب معها، وتستلزم وجود جهة قضائية متخصصة تحيط بظروف المنازعات التي تعرض عليها¹.

المبحث الثاني: الضمانات الغير قضائية:

احترام مبدأ المشروعية وقيام دولة القانون يتطلب وجود ضمانات و وسائل علمية لإيقاف كل اعتداء على القانون يقع من قبل الإدارة، بحيث تتفاوت هذه الضمانات والوسائل في مضمونها ونتائجها من دولة لأخرى، إذ يحكمها درجة ديمقراطية النظام ومدى احترامه لقانون الإنسان والتي لا يعكسها فقط سن النصوص القانونية بل تنفيذها على أرض الواقع. وفي هذا المبحث سنتطرق إلى أهم هاته الضمانات التي تكفل احترام مبدأ المشروعية بصورة فاعلة وحقيقية وعلى هدي ما سبق قمنا بقسيم هذا المبحث إلى:

المطلب الأول: الرقابة السياسية والإدارية على عمل الإدارة:

الفرع الأول: الرقابة السياسية:

ويقصد بالرقابة السياسية رقابة الرأي العام على أعمال الإدارة من خلال المجالس النيابية "البرلمانات" في الدول التي تأخذ الفصل بين السلطات، أما في الدول التي تتبع النظام الرئاسي حيث يسود مبدأ الفصل الجامد بين السلطات فإن أثر هذه الرقابة قليل ومحدود حيث تكون مسؤولية الوزراء أما رئيس لدولة صاح السلطة الفعلية وليس أما البرلمانات² وتتخذ الرقابة السياسية على أعمال الإدارة صوراً مختلفة، فقد تتم عن طريق الرأي العام وتمارسها المؤسسات الاجتماعية والأحزاب السياسية والنقابات المهنية، كما قد تمارس عن طريق المؤسسات البرلمانية.

¹فلدي نعي جميل علونة، المرجع السابق، ص147.

²جورج سعد، القانون لإداري العام والمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص363.

1- رقابة الرأي العام:

يراد بمصطلح الرأي العام مجموعة الآراء التي تسود مجتمع معين في وقت ما بخصوص موضوعات معينة تتعلق بمصالحهم العامة والخاصة، ويشترك في تكوين الرأي العام مختلف الهيئات والتنظيمات الشعبية والنقابية والحزبية عن طريق طرح أفكارها واتجاهاتها والدعوة إليها بمختلف الوسائل التي تؤدي الصحافة والوسائل السمعية والبصرية دورا كبيرا في نشرها وتعبئة الرأي العام وتوجيهه من خلالها¹.

1- مؤسسات المجتمع المدني:

المفهوم المستقر للمجتمع المدني يقوم على أساسا أنه مجموعة المؤسسات والفعاليات والأنشطة التي تحتل مركزا وسطيا بين العائلة باعتبارها الوحدة الأساسية التي ينهض عليها البنيان الاجتماعي والنظام القيمي في المجتمع من ناحية والدولة ومؤسساتها وأجهزتها ذات الصبغة الرسمية من جهة أخرى.

وبهذا المعنى فإن منظمات المجتمع المدني تساهم بدور مهم في ضمان احترام الدستور وحماية حقوق الأفراد وحررياتهم وتمثل الأسلوب الأمثل في إحداث التغيير السلمي والتفاهم الوطني مع السلطة في سبيل تعزيز الديمقراطية وتنشئة الأفراد على أصولها وآلياتها، فهي الكفيلة بالارتقاء بالفرد وبث الوعي فيه وتعبئة الجهود الفردية والجماعية للتأثير في السياسات العامة وتعميق مفهوم احترام الدستور وسيادة القانون².

ومن الجدير بالذكر أن الجزائر قد أهملت دور هذه لمؤسسات في وقت سيطرت فيه السلطة التنفيذية على السلطتين التشريعية والقضائية اعتبارا من الاستقلال وإلى يومنا هذا، وذلك بالرغم من منح المشرع حق إنشاء الجمعيات والنوادي في القانون الخاص بهما، إلا أن

¹ سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة مبدأ المشروعية، ديوان المظالم في الدول الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص62.

² محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص29.

هاته المؤسسات تبقى مجرد مؤسسات تحاول الحصول على خدمات عن طريق الضغط على الإدارة، ولكنها في نفس الوقت غائبة عن رقابة عمل الإدارة.

2- وسائل الإعلام:

تلعب وسائل الإعلام دورا سياسيا مهما يساهم في تعبئة الرأي العام الشعبي، من خلال كتابات وأقوال المفكرين والصحف والفضائيات المرئية والمسموعة والاجتماعات والندوات التي تساهم في إطلاع الجماهير على المشاكل الأكثر إلحاحا والتي يتعرض لها المجتمع وتكون مراقب جماعي لصالح الشعب من خلال انتقاد سياسات الحكام وكشف فضائحهم وفسادهم وانتهاكهم لسيادة القانون¹.

ويبرز دور وسائل الإعلام الرقابي أيضا من خلال إثارتها للنقاش حول السياسة العامة والقرارات الحكومية والرقابية على تصرفات الحكام الإداريين ومراقبة الإدارة وإرشادها إلى صواب المصلحة وإظهار كل انحراف أو تعسف، والمشاركة في الحملات الانتخابية وفي نشرها

أو إذاعتها لشكوى المواطنين وآرائهم حول تلك النشاطات ومن ضمنها الجهات الرقابية الرسمية في الدول للتدخل والمحاسبة وذلك لرد الإدارة إلى جادة الصواب والحفاظ على مبدأ المشروعية، فكم من الرؤساء والحكومات والمجالس العامة في الدول الديمقراطية المعاصرة أطاح بهم تقرير نشرته صحيفة أو أذاعته وبثه تلفزيون².

ولكن فعالية هاته الوسائل تكمن في استقلاليتها استقلالاً تاماً عن الدولة، وهذا ما لا يوجد في الجزائر، إذ أن أغلب وسائل الإعلام إن لم نقل كلها تبقى تابعة للسلطة التنفيذية، في الوقت التي تجعل العديد الأنظمة في العالم هاته الوسائل سلطة رابعة للدولة

3- الأحزاب السياسية:

¹ جورج سعد، القانون لإداري العام والمنازعات الإدارية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2006، ص366.

² فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص110.

بالرجوع إلى المادة الثالثة من قانون الأحزاب السياسية¹ فإننا نجدتها تنص على أن :
 "الحزب السياسي هو تجمع مواطنين يتقاسمون نفس الأفكار ويجمعون لغرض وضع مشروع سياسي مشترك حيز التنفيذ للوصول بوسائل ديمقراطية وسليمة إلى ممارسة السلطات والمسؤوليات في قيادة الشؤون العمومية".

وتمارس هذه الأحزاب السياسية ورقابة على الحاكم من خلال ما تقوم به من ترتيب للأفكار والمبادئ السياسية والاجتماعية من برامجها ونشاطاتها، وما تقوم به من تنظيم انتقاد الجهاز الحكومي والإداري وكشفه أمام الرأي لعام، وكذلك عندما تتناقش على عضوية المجلس التشريعي والمجالس البلدية والنقابات والاتحادات وغيرها.

وتتوفر للأحزاب السياسية وسائل تمكنها من القيام بذلك كالاتجاهات الحزبية والندوات العامة والصحافة ومن خلال تمثيلها في المجلس التشريعي، وتتحدد صور رقابة الأحزاب السياسية على الجهاز الحكومي والإداري وبالرجوع للواقع العملي لطبيعة النظام السياسي في الجزائر منذ الاستقلال، ومرورا بالتعددية الحزبية سنة 1989، وحتى يومنا هذا يخلو من ضمانات وجود أحزاب سياسية قوية ومعارضة، قادرة على مراقبة السلطة وردها إلى الصواب إذا ما انحرفت عنه احتراماً للدستور وحقوق وحرريات الأفراد.

2- الرقابة البرلمانية (المجالس النيابية):

بعد الانفتاح السياسي في 1989، وعلى غرار الديمقراطيات النيابية الحديثة، أصبحت السلطة التشريعية في الجزائر بالإضافة إلى سن التشريعات، تقوم بفرض الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية بمظاهرها السياسية والمالية والإدارية.

¹ القانون العضوي رقم 12-04 يتعلق بالأحزاب السياسية، مؤرخ في 12 يناير 2012، الجريدة الرسمية رقم 02.

إن فرض هذه الرقابة من قبل السلطة التشريعية يحمل نظريا السلطة التنفيذية على أن تقوم بأعمالها وتصرفاتها بشكل يتفق والقواعد القانونية، مما يؤدي إلى قلة المخالفات المرتكبة من طرفها، ويحدد الدستور طرق الرقابة البرلمانية على أعمال السلطة التنفيذية¹. كما قد يتحدد بقوانين مناسبة كما هو الحال في الجزائر² وهذه الرقابة تتم بعدة أشكال هي:

1- السؤال: ويمقتضاه يوجه أعضاء السلطة التشريعية سؤالا لوزير معين، أو لعدد من الوزراء، للاستفسار حول أمور معينة وطلب الإجابة خلال الجلسات العامة للمناقشات، وتخصص جلستان شهريا للأسئلة الشفوية

-الأسئلة المكتوبة : ويقصد بها طلب معلومات موجه من قبل برلماني إلى عضو من أعضاء الحكومة الذي يتوجب عليه أن يرد ضمن مهلة محددة (تكون طويلة نسبيا) كما يكون الرد عليها كتابة، هذه الأسئلة تعد مصدرا ثميننا للمعلومات من أجل حل المسائل العديدة المعروضة عليهم من قبل ناخبهم، وآلية للحصول على الاستشارة القانونية المجانية نظرا لأن الموظفين الذين يتولون الإجابة عليها في الغالب أكفاء كما أن الإجابة المقدمة من أعضاء الحكومة لا تعد بمثابة قرارات إدارية قابلة للطعن أمام القضاء الإداري من قبل ذوي المصلحة ولذلك يأتي السؤال على شكل استفتاء يناط بمسألة ليس للبرلماني علما بها أو للتأكد من حدوث واقعة ذات أثر سلبي أو لها صلة بترجمة نص أو إتمام إجراء شكلي أو توضيح الرؤى بخصوص مسألة محددة بالذات ليكون للبرلماني حرية الاستفتاء حول أية مسألة غمضت عليه وخارج أي إجراءات وإلى أي وزير³.

¹قاضي أنيس فيصل، دولة القانون ودور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، فرع المؤسسات الإدارية والسياسية، جامعة قسنطينة، 2010، ص80.

²القانون العضوي 99-02 المؤرخ في 08/03/1999، المتضمن تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما وكذا العلاقات الوظيفية بينهما، وبين الحكومة، الجريدة الرسمية العدد15، بتاريخ 09/03/1999.

³عبد الله بوقفة، أساليب ممارسة السلطة في لنظام السياسي الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2002، ص500

- الأسئلة الشفوية : يقصد بها حسب ما تدل عليه صفتها ذلك النوع من الأسئلة شفاهة

والإجابة عنها تكون وفق نفس الشكل، وهذا النوع يرتبط بتطور النظام البرلماني، فمنذ اللحظة التي يقوم فيها الحوار بين الحاكمين ومراقبي الحكام يعتبر تبادل هذه الآلية والإجابة عنها الوسيلة البديهية لهذا الحوار، فالأسئلة الشفوية هنا تقوم على تواجد شخصين هما السائل والمجيب ليكون بذلك حقا دستوريا يخول لكل عضو من أعضاء الحكومة توضيحات عن المسائل التي يجهلها وتستغرق الإجابة عنها مدة وسط بين الاستعجال وعدمه، وهي تختلف باختلاف الأنظمة الدستورية، ففي بريطانيا حددت المدة يومين، لتكون في فرنسا كل أسبوع.

2- الاستجواب: يمكن لأعضاء البرلمان استجواب الحكومة بخصوص مسألة تكون موضوع الساعة وهو أخطر من السؤال، إذ يجب أن يوقعه على الأقل ثلاثون (30) عضوا من أعضاء الغرفتين، كل غرفة على حدى حسب الحالة¹، وتبرمج جلسة الإجابة خلال خمسة عشر يوما (15) التالية لتبليغه²، لتجيب الحكومة على الاستجواب وفق جوانب إجرائية.

- الإجراء الأول:

يبدأ بتقديم صحيفة الاستجواب إلى رئيس المجلس كتابة، يحدد فيها الوقائع التي يتناولها وخلال هذا الإجراء يبرز الدور الذي يجب أن يمارسه رئيس المجلس من الناحية الشكالية والموضوعية:

أ- يجب على رئيس المجلس أن يدرج هذا الاستجواب في أول جلسة مقبلة وهذا بنص الدستور والقانون الداخلي للمجلس.

ب- وقبل أن يقوم بهذا الإدراج لابد وأن يتحقق من سلامة الاستجواب من الناحية

الموضوعية وذلك بما يلي:

¹المادة65 من القانون العضوي، 99-02

²المادة66 من القانون العضوي 99-02

-انه منصب على وقائع محددة وموضوعات واضحة.

-أنه لا تخرج هذه الموضوعات عن السياق المقبول بعدم احتوائها على بعض الألفاظ

الغير مقبولة والغير السائغ استعمالها.

- ألا يتعارض الاستجواب مع أي نص من نصوص الدستور أو القوانين وهنا يمارس

رئيس الم جلس جزء من الرقابة السياسية، التي تكون سابقة على ممارسة أي عمل من

الأعمال التي يختص بها البرلمان.

- الإجراء الثاني:

بعد إجراء الاستجواب جدول أعمال المجلس يبلغ الاستجواب للوزير المختص ويحدد

المجلس مواعيد لمناقشته بعد سماع أقوال الوزير الموجه إليه الاستجواب وهنا لا بد من

انقضاء مدة معينة حتى يحين موعد المناقشة.

ثم تقعد جلسة المناقشة، وبعد ذلك يصدر القرار الخاص بنتيجة الاستجواب فعند عقد

جلسة الاستجواب يقوم العضو مقدم الاستجواب بعرضه أو يرد عليه الوزير ليفتح باب

المناقشة لأي عضو، وللمستجوب الحق في الكلمة الأولى وللوزراء الكلام في أي وقت

يطلبون فيه الكلمة ليكون بعد ذلك لأي عضو الحق في الكلمة عند فتح باب الاستجواب

للمناقشة العامة، وهنا نجد المشرع الجزائري سار على نفس ال نهج الذي انتهجه المشرع

الفرنسي في ظل الجمهورية الرابعة أين تبدأ المناقشة في اليوم المحدد ويشرح المستجوب

استجوابه، ليفتح مناقشة عامة يتكلم فيها كل عضو بعد أن يقيد اسمه، وقد حدد المشرع

الجزائري مناقشة الاستجواب في مدة لا تقل عن 15 يوما من تاريخ إيداعه بمكتب المجلس

وهي مدة طويلة نسبيا بالنظر إلى مسألة الاستعجال التي تعد إحدى خصائص الاستجواب

هذه المدة قد تكون الهدف منها تمكين الحكومة من حرية التحرك غير أن الثابت أن طول

المدة يقلل من حماس البرلمانيين ويفقد الاستجواب ماله من أهمية ليكون إجراء تأجيل

مناقشا لاستجواب من الأمور الواردة كثيرا في النظام السياسي الجزائري

3- لجان التحقيق : بموجب المادة 161 من الدستور، يمكن كل غرفة من البرلمان، في إطار اختصاصاتها أن تنشئ في أي وقت لجان تحقيق في قضايا ذات مصلحة عامة. ولقد أحاط المشرع هذا الحق بقيود عامة، ومن دون أن يفضي عليه ما يتوجب من فعالية عالية ليصبح معدوم الأثر، فبالنسبة للقيود القانونية التي أحاط بها عملية إنشاء لجان التحقيق، وخاصة في ما يتعلق بها، إن اشتراط هذا النصاب القانوني سيؤدي بالضرورة إلى تضيق من ممارسة هذا الحق من قبل الأحزاب السياسية المتمثلة في البرلمان وخاصة الأحزاب الصغيرة التي لا تستطيع تأمين العدد المطلوب من النواب أو أعضاء مجلس الأمة.

-أنواع لجان التحقيق: يقسم فقهاء القانون الدستور لجان التحقيق إلى نوعين هما:

أ- اللجان الدائمة : تتشكل هذه اللجان من عدد محدد من أعضاء المجلس حيث تتولى كل جلسة لجنة دراسة وبحث الموضوعات المتعلقة بوزارة معينة ثم يتم عرض نتائج بحثها على المجلس في شكل تقرير ومن أجل التوصل إلى ذلك توضع تحت تصرفها مصالح تقنية متخصصة كما يمكن لها أن تستعين بأراء بعض المتخصصين من خارج البرلمان وما تقوم به هذه اللجان يوفر الجهد والوقت للمجلس بدلا من يتولى دراسة كافة المسائل المعروضة عليه دراسة دقيقة، فاللجان الدائمة تباشر الرقابة على النشاط أو القطاع الوزاري التابعة له بحيث يتولى أعضاء اللجنة الاستفسار حول القضايا التي تهم القطاع الوزاري المكلف به وذلك بالاستماع إلى الوزراء المعنيين، لتكون بموجبه هذه اللجان قد مارست رقابة عن طريق الاستماع إلى الوزراء داخل اللجان¹.

ب- اللجان المؤقتة : هي لجان مؤقتة أو خاصة من أجل لنظر في مسألة معينة من غير المسائل التي تتولاها اللجان الدائمة، ويكون إنشائها من قبل مكتب المجلس بناء على مبادرة رئيسي لجننتين أو رؤساء عدة لجان أو عدد معين من النواب كما قد تنتدب اللجان

¹ بن بغيلة، آليات الرقابة التشريعية في النظام السياسي الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2004، ص40

الدائمة عددا من الأعضاء يختلف بحسب الأعضاء ويختل ف بحسب طبيعة المسائل المعروضة للدراسة، وإنشاء لجان التحقيق هذه يكون بقصد التحقيق في القضايا.

4- مناقشة الميزانية : إضافة إلى اختصاص البرلمان بالمصادقة على قانون المالية واعتماده (رقابة قبلية) فإن مراقبته تمتد أيضا إلى ما بعد نهاية السنة المالية (رقابة بعدية) ¹ وفي هذا الصدد تنص المادة 160 من الدستور على ما يلي : " تقديم الحكومة لكل غرفة من البرلمان عن استعمال الاعتمادات المالية التي أقرتها لكل سنة مالية، تختتم السنة المالية فيما يخص البرلمان، بالتصويت على قانون يتضمن تسوية ميزانية السنة المالية المعنية من قبل كل غرفة من البرلمان.

3- تقييم الرقابة السياسية:

تقوم الرقابة السياسية بإبراز مزايا وعيوب هاته لرقابة.

1- مزايا الرقابة السياسية :

تساهم الرقابة السياسية في حماية مبدأ المشروعية من ناحية التطبيق العملي، إذ سيحرص الوزراء على أن لا يكونوا محلا للتلندي د من جانب أعضاء البرلمان عندما يواجهون بسؤال أو استجواب كما ستحرص الوزارة كلها كهيئة متضامنة على أن لا تكون محلا لسحب الثقة من جانب المجلس النيابي، هذا الشعور سيجعل أعضاء الوزارة يحسبون حسابا لرقابة البرلمان فيتداركون كل خطأ فيتداركون كل خطأ محتمل أو تعسف متعمد حتى يحتفظون بمناصبهم الوزارية حال سحب الثقة منهم.²

2- عيوب الرقابة السياسية:

الرقابة السياسية على عمل الإدارة لا يسعها إلغاء الأعمال الإدارية الغير شرعية ولا التعويض على المتضررين جراء عمل الإدارة، كما أن هذه الرقابة مرتبطة بطبيعة النظام

¹ محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص31.

² إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص 227.

السياسي السائد في الدولة، ففي حالة هيمنة حزب أو عدة أحزاب متآلفة على الحكم، يكون التضامن بين البرلمان والوزارة قويا بحيث تتعدم هذه لرقابة¹.

هذه الظاهرة موجودة في الجزائر وإن كان نظام حكمها غير برلماني، إلا أن سيطرة أحزاب بعينها على الحكم ولفترات طويلة، خاصة في الفترة التي شهدت تحالفا رئاسيا بين ثلاثة أحزاب كبرى، كانت نتيجته إضعاف البرلمان والأحزاب في رقابة عمل الحكومة.

الفرع الثاني: الرقابة الإدارية :

تمارس الرقابة الإدارية من طرف الإدارة داخليا على أعمالها ونشاطاتها وهذا للتحقق من مدى مشروعيتها تصرفاتها، ومدى مطابقتها هذه التصرفات للقانون واللوائح بما يحقق الصالح لعام للجماعة، وتصحيح أخطاء في تصرفاتها المختلفة أو ما يكشف عنه الأفراد في تظلماتهم المقدمة إليها، ويترتب على هذه الرقابة سحب الإدارة لتصرفاتها أو إلغائها أو تعديلها.²

وتمارس الرقابة من جانب الرؤساء الإداريين أنفسهم، كما تمارس من قبل أجهزة خارجية وينقسم هذا النوع من الرقابة إلى قسمين : رقابة ذاتية ورقابة بناء على تظلم، أما الرقابة الخارجية فتلك التي تمارسها أجهزة إدارية متخصصة على بعض الوحدات الإدارية.

1- الرقابة الذاتية:

إن الإدارة مطالبة باحترام مبدأ المشروعية، وهذا يفرض عليها أن تقوم برقابة ذاتية لأعمالها قبل أن يتدخل القضاء وجهات الرقابة السياسية، وهذه الرقابة تسمى الرقابة التلقائية أو الذاتية وتتحقق الرقابة الإدارية التلقائية بالرقابة التي تمارسها الرؤساء على المرؤوسين والتي تتجلى في مظاهر ووسائل متعددة منها إصدار المنشورات والتعليمات والأوامر للمرؤوسين بهدف إرشادهم إلى كيفية تنفيذ القوانين والأنظمة ومنها حق الرؤساء في مراجعة

¹ جورج سعد، المرجع السابق، ص 367.

² سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة مبدأ المشروعية، ديوان المظالم في الدول الإسلامية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 65.

أعمال المرؤوسين لإقرارها أو وقفها أو تعديلها أو إلغائها أو حقهم في توقيع الجزاءات التأديبية عليهم أو قد تظهر في مجال الوصاية الإدارية التي تباشرها الحكومة أو السلطة المركزية على الهيئات اللامركزية¹.

وتمتاز الرقابة الإدارية التلقائية بأنها لا تنصب على مشروعية العمل بل على ملائمة الظروف المكان والزمان، فهي رقابة شاملة الأصل عدم خضوعها لشكليات وإجراءات ما لم ينص القانون غير ذلك كما تمتاز بالسرعة وبساطة الإجراءات بما يمكن من تحقيق غايتها في آجال معقولة².

2- الرقابة بناء على تظلم :

وهو الوضع الغالب في إجراء الرقابة فلا تتحرك في معظم الأحيان إلا بناء على تظلم إداري يقدمه صاحب الشأن، وفي هذه الحالة تتولى الإدارة بنفسها مراجعة تصرفاتها الصادرة عنها، ومثال ذلك أن يتقدم مواطن إلى جهة الإدارة بطلب ترخيص للبناء أو لفتح محل تجاري فتفرض الإدارة طلبه صراحة أو ضمنا بعدم الرد³.

ونظرا لأهمية التظلم الإداري المسبق باعتباره وسيلة من وسائل حل النزاعات الإدارية بين الأفراد والسلطات الإدارية في الدولة إداريا ووديا.

فقد وليت عناية خاصة من طرف فقه القانون الإداري، ويعرفه أحدهم بأنه التماس الشكوى يقدمها أصحاب الصفة والمصلحة إلى السلطات الإدارية والولائية والرئاسية والوصاية واللجان الإدارية، طاعنين في قرارات وأعمال إدارية بعدم الشرعية وطالبيين بإلغاء أو سحب أو تعديل هذه الأعمال الإدارية غير المشروعة⁴.
ومنهم من طرح مسألة تعريف التظلم الإداري المسبق من خلال معرفة عناصره.

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص231.

² جورج سعد، المرجع السابق، ص368.

³ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص229.

⁴ فادي نعيم جميل علاونة، المرجع السابق، ص124.

وفي هذا الصدد فإن كلمة التظلم تعني الطريقة القانونية أو الشكوى أو الطلب المرفوع من التظلم للحصول على حقوقه أو لتصحيح وضعيته، ويمكن تصنيف التظلم الإداري بالنظر للسلطة الإدارية التي يقدم إليها التظلم إلى ثلاثة أنواع:

1- التظلم الولائي :

ويملك صاحب الشأن أن يقدم تظلما إداريا إلى مصدر القرار الإداري قبل مخاصمة مشروعية القرار قضائيا وبعد تقديم هذا التظلم الإداري اختياريا من حيث المبدأ العام ما لم يقضي القانون بغير ذلك، والتظلم هو اختياري في القانون الجزائري¹.
ومن ثم فالتظلم الولائي ليس موازيا للتظلم الرئاسي، إنه بديل عنه في حالات الهيئات الجماعية أو التي ليس لها رئيس لتمتعها بالاستقلالية الذي كما هو الحال في القرارات الصادرة في المجالس واللجان ورئيس الجمهورية ورئيس الحكومة والوزير.... الخ
فهؤلاء جميعا ليس لهم رئيس فالوزير هو الرئيس الإداري الأعلى في وزارته لأنه المسؤول عن سير المرفق وليس رئيس الحكومة، الذي له عليه سلطات سياسية وليست إدارية، كذلك الحال لرئيس الجمهورية ويقصد بالرئيس الإداري هو من يتمتع بعناصر السلطة الرئاسية الكاملة (التعين، التوقيف، التأديب.... الخ)².

2- التظلم الرئاسي:

وهو التظلم المقدم إلى الرئيس الإداري الأعلى لمصدر القرار الإداري ويجب توجيه التظلم الرئاسي إلى السلطة الرئاسية لمصدر القرار الإداري وهي السلطة الإدارية التي تمتلك قانونا حق رقابة مشروعية قرارات مصدر القرار، إذ أن القوانين والأنظمة تسمح للرئيس الأعلى برقابة نشاط مرؤوسيه ودراسة ملف الموضوع بموضوعية تمكنه من اكتشاف أوجه

¹ تنص المادة 830 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يجوز للشخص المعني بالقرار الإداري، تقديم تظلم إلى الجهة الإدارية مصدرة القرار ، في أجل المنصوص عليه في المادة 829 أعلاه ."

² محمد محمد عبده إمام، المرجع السابق، ص63.

الخلل والقصور في إدارته وتقييم أداء مرؤوسيه وضمان تحقيق التنسيق المنشود لرفع كفاءة الإدارة وإنتاجيتها¹.

ويرى بعض أساتذة القانون أن المشرع الجزائري سلك مسلكا يتسم بالبساطة فحسم الأمر بالنص صراحة على أن الهيئة التي يوجه إليها التظلم الرئاسي هي الجهة التي تعلق مباشرة الجهة التي أصدرت القرار وليس السلطة الرئاسية نلاحظ أن رئيس المؤسسة يمارس رقابة على الأعمال القانونية التي يقوم بها العمال والهدف من ذلك هو تطبيق مبدأ المشروعية وذلك أن التظلم الرئاسي يرفع إلى الهيئات العليا الممارسة للرقابة على مرؤوسيه².

وخلاصة القول فإن التظلم الإداري الرئاسي يعتبر بحق إجراء جوهري وضروري لا بد أن يرفعه إلى السلطة التي تعلق مباشرة مصدره القرار متوخيا بذلك تحقيق أهدافه ورغباته .

3- التظلم أمام اللجان الإدارية :

حيث تتم لرقابة بواسطة لجنة إدارية خاصة تتشكل مع موظفين إداريين من مستوى معين، تملك صاحبة النظر في التظلمات التي يتقدم بها الأفراد أو الهيئات للطعن ببعض القرارات الإدارية، ومنذ لك مثلا اللجان متساوية الأعضاء في المسائل التأديبية في الوظيف العمومي³.

3- تقييم الرقابة الإدارية:

سنستعرض في هذا التقييم مزايا وعيوب الرقابة الإدارية:

1- المزايا: مزاياها عديدة وأهمها أنه يمكن لصاحب الشأن أن يسند تظلمه إلى أسباب

إنسانية واجتماعية وشخصية واقتصادية فضلا عن الأسباب القانونية، كما أن الرقابة الإدارية غير مكلفة عكس الرقابة القضائية وهاته الرقابة كذلك هي رقابة مشروعية وملائمة

¹ أعمار عوادي عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص14.

² محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية، المرجع السابق، ص27

³ قاضي أنيس فيصل، المرجع السابق، ص82.

في آن واحد، في حيث أن الرقابة القضائية هي رقابة مشروعية ليس إلا، وأخيرا فإن الرقابة الإدارية تبقى النزاع ضمن العلاقة الودية¹.

2- العيوب: للرقابة الإدارية عديد العيوب أهمها:

العلاقة بين السياسية والإدارية العامة، تجعل هاته الأخيرة تتأثر في أغلب الحالات بالاعتبارات والمقتضيات السياسية وهذا على حساب مبدأ المشروعية والعدالة، كما أن الرقابة الإدارية غير قادرة على معرفة أوجه الخطأ والصواب مثل الرقابة القضائية، لأن عمال وموظفي الإدارة العامة لا يملكون العقلية القانونية الكافية واللازمة لمعرفة أوجه وأسباب عدم الشرعية في الأعمال الإدارية مثلما هو متوفر في رجل القضاء، ومن عيوب هاته الرقابة كذلك، أنها رقابة غير محايدة لأنها تجمع بين صفتي الخصم والحكم في نفس الوقت². من خلال استعراض مزايا وعيوب هاته الرقابة فإننا نلاحظ بأن فعالية هاته الرقابة مرهونة بنزاهة الموظف وكفاءته وقدرته على اتخاذ القرارات الصحيحة والصائبة.

المطلب الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات :

أصبح خضوع الدولة من المبادئ المسلم بها في وقتنا الحاضر، ولا يعني ذلك مجرد خضوع - المحكومين في تصرفاتهم لنص القانون وأحكامه بل يتحتم علاوة على ذلك أن تخضع السلطة الحاكمة في مزاوله سلطتها للقانون، وهذا ما يساعد في بلورة وتجسيد الدولة القانونية مبادئ أهمها الفصل بين السلطات.

وفي هذا المطلب سنتطرق إلى مفهوم الفصل بين السلطات في الفرع الأول منه وسنخصص الفرع الثاني للحديث عن الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية .

الفرع الأول: مفهوم الفصل بين السلطات :

¹ جورج سعد، المرجع السابق، ص 369.

² عمار عوادي، عملية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في النظام القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 22 وما 3 بعدها 63 .

إن الحديث عن مفهوم الفصل بين السلطات للحديث عن نشأة هذا المبدأ ومن ثم الحديث عن مبررات الأخذ بهذا المبدأ ، والتعريح في الأخير لأنواع الفصل بين السلطات.

1- نشأة مبدأ الفصل بين السلطات:

إن مبدأ يستمد من الفلسفة الإغريقية، فأخذ مظهرها سياسيا أولا، فظهر على لسان أفلاطون وأرسطو وتلقفه كل من لوك ومنطيسكيو وروسو، فانقل إلى الميدان التطبيقي على آثار الثورتين الفرنسية والأمريكية.

وفي هذا الصدد يرى أفلاطون بأن وظائف الدولة يجب أن توزع بين الهيئات مختلفة

بالتوازن والتعادل حتى لا تتفرد هيئة واحدة بالحكم وتمس بالسلطة والشعب¹.

في حين قام أرسطو بوصف التنظيم السياسي وقال بضرورة وجود ثلاث وظائف وهي :
وظيفية المداولة، وهي من اختصاص الجمعية العامة أو المجلس الذي يقضي في المسائل الهامة، وكذا وظيفة الأمر والنهي التي يقوم بها القضاة ووظيفة القضاء التي تقوم بها المحاكم².

ويعتبر لوك أول من نادي بضرورة الفصل في كتابه الحكومة المدنية، وإن لم يكن قد

وضع لذلك نظرية كاملة، فقد قسم السلطات في الدولة إلى أربعة وظائف³:

1- السلطة التشريعية: وتختص بالقوانين في سنها وإعطاء أهمية لها

2- السلطة التنفيذية: وهي خاضعة للسلطة الأولى وتمنح للملك

3- السلطة الاتحادية: وهي صاحبة الاختصاص في المسائل الخارجية.

4- سلطة التاج: أو مجموعة الحقوق والامتيازات الملكية.

¹ ذبيح ميلود، مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدستوري، منشورة كلية الحقوق جامعة باتنة الجزائر، ص07.

² ذبيح ميلود، المرجع نفسه، ص06.

³ عبد الغني بسيوني عبد الله، النظم السياسية والقانون الدستوري، دار المعارف، الإسكندرية، 1999، ص163.

وفي حين اعتبر جون جاك روسو أن الفصل بين السلطتين التنفيذية والتشريعية أمر ضروري لأن الأولى تمثل مجموع الشعب وهي تمارس السلطة باسمه أما الثانية فهي مجرد وسيط بين الأولى والشعب الذي يراقبها ويقبلها متى يشاء، أما السلطة القضائية عند روسو فهي شبيهة بالسلطة التنفيذية، لكونها مطالبة بالخضوع للقوانين هي الأخرى، وأنه يحق للأفراد التظلم من أحكامها، ونتيجة لذلك يحق للشعب إصدار العفو عن المحكوم عليهم قضائي¹.

ولقد اقترن هذا المبدأ مونتيسكيو الذي استطاع أن يصوغ هذا المبدأ بطريقة جديدة، في كتابه روح القوانين، فقد أوضح أنه يوجد كل دولة ثلاث أنواع من وهي السلطة التشريعية، السلطة التنفيذية والسلطة القضائية.

أخذ مونتيسكيو بعد ذلك في تفصيل المهام التي تتولاها كل سلطة من هذه السلطات الثلاث، فعن طريق السلطة الأولى يستطيع الأمير أو الحاكم صياغة القوانين لمدة محددة أو بصفة دائمة ويعدل أو يلغي القوانين النافذة.

وبواسطة السلطة الثانية يستطيع إقرار السلام وعلان الحرب، ويرسل ويستقبل السفراء ويوطد الأمن².

ومما سبق يمكن القول بأن روسو يخالف مونتيسكيو بكونه يفضل الفصل بين السلطة التنفيذية والتشريعية بسبب اختلاف طبيعتها ويعتبر السلطة القضائية جزء من السلطة التنفيذية.

2- مبررات الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات:

أيد معظم رجال الفقه مبدأ الفصل بين السلطات ودافعوا عنه بحرارة، حيث قام هؤلاء بتعزيز دفاع مونتيسكيو المؤسس على أنه ضرورة لمنع الاستبداد و ض مان الحقوق

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، المرجع السابق، ص166 وما بعدها.

² فريد علواش، نبيل قرقور ، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الرابع، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2006، 227-228.

والحريات وسيادة القانون، فضلا عن أنه يحقق للهيئات المنفصلة أسباب التخصص والخبرة والإجادة وعلى ذلك، فإن المبررات التي أدت إلى الأخذ بهذا المبدأ وتطبيقه تتلخص فيما يلي:

1- منع الاستبداد وصياغة الحريات:

إن الغاية الأساسية التي أرادها مونتسكيو من فصل السلطات هي تفادي إساءة استخدام السلطة وحماية حقوق المواطنين وحرياتهم، وبمعنى آخر فإن مونتسكيو قد نادى بمبدأ فصل السلطات كوسيلة لتفتيت السلطة، ومنع تركيزها في يد واحدة على نحو يهدد حريات الأفراد ويعرض حقوقهم للخطر.

وقد عبر ماديسون عن هذا الفهم بوضوح في كتاب الفدراليست حيث يقول : "إن تجمع السلطات كلها، التشريعية والتنفيذية و القضائية في يد واحدة، سواء كانت تلك اليد هي يد حاكم فرد أو مجموعة من الحكام، وسواء وصل أولئك الحكام إلى مناصبهم بالوراثة أو الانتخابات أو بفرض أنفسهم على المجموع هذا التجمع هو أخص خصائص الاستبداد، بل هو الاستبداد بعينه¹.

2- تأكيد مبدأ المشروعية في الدولة:

يعتبر مبدأ الفصل بين السلطات من الضمانات المهمة التي تكفل قيام دولة القانون فهو وسيلة فعالة لكفالة احترام القانون وتطبيقها تطبيقا عادلا، وقد أوضح مونتسكيو الصلة بين الحرية الواردة في الحجة السابقة، وبين صفة الشرعية في الدولة، وذلك على أساس أن وجود هذه مرهون بصيانة تلك، وبين ذلك أنه إذا جمع التشريع والتنفيذ بيد واحدة زالت عن القانون صفته الأساسية وهي كونها قواعد عامة مجردة توضع للمستقبل دونما نظر إلى الحالات الخاصة التي قد تؤثر في حيادها وعموميتها، هذه الصفة في القانون لا تتحقق إلا إذا كان

¹حسن مصطفى البحري، الرقابة المتبادلة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية كضمان لنفاذ القادة الدستورية "دراسة مقارنة" مقالة مطولة من سالة الدكتوراه [WWW. Damascuniversity.edu.sy/ mag](http://WWW.Damascuniversity.edu.sy/mag) من الصفحة 36 وحتى الصفحة 65، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص12.

المنفذ في نفس الوقت مشرعا، إذ يستطيع أن يعدل القانون في لحظة تنفيذه على الحالات الفردية، ويخشى بصددها الجور أو المحاباة، وبهذا تنتفي عن القانون عموميته وحياده، وتنتفي عن الدولة تبعا لذلك صفة حكم القانون بمعناه الصحيح ليسودها حكم الجور والأهواء المشرع قوانين جائرة وينفذها هو نفسه باعتباره سلطة تنفيذية تنفيذا جائرا كذلك¹.

3- تحقيق الفوائد المترتبة على مبدأ تقسيم العمل:

يتفق مبدأ فصل بين السلطات مه مبدأ إداري مهم، وتعتبر تطبيقا سليما له، أولا وهو "مبدأ التخصيص وتقسيم العمل الذي أصبحت تسير عليه كافة المشروعات الناجحة". وإذا كان ذلك المبدأ يطبق في كافة المشروعات العامة والخاصة على حد سواء، ويعتبر شرطا أساسيا من شروط نجاحها، فإنه من باب أولى واجب التطبيق على الدولة باعتبارها أكبر الأنشطة حجما وأك ثرها أهمية وأشدها تنوعا وبالتالي أحوجها إلى التخصيص وتقسيم العمل ويؤدي منطق مبدأ الفصل بين السلطات كما سبق ورأينا إلى توزيع وظائف الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية على هيئات أو سلطات ثلاث، فتمارس الأولى مهمة التشريع، والثانية مهمة التنفيذ في حين أن السلطة الثالثة تمارس مهمة القضاء، وتقسيم الوظائف على هذا النحو يؤدي إلى تخصص كل سلطة من هذه السلطات بالمهام الموكلة إليها.

3- أنواع الفصل بين السلطات:

قد يكون الفصل بين السلطات تاما كما قد يكون هناك تعاون وتوازن بينها.

1- الفصل التام بين السلطات:

يم تاز النظام الرئاسي بميزة أساسية تميزه عن باقي لأنظمة الأخرى وهو مبدأ الفصل بين السلطات "التشريعية، التنفيذية والقضائية" إذ نجد أن السلطة القضائية مستقل بمارستها

¹ ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص11.

لوظائفها ويتم اختيار القضاة عادة عن طريق الانتخاب، كما يتمتع أعضاء السلطة القضائية بحصانات معينة وبنظام قانوني للمحاكم له ضمانات خاصة.

ومن جهة أخرى نجد أن السلطة التشريعية مستقلة عن السلطة التنفيذية إذ لا يملك رئيس الدولة بصفته حاكم دعوة البرلمان للانعقاد العادي أو رفض دوراته أو حله، ويباشر البرلمان وظيفته التشريعية باستقلال تام حيث لا تستطيع السلطة التنفيذية اقتراح القوانين والتدخل في إعداد ميزانية الدولة كما يستقل البرلمان من الناحية العضوية عن الحكومة، فلا يجوز الجمع بين منصب وزاري ومنصب في البرلمان، وليس للوزراء الحق في الحضور في جلسات البرلمان بصفتهم كوزراء كما هو معمول به في النظام البرلماني، وأخيرا تستقل السلطة التنفيذية التي يرأسها رئيس الجمهورية عن البرلمان وظيفيا وعضويا¹.

2- التعاون بين السلطات:

نتيجة لقيام النظام البرلماني على أساس الفصل المرن بين السلطات ونشأة عدة مظاهر للاتصال والتعاون بين السلطة التشريعية والتنفيذية، ويتمثل أبرز هذه المظاهر في اقتراح القوانين المقرر للسلطة التنفيذية ومشاركة أعضائها في مناقشات مشروعية القوانين المطروحة أمام البرلمان والتصويت عليها وحققها في إصدار ما تقرره الهيئة النيابية من القوانين.

كما أن حضور أعضاء الوزارة لجلسات البرلمان والاشتراك في مناقشات اللجنة البرلمانية المختلفة وشرح سياسية الحكومة يصدد الموضوعات المطروحة يمثل مظهرا هاما للاتصال والتعاون بين السلطتين ومن ناحية أخرى يستطيع البرلمان أن يشكل لجان تحقيق برلمانية من أعضائه للتحقيق عن بعض الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية وقد يتخذ البرلمان إجراءات معينة لا يكون لها الصفة التشريعية كموافقته على الميزانية المالية السنوية للدولة

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري تحليل النظام الدستوري المصري، دار المعارف، الإسكندرية، د ت ن، ص 276.

ماعدا القسم الخاص بها بفرض الضرائب والغائها الذي لا يكون إلا بالقانون وكذلك تفويض الحكومة في اتخاذ أعمال محددة تفويضها في عقد قرض مالي¹.

3- التوازن بين السلطتين التنفيذية والتشريعية:

يتحقق هذا التوازن عندما تكون الوزارة مسؤولة سياسيا أمام البرلمان عن جميع أعمالها بحيث يكون لأعضاء البرلمان الحق في توجيه الأسئلة والاستجابات بشأن السياسة المعتمدة عليها وللبرلمان الحق في سحب الثقة من الوزارة وإسقاطها، وفي المقابل هذه المسؤولية السياسية تملك السلطة السياسية حق حل البرلمان وما يترتب عن ذلك من إجراء انتخابات لاختيار برلمان جديد، وذلك لأن حل البرلمان يعني الاحتكام إلى الشعب بحل النزاع الذي نشب بين السلطتين وأدى إلى هذه النتيجة، فإذا أيد الشعب نواب البرلمان فإنه يعيدهم مرة أخرى إلى مقاعدهم أما

إذا كان الشعب مع الوزارة فإنه يسقطه إضافة إلى حل البرلمان، تمتلك السلطة التنفيذية حق دعوة البرلمان إلى الانعقاد وفض دوراته وبذلك يتحقق التوازن بين السلطات².

الفرع الثاني: الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية:

إذا كانت دول الديمقراطية الغربية قد اختلفت بشأن تطبيق نظرية الفصل بين السلطات باعتمادها الفصل الصارم من بعضها والفصل المرن من بعضها الآخر، فإن الوضع في الجزائر مختلف وهو وضع غير مستقر في مختلف دساتير الجمهورية، وهو ما سنعالجه في النقاط التالية:

1- الجمهورية الأولى: (دستور 1963-1976):

1- دستور 1963:

بعد استرجاع الشعب الجزائري لسيادته تولت قيادة الحزب إعداد أول وثيقة دستورية للجمهورية الجزائرية، غير أنه في الأصل تعود صلاحية تحضيرها لحكم المؤسس الدستوري

¹ إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوجيز في النظم السياسية والقانون الدستوري، المرجع السابق، ص 290.

² إبراهيم عبد العزيز شيحا، المرجع نفسه، ص 291.

للمجلس الوطني التأسيسي، غير أنه أوكل تحضير الوثيقة إلى ندوة الإطارات ووافق عليها البرلمان في شكل قانون عرض عليه ثم عرض على الشعب لإقرارها وتأسيسا على ذلك تحول النظام الحزب الواحد عن طريق "الاستفتاء الشعبي" إلى مبدأ دستوري.¹

وبناء على ذلك قام النظام الدستوري على أساس عدم الفصل بين السلطات لكون المؤسس الدستوري آنذاك ينفر من ذلك الفصل حيث يرى فيه تجزئة للسيادة الوطنية، كما يعتقد أن النظامين الرئاسي والبرلماني لن يضمنوا الاستقرار، إذ لا يمكن بطريقة فعالة إلا بالنظام القائم على قاعدة تغلب الشعب صاحب السيادة والحزب الواحد.²

فرئيس الجمهورية هو في ذات الوقت رأس الحكومة وهو الأمين العام للحزب وعليه أصبح يجسد وحدة القيادة للحزب والأمة، وقد ترتب عن وحدوية القيادة للحزب والدولة خضوع جميع مؤسسات الدولة لإدارة الشخص المنفرد بالسلطة مما أثر سلبا على عمل الحزب والدولة، لأن الهيئات في هذه الحالة أصبحت مقيدة، حيث يتطلب من المشرفين عليها الرجوع دائما لرئاسة الجمهورية من أجل طلب موافقة أو إذن بالبدء في عمل ذو أهمية أو اتخاذ قرار معين، مما أدى إلى قتل روح المبادرة لدى العاملين عليها فأدى كل ذلك إلى انعدام فعاليتها.³

وما زاد الأمور تعقيدا استعمال المادة 59 من الدستور⁴، حيث أصبحت جل السلطات مجسدة في شخص رئيس الجمهورية و بذلك أنهى رئيس الدولة فترة الحكم العادية في ظل الدستور باستعماله المادة 59 والتي لم يمض عليها سوى 23 يوما.

¹ عبد اله بوقفقه الوجين في القانون الدستوري، نشأة فقها تشريعا، دراسة تحليلية نظرية وتطبيقية، الطبعة الرابعة، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص15

² فريد علوش، نبيل قرقور، المرجع السابق، ص231

³ فريد علوش، نبيل قرقور، المرجع السابق، ص232.

⁴ تنص المادة 59 من دستور 1963: في حالة الخطر الوشيك الوقع يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ تدابير استثنائية لحماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية ويجتمع المجلس الوطني وجوبا ."

من خلال ما سبق عما جاء في دستور 1963 وعن الأحداث المتسارعة التي عرفتها الجزائر آنذاك نجد أن هذا الدستور وإن كان ظاهريا أخذ بالفصل بين السلطات وذلك على النحو التالي: السلطة التشريعية (المواد 27 إلى 38) السلطة التنفيذية (المواد 39 إلى 59) السلطة القضائية (المواد 60 إلى 62) إلا أنه في حقيقة الأمر لم يعتمد الفصل بين السلطات إذ أمن واضعو الدستور الجزائري لسنة 1963 بالفكرة التي مفادها: " لا ضمان للاستقرار إلا بالنظام القائم على قاعدة تغلب الشعب على صاحب السيدة والحزب الواحد".

2- دستور 1976:

في دستور 1963 رأينا كيف كان التركيز للسلطات في يد رئيس الجمهورية (السلطة التنفيذية) وهذا ما يعني انعدام الأخذ بالفصل بين السلطات، سنحاول التعرف على الوضع الجديد الذي جاء به دستور 1976

وبتاريخ 1976/11/22 صدر دستور آخر عمق من مبدأ وحدة السلطة، وذلك بتضمين بابه الثاني السلطة وتنظيمها كلا من الوظيفة السياسية (المواد من 94 إلى 103) والوظيفة التنفيذية (المواد من 104 إلى 125) والوظيفة التشريعية (المواد من 126 إلى 163 / والوظيفة القضائية) المواد 164 إلى 182.

ومن خلال ما سبق نجد أن المؤسس الدستوري لدستور 1976 /يطلق تسمية الوظيفة وليس السلطة.

أما ممارسة السلطة السياسية وتوزيعها بين أجهزة ومؤسسات الدولة المختلفة، فإنها تقوم على سيادة مؤسسة واحدة على مؤسسات الدولة الأخرى، وتتمثل هذه المؤسسة السائدة في شخص رئيس الجمهورية بوصفه المؤسسة السياسية التي تتحقق من خلالها وحدة الدولة ووحدة السلطة ووحدة القيادة

فالسعي لبناء دولة قوية لا تزول بزوال الرجال والحكومات لم يكن مجرد شعارات

رفعها نظام بومدين العسكري المدني في وقت واحد، وإنما كان منهج عمل وقناعة وقد

اكتشف الجزائريون من خلال ثلاثة عشر سنة من حكم بومدين غياب التفريق بين الحزب والدولة والجيش والمدنيين.¹

والأنظمة الليبرالية التي تتميز بوصفها شتى تمثل كل واحدة منها أداة من أدوات التوازن حتى لا تسود وتنفرد مؤسسة واحدة باحتكار كامل السلطة في النظام الدستوري الجزائري سيقوم على فكرة التقسيم الوظيفي للسلطة في ظل وحدة القيادة، وهي فكرة لا تنتج عنها فصل للسلطات بل تساعد على عدم تفتت السلطة وإساءة تنظيمها بين أجهزة مختلفة والمزج بين المركزية واللامركزية بمفهوم القانون الإداري، ولكن ذلك لا يفقد رئيس الجمهورية بوصفه المؤسسة الأساسية في النظام صلاحيات الحل محل المؤسسات الأخرى في الدولة كما ارتأى ذلك ضروريا وحتى وإن لم يحل محلها مباشرة فإنه يبقى الجهاز المكمل لها في أداء وظيفتها فبدونه تكون غير قادرة على أداء مهامها².

الجمهورية الثانية (دستور 1989-1996)

1- مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1989 :

عرفت الجزائر في عهد الجمهورية الثانية تحولات عميقة على نظامها السياسي، هذه التطورات بدأت بإرساء دستور 1989 الذي أقر التعددية الحزبية بعد الإعلان عن نهاية سيطرة الحزب الواحد وإعادة توزيع وظائف الدولة المختلفة، ويت بين ذلك من خلال أحكام دستور 1989 والذي يتضمن في بابه الثاني تحت عنوان تنظيم السلطات: السلطة التنفيذية (المواد من 67 إلى 91) والسلطة التشريعية (المواد من 92 إلى 128) والسلطة القضائية (المواد من 129 إلى 148) (وأكد في المادة 129 على أن السلطة القضائية مستقلة).

والملاحظ على دستور 1989 أنه ورغم عدم نصه صراحة على مبدأ الفصل بين السلطات، إلا أنه يفهم من خلال نصوصه أن المؤسس الدستوري الجزائري يأخذ به، واتجه

¹ صالح بلحاج، المؤسسات والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجماعية، الجزائر،

2010، ص 103 وما بعدها

² فريد علوش، نبيل قرقور، المرجع السابق، ص 234 .

كذلك نحو جعله فصلا مرنا أي يتخذ موقع وسط بين النظام الرئاسي والبرلماني بإحداث هيئات مستقلة ومتوازنة تتميز العلاقة بينها بالتعاون والتنسيق، بحيث لا يمكن لأي منهما أن تؤدي مهمتها إلا إذا تعاونت مع السلطات الأخرى وكذلك لاستعماله مصطلح السلطات وتخصيص فصل مستقل لكل سلطة منها.¹

2- مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996 :

إن الجزائر بعد دستور 1989 وبدخولها مرحلة جديدة للحياة السياسية الديمقراطية التعددية شهدت تطورات كادت أن تعصف بالدولة ومؤسساتها، خاصة بعد وقف المسار الانتخابي. من خلال الفترة الممتدة بين دستوري 1989 و1996 يمكن القول بأن مبدأ الفصل بين السلطات لم يلق التطبيق الواجب، خاصة بعد توقيف المسار الانتخابي سنة 1991 واستقالة الرئيس الراحل الشاذلي بن جديد، والمجيء بالراحل محمد بوضياف ومن ثم اغتياله على يد جماعة مجهولة، هاته الظروف خلقت مرحلة انتقالية استدعت ضرورة التفكير في العمل على إيجاد الوسيلة الفعالة والناجعة التي تساعد على تجاوز العقبات والعراقيل المميزة لتلك الحقبة الزمنية وأن كانت تتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات وهو ما قد يؤدي إلى تركيز السلطة التنفيذية وذلك باعتبارها الحاملة لخاصية السلطة التقديرية والمالكة لصفة أعمال السيادة، الأمر الذي يتعارض مع أحد أهم المبادئ الدستورية ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات.²

وعلى الرغم من الأحداث المؤلمة والمتسارعة التي شهدتها الجزائر في هاته الفترة والتي لا يمكن حصرها في هاته الدراسة إلا أن ما يجدر الإشارة إليه أنه بالنسبة لمبدأ الفصل بين السلطات ظل التعديل الدستوري 1996 نجد أن المؤسس ظل وفيا للمبدأ الذي اعتنقه، حيث تضمن في بابه الثاني تحت عنوان التنظيم.

¹ صالح بلحاج، المؤسسات والقانون الدستوري في الجزائر من الاستقلال إلى اليوم، ديوان المطبوعات الجماعية، الجزائر،

2010، ص104 وما بعدها

² ذبيح ميلود، المرجع السابق، ص70 وما بعدها.

وكذلك ما يؤكد استمرار هذا المنحى موقف المجلس الدستوري، حين أخطر رقابة دستورية المادة الثانية من الأمر المتعلق بالتقسيم القضائي المصادق عليه من قبل المجلس الوطني الانتقالي، بتاريخ 1997/01/06 ، حيث أعلن على "اعتبار المؤسس الدستوري باعتباره مبدأ الفصل بين السلطات كمبدأ أساسي لتنظيم السلطات العمومية، قد عمد إلى تحديد اختصاص كل منها والتي لا يمكن أن تمارسه إلا في المجالات ووفق الكيفيات التي حددها لها الدستور صراحة.¹

¹فريد علوش، نبيل قرقور، المرجع السابق، ص237.

ان موضوع مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، وهو الموضوع الذي يعتبر بمثابة الأساس القانوني التي تقوم عليه الدولة "الحكومة" أو الدولة وبقية السلطات من سلطة قضائية أو سلطة تشريعية ، فهذا المبدأ يعتبر حجر الأساس الذي يربط بحكم عمل هذه السلطات، ويفحص مدى قيام كل من هذه السلطات باحترام القانون ويمدى جعل القانون المرجع الأسمى للحكم في الخلافات والاستفسارات التي تعترض عمل هذه السلطات.

و لعل كانت هذه الدراسة تنصب على تناول هذا المبدأ، في ظل القانون الإداري فقط فقد كان قصب الأساس في هذه الدراسة تناول المقصود بهذا المبدأ و حديده معناه وكان الأمر بحاجة ماسة إلى تحديد المصادر التي يستسقي منها هذا المبدأ بحيث تناولنا المصادر بشقها المصادر المكتوبة و لمتتمثلة في الدستور والتشريعات و المعاهدات والمصادر الغير المكتوبة مثل العرف والمبادئ العامة للقانون.

أما في الفصل الثاني فقد كان لابد من تحديد الضمانات التي تقف وراء تطبيق مبدأ المشروعية بشكل قضائي، فقد حددت أساليب الرقابة الغير القضائية في الرقابة السياسية والإدارية ومبدأ الفصل بين السلطات.

أما عن الرقابة القضائية، فقد حاولت الدراسة بداية تلقي الضوء على أهم مفاصل الرقابة القضائية بشكل عام سواء كانت في ظل النظام الموحد، أو طريق النظام المزدوج.

1 القرآن الكريم:

1. سورة البقرة

2 الكتب:

1. محمد احمد الإبراهيمي، الوجيز في قانون الإجراءات المدنية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية ، دون سنة .
2. نصر سليمان ،فقه المعاملات المالية وأدلته عند المالكية، نهج طالبي أحمد الجزائر، 2002.
3. لعميري ياسين بوشنافة جمال، استغلال العقارات الوقفية في التشريع الجزائري ،دراسة على ضوء آخر المستجدات القانونية،دار الخلدونية ،2019.
4. حمدي باشة عمر ، مبادئ الاجتهاد القضائي في مادة الإجراءات المدنية، طبعة الأولى، دار هومة،2001،
5. الأستاذ عبد الحميد الشورقي، منازعات الأوقاف والأحكام والنظام القانوني لأملك الدولة منشأة المعارف الطبعة الثالثة،بدون تاريخ،
6. أبي العباس أحمد بن يحيى الونشريسي : المعيار المعرب والجامع المغرب (وزارة الأوقاف وشؤون الإسلامية الرباط).
7. الغوثي بن ملحة القانون القضائي الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،طبعة 1995
8. عبد الله مسعودي: الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (دار هومة ،الجزائر، ط،2010.
9. عمار عوابدي: النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية، ط،1995، ج:2.
10. محمد ابراهيمي،القضاء المستعجل،ديوان المطبوعات الجامعية ،د، ط2006 .

11. أبو الفضل محمد ابن منظور لسان العرب، مادة الوقف بدون. طبعة سنة 1311 ، بيروت دار الصادر الجزء 09 .
12. احمد الشرياضي ، المعجم الاقتصادي الإسلامي طبعة 1981 بلد النشر غير
مذكور دار الجبل
13. وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته طبعة 2 ، 1985 سوريا دمشق دار الفقه
جزء 8
14. بدران أبو العينين ، أحكام الوصايا و الأوقاف طبعة 1982 الإسكندرية مؤسسة
شباب جامعة .
15. خالد رامول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأحكام الوقف في الجزائر دار
هومة ، الطبعة الثانية 2006 .
16. وليد رمضان عبد التواب / الوقف شرعا، دار شادي للموسوعات القانونية،
القاهرة ، 2008 .
17. أحمد محمود الشافعي / الوصية والوقف في الفقه الإسلامي
18. شيخ نسيمة ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري ، طبع
بمطبعة دار هومه- الجزائر .
19. الشيخ محمد أو زهيرة ا محاضرات في الوقف ، الطبعة الثانية، دار الفكر
العربي ، القاهرة .

3 المجلات

1. مجلة المحكمة العليا 600-620 الصادر بتاريخ 2010/05/13 عن الغرفة العقارية
سنة 2010
2. نشرة القضاة العدد 51 رقم 100-179 قرار بتاريخ 19-04-1994
3. المجلة القضائية لسنة 1997 العدد 01، قرار رقم 157310 المؤرخ في
1997/07/16

4. المجلة القضائية لسنة 1998 العدد 01، قرار 183643 المؤرخ في 1998/11/25
5. ملف رقم 512 97 قرار صادر ب تاريخ 16-1994 .
6. عبد الله بن أحمد الزيد ، أهمية الوقف و حكمة مشروعيته مقال، مجلة البحوث الإسلامية، الرئاسة العامة للبحوث العلمية والإفتاء المملكة العربية السعودية العدد 36 ربيع الأول 1413هـ
7. عمر بن فيحان المرزوقي ، اقتصاديات الوقف في الإسلام، مجلة الأوقاف، الأمانة العامة للأوقاف ، الكويت العدد الثالث 2009 .

4 الأطروحات

1. عبد الرزاق بوضياف، إدارة أموال الوقف وسبل استثماره في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005-2006،
2. صورية زردوم بن عمار، النظام القانوني لأموال الوقفية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر ،باتنة كلية الحقوق ،2010-2019 .
3. حطاطاش احمد :النظام القانوني للوقف(بحث مقدم لنيل شهادة الدراسات العليا المتخصصة كلية الحقوق الإدارية، بن عكنون ،جامعة الجزائر،2005،2004 .
4. خير الدين بن مشرني ، إدارة الوقف في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير جامعة تلمسان 2012 .
5. فنطازي خير الدين ،النظام القانوني للوقف في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ،جامعة منتوري قسنطينة،2006-2007.
6. بن مشر خير الدين إدارة الوقف في القانون الجزائري مذكرة تخرج لشهادة الماجستير في قانون الإدارة المحلية ،تلمسان 2011\2012

7. صورية زردون بن عمار، النظام القانوني للاملاك الوقفية في التشريع الجزائري ،مذكرة ماجستير ،جامعة الحاج لخضر باتنة كلية الحقوق 2019-2020، ص ص 10-98.

8. ماجستير في القانون العقاري والزراعي،كلية الحقوق جامعة سعد دحلب ، 2000-2001.

9. لعمارة سعاد ، التصرفات القانونية الواردة على الأملاك الوقفية في التشريع الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون ، جامعة أكلي أو لحاج، البويرة ، سنة 2012، 2013،

5 القوانين:

1. قانون رقم 91-10 المتعلق بالأوقاف على إن يكون محل الوقف عقارا.
2. قانون المالية ، لسنة 2003 المؤرخ في 25/12/2003 ،المحدد للرسوم
3. قانون الأوقاف رقم 10\91
4. القانون رقم 75 -58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم لقانون رقم 05 -10 ، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005
5. دستور الجزائر مؤرخ سنة 23/02/1989 الجريدة الرسمية عدد 32
6. القانون رقم 01\07 المؤرخ في 22\05\2001 ،المعدل و المتمم لقانون 10\91 المتعلق بالأوقاف جريدة رسمية عدد 29 مؤرخة في 23-05-2001
7. القانون المدني

6 القرارات والمراسيم

1. قرار 108-200 مؤرخ في 16/03/1995، مجلة قضائية، 1995، ع 02
2. المرسوم التنفيذي رقم 381\98 الصادر بتاريخ 01\12\1998 المحدد لشروط
الأمالك الوقفية وتسييرها وحمايتها .
3. مرسوم تنفيذي رقم 381\98، يحدد شروط إدارة الأمالك الوقفية، جريدة رسمية عدد

إهداء

شكر و تقدير

01مقدمة
06الفصل الأول: مبدأ المشروعية و مصادره
06المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية ..
06المطلب الأول: تعريف مبدأ المشروعية.....
06الفرع الأول: شمولية مبدأ المشروعية للسلطة التقديرية.....
08الفرع الثاني: جواز تحرر الإدارة من بعض قواعد المشروعية.....
10المطلب الثاني: الرقابة على مبدأ المشروعية.....
12الفرع الأول: الرقابة الإدارية.....
13الفرع الثاني: الرقابة القضائية
15الفرع الثالث: نظم الرقابة القضائية على الإدارة.....
19المبحث الثاني: مصادر مبدأ المشروعية
25المطلب الأول: المصادر المكتوبة.....
29الفرع الأول: التشريعات الدستورية
31الفرع الثاني: التشريعات العادية
32الفرع الثالث: القوانين المؤقتة و الأنظمة الإدارية
33الفرع الرابع: المعاهدات الدولية.....
35المطلب الثاني: المصادر غير المكتوبة
36الفرع الأول: العرف
38الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون
42الفصل الثاني: ضمانات تحقيق مبدأ المشروعية.....
43المبحث الأول: مدخل الرقابة القضائية
44المطلب الأول: الرقابة القضائية في ظل النظام الموحد
45الفرع الأول: مدلول نظام القضاء الموحد
46الفرع الثاني: أسس و مبررات النظام القضائي الموحد

47.....	الفرع الثالث: مزايا و عيوب النظام القضائي الموحد.....
48... ..	المطلب الثاني: الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج
49.....	الفرع الأول: مدلول الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج.....
50.....	الفرع الثاني: أسس و مبررات ازدواج القضاء... ..
51.....	الفرع الثالث: مزايا و عيوب الرقابة القضائية في ظل النظام المزدوج
56.....	المبحث الثاني: الضمانات الغير القضائية.. ..
59.....	المطلب الأول: الرقابة السياسية و الإدارية على عمل الإدارة
60.....	الفرع الأول: الرقابة السياسية.....
62.....	الفرع الثاني: الرقابة الإدارية.....
65.....	المطلب الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات.....
69.....	الفرع الأول: مفهوم الفصل بين السلطات.....
71.....	الفرع الثاني: الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية
79.....	خاتمة_.....
80.....	قائمة المراجع



ملخص المذكرة

إن مبدأ المشروعية يعني " خضوع الحكام والمحكومين للقانون ، وخضوع الإدارة العامة للقانون، وتصرفاتها وفق أحكامه ، وعندما تحاول الإدارة الخروج على مبدأ المشروعية فإن دور القضاء بصورة عامة والقضاء الإداري بصورة خاصة هو إعادة الجهة الإدارية المطعون في قرارها إلى جادة القانون وتمارس هذا الدور محكمة العدل العليا باعتبارها محكمة قضاء إداري تختص بإلغاء القرارات الإدارية والنظر في التعويضات عن القرارات والإجراءات التي تقع ضمن حدود ولايتها القضائية "

ولا يكفي لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم أن تتحقق سيادة القانون عن طريق تنظيم سلطات الدولة ، وتحديد العلاقات فيما بينهما وإنما يتوجب أن تتوفر الضمانات ما يكفي لاحترام هذه السلطات والاختصاصات المناطة بها .2 وحتى يمكن توقيع الجزاء اللازم في حالة مخالفة الإدارة للقانون.

الكلمات المفتاحية: 1- مبدأ المشروعية 2- الحكام 3- محكمة العدل 4- القرارات 5- الإداري

The principle of legality means "the rulers and the ruled are subject to the law, and the public administration is subject to the law, and its actions are in accordance with its provisions. The Supreme Court, as an administrative court, has jurisdiction to overturn administrative decisions and consider compensation for decisions and actions that fall within the limits of its jurisdiction.

It is not sufficient to protect the rights and freedoms of individuals that the rule of law is achieved through the organization of powers

The state, and determining the relations between them, but there must be sufficient guarantees to respect the

1- The principle of legality means 2- the rulers 3- the law 4- organization of powers