

مقدمة

لدراسة فكرة الدولة القانونية وعلاقتها بمبدأ المشروعية لابد من تحديد هذه الفكرة من هنا، نكون أمام دولة قانونية عندما يسود فيها جميع مبادئها، أهمها خضوع الإدارة للقانون مع مبدأ الفصل بين السلطات وتحديد الاختصاصات الإدارية بصورة واضحة ودقيقة ' وبما أن الإدارة تعتبر عنصرا حتميا في الدولة من أجل تحقيق سياستها العامة ، فلا يمكن إذن تصور دولة بدون إدارة على أساس أن النشاط الإداري هو أقدم نشاط قامت به الدولة ، وعرفته هذا النشاط الذي يديره أشخاص طبيعيين يعملون باسمها ولحسابها من هن لابد أن تكون التصرفات والأعمال في إطار قانوني ومشروع ، بالتالي الدولة القانونية هي التي يخضع فيها الحكام وجميع السلطات والهيئات العامة للنظام القانوني السائد في الدولة بكل مصادره، وعند مخالفة هذه المصادر تكون هذه التصرفات باطلة، ويجوز الطعن فيها بكافة الوسائل المقررة قانونا . نستنتج أن هناك نوعان من الدولة:

1. دولة تعمل داخل الإطار القانوني والتي تسمى بالدولة القانونية.
2. دولة تعمل خارج الإطار القانوني والتي تسمى الدولة الاستبدادية أو الدول البوليسية ، على أساس كل ما يصدر من تصرفات الحكام تكون وفقا لميولهم ورغباتهم ولا تقبل المناقشة على أساس أن الحاكم لا يخطئ مما يستوجب الطاعة العمياء من طرف الافراد له ، عكس الدولة القانونية التي تتجسد فيها مبدأ المشروعية، ولتحقيق هذه الفكرة لابد من وجود رقابة صارمة وردعية تضمن عدم الخروج عن أحكام عن القانون.

كما انه في حالة وجود نزاع بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة يستوجب وجود جهات قضائية تختص بالفصل فيها أو حلها عن طريق التسوية الودية ، وهكذا فان الأنظمة القضائية تتباين فيما بينها إذ أن هناك نظامين قضائيين عالميين هما النظام القضائي الموحد والنظام القضائي المزدوج إضافة إلى ولاية المظالم التي طبقت في الشريعة الإسلامية ، من هنا يثار الإشكال الآتي ، ما موقف المشروع الجزائري من هذه الأنظمة' هل أخذ بالنظام القضائي الموحد

أم ،النظام القضائي المزدوج هذا ما ستتضح رؤيته عند معالجة موضوع طبيعة النظام القضائي الجزائري.

الباب الأول :مبدأ المشروعية والاستثناءات الواردة عليه.

الفصل الأول: مبدأ المشروعية

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية

لدارسة مبدأ المشروعية لابد من تحديد مفهومه وضمانات تطبيق هذا المبدأ.

المطلب الأول: تعريف مبدأ المشروعية.

إن مبدأ المشروعية يعتبر مبدأ مخففا لفكرة الدولة القانونية ، بمعنى يقصد به سيادة حكم القانون في الدولة وخضوعها إلى هرم قانوني حسب قوته الإلزامية وعدم الخروج عن نطاق القانون، كما يقصد به أيضا خضوع الدولة للقانون من حكام ومحكومين ، فبالنسبة للحكام ، أن تخضع جميع السلطات الثلاثة في الدولة من سلطة تشريعية ، تنفيذية وقضائية لكل القواعد المعمول بها في الدولة، إذ تظل هذه القوانين موضع إحترام إلى أن يتم إلغائها أو تعديلها بقواعد قانونية أخرى¹.

فالسلطة التنفيذية المكلفة بتنفيذ القوانين يجب عليها احترام هذه القوانين وان تلتزم حدودها، كما تخضع الإدارة للقانون بوصفها إحدى سلطات الدولة، فقيام الدولة على هذا المبدأ يعتبر المثل الأعلى لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم ولكن تطبيقه يحتاج إلى قدر من المرونة².

كما أن مبدأ المشروعية بهذا المفهوم مستقل عن شكل الدولة ، بمعنى أنه يناسب كل النظم حيث انه يسري على الدولة الديمقراطية كما يسري أيضا على الدولة الديكتاتورية الفردية الاشتراكية التي تأخذ بالملكية المطلقة وقد ذكرنا سابقا أن الدولة الديمقراطية المعاصرة هي التي تقوم على أساس مبدأ المشروعية وبالتالي من طبيعتها أن تقوم اليوم على أساس نظام قانوني

¹ -أنظر : الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، وزارة العدل، ملتقى قضاة، الغرفة الادارية ،الديوان الوطني للأشغال التربوية، 1992 ص125.

² - أنظر : نفس المرجع السابق، ص125.

يتكون من مجموعة قواعد قانونية ملزمة تتمثل على الأخص بخضوعها للدستور والقوانين التي تنظم حياة المجتمع السياسية و الاقتصادية وغيرها وان وظيفة حكامها لا تمارس إلا من خلال القواعد الدستورية وفي حدودها وكل عمل خارج عن هذه القواعد يعتبر عملا غير مشروعاً جديراً بالإلغاء، كما أن المشروعية الإدارية هي صلاحية السلطة التنفيذية في ممارسة اختصاصاتها وإصدار بعض القرارات التنظيمية وعدم خروجها عن القانون، ومن هنا لا يمكن استعمال مظاهر السلطة العامة وامتيازاتها لتحقيق أغراض سياسية أو شخصية أو في الأشكال المنصوص عليها في القانون ولو لتحقيق الصالح العام، فالسلطة المحلية مثلاً ملزمة باحترام القانون أيضاً الغرض التي حددته من أجل تحقيق الصالح العام فالالتزام بمبدأ المشروعية من طرف الدولة واحترامه يؤكد خضوع الدولة لسيادة القانون لأنه من غير هذا الخضوع سيكون في مقدور الدولة أن تخرج عنها .

فالمشروعية إذن في معناها المتقدم الإلتزام بمضمون التنظيم القانوني أي بما يشمل القواعد التشريعية والقضائية و الإدارة في خضوعها لهذه القاعدة ليست ملزمة فقط بعدم مخالفتها بل يتعين عليها ان تعمل دائماً طبقاً للقانون و استناداً الى نصوصه و أحكامه و بهذا الفهم فان الإدارة تخضع لنظام يختلف عن ذلك الذي يمثل له الأفراد¹

و مما سبق ذكره يتعين على السلطة الإدارية أن تخضع للقانون لكي يصبح نظام الحكم ديمقراطي أي أن تحترم الإدارة مبدأ المشروعية أو مبدأ سيادة القانون اذ أن السلطة الإدارية في الدولة المعاصرة تقوم بأنشطة هامة بقصد تحقيق المصلحة العامة تتجلى أساساً في إدارة المرافق العامة التي تهدف إلى إشباع حاجات المواطنين و المحافظة على النظام العام من جهة أخرى و تمارس السلطة الإدارية عدة أنشطة بواسطة ما تملكه من وسائل تتمثل في الأعمال القانونية التي تصدرها الإدارة و هي القرارات و العقود الإدارية .

¹ - أنظر: محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية، دكتوراة في الحقوق ، 1974 ، ص 11 3.

المطلب الثاني: أهمية مبدأ المشروعية.

لمبدأ المشروعية الكثير من الأسس والمبررات المنطقية و الاجتماعية والاقتصادية التي تحكم تطبيقه لفائدة المصلحة العامة والخاصة في ذات الوقت، حيث أن هذا المبدأ عندما يقضي خضوع جميع المؤسسات والسلطات والأعمال العامة للنظام القانوني السائد في الدولة بصورة مسبقة وملزمة فإن ذلك يؤدي إلى تقييد عملية ممارسة مظاهر السيادة والسلطات العامة من قبل هذه الهيئات بصورة دقيقة وكل هذا يؤدي إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع والدولة من كافة مظاهر الفساد و الانحراف في استعمال السلطة والبيروقراطية، خاصة أنه من المسلم به أنه لا يكفي القول بحماية حقوق الأفراد وحررياتهم العامة حتى تتأكد سيادة القانون في شأن علاقات الأفراد بعضهم ببعض بل أصبح لزوما لتأكيد هذه الحماية أن يسود القانون علاقات الأفراد مع الدولة وكل ما ينتمي إليها من هيئات عمومية ومؤسسات خصوصا عندما يسود هذا النوع من العلاقات بينهما في المجالات الصناعية والاقتصادية والاجتماعية.

فمبدأ المشروعية إذن يحقق حماية خاصة لحقوق الأفراد و حرياتهم في مواجهة السلطات العامة إذ أن مبدأ المشروعية يرتكز على قاعدة جوهرية و أساسية وهي عزل السيادة و السلطة العامة عن رغبات وأهواء الحكام و تقييدهم في ممارسة مظاهر السيادة و السلطة العامة بقواعد و أحكام النظرية القانونية السائدة في الدولة سواء أكانت هذه النظرية القانونية نظرية قانونية اشتراكية أو بورجوازية ليبرالية وفقا للإيديولوجية العامة السائدة و المقررة و المحددة بواسطة الإدارة العامة¹ كما أن مبدأ المشروعية يحقق و يقدم للسلطات و الأجهزة العامة في الدولة الوضوح و التحديد في الاختصاصات القانونية والأهداف و الملائمات السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية و الإيديولوجية للعمل العام مما يقي السلطات و الهيئات العامة و الأجهزة العامة في الدولة من الانزلاق في متاهات الفوضى و البيروقراطية²

¹ - أنظر: د. د. عمار عوابدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة و القانون الإداري، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 162.

² - أنظر: د. د. عمار عوابدي، نفس المرجع.

المطلب الثالث: نطاق مبدأ المشروعية.

قد يتسع نطاق تطبيق مبدأ المشروعية إلى أن يشمل جميع تصرفات الدولة وما يخضع وما يتفرع عنها من هيئات عامة تشريعية و تنفيذية و قضائية ومهما كانت طبيعة هذه التصرفات ومهما كان نوعها فهو يحكم القرارات التنفيذية والفردية فضلا عن اتساعه للتصرفات الاتفاقية، بل و حتى الأعمال الإدارية المادية التي ينشأ عنها التعويض ومن هذا المنطلق توصف الدولة بدولة القانون باعتبار أن المستقر أن تصرفات حكامها يحكمها مبدأ المشروعية وان ما يصدر عنها من أعمال في نطاق هذا المبدأ يعتبر مشروعا في حدود القانون، كما ان نطاق مبدأ المشروعية ليس مطلق النفاذ ،وقد نصت المادة 22 من دستور 1996 على انه يعاقب القانون على التعسف في استعمال السلطة كذلك المادة 24 و التي نصت على أن الدولة مسؤولة عن امن الأشخاص والممتلكات وتتكفل بحماية كل مواطن في الخارج. من خلال هذه النصوص القانونية يتبين لنا أن المشرع الجزائري أكد على مبدأ المشروعية واقره .

المبحث الثاني: ضمانات تطبيق مبدأ المشروعية.

لتطبيق مبدأ المشروعية في الدولة المعاصرة لابد أن يقوم على جملة من الضمانات المتعددة والمتكاملة، إذن يتطلب احترام المشروعية و قيام دولة القانون وجود ضمانات و وسائل عملية لإيقاف كل اعتداء على القانون يقع من قبل الإدارة و تتفاوت هذه الضمانات و الوسائل في مضمونها و نتائجها من دولة لأخرى إذ يحكمها درجة ديمقراطية النظام و مدى احترامه لحقوق الإنسان¹

المطلب الأول: مبدأ تدرج النظام القانوني السائد في الدولة.

المقصود به بناء هيكل متكامل مصدر قواعده النظام القانوني السائد على شكل هرم متدرج الطبقات في صورة مترابطة ومتسلسلة بحيث تترأسه القاعدة القانونية الأكثر قوة إلزامية، ثم القاعدة

¹ - أنظر: د. عدنان عمرو ، القضاء الإداري ، مبدأ المشروعية ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 114.

الأدنى منها قوة لكي تنتهي بأدنى قاعدة قانونية، فالقاعدة القانونية الأدنى تصدر دائما مطابقة للقاعدة التي تعلوها وخاضعة موضوعا وشكلا لها كما يجب أن تكون قواعد التشريع العادي مفسرة ومطبقة للقواعد القانونية الدستورية و أن لا يكون العرف مخالف للتشريع.

المطلب الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات

إن هذا المبدأ قائمًا سياسيًا وقانونيًا على أساس فكرة توازي السلطات بحيث يجب أن تقوم كل سلطة بالرقابة على سلطة أخرى، فمقومات النظام الرقابي تكمن في التناسق والتكامل بين أنواع الرقابة الأساسية في النظام الرقابي بصورة محكمة لتحقيق أهداف الرقابة في الدولة .

أطلق تعبير مبدأ الفصل بين السلطات على معنيين أحدهما سياسي و الآخر قانوني ، المعنى السياسي المقصود به هو عدم الجمع بين السلطات أو عدم تركيزها في يد واحدة أو هيئة واحدة ذلك لأن التركيز يؤدي بطبيعة الحال إلى إساءة استخدام السلطة و إلى استبداد الشخص أو الهيئة القائمة على مباشرتها و للحيلولة دون تحقيق ذلك كان من المتعين عدم الجمع بين السلطات أو عدم تركيزها تطبيقًا لمبدأ المشروعية و لذلك قيل في الديمقراطية الغربية أن مبدأ الفصل بين السلطات لا يعد مبدأ قانونيًا بالمعنى الصحيح و إنما يعد قاعدة من قواعد فن السياسة، و على ضوء ذلك فإن مؤدي هذا المبدأ هو توزيع وظائف الدولة على سلطات ثلاث ، سلطة تشريعية ، تنفيذية و قضائية أما المعنى القانوني فقد اختلف من دولة إلى أخرى تبعًا للاختلاف في تفسير هذا المبدأ و لاختلاف أنظمتها السياسية¹

المطلب الثالث: وجود رأي مستتير وقوي.

المقصود به وجود رأي عام قوي في المجتمع يراقب باستمرار أعمال الدولة من حيث مدى مشروعيتها وعدمها ويتدخل بوسائل مشروعة في التنديد والمقاومة بالتصرفات والأعمال الغير مشروعة في الدولة ، فكلما ازدهرت الثقافة والديمقراطية والاهتمام بالمسائل العامة من قبل الأفراد كلما كانت مقومات وجود هذا الرأي مضمونة . ومن أهم الوسائل التي تساعد على ظهور الرأي

¹ - أنظر : د .ميسون مصطفى القيسني ، نظرية الضرورة في القانون الإداري و تطبيقاتها في الأردن، دراسة مقارنة ، 2004 ، ص 7.

العام أهم الأحداث الدولية والوطنية ، الإعلام بكل ما يحتويه ، القادة الحقيقيون، الأحزاب السياسية..... الخ.

المطلب الرابع: وجود نظام رقابي فعال وقوي.

تكمن دور هذا النظام الرقابي في مراقبة أعمال الدولة والإدارة العامة بصورة دائمة بهدف حماية المصلحة العامة من كل المخاطر ومظاهر الفساد والبيروقراطية مع حماية النظام القانوني وأيضا حريات الأفراد من اعتداءات السلطة العامة في الدولة ولكي تقوم الرقابة بأعمالها لابد أن تكون شاملة تشمل جميع النواحي السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية والإيديولوجية، كما لابد أن تكون موضوعية، حيادية، إنسانية، عادلة وواضحة بصورة منتظمة وفعالة، فمقومات النظام الرقابي يكمن في وجود تناسق وتكامل بين أنواع الرقابة الأساسية للدولة بصورة محكمة من أجل تحقيق أهداف الرقابة في الدولة.

المبحث الثالث: مصادر مبدأ المشروعية.

هناك مصادر رسمية ومصادر غير رسمية ،حيث ان المصادر الرسمية هي عبارة عن مجموع السلطات التي لها الحق في اصدار القواعد القانونية في شكل معين وطبقا لإجراءات محددة ،اما المصادر غير الرسمية فهي مجموعة العوامل و المؤثرات التي تدفع السلطة المختصة لإصدار هذه القاعدة او تعديلها او إلغائها¹.

المطلب الأول: المصادر الرسمية (المكتوبة).

الفرع الاول: الدستور (التشريع الأساسي).

المراد بالدستور بمفهومه الشكلي أي مجموعة القواعد القانونية التي تتضمنها الوثيقة الرسمية الصادرة من السلطة التأسيسية الأصلية و المسماة بالدستور و التي تعالج المسائل الخاصة

¹ - أنظر: د. حسنين مصطفى حسنين، الإدارة المحلية المقارنة ، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ، 1982، ص 54 .

بالتنظيم السياسي للدولة و هناك صلة وثيقة بين النصوص الدستورية و قواعد القانون الإداري الموضوعية و الإجرائية¹.

تشكل القواعد الدستورية القانون الأعلى والأسمى في الدولة²، على أساس أنها تتعلق بنظام الحكم في الدولة حيث أنها تقوم بتحديد الأسس الفلسفية التي يقوم عليها أي نظام كما أنها تبين السلطات الثلاثة الموجودة في الدولة من سلطة تشريعية وتنفيذية وقضائية، واختصاصات كل سلطة من السلطات الثلاث مع تبيان حقوق وحريات الأفراد والدستور يمثل الإطار القانوني الذي يدور فيه جميع أوجه النشاط القانوني في الدولة ومنه تم جعل الدستور يحتل مكان الصدارة مقارنة مع سائر القواعد القانونية الأخرى وهو ملزم لجميع السلطات منها السلطة الإدارية فإذا خالف قرار إداري أحكام الدستور فإنه يكون باطلا وقابلا للإلغاء وعلى هذا الأساس حكم مجلس الدولة المصري بإلغاء القرار الصادر بإبعاد مصري لمخالفته للمادة السابعة من دستور 1923، كما أنه في حكمه الصادر في 26 جويلية 1951 أقر القاعدة التي بمقتضاها: "إن النصوص الدستورية لا شك في صلاحياتها للتطبيق المباشر وهي تطبق باطراد، كما هو الأمر عدم جواز إبعاد مصري"، ومنه فإن الدستور يعتبر مصدر من مصادر القانون بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة.

وهكذا يجب على السلطة التشريعية أن تتقيد به فيما تصدره من تشريعات، كما يجب أيضا على السلطة القضائية احترامه في مجال الدعاوى التي تطرح أمامها كما أيضا يستوجب على السلطة الإدارية التقيد بتلك القواعد عندما تقوم بإصدار تصرفات أو أعمال وإلا أعتبرت أعمالها مخالفة للدستور وبالتالي غير مشروعة.

وإذا كان هناك اتفاق على سمو الدستور وضرورة التقيد بأحكامه إلا أن الخلاف جاء حول القيمة القانونية لما قد يوجد إلى جوار هذا الدستور من مبادئ عليا تتضمنها وثائق تاريخية منفصلة عن الدستور مثل إعلانات الحقوق كما هو الحال بالنسبة لإعلان الحقوق الفرنسي الصادر في سنة

¹ - أنظر: ماجد بورسلي إجراءات المنازعة الإدارية وفقا للنظام القانوني الكويتي مع التركيز على قانون إنشاء الدائرة الإدارية رقم 20 . 1981 المعدل بالقانون 61 . 82 رسالة ماجستير في القانون 1995 ص 12.

² - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، نشأة و تنظيم القضاء الإداري، دار النهضة العربية مصر، الطبعة الثانية، 1998 ص 21.

1789 والمواثيق الوطنية و ما تتضمنها من مقدمات الدستور¹، وقد تبلور هذا الاختلاف في ثلاث اتجاهات:

➤ الاتجاه الأول.

يرى بانه لا قيمة قانونية او دستورية لمثل هذه المبادئ وهي مجرد مبادئ فلسفية وأخلاقية لها قيمة ادبية ومن ثمة فإنها لا تتدرج في السلم القانوني للدولة وهي لا تفرض أي التزامات قانونية على اية سلطة من السلطات الثلاث في الدولة.

➤ الاتجاه الثاني.

يرى ان هذه المبادئ لها قيمة قانونية وبالتالي فهي تشكل عنصرا أساسيا في الدولة وتفرض التزامات قانونية على السلطات العامة في الدولة الا ان انصار هذا الاتجاه لم يتفقوا فيما بينهم حول الدرجة او المرتبة القانونية التي تتمتع بها هذه المبادئ.

حيث فريق منهم يرى بانها تتمتع بمرتبة قانونية اعلى من تلك التي يتمتع بها الدستور لأنها تحتوي على اسس وتوجهات تعبر عن الارادة العليا للدولة والتي يجب الالتزام بها.

اما الفريق الاخرى فيرى بأن قيمتها تتساوى مع القيمة القانونية للنصوص الدستورية لما بينهما من ارتباط لأنها في النهاية تعبر عن الارادة العامة للدولة وان اختلفت في الشكل الذي تكون عليه²، وهي اذن توضع في نفس مرتبة الدستور.

وهناك فريق آخر يرى أنها تتمتع فقط بقيمة قانونية تعادل قيمة التشريعات العادية على أساس انه لو أريد لها ان تتمتع بنفس قيمة النصوص الدستورية .

➤ الاتجاه الثالث.

يرى ان هذه المواثيق لا تتمتع الا بقيمة ادبية فقط وهي ايضا ليست سوى مجرد قيمة فلسفية وسياسية وهي لا تعتبر قواعد قانونية بالمعنى الصحيح كما انها تعتبر نصوص قانونية ملزمة بذاتها وصالحة لإنشاء مراكز قانونية، كما ان هذا الفريق انقسم حول المرتبة القانونية التي تتخذ

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 23، 24.

² - أنظر : نفس المرجع، ص 27.

مجرد شكل قواعد قانونية محددة وواضحة المعالم إذ ذهب إتيان إلى القول بأنها تأخذ جميعها قيمة وقوة إلزام النصوص الدستورية¹، وبالتالي فهي تتمتع بما يتمتع الدستور من حصانة في مواجهة البرلمان.

بينما ذهب فريق آخر إلى التمييز بين القواعد القانونية التي تتضمنها إعلانات حقوق الإنسان والمواثيق الوطنية وتلك التي تتضمنها مقدمات الدستور (الدباجة)، حيث يرى أن إعلانات حقوق الإنسان تتمتع بقيمة قانونية اسمى من تلك التي تتمتع بها النصوص الدستورية، أما بالنسبة للقواعد التي تتضمنها مقدمات الدستور فلها نفس المرتبة والقيمة بالنسبة للدستور، وحسب الدكتور رمضان محمد بطيخ في كتابه القضاء الإداري يؤيد الاتجاه الثالث وإن كان يفضل بخصوص التفرقة التي قيل عنها حول ما تتضمنه إعلانات الحقوق والمواثيق الوطنية من قواعد قانونية وما تتضمنه مقدمات الدساتير من تلك القواعد وذلك لاتفاق الحجج التي استند إليها أنصار هذا القول مع المنطق والواقع، فإعلانات الحقوق تتضمن في الواقع مبادئ أساسية مستقرة في الضمير الإنساني ومن ثمة يجب أن تسمو على النصوص التي يتضمنها الدستور الوضعي، كما أن مضمونها تختلف عن مضمون الدستور لأن الدستور يتضمن المبادئ الأساسية والأهداف العامة كما يرسم الإطار العام للنظام السياسي والاقتصادي والاجتماعي للدولة، أما إعلانات حقوق الإنسان تتضمن القواعد التفصيلية المنظمة للسلطات على ضوء الأهداف وهو ما يجعلها أقل من الدستور.

الفرع الثاني: المعاهدات.

إن الإدارة تلتزم باحترام المعاهدات الدولية أو القرارات التي تخرج عن إطارها التي لا بد أن تكون مطابقة لها وإن تستوفي جميع الشروط فموقف المشرع الجزائري كان صريحا واعتبر أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية تسمو على القانون فبالرجوع إلى نص المادة

¹ - انظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 27.

132 من دستور 1996 والتي تنص على ان المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون.

الفرع الثالث: التشريع العادي (القانون).

يعتبر التشريع العادي مصدرا من مصادر القانون بصفة عامة و القانون الإداري بصفة خاصة ويقصد بالتشريع العادي مجموعة القواعد القانونية التي تقرها السلطة التي تختص بصلاحيات التشريع العادي وهي السلطة التشريعية هدفها تحديد الاوضاع السياسية والاقتصادية والاجتماعية و الثقافية في الدولة والتي لا بد ان تتصف بالعموم والتجريد وذلك حتى يسود مبدأ المشروعية وبالتالي دولة القانون . والتشريع العادي يحتل المرتبة الثانية بعد الدستور الامر الذي يفرض على السلطة التنفيذية العمل في نطاقها ووفقا لأحكامها والا كانت تصرفاتها عرضة للإلغاء او التعويض.

ومن هنا فان السلطة التشريعية بالنسبة للجزائر مكونة من البرلمان بغرفتين¹ (المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة) المخولة بسن القوانين وتقوم بتشريع قوانين بموجب قوانين عادية واحيانا بموجب قوانين عضوية، حيث ان المواضيع التي يتم سنها بموجب قانون عادي تكون اقل اهمية من المواضيع التي يتم سنها بموجب قانون عضوي لأن التشريع بموجب قانون عضوي يتعلق بمواضيع ذات اهمية كبيرة ويتعلق بالمسائل الجوهرية كالجانب السياسي او العسكري او الإعلامي و تحتل هذه القوانين مكانة وسطى بين الدستور و القوانين العادية ، ظهر هذا القانون لأول مرة في ظل دستور 1996 كما تختلف عن القوانين العادية بكونها تخضع للمصادقة عليها الى الأغلبية المطلقة للنواب و أغلبية ثلاثة أرباع لأعضاء مجلس الأمة كما يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره. فمن أمثلة التشريع بموجب قانون عادي: قانون الوظيف العمومي، القانون المدني، قانون نزاع الملكية من

¹ - أنظر : نص المادة 122 من دستور 1996.

أجل المنفعة العامة.... الخ وهذا ما نصت عليه المادة 122 من دستور 1996 أما بالنسبة للقوانين العضوية فتتعلق مثلاً بالقانون المتعلق بالانتخابات، بالإعلام.. الخ¹

لكن ما يمكن قوله انه اذا كان الاصل في التشريع هو السلطة التشريعية الا ان هناك استثناء على القاعدة اين يجوز للسلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية التشريع لكن بموجب اوامر وذلك في الحالة الاستثنائية او في الظروف العادية، حيث تم تنظيم هذه الأوامر في أول دستور جزائري سنة 1963 حيث نصت المادة 158 منه على أنه: (يمكن لرئيس الجمهورية أن يطلب الى المجلس الوطني أن يفوض له لفترة زمنية محددة حق اتخاذ إجراءات ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء و تعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر) من هنا فإن التشريع بالأوامر من طرف رئيس الجمهورية يتم من خلال:

- تفويض من البرلمان له ذلك
- أن يتم اتخاذ الأوامر في مجلس الوزراء
- لها نفس القيمة القانونية للتشريع الصادر من البرلمان
- لا بد من عرض الأوامر على السلطة التشريعية خلال فترة ثلاثة أشهر للمصادقة عليها.

¹ - أنظر نص المادة 123 من دستور 1996 والتي تنص على أنه: "إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور، يشرع البرلمان

بقوانين عضوية في المجالات الآتية:

-تنظيم السلطات العمومية، وعملها.

- نظام الانتخابات،

-القانون المتعلق بالأحزاب السياسية.

-القانون المتعلق بالإعلام.

-القانون الأساسي للقضاء، والتنظيم القضائي.

-القانون المتعلق بقوانين المالية.

-القانون المتعلق بالأمن الوطني.

تتم المصادقة على القانون العضوي، بالأغلبية المطلقة للنواب وبأغلبية ثلاثة أرباع (4/3) أعضاء مجلس الأمة.

يخضع القانون العضوي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور من طرف المجلس الدستوري قبل صدوره".

كما نظم المؤسس الدستوري مسألة التشريع بموجب أوامر ضمن المادة 153 من دستور 1976 إذ نصت: (الرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة أخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة). أما بالنسبة لدستور 1989 فلم ينظم المشرع الجزائري هذه المسألة ربما كان سهوا منه أو ربما كان ذلك لاعتبارات قانونية وسياسية¹

و رجوعا الى دستور 1996 فقد نظم المؤسس الدستوري مسألة الأوامر ضمن المادة 124 منه و التي نصت على أنه : (الرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان و يعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها . تعد لآغيه الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان. يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 93 من الدستور.

تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء).

و هناك نوع آخر من التشريع وهو التشريع الفرعي و المقصود به ذلك التشريع الذي يصدر من السلطة التنفيذية و ينقسم الى ثلاثة أنواع:

1 اللوائح التنظيمية أي المراسيم الرئاسية : نصت عليها المادة 125 من دستور 1996 على ما يلي: "يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون." ويسمى هذا النوع من اللوائح باللوائح التنظيمية او المستقلة، على أساس أنها لوائح تصدر من قبل رئيس الجمهورية خارج المجال التشريعي المنصوص عليه في المادة 122 من نفس الدستور.

¹ أنظر: د. بن زاغو نزيهة محاضرات في المبادئ الأساسية للقانون الدستوري، جامعة الجزائر كلية الحقوق، بن عكنون السنة الجامعية 2012. 2013،

- 2** اللوائح التنفيذية أي المراسيم التنفيذية : حيث انه تضيف الفقرة الثانية من المادة 125 على انه: "يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود لرئيس الحكومة"، ويقصد باللوائح التنفيذية وهي تلك المراسيم التي تصدر من الوزير الأول تنفيذا للقانون على اساس ان موضوعها هو تنفيذ القانون.
- 3** لوائح الضبط أو البوليس : تضعها السلطة التنفيذية بقصد المحافظة على النظام العام بأوجهه الثلاثة (الأمن العام، السكنية العامة، الصحة العامة).

المطلب الثاني: المصادر غير الرسمية (غير مكتوبة).

الفرع الأول: العرف.

يعرف العرف لغة: بانه القيام بسلوك معين وتكراره بصفة معينة، أما اصطلاحا يقصد به اعتياد السلطة الإدارية بتصرف أو سلوك معين لفترة زمنية طويلة مع الشعور والاعتقاد بالزاميته. فهكذا فان للعرف ركنان (ركن مادي و ركن معنوي) فالركن المادي يتمثل في اعتياد السلطة الادارية باتخاذ تصرفا او سلوكا معيناً يشترط فيه ان يكون لفترة زمنية طويلة اما الركن المعنوي فهو الشعور بالزاميته، والعرف يعتبر المصدر الأول بل أقدم مصادر القانون وبالتالي المشروعية، واذا كان قد تراجع عن دوره ولم يعد يحتل ما كان عليه في الماضي، والعرف الإداري اذن بتعريفه هذا لابد اذن ان يكون صادرا من السلطة الإدارية في الدولة او من الهيئات المركزية او اللامركزية .

و يشترط في العرف الاداري لكي يكون ملزما للإدارة توافر شرطان أساسيان هما:

- 1- أن يتم تطبيقه بصفة دائمة ومنتظمة لأنه سبق وان قلنا ان العرف الإداري هو ان تسير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة بحيث تصبح القاعدة التي تلزمها بمثابة القانون المكتوب¹.

¹ - أنظر: د. سليمان الطماوي، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي مصر ، الكتاب الأول، 2004 ص 709 .

2- لا يجوز ان يخالف العرف قاعدة مكتوبة، وإذا كان المشرع قد نص على ان العرف كمصدر للقانون غير انه من حيث تدرج القاعدة القانونية يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع وفي مرتبة ادنى من القرارات الادارية اذا كان عرفا اداريا ، ومن هنا فان الإدارة تستطيع التخلي عن العرف السائد واستبداله بعرف اخر او العدول عنه إذا اقتضت مصلحة العمل ذلك.

وبالرجوع الى المشرع الجزائري يتبين لنا أن العرف مصدرا من مصادر القانون اذ نصت المادة الاولى من القانون المدني الجزائري على : " انه إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، وان لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة.

الفرع الثاني: المبادئ العامة للقانون الإداري.

يقصد بهذه المبادئ مجموعة من القواعد القانونية غير المكتوبة يكشفها القضاء تقوم هذه المبادئ بتجسيد الأفكار الفلسفية والقيم الاجتماعية القائمة في ضمير الجماعة ،حيث يلجأ إليها القاضي عندما لا يجد حلا للنزاع المطروح أمامه في النصوص التشريعية و يقوم باستتباط الحل منها ومنه بقوة في احكامه فيكتسب بذلك القوة الالزامية ،فأن المبادئ العامة للقانون هي القانون الطبيعي او قواعد العدالة وهذا حسب ما جاء في نص المادة الاولى من القانون المدني ،فهذه القواعد غير مدونة مستقرة في ذهن وضمير الجماعة ودور القاضي هو الكشف عنها وهي لا تحتاج الى نص يقرها¹ ، ومن امثلتها:

-مبدأ المساواة بين جميع المواطنين امام القانون.

-مبدأ حق الدفاع ،اذ تذكر محكمة القضاء الاداري المصري انه: "من المسلم به كأصل غير قابل لأي جدل، ان كل إنسان له الحق في المطالبة بحقه او الدفاع عنه والتناضي بشأن، هذا الحق مستمد من المبادئ العليا للجماعة منذ وجدت ولم يخلو دستور من دساتير العالم من النص عليه وتوكيده".

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ 'نفس المرجع السابق' ص 41.

-مبدأ عدم رجعية الأعمال الإدارية (تحدث أثارها في المستقبل وليس في الماضي).

أولا : مصدر المبادئ العامة للقانون

لقد قلنا سابقا ان المبادئ العامة للقانون ليست من صنع القضاء انما فقط يقوم باكتشافها واستنباطها زيادة على ذلك فان هذه المبادئ موجودة اصلا في ضمير الناس و ما على القاضي سوى الكشف عنها ومن ثمة لا يمكن التسليم بما ذهب اليه البعض من رجال الفقه من ان دور القضاء هنا لا يقف عند حد الكشف عنها وتقديرها وانما يصل دوره الى حد ابتكار هذه المبادئ وانشاءها، إذن مصدرها لا يكمن في القضاء خاصة انه ليس من اختصاص القضاء القيام بعمل يدخل في اختصاص المشرع ولو حدث ذلك كان هذا اعتداء على الهيئة التشريعية وكان العمل باطلا لا يصح ان ينتج اثار قانونية في مواجهة السلطات او الافراد.

ثانيا: المركز القانوني للمبادئ العامة للقانون.

ان كان الامر واضحا بالنسبة لتدرج مصادر القانون حيث لا بد على الادارة ان تقوم باحترام احكام الدستور عند اصدار تصرفات ثم احكام التشريع العادي ثم اللوائح والقرارات التنظيمية حتى الوصول الى ادنى قاعدة، فمثلا القرار الفردي يجب ان يكون مطابقا لللائحة واللائحة يجب ان تصدر في اطار القانون والقانون يجب ان يحترم الدستور، فان الامر ليس كذلك بالنسبة للمبادئ العامة للقانون و كان هناك اختلاف فقهي في خصوص تحديد مرتبتها القانونية بالنسبة لباقي القواعد القانونية.

أ:الاتجاه الاول.

حيث ذهب هذا الاتجاه للقول ان مرتبة المبادئ العامة للقانون تتعادل ومرتبة التشريعات العادية مستندا في ذلك ان هذه التشريعات هي وسيلة التعبير الاولى عن القواعد القانونية ومن ثمة لا

يجوز ان تعلوها المبادئ العامة التي يقررها القضاء ويجب على الادارة عدم احترام قوة الزام المبادئ القانونية العامة الا في حالة عدم تعارض تلك المبادئ مع التشريعات العادية صراحة فاذا وجد نص تشريع معارض لها فان الاولوية تكون للتشريع .

و يرى مجلس الدولة الفرنسي ان المبادئ العامة للقانون تعد في مرتبة متساوية للتشريعات الصادرة من البرلمان من ثمة فهي وان كانت ملزمة للإدارة فيما تتخذه من لوائح وقرارات فردية الا انها ليس كذلك، بالنسبة للمشرع الذي يستطيع تعديلها او الغائها ،ومسلك مجلس الدولة الفرنسي في ذلك منطقيا على اساس انه لا يعطي لنفسه الحق في رقابة دستورية القوانين الامر الذي يترتب عليه ان التشريعات العادية تكون في نظره دائما واجبة التطبيق والاحترام¹.

ب: الاتجاه الثاني.

يرى هذا الاتجاه أن المبادئ القانونية وان كانت ملزمة للإدارة مثل القواعد القانونية الا انها تعتبر في مرتبة ادنى من التشريعات العادية وتكون إذن قوتها القانونية اقل من قوة التشريع الذي يقوم بوضعه البرلمان لذلك سمو قوة التشريعات العادية على قوة المبادئ العامة للقانون.

ج: الرأي الثالث.

يفرق بين ما إذا كانت المبادئ العامة للقانون مستتبطة ومستخلصة من أصول قواعد الدستور أو من مجموعة التشريعات العادية، ففي حالة ما إذا كانت مستتبطة من قواعد دستورية وجب اعتبار هذه المبادئ متماثلة في قوتها الإلزامية والنصوص الدستورية.

الحالة الثانية ما اذا كانت مستتبطة من التشريعات العادية فلا يجوز ان تجعل لهذه المبادئ قوة اكبر من التشريع العادي الذي استمدت كيانها منه ،ومن ثمة وجب اعتبارها مماثلة من حيث القوة الالزامية للقانون العادي فلا تعدل الا بنص تشريعي.

فاذا دققنا في الرأيين الاوليين يتبين لنا انهما لا يختلفان فيما بينهما الا من حيث الشكل، أما بالنسبة للمضمون فهو واحد أي قوة الزام التشريعات العادية تفوق قوة الزام المبادئ العامة للقانون لكن ما يعيب على هذا الاستخلاص انه قد يكون صحيح فقط لبعض المبادئ العامة للقانون

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 49.

وليس كلها على اساس اننا قلنا ان مصدرها هو ضمير الجماعة وبالتالي القيم الأخلاقية والفلسفية التي لا يستطيع المشرع مخالفتها كالأصول الدينية او قواعد الحرية والمساواة التي تمثل حقوق طبيعية لصيقة بالإنسان.

فا لاتجاه الثالث فهو الراجح فقط فيما انتهى اليه من ان المبادئ العامة للقانون المستتبطة والمستخلصة من القواعد الدستورية انما تكون لها قيمة قانونية اعلى من تلك التي تتمتع بها التشريعات العادية ومن ثمة لا يجوز مخالفتها، اما فيما يخص المبادئ العامة المستتبطة من مجموعة القواعد التشريعية التي تحكم المجتمع في زمن معين فاذا كانت ملزمة بالنسبة للإدارة الا انها تلي في درجتها وقوتها القانونية التشريعات العادية مادامت أن هذه التشريعات تستطيع تعديلها وإلغائها ولا تستطيع هذه المبادئ مخالفة التشريعات.

وفي الاخير ما يمكن استنتاجه انه لا توجد مبادئ عامة للقانون في ذات مرتبة التشريعات العادية فهي اما ان تكون اسمى منها اذا استتبعت من قواعد دستورية مرتبة او اذا استتبعت من القواعد العادية، ولكن في جميع الاحوال يجب على الادارة احترامها عندما تتخذ لوائح او قرارات فردية والا كانت هذه اللوائح مخالفة للقضاء .

المبحث الثاني : الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية.

يقوم مبدأ المشروعية على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة باحترامها خلال تصرفاتها وهي تفرض عليها قيود لصالح الأفراد غير أن حماية الحرية الفردية يجب أن يتمشى مع حاجياتهم إلى نوع من الحرية تضمن حسن سير الإدارة حتى لا تتسم بالطابع الآلي الروتيني ولهذا منح المشرع بعض الامتيازات تستهدف مبدأ المشروعية بمنح الإدارة قدر من الحرية وقد تتبلور هذه الامتيازات في صور أهمها موازنة سلطة التقديرية سلطة الحرب والظروف الاستثنائية، أعمال الحكومة أو أعمال السيادة وهذا ما سنتعرض إليه في المباحث التالية :

المطلب الأول: نظرية السلطة التقديرية.

الفرع الأول: مضمون النظرية.

تعتبر نظرية السلطة التقديرية ضابط من ضوابط فكرة تطبيق الدولة القانونية ومبدأ المشروعية بصورة واقعية ومرنة لتحقيق أهداف لتطبيق هذا المبدأ وهي حماية حقوق وحريات الأفراد مع حماية المصلحة العامة ، وفي ذات الوقت إعطاء السلطات الإدارية (السلطة التنفيذية) قدرا من الحرية والملائمة لتكييف الأعمال الإدارية مع معطيات وتغيرات الواقع ، فتعرف السلطة التقديرية بأنها حق السلطات الإدارية في التمتع بحرية التصرف في عنصر من عناصر وأركان التصرف أو أكثر وذلك من أجل ملائمة الأعمال الإدارية من الناحية الزمانية والمكانية والفنية لتحقيق المصلحة العامة بصورة أفضل خاصة وأن الإدارة ليست بالآلة الصماء بل تتكون من أفراد يواجهون متغيرات وظروف تقتضي مواجهتها ، حيث تقوم بمواجهة كل حالة وفقا لظروفها الخاصة من اجل التمكن من تحقيق المصلحة العامة ومن هنا ولدت السلطة التقديرية التي تعتبر من الأفكار الاساسية التي يقوم عليها القانون العام الحديث.

كما أن نظرية السلطة التقديرية التي منحها المشرع للإدارة بقدر من حرية المرونة، فيكون للإدارة ملائمة التصرف و إختيار الوقت المناسب لاختيار القرارات¹.

و السلطة المقيدة او الاختصاص المقيد عكس السلطة التقديرية او الاختصاص التقديري فالسلطة المقيدة يعني حرمان السلطات الإدارية المختصة من حرية التصرف والتقدير عند القيام بأعمالها و ذلك عندما يتدخل التنظيم القانوني السابق بحصر جميع اركان التصرف وعناصره بصورة تفصيلية والزامية(مثلا: إجراء مسابقة).

لكن عندما يترك التنظيم القانوني السابق التصرف الاداري في عنصر من عناصر التصرف او اكثر بدون تنظيم تفصيلي وسابق فان حرية التقدير والملائمة للإدارة تتعقد وبالتالي معيار السلطة التقديرية يعني مدى تخلف التنظيم القانوني السابق لأركان التصرف، فالسلطة التقديرية ضرورية لأنه من المستحيل تنظيم الإدارة بقواعد القانون تفصيلا و المشرع لا يكون على صواب إذا حاول

¹ - أنظر: ملئقى القضاة، الغرفة الجهوية، نفس المرجع السابق، ص125.

مواجهة كل المواقف و يجب عليه أن يخول الإدارة المقدرة على التدخل دون قيد حينما تضطرها الظروف.

الفرع الثاني: مجال السلطة التقديرية.

نقصد بمجال السلطة التقديرية الأركان أو العناصر التي يمكن أن تتمتع في نطاقها الإدارة العامة بالسلطة التقديرية و الملائمة في إتخاذ قرار إداري معين ويكون في ركن السبب والمحل و الهدف، بمعنى الأركان الداخلية للقرار الإداري.

أولاً: ركن السبب.

هو الدافع المادي الخارج عن نطاق وإرادة المسؤول على اتخاذ القرار الإداري والذي يدفعه الى هذا التصرف، فالقرار القاضي بإعادة إسكان مواطنين بلدية باب الواد بعد الفياضانات كان سببه هذه الفياضانات والتي هي دافع خارجي لاتخاذ اجراء اعادة الاسكان، وقد يكون السبب سببه واقعة مادية كواقعة الفيضانات او واقعة قانونية كارتكاب الموظف خطأ تسبب في طرده ، والسبب قد يكون مشروعاً وقد يكون غير مشروعاً. والمشرع لا يلزم الإدارة بتسبيب قراراتها مما يصعب على مهمة القاضي في رقابة مدى مشروعيتها.

ثانياً: ركن الغاية.

هو الهدف والأثر البعيد والنهائي وغير المباشر الذي تستهدفه الإدارة من تصرفاتها القانونية وقراراتها الإدارية فالغاية يعني تحقيق المنفعة العامة مثلاً: الهدف من سحب رخصة السياقة هو الحفاظ على النظام العام.

رابعاً: ركن المحل.

الأثر القانوني المباشر والهدف القريب المترتب على اتخاذ قرار إداري، فالمحل في تعيين موظف هو ربط العلاقة بين الموظف الجديد والإدارة التي وظفته.

اما الاركان الخارجية للقرار الاداري كركن الاختصاص و ركن الشكل والاجراءات فلا مجال للسلطة التقديرية فيها، ويقصد بالاختصاص صلاحية السلطة الادارية في اتخاذ قرار اداري معين، وقد يكون الاختصاص إما بالتفويض أو التوقيع.

ويقصد بالتفويض:

هو ذلك العمل الإداري يقوم بموجبه المفوض بدل المفوض بالعمل بناء على نص قانوني يمنح صاحب الاختصاص هذا الحق دون أن يلزم به فالمختص مجبر بين أن يفوض أولاً يفوض اختصاصه ولا يشترط لصاحب الاختصاص أن يكون غائباً فتفويض الاختصاص يبرره كثرة الأعباء بالنسبة لصاحب الاختصاص، وهو نوعان :

- تفويض بالاختصاص: يقوم به صاحب الاختصاص وتحت مسؤوليته

- التفويض بالتوقيع: لا يشمل إلا على التوقيع والمصادقة على وثائق.

أولاً: شروطه.

- ألا يكون الا بنص قانوني ،حيث نصت المادة 87 من قانون رقم 10.11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية على أنه : " في إطار أحكام المادة 86 أعلاه ، يمكن رئيس المجلس الشعبي البلدي و تحت مسؤوليته ، تفويض إمضائه للمندوبين البلديين و المندوبين الخاصين و الى كل موظف بلدي قصد :

استقبال التصريحات بالولادة والزواج و الوفيات".

-أن يكون بطلب من المفوض.

-لا يكون إلا جزئياً.

➤ الإنابة: تعتبر الإنابة شكل من أشكال تنازل صاحب الاختصاص الاصلي عن اختصاصه لصالح شخص اخر هو النائب.

و يشترط في الانابة:

- أن يكون هناك نصا قانونيا ينص عليها صراحة.
- غياب إستحالة قيام الاصيل باختصاصه لعذر خاص وقانوني.
- تكون الانابة كلية.

وفي الأخير ما يمكن استنتاجه أن نظرية السلطة التقديرية لا تعتبر استثناءا على المبدأ وإنما هي مخففا وملطفا لهذا المبدأ حتى يطبق بصورة واقعية ومرنة اذ تضاف نظرية السلطة التقديرية الى مصادر مبدأ المشروعية خاصة وان السلطة التقديرية التي تمارسها السلطات الادارية هي دائما مقيدة بتحقيق هدف المصلحة العامة بصورة مرنة وواقعية

المطلب الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية (نظرية سلطات الحرب).

تعتبر وسيلة من وسائل التحكم في تطبيق مبدأ المشروعية بصورة واقعية ومرنة وبهدف المحافظة على المصلحة العامة في مختلف معانيها يمكن تعريفها بانها الحالة القانونية التي تجد فيها الدولة نفسها امام مخاطر جسيمة ومحدقة تهدد كيانها و وحدتها الترابية والوطنية و الترابية أو تهدد نظامها الاقتصادي و الاجتماعي والسياسي أو تعطيل مؤسساتها الدستورية أو إستقلاله، بحيث لا يمكن ردع هذه المخاطر الا بالتضحية بالأوضاع العادية وبمبدأ المشروعية، و التحرر من مبدأ المشروعية يتم وفقا لأحكام قانونية واحيانا بموافقة القضاء الإداري، وضع هذه النظرية مجلس الدولة الفرنسي وبالتالي بعض القرارات الادارية غير مشروعة في الظروف العادية يعتبرها القضاء الإداري اذا ما ثبت انها ضرورية لحماية النظام العام مشروعة في الظروف الاستثنائية.

الفرع الأول: ما هي الظروف الاستثنائية.

أوضح مثال على الظروف الاستثنائية هو ظرف الحرب فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي اسس النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى ، كما انه طبقها للمرة الثانية أثناء الحرب العالمية الثانية، ومن هنا سميت باسم سلطات الحرب لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بنظرية ظروف

الحرب مثالا للظروف الاستثنائية التي يتعرض لها المجتمع ولهذا سحب مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية الى فترة الشدة التي عقت الحريين العالميتين لاعتبارها من اثار الحرب وطبقها ايضا في الاوقات العصيبة التي يتعرض لها المجتمع في وقت السلم او اذا هددت الدولة بإضراب عام.

الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الاستثنائية.

هناك شروط شكلية وشروط موضوعية.

أولاً: الشروط الموضوعية

من أهم الشروط الموضوعية:

1- استخدام الإدارة للسلطات الاستثنائية يستلزم قيام حاله شاذة غير مألوفة كحالته الحرب او قيام ثوره أو حدوث فيضان.

2- أن يتعذر مواجهه الظرف الاستثنائي بقواعد المشروعية العادية فإذا كان للإدارة القدرة علي مواجهه الظرف الاستثنائي بالقوانين العادية فلا يسمح لها بإجراءات استثنائية.

3- يجب أن يترتب على الظرف الاستثنائي تعريض المصلحة العامة والأمن الوطني للبلاد للخطر وبالتالي فإن القاضي يحكم بمشروعيه تصرف الإدارة إذا تبين أن هناك خطر جسيم يهدد البلاد.

4- أن تقدر الضرورة بقدرها بمعنى ألا تتجاوز الإدارة في الإجراءات الاستثنائية إلا بالقدر اللازم لمواجهه الظرف الاستثنائي.

الشروط الشكلية :

لقد نصت المادة 93 الفقرة الثانية من دستور 1996 على أن تقرير الحالة الاستثنائية لا تتخذ الا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة و المجلس الدستوري و الاستماع الى المجلس الأعلى للأمن و مجلس الوزراء.

الفرع الرابع: النتائج التي يترتبها القضاء على نظرية الظروف الاستثنائية.

إذا ما تحققت ظروف يعتبرها مجلس الدولة استثناء فان بعض القرارات غير المشروعة في الظروف العادية تصبح مشروعة وبالتالي يرفض إلغائها إذا كانت لازمة لتأمين النظام العام والسير الحسن للمرافق العامة مثال: حكم مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية قرارا صادرا من المحافظ يوقف فيه رئيس البلدية مع تجاهل الشروط الشكلية نظرا لما أحاط بقرار الوقف من ظروف استثنائية.

كذلك رفض الغاء قرارات معيبة ببعض العيوب للسبب نفسه، مثل لوائح بوليس تتضمن قيود أكثر مما تسمح فيه لسلطات البوليس في الظروف العادية كالحجز أو الطرد، هناك امثلة كثيرة صادرة عن مجلس الدولة الفرنسي بسلامة القرارات الإدارية الصادرة بالامتناع عن تنفيذ الأحكام القضائية واجبة النفاذ فاذا كان الطرد يعقد الأزمة أو يحدث ضرار للبلاد يمكن أن تحجم عن تنفيذه.

الفرع الخامس: أثار نظرية الظروف الاستثنائية.

- 1- تعطيل مصادر مبدأ المشروعية العادية .
- 2- تجميد الدستور في بعض أحكامه وبالتالي لا يمكن إلغاؤه أو تعديله خلال الظروف الاستثنائية.
- 3- تعديل مبدأ الفصل بين السلطات بحيث تتركز أغلب السلطات في يد رئيس الجمهورية.
- 4- وضع الكثير من القيود المشددة على حريات وحقوق الإنسان وبالتالي يجوز القبض على المشتبه فيه وتفتيش المنازل وحظر التجول.
- 5- التأثير على النظام الرقابي العادي السائد في الدولة بحيث تتجسد كل أنواع الرقابة إلى إجراءات الظرف الاستثنائي وتخضع الإدارة في ممارستها لسلطات الظروف الاستثنائية إلى رقابة القضاء.

6- قد يؤدي لجوء الإدارة إلى استخدام سلطات الظروف الاستثنائية إلى إلزامها بتعويض الضرر بسبب إجراءاتها التي تتخذها على هذا الأساس (المسؤولية على أساس المخاطر).

الفرع السادس: مدى قابلية نظرية الظروف الاستثنائية للتنظيم القانوني المسبق.

هناك اتجاهين، بحيث اتجاه يرفض خضوع نظرية الظروف الاستثنائية للتنظيم القانوني السابق، و آخر يقبل تنظيمها أي اتخاذ تنظيم قانوني سابق.

أولا :اتجاه يرفض تنظيم النظرية بصورة مسبقة .

هذا الاتجاه يرفض فكرة التنظيم المسبق لنظرية الظروف الاستثنائية وذلك بسبب:

- أن النظرية هي بطبيعتها ترفض التنظيم المسبق لها لأنها غير متوقعة واستثنائية ولو أمكن توقعها لأصبحت ظروف عادية.

ثانيا: اتجاه يقبل فكرة تنظيمها بصورة مسبقة.

إن هذا الاتجاه يقر بقابلية نظرية الظروف الاستثنائية لتنظيم المسبق، وذلك من اجل مساعدة السلطات المختصة بإجراءات الظروف الاستثنائية في ضبط أعمالها خلال تطبيق هذه النظرية حتى لا تتحرف وحتى يمكن مراقبة السلطات المختصة بالظروف الاستثنائية، وتضبط صلاحياتها الاستثنائية بواسطة قواعد قانونية مسبقة غالبا ما تكون دستورية.

وبالرجوع الى موقف المشرع الجزائري في هذه المسألة، أخذ بالاتجاه الثاني والذي يقر الى خضوع نظرية الظروف الاستثنائية للتنظيم القانوني السابق، وقد تحددت هذه الفكرة سواء بالنسبة للدستور الجزائري لسنة 1989 او دستور 1996¹.

¹ - أنظر : المادة 93 من دستور 1996.

المبحث الثاني: نظرية أعمال السيادة.

يقصد بها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها و لا تخضع إلا للرقابة السياسية من جانب الهيئة البرلمانية فقط في الدول التي تعتقد هذا النوع من الرقابة¹.

إن نظرية أعمال السيادة ثار حول طبيعتها القانونية والتمييز بينها وبين الأعمال الإدارية خلافا واسعا منها من اعتبرها انها تخضع لاعتبارات سياسية تتصل بأمن الدولة الداخلي والخارجي أي نظرية الباعث السياسي باعتبار ان العمل الصادر من السلطة التنفيذية يعتبر عملا حكوميا لا يخضع لرقابة القضاء متى كان باعث الحكومة في إصدارها مقصدا سياسيا هدفه هو حماية الحكومة من أعدائها في الداخل والخارج وفكرة الباعث السياسي ظهرت في قضاء مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الذي اصدره في قضية "لافيت" سنة 1822 بمناسبة تطبيق المادة 4 من قانون 1816/01/12 الذي كان ينص على استبعاد عائلة نابليون بونابارت من فرنسا مع حرمانها من التمتع بحقوقها المدنية ومن تملك أي مال ،فرفض مجلس الدولة الدعوى المرفوعة ضد قرار وزير المالية والذي قضى برفض مستحقات احد افراد هذه الاسرة، من المرتبات، وأسس مجلس الدولة حكمه على ان طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية تختص الحكومة وحدها بقرار الفصل فيها ،وقد تعددت الامثلة على ذلك ففي قضاء مجلس الدولة الفرنسي سواء فيما يتعلق بتنظيم الحقوق المدنية لأعضاء الاسرة المالكة المخلوعة، أو فيما يتصل بإجراءات الضبط الإداري المتعلقة بتنظيم نشاطها السياسي والحد منه ،خدمة لنظام الحكم الجمهوري ،لكن بعد ان تطور نظام القضاء المفوض سنة 1872 تراجع معيار الباعث السياسي ليحل محله معيارا جديدا يحاول ان يعتمد على الطبيعة الذاتية لأعمال السيادة وخلاصة هذا المعيار ان اعمال السيادة تتصل بأعمال الوظيفة الإدارية والتمييز بين اعمال الحكومة واعمال الإدارة، لكن وجه لهذا المعيار نقدا شديدا حيث سواء كانت الهيئة التنفيذية تبشر اعمال الوظيفة الحكومية او الادارية فهي لا تزال في كلتا الحالتين تقوم بأعباء وظيفتها التنفيذية باعتبارها هيئة تنفيذية.

¹ أنظر: سالم بن راشد العلوي، القضاء الإداري دراسة مقارنة ، مبدأ المشروعية ديوان المظالم ، مجلس الدولة المصري محكمة القضاء الإداري الطبعة الأولى دار الثقافة عمان ،2009، ص 54.

ثم ذهب فريق من الفكر الحديث الى محاولة جديدة للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال الادارة ومن اهم من نادى بها الاستاذ "سيللي" حيث جاء بفكرة الاعمال المختلطة (هناك علاقة مشتركة بين السلطات).

أي فكرة اعمال السلطة التنفيذية مختلطة بأعمال العلاقات الخارجية وبأعمال السلطة التشريعية، وقام هذا الأستاذ بتحديد نطاق فئة اعمال السيادة باعتبارها تضم مجموعة التصرفات التي تمارسها الهيئة التنفيذية في نطاق احد فروع القانون العام غير القانون الاداري، سواءا كان القانون الدستوري او القانون الدولي وحسب مجلس الدولة الفرنسي ذهب للقول:

1-التصرفات التي تديرها سلطات الاحتلال او السلطات الوطنية تنفيذا لأوامر صادرة اليها من سلطات الاحتلال يعني هذا التصرف يعتبر من اعمال السيادة.

2-التصرفات التي تجريها السلطات الفرنسية على ارض اجنبية باعتبارها سلطة حماية.

3-التصرفات التي تجريها السلطات المختصة بصفتها ممثلة للجمهورية الفرنسية في المجال الدولي كأجراء مفاوضات او عقد اتفاقيات او التوقيع على المعاهدات او التصديق عليها، اذن هذه التصرفات تصدر من السلطات باعتبارها شخصا دوليا في مجال القانون الدولي العام، لا تكون موضوعا لرقابة القضاء، زيادة على ذلك يضيف مجلس الدولة اذا قدمت الحكومة مشروع قانون الى البرلمان، وان تدعوا البرلمان الى الانعقاد او عقد دورة برلمانية خلال هذه الاعمال لا تزال اعمال تنفيذية بحكم طبيعتها ومصدرها الا ان السلطة التنفيذية لا تباشرها كشخص من اشخاص القانون الاداري وانما في نطاق القانون الدستوري باعتبارها احدى السلطات العامة الثلاثة تباشر في خصوصها نشاطا دستوريا بعيدا عن رقابة القضاء¹.

اذن مجلس الدولة الفرنسي اخذ بمعيار القائمة المحددة على سبيل الحصر وتكمن في:

1-علاقة السلطة التنفيذية بالتشريعية وهي:

-إصدار القانون.

¹ - المشرع الجزائري اخذ بمعيار الباعث السياسي في قضية(ي.ج.ب) ضد وزير المالية بخصوص اتخاذ السلطات الجزائرية قرار حول تبديل أوراق نقدية بقيمة 500 دج حيث مما جاء في قرار المجلس الاعلى بتاريخ 07-01-1984: ".....ومن المقرر كذلك ان اصدار وتداول وسحب العملة يعد من الصلاحيات المتعلقة بممارسة اعمال السيادة" كما جاء فيها ايضا: ".....ان القرار الحكومي المؤرخ في 08/04/1982 المتضمن سحب الاوراق المالية ذات فئة 500 دج من التداول، يكتسي طابع عمل من اعمال السيادة. كما ان قرار وزير المالية المؤرخ في 01-06-1982 المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالاستبدال خارج الاجل هو الاخر يكتسي نفس الطابع، وهما بهذه الصفة لا يقبل الطعن ضدتهما"

- حل البرلمان.
 - إيداع مشروع القانون.
 - إخطار المجلس الدستوري.
 - تشكيل الحكومة وتقديم استقالتها
 - 2- علاقة الدولة بالخارج:
 - المصادقة على الاتفاقيات الدولية.
 - المفاوضات الدولية.
 - ممارسة حق الحماية الدبلوماسية
 - حالة الحرب.... الخ.
- لكن هذه التحديد نسبيا فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الإداري.

الباب الثاني: الرقابة على أعمال الإدارة.

الفصل الاول: ماهية الرقابة على أعمال الإدارة.

تعرف الرقابة على أنها وسيلة للتحقق من أداء العمل مع ضمان حسن تنفيذ القوانين واللوائح الإدارية مع احترام الواجبات الوظيفية بمعنى التطبيق السليم للمشروعية الشكلية والموضوعية لأعمال الإدارة من أهم وسائلها: الإشراف، التفتيش، المتابعة، كتابة التقارير وفحص الشكاوى والتظلمات.

حيث تقسم هذه الرقابة إلى ثلاثة أنواع هي: الرقابة السياسية، الرقابة الإدارية، وأخيرا الرقابة القضائية، إلا أن دراستنا هنا ستقتصر على الرقابة الادارية والرقابة القضائية.

المبحث الاول: مفهوم الرقابة الإدارية.

هي تلك الرقابة التي يطلق عليها أيضا اسم الرقابة الداخلية أو الذاتية باعتبار أن الإدارة تراقب نفسها بنفسها وذلك عن طريق أجهزتها المتخصصة ومن ثمة تقوم بتصحيح ما تكشفه من اخطاء

وقعت في تصرفاتها وأفعالها¹ - أو عن طريق رفعها من طرف الافراد عن طريق تظلماتهم المرفوعة إلى الإدارة وذلك للمطالبة بسحب قراراتها أو إلغائها أو تعديلها أو استبدالها بتصرفات أخرى، و هي رقابة ذاتية إذ أن الإدارة تراقب نفسها بنفسها فتقوم بتصحيح ما تكشفه من أخطائها في تصرفاتها المختلفة أو ما يكشف عنه الأفراد في تظلماتهم المرفوعة إليها و ما يترتب عن ذلك من سحب هذه الأعمال أو إلغائها أو تعديلها و الهدف الأساسي للرقابة الإدارية هو تحقيق مصلحة الإدارة نفسها في المحافظة على حسن سير المرافق العامة و كفاءة تنفيذ القوانين و اللوائح و التزام حدودها و ضمانة نزاهة الموظفين و كفاءتهم كما تستهدف أيضا حماية حقوق و حريات الأفراد من اعتداء رجال الإدارة².

المطلب الاول: صور الرقابة الإدارية.

تتطلب كل من الادارة المركزية والادارة اللامركزية نوعا من الرقابة تمارسها الهيئات العليا على الانشطة الادارية التي تخضع لها الا ان اشكال وصور الرقابة تختلف من نظام الى اخر ،وتبقى الشكل المميز الاساسي لكل منهما، حيث ترتبط الرقابة الرئاسية بالنظام المركزي وفي المقابل فان الرقابة الوصائية ترتبط بالنظام اللامركزي³.

الفرع الاول :الرقابة الرئاسية.

هي تلك الرقابة التي تمارس من طرف سلطة رئاسية تتمثل في الرئيس اتجاه المروؤوس، فالرئيس له سلطة التوجيه للمروؤوس وإصدار التعليمات الملزمة كما له الحق في التعديل أو الإلغاء حتى الحلول، كما ان الرقابة الرئاسية تتجسد في مجموعة من الاختصاصات، يتمتع بها كل من الرئيس في مواجهة مروؤوسه من شأنها أن تجعل هؤلاء يرتبطون به برابطة التبعية و الخضوع، و ليست للسلطة الرئاسية إمتيازاً أو حقا مطلقا للرئيس و إنما هي اختصاص يمنحه القانون رعاية للمصلحة العامة و حسن سير المرفق العام.

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 97

² - أنظر: سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية و النظم المعاصرة ، مجموعة رسائل الدكتوراه، ص 320.

³ - أنظر: رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 97.

و تكون هذه الرقابة سابقة تأخذ بسلطة التوجيه والنصح بقصد تدريب الموظفين على شؤون أعمالهم واعانتهم على فهم القوانين واللوائح كما تأخذ هذه الرقابة شكل تعليمات وأوامر ومنشورات كما تكون رقابة لاحقة أي يكون للرئيس الإداري حق مراجعة تلك الأعمال والتصرفات والتعقيب عليها¹.

الفرع الثاني: الرقابة الوصائية le contrôle de la tutelle .

ويقصد بها مجموع السلطات المحددة التي يقررها القانون لسلطة عليا على أشخاص و هيئات السلطة اللامركزية وأعمالها وهذا كله بقصد حماية المصلحة العامة فبالنسبة للمشرع الإداري يطلق على هذه الرقابة مصطلح الوصاية الإدارية، وقد جرى العرف في فرنسا على إطلاق هذه العبارة على رقابة الدولة على الهيئات اللامركزية اما بالنسبة للفقهاء **جورج فودال** يرى أن عبارة " tutelle " قد أوسىء استعمالها لأنها تستخدم لتدل ليس على وسيلة إدارة أموال الأشخاص ناقصي الأهلية بل على الرقابة التي يباشرها ممثل الدولة إزاء تصرفات الهيئات اللامركزية من اجل احترام المشروعية، وصيانة المصلحة القومية في مواجهة المصالح المحلية واجتتاب إساءة الاستعمال الممكن حدوثه، كما ان التسمية لا تعبر عن المقصود نظرا للاختلاف الجوهرى بين نظام الرقابة الادارية و نظام الوصاية الموجودة في القانون الخاص والتي تقوم على اساس نقص الاهلية لان الهيئات اللامركزية تتمتع بالشخصية القانونية و هي بذلك مؤهلة لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بينما يرى جانب من الفقه انه يمكن الاحتفاظ باصطلاح الوصاية الإدارية على اساس ان القانون الاداري قد استعار كثيرا من مصطلحات القانون الخاص لكنها اكتسبت في القانون الاداري معنا مغايرا، وتكون هذه الرقابة على الهيئات عن طريق الايقاف، الحل و الذي يعتبر اخطر مظاهر الرقابة الوصائية الادارية، والرقابة على الاشخاص تتجسد في التوقيف، الاقالة، العزل او الطرد كما أن الرقابة تكون ايضا على الاعمال وذلك من خلال سلطة التعديل، حيث لا تحول سلطة الوصاية تعديل تصرفات وقرارات الهيئات اللامركزية لان هذا يمس باستقلالها

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 101.

فالسطة الوصية لها المصادقة أو الغاء اعمالها دون ادخال تغييرات عليها وذلك عن طريق تعديلها أو إستبدالها أو التصديق بالإضافة إلى الإلغاء و الحل، والرقابة الوصائية تعتبر رقابة مشروعة لا تكون الا بنص قانوني.

وقد سبق ان ذكرت ان الرقابة الوصائية تنصب، هذه الرقابة على الهيئات ذاتها أو تنصب على الأشخاص أو الاعمال وذلك عن طريق:

1/الرقابة على الهيئات: وتكون عن طريق:

أ-الإيقاف:يمكن للسطة الوصية طبقا للشروط والاجراءات القانونية التي تقوم بإيقاف وتعطيل نشاط وسير اعمال مجلس أو هيئة معينة مؤقتا طيلة فترة محددة وذلك لاعتبارات معينة.

ب-الحل:تختص السطة الوصية بحل المجالس اللامركزية هذا الحل لا يكون الا في المجلس ذاته ويعتبر هذا الاجراء من اخطر مظاهر الرقابة والوصاية الادارية هذا ما ادى بالمشرع بان يقيده وذلك بعدم جواز حل المجلس الشعبي الا في حالة الضرورة و بسبب:

-الإخلال الجسيم بواجباته .

-المخالفة الجسيمة للقانون.

-يجب ان يتم الحل بقرار من الجهة المختصة و ان يذكر فيه اسباب الحل،وحينئذ يتعين اجراء انتخابات لتشكيل المجلس الجديد خلال فترة معقولة يحددها القانون¹ .

2-الرقابة على الأشخاص: تمارس السطة الوصية رقابتها على الأشخاص الخاضعين للهيئة اللامركزية وتكمن أهم مظاهر هذه الرقابة في:

أ-توقيف العضو لمدة محدودة عن ممارسة المهام.

ب-الإقالة لأسباب عملية.

ج-العزل أو الطرد أو الفصل بسبب ادانته لارتكاب اعمال مخالفة للقانون.

¹ - أنظر : د.حسنين مصطفى حسين، نفس المرجع السابق، ص 21 .

3 - الرقابة على الأعمال:

أ- **سلطة التعديل:** لا تخول سلطة الوصاية تعديل تصرفات وقرارات الهيئات اللامركزية لأن هذا يمس استقلالها، فالسلطة الوصية لها المصادقة هذه المصادقة قد تكون صريحة أو ضمنية أو لها أن تلغي أعمال الإدارة اللامركزية دون إدخال تغييرات عليها وذلك عن طريق تعديلها أو استبدالها.

ب- **التصديق و الإلغاء:** إن القوانين المتعلقة بالإدارة اللامركزية تستلزم عرض قرارات ومداولات هذه الهيئة إلى السلطة الوصية قصد المصادقة عليها وهذا قبل تنفيذها بهدف رقابة مدى مشروعيتها، ورغم تصديق السلطة الوصية تبقى الهيئة اللامركزية متحملة كامل المسؤولية التي قد تترتب عن قراراتها كما يحق لتلك الهيئات الرجوع والتخلي عن تلك القرارات المصادقة عليها إذا ما قدرت ذلك¹.

وسلطة الإلغاء المخولة للسلطة الوصية بالنسبة لبعض قرارات الإدارة اللامركزية يمكن الطعن فيها أمام السلطات الإدارية سواء الطعن الولائي أو الرئاسي أو أمام الجهات القضائية الإدارية المختصة².

ج- **الحلول:** هناك حالات معينة يمكن للسلطة الوصية أن تحل مكان الإدارة المحلية للقيام بتصرفات هي من اختصاصات هذه الهيئة والحلول لا يكون إلا إذا ما ألزم القانون الإدارة اللامركزية القيام بعمل وتقاوست عنه رغم اعذارها وتبنيها³.

المطلب الثاني: مقارنة بين الرقابة الوصائية والرقابة الرئاسية.

الرقابة في النظام المركزي تقوم على أساس الخضوع والتبعية حيث للرئيس حق التعديل والإلغاء وحتى الحلول وليس للمرؤوس التعقيب على أعمال رئيسه بينما في النظام اللامركزي تقوم على أساس استقلال الهيئات اللامركزية وهي رقابة مشروطة لا تكون إلا بنص طبقا لقاعدة: "لا

¹ - أنظر: د. محمد الصغير بعلي، الإدارة المحلية الجزائرية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 25.

² - مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 أصبح هناك تظلم وحيدا وهو التظلم الولائي دون التظلم الرئاسي.

³ - أنظر: المادة 100، 101 من قانون رقم 10-11 المؤرخ في 22 جويلية 2011 المتعلق بالبلدية جريد رسمية رقم 12، المؤرخة في 03 يوليو 2011.

وصاية إلا بنص" إضافة إلى ذلك فإن الهيئات اللامركزية لديها الحق في التعقيب على الأفعال التي تتخذها السلطة الوصية، بينما في السلطة المركزية فالرقابة مفترضة فالوالي مثلا لا يتدخل في شؤون البلدية لممارسة الوصاية إلا طبقا للقانون بينما يتمتع بسلطات واسعة اتجاه رئيس الدائرة باعتباره مرؤوسه .

-لا يجوز للسلطات الوصية أن تصدر أوامر للهيئات اللامركزية وبالتالي ليس لها أن تعدل قراراتها إذا ما تمت المصادقة عليها.

-ليس للسلطة الوصية أن تحل محل المجالس المحلية في أداء العمل إلا فيما ورد بشأنه نص صريح.

-تسال الهيئات اللامركزية وحدها عن أعمالها ومسؤولياتها كاملة حتى بالنسبة للقرارات التي يشترط لنفاذها تصديق الحكومة المركزية والقرارات التي تصدرها السلطة المركزية بدلا من الهيئات اللامركزية استنادا إلى حق الحلول.

المطلب الرابع: طرق تحريك الرقابة الإدارية.

إن الرقابة الإدارية تتحرك تلقائيا، أي أن الإدارة تقوم بمراجعة أعمالها بنفسها أو بناء على تظلمات (التظلم الولائي، التظلم الرئاسي، و عن طريق لجنة مختصة) ، فالتظلم الإداري يعتبر مجرد إجراء إداري يوجه ضد قرار غير مشروع للإدارة المعنية من أجل إعادة النظر فيه بواسطة سلطات التعديل و التصحيح أو السحب أو الإلغاء بما يجعله أكثر شرعية و ملائمة و عدالة.

الفرع الاول: التظلم الولائي.

هو ذلك الالتماس الذي يقدمه صاحب الصفة والمصلحة امام مصدر القرار طالبا منه مراجعة القرار الذي اتخذه، أو تعديله أو إلغائه.

الفرع الثاني: التظلم الرئاسي.

هو ذلك الالتماس الذي يرفعه صاحب الصفة والمصلحة الى الجهة التي تعلق مصدر القرار طالبا منها مراجعة القرار الذي اتخذ مصدر القرار، أو تعديله أو إلغائه.

المبحث الثاني: مفهوم الرقابة القضائية.

هي تلك الرقابة التي تمارس من طرف الجهات القضائية على مختلف مستوياتها ودرجاتها وذلك عن طريق تحريك الدعاوى القضائية ضد أعمال الإدارة و هذه الرقابة لا تثار تلقائيا وانما من طرف الشخص الذي تضرر من جراء قرارا اداريا، حيث ان القاضي الاداري يمارس رقابة المشروعية دون ان تتعدى الملائمة الا باستثناءات اقراها مجلس الدولة الفرنسي، وتعتبر الرقابة القضائية من اكثر انواع الرقابة اهمية وفعالية لضمان احترام حقوق الافراد وحياتهم حيث تتولاها السلطات القضائية بما تتمتع به من نزاهة واستقلال والتي لا تباشر في كافة دول العالم بذات الاسلوب (الدول الانجلوساكسونية واللاتينية) ، فالرقابة القضائية على أعمال الإدارة تتمثل من أهم الضمانات فهي ضرورية في الظروف العادية و حتمية في الظروف الإستثنائية لضمان احترام الإدارة لكافة قواعد المشروعية بوجهها العادي و الاستثنائي.

فعدم وجود رقابة يؤدي الى إهدار الحقوق و الحريات الفردية بل أنها تشكل اعتداء في حالة تعسف الإدارة في استخدام هذه السلطة ، فتتصب رقابة القضاء الإداري على مبدأ المشروعية بالنسبة لما تصدره الإدارة من أعمال وتصرفات ولا يراقب ملائمة القرارات المتخذة بصفة أساسية لأنه لا يستطيع أن يقدر ملائمة التصرف للظروف و الوقائع التي صدر لمواجهتها و ليس له أن يحل محل الإدارة في اتخاذ الأعمال و التصرفات الإدارية ، يراقب القاضي الإداري الأعمال الصادرة من الإدارة في مجال اختصاصها المقيد لكي يتأكد من تنفيذ الإدارة لكل ما يتطلبه القانون من شروط وما وضعه من قيود و لذلك تخضع أعمال الإدارة في نطاق السلطة المقيدة خضوعا كاملا لرقابة القضاء ليتأكد من احترامها لمبدأ المشروعية¹.

¹ - أنظر: د. عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف، مصر، 1996، ص 44.

المطلب الاول: طرق تحريكها.

لتحريك الرقابة القضائية يتم اللجوء اما للدعوى الأصلية او الدعوى الاستثنائية.

الفرع الاول: الدعوى الأصلية.**اولا: دعوى الإلغاء.**

هي تلك الدعوى القضائية الموضوعية العينية التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة امام الجهات القضائية المختصة وفقا للإجراءات والشكليات المقررة قانونا من اجل المطالبة بإلغاء قرار اداري بسبب عدم مشروعيته وتتحدد سلطة القاضي الاداري في البحث عن مشروعية القرار او عدم مشروعيته، والمشرع الجزائري لم يميز بين دعوى الالغاء ودعوى تجاوز السلطة بالرغم من ان هناك اختلاف بين الدعوتين حيث ان دعوى الالغاء اوسع من دعوى تجاوز السلطة ، فدعوى الالغاء تكون على القرارات الادارية والعقود الادارية بينما دعوى تجاوز السلطة تكون فقط على القرارات الادارية دون ان تتعدى العقود الادارية، وقد نصت عليها المادة 07 الفقرة 01 و 02 من قانون الاجراءات المدنية 90_23 ، ، المادة 274 حيث استعمل المشرع عبارة الغاء القرارات، المادة 231 الفقرة 1، المادة 09 الفقرة 1 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة، المادة 801 و 901 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ثانيا: دعوى القضاء الكامل.

هي الدعوى التي يرفعها صاحب الصفة والمصلحة وفقا للشكليات والإجراءات المقررة قانونا امام الجهات القضائية الادارية المتخصصة للمطالبة بالتعويض و تسمى دعوى القضاء الكامل لان سلطات القاضي فيها واسعة ،حيث ان سلطات القاضي المختص يبحث عن مدى وجود الحق الشخصي المكتسب ثم اذ ما اصاب هذا الحق الشخصي ضرارا ثم تقدير الضرر ثم تقدير التعويض واخيرا الحكم بالتعويض الكامل والعادل لإصلاح الاضرار المادية والمعنوية الناجمة

عن النشاط الإداري الضار وتندرج تحت دعوى القضاء الكامل دعوى المسؤولية، نزاعات العقود الإدارية .

الفرع الثاني: الدعاوى الاستثنائية.

أولاً : دعوى التفسير .

ترفع من صاحب الصفة و المصلحة أو عن طريق الإحالة من محكمة مدنية أو تجارية أمام محكمة إدارية بهدف توضيح مدلول القرار و تتحدد سلطات القاضي هنا بالبحث عن المعنى الحقيقي للقرار الإداري مع إزالة الغموض و الإبهام.

ثانياً: دعوى فحص المشروعية .

ترفع مباشرة أو بالإحالة من المحاكم العادية لجهات قضائية إدارية لتصدر فيها حكم نهائي يحدد شرعية العمل و تتوقف إجراءات الدعوى المدنية ريثما يتم الفصل في دعوى المشروعية و بناء عليه يفصل في الدعوى الأصلية.

الفصل الثاني: الأنظمة القضائية الكبرى في العالم.

إذا كانت الرقابة القضائية على أعمال الإدارة من أكثر أنواع الرقابة أهمية وفعالية لضمان احترام حقوق الأفراد و حرياتهم¹، والتي تمارسها السلطة القضائية بما تتمتع به من حياد ونزاهة واستقلال، إلا أن هذه الرقابة لا تباشر في كافة الدولة بذات الأسلوب حيث هناك من الأنظمة التي تجعل الإدارة في مركز متساوي مع الأفراد بحيث يخضع طرفي الدعوى إلى نفس المعاملة أمام نفس القاضي إذ يحكمها قانون واحد على مستوى الموضوع والإجراءات² وبالتالي الرقابة تكون من اختصاص القاضي العادي وبالتالي وجود جهة قضائية واحدة تفصل في جميع النزاعات التي تثور في المجتمع أي كانت طبيعتها وأطرافها ولهذا توصف هذه الدول بأنها الدول ذات النظام

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 103.

² - أنظر: د. مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الانظمة القضائية المقارنة والمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1995، ص 21.

القضائي الموحد، وهناك نوع آخر من الأنظمة تقوم على عدم المساواة بين المتقاضين فالإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة وهي في مركز اسمي مقارنة بالفرد وبالتالي هذه الدول تجعل الرقابة على أعمال الإدارة من اختصاص قضاء متخصص مستقلا إلى جانب القضاء العادي ويقال عنه القضاء الإداري أي توجد في هذه الدول جهتان قضائيتان، قضاء عادي وقضاء إداري وبالتالي تخصيص منازعاتها إلى قواعد إجرائية وموضوعية متميزة، و هي الدول اللاتينية.

المطلب الاول: النظام القضائي الموحد.

هو ذلك النظام الذي يوجد فيه قضاء واحد وهو القضاء العادي يختص بالفصل في المنازعات الإدارية كما يختص في نفس الوقت بالفصل في المنازعات التي تثور بين أشخاص القانون الخاص والأمر يتعلق بالدول الانجلوساكسونية حيث توجد الإدارة في وضعية تتساوي مع الأفراد أمام المحاكم العادية بحيث تخضع لأوامر القاضي وبطلب الرخصة المسبقة لتنفيذ الأعمال التي لا يجيزها لها القانون صراحة¹، ويسود هذا النظام في كل من إنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية كما تتبعه بعض الدول الأخرى التي تأخذه في نظمها المختلفة ومن بين الأنظمة التي أخذت به مثل استراليا، نيوزيلندا، السودان، ليبيا، العراق... الخ، وهو عكس النظام القضائي المزدوج الذي يختص بمنازعات الإدارة العامة قضاء إداري مختص ومستقل عن القضاء العادي ومثال على ذلك فرنسا وهنا الإدارة التي تتمتع بصلاحيات واسعة فإنها تتمتع بامتيازات كبيرة من سلطة العمل المباشر بحيث لا تحتاج إلى طلب الرخصة من القاضي ما عدا في حالات استثنائية متعلقة بالحرمان من الملكية الخاصة².

لقد فهم الإنجليز مبدأ سيادة القانون والمساواة فهما خاصا ومغايرا للمفهوم الفرنسي ومبدأ سيادة القانون يقصد عدم تخصيص قاض وقانون متميز للإدارة، فالجميع يخضعون إلى نفس القانون وقاض واحد فالنظام موحد على مستوى القانون والقضاء ، ونظام القضاء الموحد له

¹ - أنظر: د. مسعود شيهوب نفس المرجع ص 27.

² - أنظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص 27.

تطبيقات في دول أمريكا اللاتينية وبعض الدول الإفريقية وفي آسيا (اليابان) وكذلك أوروبا وبالتالي يمكن ملاحظة مجموعتين من الدول .

1. مجموعة من الدول التي تقيم هيئات إدارية متخصصة تسند لها مهمة النظر في بعض المنازعات الإدارية لكن تبقى مرتبطة بالهيئات القضائية العادية وتأخذ هذه الهيئات على شكل غرف إدارية (المغرب وإسبانيا) و كانت إسبانيا تأخذ بالنظام الفرنسي ولكنها عدلت عنه عندما حولت اختصاص مجلس الدولة إلى محكمة إدارية خاصة بمنازعات الإدارة في سنة 1904 حولت اختصاصات هذه المحكمة الإدارية إلى غرفة إدارية خاصة بمنازعات الإدارة ضمن تنظيم المحكمة العليا وتعتبر هذه الغرفة جهة استئناف أحيانا ومحكمة أولى وآخر درجة أحيانا .

أما على المستوى المحلي فيعرف النظام الإسباني (محاكم إدارية) لكنها في حقيقة الأمر ليست سوى أقسام المحاكم العادية ثم إصلاح 1956/12/27 ،الذي أصبح ساري المفعول في 1957/06/28 أدمج بموجبه القضاء الإداري في القضاء العادي، إن وجود غرفة إدارية على مستوى القمة ومحاكم إدارية على مستوى أدنى وتكوينها من قضاة متخصصين جعل البعض يعتقد أن النظام القضائي الإسباني هو نظام تابع للقضاء الإداري¹.

2. مجموعة من الدول التي يقوم النظام فيها على وجود محاكم عادية فقط منها :الاتحاد السوفياتي(سابقا) ،النرويج ، الدنمارك، يوغسلافيا (سابقا) وتعتمد على القضاء العادي في حل المنازعات الإدارية، بعض هذه الدول لا تمنح للقاضي العادي سوى اختصاص محدد ببعض المنازعات الإدارية بينما في بعض الأخرى لا يخول القانون للأفراد سوى حق

¹ -أنظر: د.مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق ، ص29.

الطعن الإداري دون الطعن القضائي في هذه الدول يوجد النظام كلياً بوجود قانون واحد يطبق على الإدارة والأفراد على السواء وهو القانون المدني بوصفه شريعة المتعاقدين¹.

المطلب الثاني: مبررات وحدة القضاء.

من أهم مبررات وحدة القضاء:

الفرع الأول: مبدأ الفصل بين السلطات

يرى الفقه الانجلوساكسوني أن هذا المبدأ يعني أن تستقل كل سلطة من السلطات الثلاث من أجل مزاولة الاختصاصات المسندة إليها ولا يجوز لأية سلطة من السلطات الثلاث الاعتداء على اختصاصات السلطات الأخرى، وبالتالي تباشر السلطة القضائية بمختلف محاكمها دون أن تشاركها أية سلطة أخرى الوظيفة القضائية والتي تعني إنزال القانون على كافة المنازعات فلا فرق فيه بين المنازعات الإدارية والمدنية، فالمحاكم التي تفصل بين الفرد و الإدارة هي نفسها التي تفصل بين الفرد والفرد وهي ما تسمى بالمحاكم العادية .

الفرع الثاني: إحترام مبدأ المشروعية.

يعني لدى الفقه الانجلوساكسوني ضرورة خضوع كل من الحاكم والمحكوم لذات القواعد القانونية الموضوعية والإجرائية ولذات القاضي وهذا النظام الذي يحقق النتائج التالية:

1. سيادة القانون بصفة مطلقة والتي يقصد بها خضوع الجميع لنفس القانون.
2. المساواة التامة أمام القانون والقضاء بمعنى خضوع الأفراد جميعاً لأحكام القانون العادي التي تطبقه المحاكم العادية و القاضي اذن يباشر ذات السلطة التي يباشرها على الأفراد ،حيث أن القاضي يملك الحكم على الموظف بعقوبة جنائية إذا رأى أن فعله يكون جريمة جنائية و يحكم

¹ - انظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص30.

على الإدارة بالتعويض إذ توافرت أركان المسؤولية ولا يقف عند هذا الأمر بل توجيه أوامر مكتوبة للموظفين تتضمن إما فعل شيء أو الإمتناع عن عمل أو تعديل قراراته أو إلغائها فحدود سلطة القاضي تتعدى رقابة المشروعية إلى تقدير الملائمة حيث يستطيع القاضي أن يأمر الموظف بأداء عمل أو الامتناع عنه ولديه من الوسائل القانونية ما يمكنه من إجباره على احترام إرادته وتنفيذ أوامره مع معاقبة الموظفين الذين لا يحترمون أوامره أو نواهيه كما كانت عدم مسؤولية الإدارة على أعمال موظفيها لأن دور الدولة في الماضي كان إشباع الحاجات العامة للأفراد لكن بمجرد تغير دور الدولة مع نهاية القرن 19 وبداية القرن 20 أصبحت الدولة متدخلة مما أدى إلى زيادة حجم الأضرار مع انتشار أنظمة الحكم الديمقراطية في معظم دول العالم فتقررت عدة استثناءات على هذا المبدأ.

أصبحت المحاكم تختص بمساءلة الدولة على أعمالها التعاقدية وأصبحت المحاكم العادية تختص فقط بالنظر في الدعاوي التي ترفع عن أعمال الموظفين المحليين أو التابعين للهيئات المحلية على أساس أنها تتمتع بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية الدولة ويرجع عدم مسؤولية الإدارة العامة إلى مجموعة من العوامل السياسية والاقتصادية والاجتماعية وتقدير حق الأفراد في الحصول على أي تعويض عن الأضرار التي تصيبهم من جراء الأفعال التي تقوم بها السلطة العامة إضافة إلى أن الملوك في الماضي كانوا يعتبرون أنفسهم آلهة (نظرية الحق الإلهي المباشر) وإما مفوضين من عند الله، كذلك من بين الأفكار التي ساعدت عدم مسؤولية الإدارة العامة عن أعمالها فكرة العلاقة التي كانت تربط بين الموظف بالدولة وهي فكرة التعاقد والتي كان يقال عليها أنها علاقة وكالة¹، وطبقا لهذه الفكرة لا يسأل الموكل عن أعمال وكيله إلا في حدود الوكالة أما خارج هذه الحدود فإن الوكيل يتحمل بمفرده وهكذا لم يكن أمام

¹ - أنظر د. رمضان محمد بطيخ: نفس المرجع السابق، ص 109.

المضرور من جزاء ما أصابه من ضرر نتيجة أعمال الإدارة إلا أن يرفع دعوى التعويض ضد الموظف الذي اقترف الخطأ بصفته الشخصية .

بالرجوع الى مسؤولية الدول التقصيرية ، إنحصر نطاق هذا المبدأ الذي نحن بصددته عن أعمال الموظفين التابعين للإدارة المركزية، استناد إلى مبدأ عدم مسؤولية التاج التابع له هؤلاء الموظفين ، فأصبحت المحاكم العادية تختص فقط بالنظر في الدعاوى التي ترفع على أعمال الموظفين المحليين على أساس أن هذه الهيئات تتمتع بشخصية معنوية مستقلة عن شخصية الدولة كما عملت هذه الدول على التلطيف من مبدأ وحده القضاء حيث قامت بإنشاء لجان و وزارات ومحاكم إدارية تختص بالفصل في بعض المنازعات الإدارية وقد انتزع المشرع الإنجليزي كثيرا من هذه المنازعات من اختصاص المحاكم العادية وخولها إلى الوزراء و الى لجان أو مجالس إدارية بل إلى محاكم إدارية في حالات معينة وفي الولايات المتحدة الأمريكية أنشأت محاكم الطلبات للنظر في المنازعات الإدارية وهي تعد بمثابة لجان قانونية منبثقة عن المجالس النيابية في الولايات المتحدة الأمريكية وهي هيئات استشارية في بعض تلك الولايات ومحاكم حقيقية في البعض الآخر .

إن المجتمع الإنجليزي هو مجتمع فردي يقوم على أساس مبدأ أساسي يتمثل في حماية الفرد وتكريس حقوقه، و وحدة القانون لا يعني وحدة المصادر .

فمصادر القانون حسب الأستاذ Peugeot تكمن في :

1. القانون المشترك: يتكون من مجموعة السوابق ومن القرارات القضائية والعادات القديمة التي فسرهما القضاء بمجموعة من قواعد القانون الروماني والقانون الكنيسي .
2. مبادئ العدالة والإنصاف :يلجأ إليها قضاة المحكمة العليا بصدد المسائل التي لا يتضمنها القانون المشترك .
3. القانون المكتوب: و هو تلك النصوص الصادرة من البرلمان .

. في النظام الإنجليزي هناك تميز بين موظفي التاج و الأشخاص المعنوية العامة و المجموعات المحلية و موظفيها وهناك قواعد خاصة تحكم الدولة وموظفيها والقانون المشترك يحكم المجموعات المحلية وموظفيها والقطاع الخاص .

كما أن الرقابة على أعمال الإدارة تعود إلى المحاكم العادية إلا استثناءات وهذا الإستثناء نتيجة التطورات التي حدثت في نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين كما ذكرنا سابقا. ولأسباب أخرى منها ما يتعلق بالقاضي وأخرى بوظيفة الإدارة و أخرى تتعلق بتطور الفكر السياسي، و القاضي لم يعد قادرا على التحكم في النشاط الإداري كما أن الفردية التي اتسم بها المجتمع الإنجليزي مع القرن العشرين راحت تتحول نحو المنفعة العامة نتيجة الأزمات الاقتصادية التي تعرضت لها جميع المذاهب الفردية .

. ارتفاع عدد المرافق العمومية والمحلية مما أدى الى كثرة منازعات الإدارة العامة وظهرت الحاجة إلى هيئات قضائية قادرة على فهم الإدارة ، حيث ظهرت أول هيئة سنة 1873 "منازعات السكك الحديدية" ثم تلتها محاكم إدارية أخرى منها محكمة النقل ، ومحكمة تحديد تعويضات الملكية من أجل المنفعة العمومية سنة 1946 والمحكمة العقارية سنة 1949 تفصل أحيانا بدرجة نهائية، وأحيانا بحكم ابتدائي قابل للاستئناف .

. الوزارات: تفصل إما بواسطة شكاوى أو على سبيل الاستئناف في القرارات الصادرة من اللجان ذات الطابع القضائي أو سلطة إدارية أدنى وأحيانا بعد أخذ الرأي المطابق للجنة المجتمعمة لدى الوزارة طلبات التجنيد وقد تكون قراراتها قابلة للاستئناف أمام محكمة عادية .

. اللجنات: تصدر هذه اللجان قرارات قضائية، في مسائل التأمينات الاجتماعية .

. إن هذا النظام يظهر معقدا يتكون من عدة أنواع من الجهات مما ينعكس سلبا على سهولة معرفة المتقاضين ومن جهة فإن هذا النظام غير مكتمل إما لحدثته.

الإجراءات: ومن أهم الإجراءات:

1. الأوامر: هي إجراءات قديمة يتم اللجوء إليها بموجب دعوى يلتزم منها إصدار أمر من الأوامر من بينها .

أ. الأمر بالتصرف: لا يجوز اللجوء إليه إلا إذا لم يكن هناك طريق قانوني يحقق للطاعن نفس النتائج.

مثال: توجيه أمر للإدارة باحترام القواعد المتعلقة بالانتخابات.

ب. الأمر بالمنع: يصدر من هيئة قضائية عليا (محكمة عليا) لمنع هيئة قضائية دنيا من ممارسة اختصاص أو من خرق قواعد العدالة الطبيعية ومجاله توسع أصبح يطبق ضد جميع الهيئات العمومية¹.

ج. الأمر بالتصحيح: كان في السابق يثار عن طريق الدفع من قبل الملك لإرغام محكمة دنيا على التخلي عن الاختصاص لصالح كرسي السلطة لكن أصبح لتصحيح القرارات الإدارية.

لا يجوز طلبه إلا إذا أصابه المدعي ضمن تجاوز الأعباء العادية (من دون خطأ).

مثال: إلغاء قرار بشطب طبيب من قائمة الأطباء بتهمة الزنا مع إحدى الزبائن لعدم تأسيس التهمة².

2. النواهي: هي أوامر بالمنع عن القيام بعمل معين.

3. الأحكام المعلنة: لا يكون الهدف منها الفصل في نزاع قائم بل الحصول على فتوى من محكمة كرسي الملك بصدد نقطة معينة عندما لا يكون طريق قانوني، رأي المحكمة يكون غير ملزم لكنها تخضع للاحترام .

¹ - أنظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص 39.
² - أنظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص 40.

المطلب الثالث: مزايا النظام القضائي الموحد.

من أهم مزايا النظام القضائي الموحد ما يلي:

- نظاما يحقق المساواة والعدالة للأفراد في المجتمع.
- يتميز بالبساطة وعدم التعقيد فهو يتجنب كافة المشاكل التي تثور من جراء تنازع الاختصاص أو تعارض الأحكام التي ترتبط حتما بنظام القضاء المزدوج.
- سلطات القاضي أكثر عمقا في مواجهة الإدارة (الأوامر التي يعرفها النظام الإنجليزي الأمر بالتصرف، بالمنع، التصحيح).
- للمتقاضين في النظام القضائي الموحد حظوظا كبيرة للحصول على العدل والإنصاف لأن القاضي العادي دائما شديدا في مواجهة الإدارة ولا تهمه طبيعة النشاط وبالتالي الإدارة والفرد متساوون في الدعوى.
- وحده النظام القانوني يأتي في هذا النظام كنتيجة للفهم الخاص للقاضي الإنجليزي لفكرة المساواة المطلقة التي تفرض خضوع الجميع لنفس القانون والقضاء وهو القانون المشترك.
- هيئات القضاء الموحد مستقلة من حيث، نشأتها وتكوينها عن السلطة ويعني هذا الإستقلال التام في أحكامها وهو أكبر حماية لحماية الحقوق الفردية .

المطلب الثالث: عيوب النظام.

- لا يأخذ بعين الإعتبار الطبيعة الخاصة لنشاط الإدارة العامة الأمر الذي يؤدي حتما إلى فشله في تحقيق رقابة موضوعية قانونية على الإدارة العامة .

. إن ما يؤكد صحة هذا النقد وموضوعيته التطورات الحاصلة في هذا النظام في بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية نفسها، حيث كرست هذه الأنظمة هيئات حديثة للعدالة الإدارية وصلت أحيانا إلى محاكم إدارية¹.

. إن نظام القضاء الموحد بتجاهله إلى الحد الأدنى الضروري من الإمتيازات التي ينبغي أن تتمتع بها الإدارة لتحقيق المنفعة العامة يصلح حيث يرى الدكتور "مسعود شيهوب" للدول المتطورة التي لم تعد الإدارة فيها مدعوة لتدخلات كبيرة بفعل تطور التجهيزات والخدمات فيها من جهة ومن جهة أخرى بفعل تطور القطاع الخاص وتفانيه لسد الإحتياجات بينما تحتاج الدول النامية إلى إدارة عامة كاملة لأنها مدعوة إلى تدخلات ضخمة ، فالنظام الدولي الجديد يكرس مفهوم الدولة الليبرالية وزوال الدولة الاشتراكية".

. عدم فهم خصائص النشاط الإداري ومتطلباته أدى بالقضاة العاديين إلى التردد وعدم الجرأة في الحكم على الإدارة².

الفصل الثاني: النظام القضائي المزدوج.

يرتبط النظام القضائي المزدوج بالدول اللاتينية وعلى رأسها فرنسا التي استقر فيها نتيجة المبررات تاريخية والعملية التي جعلت القانون الإداري قانونا مستقلا و متميزا عن قواعد القانون الخاص.

المبحث الاول : مفهوم النظام القضائي المزدوج.

المطلب الاول: تعريف النظام القضائي المزدوج .

يعرف النظام القضائي المزدوج بأنه ذلك النظام الذي يوجد فيه قضاء عادي موازيا للقضاء الإداري في الدولة الواحدة حيث ان القضاء العادي يفصل في النزاعات العادية والقضاء الإداري يفصل في النزاعات الإدارية التي يكون احد اطرافها الإدارة العامة (شخص معنوي عام) ،

¹ - أنظر : د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص59.

² - أنظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص60.

ومن هنا فان عملية الرقابة على الهيئات الادارية تكون مسندة للقضاء الإداري وهو قضاء متخصص في مجال الادارة و لا تخضع وحدات الادارة لذات القواعد التي يخضع لها الافراد او الهيئات الاخرى في هذا الخصوص وانما تتفرد بقانون خاص يسمى القانون الاداري¹، باعتبار ان القانون الاداري بالمفهوم الضيق هو مجموعة من القواعد الاستثنائية وغير المألوفة في قواعد القانون الخاص، فسلطة القاضي الاداري اتجاه الادارة تختلف عن النظام القضائي الموحد، حيث تنحصر هذه السلطة في الحكم بإلغاء القرارات الادارية المعيبة بإحدى عيوب عدم مشروعية القرارات الادارية او الحكم بالتعويض العادل والكامل لإصلاح الاضرار المادية والمعنوية الناجمة عن النشاط الاداري الضار والتي تصيب الافراد من جراء تصرفات الادارة ، فليس للقاضي ان يحل محل الادارة وليس له الحق ان يصدر اوامر للإدارة او نواهي بعمل شيء او الامتناع عن القيام بعمل معين كما هو في النظام القضائي الموحد.

ومن خلال هذا التعريف نستخلص ما يلي:

-وجود جهتين قضائيتين.

-وجود نزاعين.

-وجود قانونيين.

المطلب الثاني: مميزات النظام القضائي المزدوج.

من اهم مميزات النظام القضائي المزدوج وجود اجراءات خاصة في القضاء الاداري الى جانب الاجراءات العامة التي تجمع بين القضاء الاداري والقضاء العادي، و نظرا لتمييز الدعوى الادارية عن الدعوى العادية فان هناك تباين الاجراءات القضائية حيث ان الدعوى الادارية تتميز بإجراءات خاصة اهمها :

¹ - أنظر : د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 120.

الفرع الاول: الاجراءات الادارية مستقلة عن الاجراءات المدنية.

مبدئيا فان احكام قانون الاجراءات المدنية لا تنطبق على الدعاوى الادارية التي تخضع للإجراءات الخاصة بها غير ان النصوص احيانا قد تحيل عليها فتصبح واجبة التطبيق ، غير انه في الواقع العملي قد يلجأ القضاة الى الاجراءات المدنية حتى في غياب نصوص الاحالة، باعتبارها مبادئ عامة للإجراءات¹.

الفرع الثاني: الإجراءات الادارية تتسم بعدم مساواة اطراف الدعوى.

إن الدعوى الادارية يكون احد طرفيها شخصا معنويا عاما وهذا ما يميز بين الدعوى الادارية والدعوى المدنية ، هذه الاخيرة تقوم بين شخصين طبيعيين او شخصين معنويين لكن بما يتمتعان من الشخصية المعنوية الخاصة بمعنى كلا اطراف الدعوى يتمتعان بالمساواة امام القانون والقضاء والى نفس الاجراءات وليس هناك طرف في العلاقة في مركز اسمى بما يتمتع من امتيازات السلطة العامة وطرف ثان في مركز ادنى ما عليه الا الخضوع للأوامر والنواهي الصادرة من المركز الاعلى، واذا كانت هدف الاجراءات الادارية هو ضمان حقوق الفرد الدستورية فانه في نفس الوقت يكون هدفها ضمان المصلحة العامة² و الإجراءات الإدارية تتميز ببعض الامتيازات لصالح الإدارة من أمثلة ذلك تقييد حق مخاصمة الإدارة بالنزاع الإداري³، وانعدام الأثر الموقوف للدعوى الإدارية إلا في حالات استثنائية وشروط معينة الأمر الذي يجعل الإدارة في موقف القوة ولاسيما أن من مميزات الإدارة أنها تتميز بنظام الأسبقية بمعنى أن لها سلطة التنفيذ المباشر للقرارات التي أصدرتها على أساس قرينة سلامة القرارات إلا أن يثبت العكس عن طريق مخاصماتها من طرف الفرد المتضرر ولها كذلك سلطة التنفيذ الجبري لقراراتها عن طريق اللجوء إلى القوة العمومية في حالة ما إذ امتنع الفرد المخاطب بالقرار عن

¹ - أنظر :د.مسعود شيهوب ،نفس المرجع السابق .ص.108.

² - أنظر :د.مسعود شيهوب ،نفس المرجع السابق .ص.109.

³ .التظلم الإداري في الجزائر ،مر بعدة مراحل :مرحلة قبل تعديل قانون 90-23 اين كان التظلم الاداري المسبق اجباريا سواء كانت السلطة مركزية او غير مركزية ثم تم تعديل قانون الاجراءات المدنية بموجب قانون 90-23 اين اصبح التظلم الاداري اجباريا اذا كانت الهيئة مركزية واستبداله بفكرة الصلح القضائي اذا كانت الهيئة لامركزية نص المادتان 275 او 169-3، ثم مع قانون الإجراءات المدنية والإدارية أصبح التظلم جازيا سواء كانت الهيئة مركزية او لامركزية و هذا حسب نص المادة 289 من نفس القانون السابق.

تنفيذه فالفرد هو الذي يلجأ إلى القضاء ويكون في مركز مدعى اما الإدارة العامة تكون في مركز مدعية عليها، والفرد هو الذي يقع عليه عبء الاثبات الا ان عبء الاثبات الذي يقع على الفرد من الصعوبة اثبات تقديم الدليل المادي الذي يثبت ان الإدارة أخطأت وذلك بسبب السر المهني الذي تقرره قوانين الوظيفة العامة والذي يمنع تسريب أي معلومات وهكذا لا يستطيع تأسيس دعواه كما ينبغي¹.

الفرع الثالث: الإجراءات الإدارية إجراءات فاحصة وليست اتهامية .

يقصد بالإجراءات الاتهامية تلك الإجراءات التي يكون فيها الدور الأساسي لأطراف الدعوى إن الإجراءات المدنية هي عامة من هذا النوع ولو ان القوانين الحديثة بدأت تمنح نوعاً من الدور التدخل للقاضي المدني ولكن بشكل محدود².

أما المقصود بالإجراءات الفاحصة فهي تلك الإجراءات التي يكون للقاضي فيها دوراً فعالاً في توجيه الدعوى مع البحث عن الأدلة ولو ان الأستاذ دباش يرى انه لا ينبغي المبالغة في هذا التمييز على اساس انه ليس مطلقاً ولا سيما انه في فرنسا شهدت الإجراءات شيئاً فشيئاً تخلياً عن حرية الأطراف في توجيه الدعوى كما ان الإجراءات الفاحصة في المنازعات الادارية ليست تامة، ففي الدعوى المدنية فان القاضي يترك للأطراف حرية توجيه دعواهم ولا يتدخل القاضي إلا عند الفصل في النزاع عندما تكون القضية مهيأة للفصل فيها أما في الدعوى الادارية فإجراءات سيرها تتم عن طريق توجيه من القاضي حيث انه هو الذي يأمر بتبليغ المذكرات ويحدد الجلسة ويستدعي الأطراف فيها ويمنح مهلة لتقديم الأطراف جوابهم ويأمر الإدارة بتقديم الوثائق .

الفرع الرابع: الإجراءات الإدارية اقل تكلفة من الإجراءات العادية .

إن ما يميز الدعوى الإدارية عن الدعوى المدنية من حيث الإجراءات ان الدعوى الإدارية اقل تكلفة من الدعوى المدنية، ضف فإذا كان اللجوء لخدمات المحامين الزامي فان هذا لا

¹ - أنظر: د. مسعود شهبوب، نفس المرجع السابق ص 109.

² - أنظر: د. مسعود شهبوب، نفس المرجع ص 109.

ينطبق على الدعاوى الادارية غير ان هذا الاستثناءات بقيت نظرية لان التعقيدات التي يتميز بها القانون الاداري يفرض على المتقاضين اللجوء الى خدمات المحامين¹.

الفرع الخامس : الإجراءات الإدارية إجراءات كتابية.

إن الإجراءات الادارية تتميز بكونها اجراءات كتابية، ففي فرنسا تستقل الاجراءات الادارية بقانون خاص عن الاجراءات المدنية²، ويعود السبب الى دور القاضي الاداري في الدعوى اضافة الى ان الكتابة هي وسيلة التعبير للإدارة ، أما بنسبة للمذكرات و الوثائق المتعلقة بالدعوى تودع لدى كتابة ضبط الهيئة القضائية المختصة ، وللأطراف الحق في الاطلاع عليها³.

الفرع السادس : الإجراءات الادارية شبه سرية .

تتميز الاجراءات الادارية عن الاجراءات المدنية بشبه السرية لان طبيعة العمل الاداري هي التي تفرض ان تتميز بالسرية ولا تصبح علنية ،سوى القرارات التنظيمية التي يتم تبليغها عن طريق النشر، والتحقيق اذن يبقى سريا ولا يجوز الاطلاع على الملف و الوثائق الا اطراف الخصومة ، وفي هذا الشأن يرى الدكتور مسعود شهوب ان سرية الجلسات هو عيب جسيم سيسمح بوقوع الانحرافات المتعلقة بهتك حقوق الدفاع ،حيث ان العلنية هي نوع من الرقابة الشعبية اذ لا تسمح الشفافية باي تجاوزات على رأى ومسمع من الرأي العام ،ويضيف إلى هذا ان تعدد الاجراءات وكثرة النصوص المنظمة لها و تبعثرها يشكل عيبا من العيوب التي يمكن تفاديها عن طريق توحيدها وتقنينها في مدونة واحدة.

الفرع السابع: الاستئناف في المواد الإدارية لا يوقف تنفيذ القرار القضائي

¹ - كان الاستعانة بمحام في ظل قانون الاجراءات المدنية 23. 90 إجباريا على مستوى مجلس الدولة فقط اما في ظل قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد فاصبح الاستعانة بمحام من طرف الافراد اجباريا سواء على مستوى المحاكم الادارية او مجلس الدولة مع الاستغناء عن خدمات المحامي اذا كان شخصا معنويا عاما حيث ان التمثيل امام القضاء يكون بواسطة ممثله القانوني.

² - أنظر: د. مسعود شهوب، نفس المرجع السابق، ص111.

³ - نص المادة 169 من قانون الاجراءات المدنية 23/90: "وتسري على العريضة القواعد المنصوص عليها في المواد 13.14.15.111 من هذا القانون ويجب ان تكون مصحوبة بالقرار المطعون فيه".

حيث بالرجوع إلى نص المادة 5 من قانون رقم 46 من سنة 1972 المصري نصت على مايلي: "لا يترتب على الطعن أمام محكمة القضاء الإداري في الأحكام الصادرة عن المحاكم الإدارية وقف تنفيذها إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك"¹. وبالرجوع الى المشرع الجزائري فان الاستئناف أيضا لا يوقف تنفيذ القرار القضائي الا في حالة الاستعجال.

المبحث الثاني: أسس ومبررات ازدواجية النظام القضائي المزدوج.

هناك عدة عوامل وأسباب تاريخية وسياسية ودستورية ومنطقية وعملية قامت وتتابع وتداخلت عبر التطور الزمني وتضافرت في انبثاق نظام الازدواج القضائي في النظام الفرنسي².

المطلب الأول: المبررات التاريخية والقانونية.

لقد سادت ما قبل الثورة الفرنسية فترة الفساد الاداري والقضائي ،حيث كانت المحاكم العادية تتدخل في الشؤون الادارية هذا ما ادى الى عرقلة أي اصلاح اداري و أدى كل ذلك الى فساد النشاط الاداري وكان هم الملك هو كيفية الوصول الى الحكم وفرض سيطرته وكان حكمه حكما دكتاتوريا،استبداديا حيث كان يفرض الاوامر والنواهي انطلاقا من ميوله و رغباته وهذا ما أدى الى قيام الثورة الفرنسية سنة 1789 من طرف الثوار والفلاسفة. فعندما قامت الثورة الفرنسية رأى رجالها حرمان السلطة القضائية من رقابة أعمال الإدارة لما تتطوي عليه هذه الرقابة من وجهة نظرهم على مبدأ الفصل بين السلطات³ فمبدأ الفصل بين السلطات التي نادى بها الفقيه "مونتييسكيو" والتي كانت مطبقة في كل من انجلترا وامريكا ألا أن تفسير هذا المبدأ كان مختلفا حيث انطلاقا من فلسفة "مونتييسكيو" فان مبدأ الفصل بين السلطات ليس فصلا تاما وانما فصل مرنا حيث ان كل سلطة من السلطات الثلاث تربطها علاقة تعاون فيما بينها وكل سلطة من السلطات الثلاث تراقب السلطة الاخرى وذلك لضمان عدم خروج اية سلطة عن مبدأ المشروعية ،وعن القانون بخلاف مبدأ الفصل بين السلطات في انجلترا والذي فسر تفسيراً جامداً

¹-أنظر : د.سليمان محمد الطماوي ،نفس المرجع السابق.ص520.

²- أنظر : د.عوايد عمار ،القانون الاداري ،ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ،سنة 1996،ص60.

³ - أنظر: د. ماجد راغب الحلو ،القضاء الإداري ،دار المطبوعات الجامعية ،مصر 1977 ،ص 67.

حيث هناك فصلا تاما بين السلطات وكل سلطة تقوم بالاختصاصات الموكلة لها دون ان تتدخل في اختصاصات سلطة اخرى فهكذا فقد صدر قانون 16-24 في اوت 1790 الخاص بالتنظيم القضائي الجديد فنصت المادة 13 منه على مبدأ الفصل بين الهيئات القضائية والهيئات الادارية وجاء في نص المادة ما يلي: "إن الوظائف مستقلة وتبقى منفصلة عن الوظائف الادارية وعلى القضاة والا كانوا مرتكبي لجريمة الخيانة العظمى والا تعرضوا بأية وسيلة من الوسائل والاعمال الهيئات الادارية"، وقد تأكدت هذه القاعدة في نصوص لاحقة منها المرسوم 16 "فريكتيدور" من العام الثالث للثورة الفرنسية وهو ما يسمى بقاعدة فصل السلطات الادارية على السلطات القضائية . إن النظام يكرس في بدايته وحدة الجهة الفاصلة في المنازعات الادارية ، لكن هذه الفكرة لم تصمد كثيرا ، فخلال القرن التاسع عشر انتشرت ظاهرة الهيئات الادارية (مجلس الدولة، مجلس ولايات) وتحولت في ما بعد في سنة 1953 الى محاكم ادارية ثم الى ظاهرة توزيع الاختصاص بين هذه الهيئات وبين هيئات القضاء العادي وهكذا تم تكريس نظام القضاء المزدوج¹ .

وهكذا فان القضاء الاداري في فرنسا مر بالمراحل التالية :

1- مرحلة الثورة الفرنسية و صدور قانون 16-24 اوت 1790 حتى سنة 1798، سمي بنظام الإدارة القاضية :تميزت هذه المرحلة بسحب الاختصاصات في المنازعات الادارية من البرلمانات القضائية واسنادها الى الادارة القاضية لكن نتيجة للانتقادات الموجهة لهذه المرحلة وهي ان الادارة تكون حكما وخصما في نفس الوقت وهذا ما سوف يؤدي حتما الى اهدار حقوق الافراد وهذا ما ادى الى انشاء مجلس الدولة.

2- مرحلة القضاء المحجوز (1798-1872)

في السنة الثامنة للثورة الفرنسية تم إنشاء مجلس الدولة لكن كهيئة استشارية مهمته تقديم اقتراح حل للرئيس الادارة وقد نص دستور السنة الثامنة على انشاء مجلس الدولة الفرنسي في العاصمة و تم انشأت مجالس المديريات في الاقاليم المختلفة.

3- مرحلة القضاء المفوض (1872)

¹ - أنظر: د. مسعود شهبوب، نفس المرجع السابق، ص 66.

لقد صدر قانون 24 ماي 1872 نصت المادة 09 منه على الطابع البات فمجلس الدولة أصبح كهيئة قضائية يفصل في المنازعات الادارية لكن على سبيل الاستئناف فكانت اولى درجة الوزير القاضي لكن سرعان ما اصبح مجلس الدولة كدرجة أولى و مع القضاء على الوزير القاضي ابتداء من 13 ديسمبر 1889 في قضية "cadot"، ثم حدث تطوراً في اختصاصه ابتداء من 1-1-1954 تاريخ دخول المرسوم 30 سبتمبر 1953 حيز التطبيق بحيث أصبح اختصاصه الاستثناء والاختصاص العام او الولاية العامة للمحاكم الادارية ثم بموجب اصلاح نظام المنازعات الادارية الصادر بقانون 31-12-1987 أصبحت احكام المحاكم الادارية تستأنف امام محاكم استئناف ادارية وهكذا اكتمل النظام القضائي في المواد الادارية واصبح يتكون من نفس درجات القضاء العادي¹، بالإضافة الى وجود محكمة التنازع على اساس ان الازدواجية القضائية تستدعي وجود جهة عليا تنظر في اشكالات التنازع في الاختصاص الذي يحدث بين القضاء العادي والقضاء الاداري اضافة الى ان النظام القضائي المزدوج الفرنسي يحتوي على اجهزة ادارية متخصصة يمكن الطعن في قراراتها امام مجلس الدولة مثل مجالس المنازعات الادارية، الهيئات الادارية الخاصة بأضرار الحرب، هيئات التحكيم، لجان المنازعات الخاصة بالتعويض عن بعض الملكيات، مجلس الغنائم، اضافة الى ان هناك هيئات مرتبطة بمجلس الدولة عن طريق النقض اهمها: مجلس المحاسبة، المحكمة التأديبية، المالية.

المطلب الثاني: المبررات المنطقية.

ان النشاط الاداري نظرا لتأسيسه على فكرة المرفق العام والمبادئ القانونية التي تحكم سير المرافق العامة اهمها: مبدأ حتمية المرفق العام للتبديل والتغير، مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد، مبدأ المساواة بالانتفاع بخدمات المرفق العام، كما ان تأسيس الوظيفة الادارية على اساس فكرة السلطة العامة، هذه الامتيازات التي تحوزها الادارة العامة وحدها دون سواها مما يجعل النشاط الاداري يختلف عن النشاط الخاص سواء من حيث الاجهزة او الاهداف و حتى الاساليب

¹ - أنظر: د، مسعود شهبوب، فس المرجع السابق، ص 67

والاجراءات ويترتب عن ذلك ان تكون الادارة العامة في مركز قانوني متميز واسمى¹، وهذا ما يؤدي حتما الى خضوعها الى قانون خاص بها ومتميز وقضاء متميز بمعنى الخضوع لرقابة القاضي الاداري وليس للقاضي العادي.

المطلب الثالث: المبررات العلمية والتقنية.

ان قواعد القانون الاداري وجدت قواعدها من طرف القاضي الاداري وانبثقت من طبيعة النشاط الاداري وطبيعة الروابط والعلاقات القانونية العامة ومن هنا يتحتم وجود جهاز قضائي مختص بالفصل في المنازعات التي تكون الادارة العامة طرفا فيها هو القضاء الاداري لأنه لا يمكن للقاضي العادي ان يفصل فيها لكونه بعيد عن المحيط الاداري².

المبحث الثالث: عناصر النظام القضائي الموحد والنظام القضائي المزدوج.

يتميز كل من النظام القضائي الموحد و النظام القضائي المزدوج بخصائص مستقلة عن بعضها البعض يمكن حصرها وتوضيحها من خلال النقاط التالية:

المطلب الاول: من حيث التنظيم.

في القضاء الموحد نجد فيه وحدة النظام وبالتالي وحدة القضاء و نجد هناك هيكل قضائي واحد يفصل في جميع النزاعات المطروحة امامه مهما كان أطرافها، أما في ازدواجية القضاء نجد فيه هيكلين مستقلين، قضاء عادي يقابله قضاء اداري مع وجود هيئة مستقلة عليا تتمثل في محكمة التنازع.

المطلب الثاني : من حيث الدفع بعدم الاختصاص والإحالة.

¹ - أنظر : د، عمار عوابدي، نفس المرجع السابق، ص71.70.

² - أنظر : د. بوحمد عطاء الله، دروس في المنازعات الادارية كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، السنة الجامعية 2009، ص8.

في القضاء الموحد هناك قانون واحد وقاضي واحد فلو رفع شخص دعوى ضد شخص آخر ويخطئ في الجهة القضائية فإن هذه الجهة تحيل القضية الى الجهة المناسبة المختصة¹، اما في القضاء المزدوج فان القاضي لا يحيل القضية الى الجهة المختصة وانما يدفع بعدم الاختصاص.

المطلب الثالث: من حيث دور القاضي.

في وحدة القضاء فان دور القاضي سلبي على أساس أن الاصل أن القضاء العادي يعتبر مصدر تفسيري وليس مصدر منشئ لقواعد القانون، فدور القضاء ينحصر اساسا في تقرير و كشف القواعد القانونية و تفسيرها وتكييفها وتطبيقها على ما يعرض عليه من دعاوى قضائية ومهما سلم للقضاء بالسلطة التقديرية في التفسير والتطبيق فانه لا ينشئ قواعد القانون، فدور القضاء العادي هو دور كاشف ومقرر ومفسر ومطبق لقواعد القانون²، اما دور القاضي الاداري فدوره ايجابي وبالتالي ينشئ القاعدة القانونية من اجل الفصل في النزاع المطروح امامه، فالقضاء الاداري اذن في ظل النظام القضائي المزدوج هو قضاء ابتكاري و انشائي لأغلب قواعد نظرية القانون الاداري.

المطلب الرابع: من حيث الاجراءات المتبعة.

في نظام وحدة القضاء هناك اجراءات واحدة بدءا من إيداع العريضة لدى امانة ضبط الجهة القضائية المختصة من اجل تسجيلها حسب ترتيب ورودها الى تكليف الخصوم بالحضور الى الجلسة ثم النظر في الدعوى والفصل فيها من طرف القاضي المختص، اما في الدعوى الادارية فتتميز بإجراءات خاصة، حيث اضافة الى الاجراءات العامة هناك اجراءات خاصة وقد سبق ذكرها.

المبحث الرابع: تقدير النظام القضائي المزدوج.

لتقدير النظام القضائي المزدوج يتوجب علينا التطرق إلى مزايا هذا النظام بالإضافة إلى عيوبه.

¹ - أنظر: المادة 32 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008.

² - أنظر : د. عمار عوابد، نفس المرجع السابق، ص 96.

المطلب الأول: مزايا النظام القضائي المزدوج.

- 1- يتلائم هذا النظام مع اختلاف طبيعة النشاط الذي تباشره الإدارة عن النشاط الذي يباشره الأفراد، ذلك أن النشاط الإداري الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة يتطلب أن تكون هناك قواعد مغايرة لتلك التي تحكم النشاط الفردي وهذا ما يحققه مع وجود الازدواج القضائي الذي يحتم في ذات الوقت أن يكون هناك ازدواج قانوني¹.
- 2- أن وجود قانون إداري مستقل يحكم النشاط الإدارة يتطلب في الواقع أن يكون هناك قاضي متخصص.
- 3- لقد أثبت القضاء الإداري في معظم الدول الذي تعتق مبدأ الازدواجية تحمي حقوق الأفراد وحررياتهم إذ يعمل دائماً على تأكيد مبدأ المشروعية.
- 4- أن وجود قضاء إداري مستقل خاص بالإدارة يعني تخفيف الضغط على المحاكم العادية التي تعرف تراكمها في حجم القضايا وبطء ملحوظ في الفصل فيها.

المطلب الثاني: عيوب النظام القضائي المزدوج.

- 1- بطء وتراكم الفصل في القضايا بسبب الإجراءات الكتابية الطويلة وكثرة القضايا من جهة ثانية.
- 2- عيوب توزيع الاختصاص من أبرز عيوب النظام القضائي المزدوج في فرنسا، وفي هذا السياق فإن بعض الاساتذة يرون أنه يمكن التغلب على هذه العيوب من خلال الأجهزة المكلفة بعمليات التنازع².
- عموماً أن عيوب النظام المزدوج يمكن إصلاحها عن طريق الإصلاحات، فعيوب الإجراءات (كثرتها، وبطئها) وخاصة بالنسبة للهيئات المتخصصة يمكن علاجها عن طريق إصلاح نظام الإجراءات بجمع وتقنين بعضها وتخفيف بعضها، أما فيما يخص عيب الاختصاص يمكن التحكم فيه عن طريق النص على حق الجهة القضائية في الاحالة على الجهة المختصة بدل الحكم

¹ - أنظر: د. رمضان محمد بطيخ، نفس المرجع السابق، ص 125.

² - أنظر: د. مسعود شهبوب، نفس المرجع السابق، ص 175.

بعدم الاختصاص لتجنيب المتقاضي اعباء دعوى ثانية¹، كما ان عيوب تعدد وكثرة الهيئات يمكن التحكم فيها بضم بعضها وإلغاء بعضها وإعادة توزيع الاختصاص.

وفي الاخير فان كلا من النظامين الفرنسي والانجلوساكسوني يتجهان نحو بعضهما فما موقع النظام الجزائري من النظامين؟

هذا ما سنتعرض اليه في موضوع طبيعة النظام القضائي الجزائري

الفصل الثالث: النزاع الإداري ومعايير التمييز بينه وبين النزاع العادي.

المبحث الاول: مفهوم النزاع الإداري.

المطلب الأول: تعريف النزاع الإداري.

إن تحديد طبيعة النزاع سوف يحدد بالضرورة الجهة القضائية المختصة والقواعد الإجرائية المطبقة، و يعرف النزاع الإداري يعرف على انه ذلك الخلاف الذي يكون احد اطرافه شخص معنوي عام و مصطلح النزاع الإداري هو مفهوم ضيق هذا ما يؤدي بنا الى التمييز بينه وبين مختلف المصطلحات القانونية من منازعات إدارية إلى تنازع، حيث يقصد بالمنازعات الادارية مجموع النزاعات التي يفصل فيها قاضي مختص وبإتباع إجراءات خاصة، وبالتالي هي مجموعة من القواعد التي تحكم النزاع الاداري وتحدد الاختصاص القضائي الإداري، إما التنازع فيقصد به ذلك النزاع الذي يكون في الاختصاص الذي يكون بين جهة القضاء الاداري والقضاء العادي.

و يعرف الفقيه "chapus": المنازعات الادارية بانها جميع النزاعات التي يعود الفصل فيها للقضاء الإداري، أما بالنسبة للدكتور خلوفي فيعرفها: "هي جميع النزاعات التي تتجم عن اعمال السلطات الادارية التي يعود الفصل فيها للقضاء الاداري من حيث قواعد قانونية وقضائية معينة".

وبالرجوع الى الدكتور أحمد محيو فيعرفها: " المنازعات الادارية على أنها تتألف من مجموع الدعاوى الناجمة عن نشاط الادارة واعوانها اثناء قيامهم بوظائفهم".

¹ - أنظر : د. مسعود شهبوب، نفس المرجع السابق، ص 176.

والمرجع الجزائري إن كان اقر حق الدفاع من خلال المادتين 33 و 151 من دستور 1996¹، وايضا بالرجوع الى نص المادة 143 من الدستور والتي نصت على أنه: "ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الادارية".

إلا إن المشرع الجزائري لم يستعمل مصطلح نزاع باستثناء نص المادة 19 من القانون العضوي 98-03 الخاص بمحكمة التنازع والذي من خلالها استعمل مصطلح التنازع في الاختصاص. كما استعمل المشرع الجزائري كلمة منازعة في نهاية المادتين 55 و 56 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية 88-01 ففي كلتا المادتين ورد مصطلح منازعة اما بالرجوع الى القوانين القضائية الادارية فلم ترد كلمة نزاع اداري في أية مادة من مواد القانون العضوي المتعلق بمجلس الدولة ولا القانون المتعلق بالمحاكم الادارية²، وكان من الأحسن استعمال مصطلح نزاع اداري في المادة الاولى من القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الادارية بدلا من عبارة المادة الادارية³.

أما بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الادارية الجديد فقد استعمل المشرع مصطلح منازعات في المادة 800 الفقرة 1 والتي تنص على: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية " كما نصت المادة 804 في فقرتها الرابعة على عبارة منازعة . " "، وكان على المشرع استعمال مصطلح نزاعا بدلا من منازعة.

أما بالرجوع إلى الكتاب السابع من نفس القانون والمعنون بالطرق البديلة لحل النزاعات وان كانت هذه المادة تشمل النزاعات العادية والادارية في المادة 994 الفقرة 2، والمادة 995 من نفس القانون، فقد استعمل المشرع مصطلح نزاع.

المطلب الثاني: معايير تحديد النزاع الإداري.

هناك ثلاث معايير لتحديد النزاع الإداري يمكن حصرها فيما يلي:

¹ أنظر :- لمادة 151 من دستور 1996: " الحق في الدفاع معترف به".

² - أنظر نص المادة 1 من القانون 98-02 المؤرخ في 30 ماي سنة 1998 المتعلق بالمحاكم الادارية، الجريدة الرسمية رقم 37 المؤرخة في 1 جويلية 1998 ، "تنشأ محاكم إدارية كجهات قضائية للقانون العام في المادة الإدارية"

³ - أنظر د: بوحميدة عطاء الله، نفس المرجع السابق، ص 81.

الفرع الأول: المعيار العضوي.

يقصد به ذلك المعيار الذي يقوم بتحديد طبيعة النزاع على أساس الجهة التي صدر منها التصرف، فإذا كان الشخص المعنوي العام طرفاً في النزاع فإن النزاع يكون إدارياً أما إن كان طرف النزاع بين شخصين طبيعيين أو أحدهما شخص معنوي خاص فيكون النزاع عادياً ويختص به القضاء العادي ويطبق فيه القانون الخاص، وقد طبق هذا المعيار في فرنسا بعد الثورة الفرنسية حيث كانت المحاكم العادية ممنوعة من النظر في المنازعات الإدارية بموجب نصوص 1790¹، ورغم بساطة هذا المعيار إلا أنه غير جامع ولا مانع لأن هناك أشخاص معنوية عامة أو خاصة تقوم بنشاط تهدف ورائه إلى خدمة مرفق عام وحسن سيره وقد تستعين بامتيازات السلطة العامة.

الفرع الثاني: المعيار الشكلي.

يعتبر النزاع نزاعاً إدارياً متى كان يخضع للقانون العام موضوعاً وإجراءً، إلا أنه لا يمكن الاعتماد على هذا المعيار لتحديد طبيعة النزاع الإداري لأن المتضرر من جراء نشاط إداري لا يستطيع معرفة طبيعة النزاع إلا بعد رفع دعواه أمام القضاء.

الفرع الثالث: المعيار المادي.

المعيار المادي هو ذلك المعيار الذي يقوم بتحديد النزاع الإداري على أساس الهدف من النشاط إضافة إلى استعمال امتيازات السلطة العامة، حيث كلما كان النشاط الذي تقوم به الإدارة يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة مع استعمالها امتيازات السلطة العامة فيكون النزاع هنا إدارياً، يختص به القضاء الإداري، وبهذا الصدد نجد فرنسا قد أخذت بهذا المعيار لتحديد طبيعة النزاع الإداري كما طبقه المشرع الجزائري إلى غاية 1966 وهو تاريخ صدور قانون الإجراءات

¹ - أنظر: د. مسعود شيهوب، نفس المرجع السابق، ص 119.

المدنية ، ونجد ان هذا المعيار هو المفضل لأنه عن طريقه سوف يتحصل المتضرر عن التعويض الكامل والعادل لإصلاح الأضرار المادية والمعنوية الناجمة عن النشاط الإداري الضار.

المبحث الثاني: مفهوم النزاع الإداري في التشريع الجزائري.

ان المشرع الجزائري في تحديده للنزاع الإداري اخذ بالمعيار العضوي أساسا وبالمعيار المادي استثناء .

المطلب الأول: المفهوم القانوني للنزاع الاداري.

إن المشرع الجزائري لم يقم بتعريف النزاع الاداري على أساس أن التعريف من اختصاص الفقه غير انه حدد المعيار المعتمد في تحديد النزاع الإداري وذلك من خلال تبنيه للمعيار العضوي انطلاقا من المادة 7 من قانون الاجراءات المدنية 90-23 والمادة 800 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد، حيث تنص المادة 7 من قانون 90-23 انه: " تختص المجالس القضائية، بالفصل ابتدائيا بحكم قابل للإستئناف أمام المحكمة العليا ، في جميع القضايا أيا كانت طبيعتها التي تكون الدولة أو الولاية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها وذلك حسب قواعد الاختصاص التالية :

1- تكون من اختصاص مجلس قضاء : الجزائر ، وهران ، قسنطينة ، بشار ، ورقلة ، التي يحدد اختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم.

• الطعن بالبطلان في القرارات الصادرة عن الولايات .

• الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها .

2- تكون من اختصاص المجالس القضائية التي تحدد قائمتها وكذا اختصاصها الإقليمي عن طريق التنظيم.

• الطعون بالبطلان في القرارات الصادرة عن رؤساء المجالس الشعبية البلدية وعن المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية .

• الطعون الخاصة بتفسير هذه القرارات والطعون الخاصة بمدى شرعيتها .

3• المنازعات المتعلقة بالمسؤولية المدنية للدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية والرامية لطلب تعويض "

وبالرجوع الى لنص المادة 800 التي نصت على أن : " المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية.

تختص بالفصل في أول درجة، بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا، التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها.

من خلال تحليل هاتين المادتين يتضح لنا أن المشرع لم يعرف النزاع الإداري وإنما حدد اختصاص الجهات القضائية باستعمال عبارة "تختص" كما حدد الأشخاص المعنوية على سبيل الحصر وهي كالتالي: الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية) بمفهوم المخالفة المؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري يكون الاختصاص للقضاء العادي، أيضاً بالرجوع إلى نص المادة 9 من القانون العضوي 98-01 الخاص بمجلس الدولة والتي نصت على: "يفصل مجلس الدولة ابتدائياً ونهائياً في:

- 1- الطعون بالإلغاء المرفوعة ضد القرارات التنظيمية أو الفردية الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية و الهيئات العمومية الوطنية و المنظمات المهنية الوطنية.
- 2- الطعون الخاصة بالتفسير و مدى شرعية القرارات التي تكون نزاعاتها من اختصاص مجلس الدولة".

فمن خلال نص المادة 9 من نفس القانون السابق الذكر نجد أن المشرع ذكر أشخاص معنوية عامة التي لم ترد في نص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية 90-23 والمادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، وهما الهيئات العمومية الوطنية والمنظمات المهنية الوطنية، واستعمل مصطلح "سلطات إدارية مركزية" بدلاً من مصطلح "دولة"، حيث يقصد بالهيئة العمومية الوطنية هي كل الهيئات المرتبطة بالجهاز الإداري وتقوم بنشاط عام وطني هدفه تحقيق مصلحة عامة أو نشاط عام وتمارس نشاطها على كافة المستوى الوطني.

أما بالنسبة للمنظمات المهنية الوطنية فهي تمثل مهنة والانضمام يكون إجبارياً لجميع أعضائها وتسيير إدارة التنظيم من طرف الأعضاء كما أن التنظيم هو الذي يحدد لهم كمنظمة المحامين والأطباء..... الخ.

كما اخذ المشرع الجزائري بالمعيار المادي استثناء وهذا ما اكدته نص المادة 7 مكرر من قانون الاجراءات المدنية 90-23¹، والمادة 802 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد²، حيث بالرغم من ان النزاع اداري فان الاختصاص يؤول الى القضاء العادي³.

كما اخذ المشرع الجزائري بالمعيار المادي من خلال المادتين 55 و 56 من القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية.

وايضا في المادة 2 ف1 من المرسوم الرئاسي 97-365 المؤرخ في 27-9-1997 المتعلق بشروط استعمال العلم الوطني والتي تنص على أنه: "يرفع العلم الوطني بصفة دائمة على مقرات البناءات التي تأوي مصالح الهيئات ذات السيادة والإدارات العمومية المتعلقة بصلاحيات السلطة العامة".

المطلب الثاني: المفهوم الفقهي للنزاع الإداري.

إن أساتذة القانون العام من خلال مؤلفاتهم لم يعرفوا النزاع الإداري بل اعتمدوا على المعايير لتحديده، حيث ان الدكتور احمد محيو اعتمد على المعيار العضوي اساسا الا انه يضيف لا يمكن الاستغناء عن المعيار المادي لأنه هو أنجع لضمان حصول المنتظر عن التعويض.

¹ نص المادة 7 مكرر ق.إ.م:
خلافًا للمادة السابعة تكون من إختصاص:

1. المحاكم
مخالفات الطرق

• المنازعات المتعلقة بالإيجارات الفلاحية والأماكن المعدة للسكن أو لمزاولة مهنية أو للإيجارات التجارية ، وكذا في المواد التجارية أو الاجتماعية .
• المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية والرامية لطلب تعويض الأضرار الناجمة عن سيارة تابعة للدولة أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية

² - خلافا لأحكام المادتين 800 و 801 أعلاه، يكون من اختصاص المحاكم العادية المنازعات الآتية

- مخالفات الطرق.

- المنازعات المتعلقة بكل دعوى خاصة بالمسؤولية الرامية إلى طلب تعويض الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة، أو لإحدى الولايات أو البلديات أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية.

³ - ان المشرع الجزائري قلص من النزاعات و أخضعها للقضاء الإداري لتأكيد تكريسه للمعيار العضوي، كما استعمل في المادة 802 من قانون الاجراءات المدنية والادارية الجديد مصطلح مركبة بدلا من سيارة فقد اصاب بذلك لان الاصح مركبة فهي اوسع

المطلب الثالث : المفهوم القضائي للنزاع الإداري.

إن القضاء قد اعتمد أصلا على المعيار العضوي لتحديد النزاع الإداري لكن استثناء استعان بالمعيار المادي ، وكان هذا في قضية **سامباك** وهي شركة ذات طابع اقتصادي ضد الديوان الوطني للحبوب بتاريخ 8 مارس 1980، والمتضمن موضوعها صدور منشور رقم 20-650 والمؤرخ في 3-02-1976 الصادر عن المدير العام لشركة (سامباك) موضوعه تحرير استخراج الدقيق والسميد.

الباب الثالث: طبيعة النظام القضائي الجزائري

الفصل الأول: التطور التاريخي لنظام القضاء الإداري الجزائري.

المبحث الأول: النظام القضائي الإداري الجزائري.

لقد مر النظام القضائي الجزائري بعدة مراحل، وكل مرحلة تميزت بمميزات خاصة بها، حيث تميزت بالرجوع إلى المرحلة العثمانية ببساطة الإجراءات ،حيث كان يفصل في النزاعات مهما كانت طبيعتها تسند إلى قاضي فرد يتم تعيينه من بين علماء المسلمين والاستئناف يكون أمام الداي وبحضور شاهدين، هما العادل والياس عادل وهذا النظام لم يكن مطبق على كافة التراب الجزائري حيث في وادي ميزاب كان يتم الفصل في النزاع من قبل إمام مسجد ويصدر أحكاما وفقا للمذهب الاباضي، أما بالنسبة للمرحلة الاستعمارية فلا بد الإشارة ان التطور الذي عرفته فرنسا فيما يخص النظام القضائي الإداري طبقته على الجزائر.

المطلب الأول: طبيعة النظام القضائي الجزائري أثناء فترة الاستعمار.

إن دخول فرنسا إلى الجزائر سنة 1830 أدى إلى فرنسا الجزائر وتطبيق النظم الفرنسية في الجزائر حيث قامت فرنسا بنقل نظامها التشريعي والقضائي بموجب أمر 26-9-1842 والذي دخل حيز التنفيذ بموجب أمر 01-01-1843 و تم نقل النظام الإداري بموجب أمر 16 أفريل 1843.

وكان النظام القضائي خلال الفترة الاستعمارية مقسم إلى نظامين:

- نظام خاص بالفرنسيين وهذا امتداد للقانون الفرنسي .

- نظام خاص بالجزائريين، كان يطبق فيه مبادئ الشريعة الإسلامية إضافة إلى التقاليد والعادات المحلية والأعراف.

وكانت الجهات القضائية تتجسد في:

1- محاكم الصلح، هذه المحاكم كانت خاصة بالجزائريين وكانت تعتبر درجة أولى،

2- محاكم استئنافية وهي ذات طبيعة مزدوجة تعتبر كجهات استئناف بالنسبة للأحكام

الصادرة عن محاكم الصلح ودرجة أولى بالنسبة للنزاعات التي يكون أطرافها فرنسيين .

3- محاكم استئنافية: وهي بدورها ذات طبيعة مزدوجة إذ تعتبر كجهة نقض بالنسبة للأحكام

الصادرة عن المحاكم الابتدائية ودرجة استئناف بالنسبة للفرنسيين.

وفي سنة 1834 تم وضع أول هيكل قضائي سمي مجلس الإدارة، وهو يعتبر هيئة للفصل

في النزاعات الإدارية، ثم في سنة 1845 تم إنشاء مجلس المنازعات وفي سنة 1848 تم إنشاء

مديرية الأقاليم، وفي سنة 1849 تم إنشاء المجالس الولائية للفصل في النزاعات الإدارية واستمر

في عمله إلى غاية سنة 1953 وهو تاريخ إنشاء المحاكم الإدارية في فرنسا والتي جاءت تحل

محل مديرية الأقاليم، و تم إنشاء في الجزائر ثلاث محاكم في كل من الجزائر،هران، وقسنطينة.

المطلب الثاني: طبيعة النظام القضائي الجزائري بعد الاستقلال.

انقسمت هذه المرحلة إلى مرحلتين هامتين وهما :

الفرع الأول: المرحلة الانتقالية .

تميزت هذه المرحلة بالاستمرار بالعمل بالتشريعات الفرنسية إلا ما يتناقض مع السيادة

الوطنية منها ،و بذلك صدر قانون 62-157 المؤرخ في 31-12-1962 مع الاحتفاظ بنظام

الازدواجية الموروثة عن الاستعمار الفرنسي، ثم صدور قانون 63-218 المؤرخ في 18 جوان

1963 وبموجبه تم إنشاء المجلس الأعلى الذي جمع اختصاصات مجلس الدولة ومحكمة النقض

ومع إنشاء المجلس الأعلى والذي اعتبر هذا الأخير بمثابة الضربة القاضية لنظام الازدواجية الموروثة عن الاستعمار، حيث أصبح المجلس الأعلى كجهة نقض بالنسبة للنزاعات العادية وجهة استئناف بالنسبة للنزاعات العادية و جهة فاصلة في النزاعات الإدارية إما بصفة ابتدائية ونهائية أو درجة ثانية، وقسم المجلس الأعلى إلى أربع غرف، غرفة القانون الخاص، الغرفة الاجتماعية، الغرفة الجنائية، الغرفة الإدارية، وارتفعت إلى 8 غرف بموجب قانون 22/89 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيورها، وفي سنة 1989 استبدلت تسمية مجلس أعلى بمحكمة عليا، وتوسعت هذه الغرفة بموجب قانون 25/96 و أصبحت تضم 9 غرف إضافة إلى الغرفة العقارية.

الفرع الثاني: مرحلة الإصلاح القضائي.

تميزت هذه المرحلة بصدر مجموعة من الأوامر أهمها: أمر 278/65 المؤرخ في 16 نوفمبر 1965 والذي دخل حيز التنفيذ سنة 1966 بموجب المرسوم 66-159 المؤرخ في 8 جوان 1966 نصت المادة الخامسة من هذا الأمر على أنه: "تنتقل إلى المجالس القضائية اختصاصات المحاكم الإدارية كما تنتقل إلى المحاكم اختصاصات مجالس العمل والمستخدمين" و تم إدماج المحاكم الإدارية ضمن القضاء العادي وإسناد الفصل في النزاعات الإدارية إلى الغرفة الإدارية بموجب أمر 66-154 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية، ونصت المادة الأولى منه على إنشاء 15 مجلسا قضائيا، وانطلاقا من نص المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية نجد بقاء الفصل في المنازعات الإدارية إلى ثلاث غرف 'الجزائر، وهران وقسنطينة، مع تعديل المادة 7 ف1، حيث أصبحت 5 مجالس جهوية الجزائر، وهران، قسنطينة، بشار، ورقلة، والاستئناف يكون أمام الغرفة الإدارية على مستوى المحكمة العليا.

ثم صدر المرسوم 86-107 المؤرخ في 29-4-1986 المحدد لقائمة الاختصاص الإقليمي للمجالس القضائية حيث رفع عدد الغرف من ثلاث غرف إلى 20 غرفة إدارية.

وفي سنة 1984 ارتفعت عدد المجالس القضائية من 15 مجلسا قضائيا إلى 31 مجلسا قضائيا، ثم صدر أمر 11/97 المؤرخ في 19 مارس 1997 والذي رفع عدد المجالس القضائية إلى 48 مجلس قضائي حسب عدد الولايات.

والإشكال الذي يطرح نفسه هنا: هل نحن امام وحدة قانونية؟ أي وحدة قضائية؟

إن وجود هرم قانوني قائم على أساس توحيد الجهات القضائية يأخذنا إلى القول أننا أمام وحدة قضائية من حيث الشكل ومن ناحية السير نجد أن الغرفة الإدارية على مستوى المجالس القضائية تنظر دون سواها بالفصل في النزاعات الإدارية هذا ما أدى إلى فقهاء قانون العام إلى انتقاد هذه المرحلة حيث نجد أن الدكتور **عمار عوابدي** يقول بهذا الصدد: إننا بصدد نظام قضائي مرن منطقي وموضوعي، أما الدكتور **احمد محيو** فيرى أننا أمام وحدة القضاء وازدواجية قضائية، وبالنسبة للدكتور **رشيد خلوفي** فيقول: وحدة القضاء وازدواجية قضائية.

وما يمكن استنتاجه من هذا أن التنظيم القضائي الجزائري في هذه المرحلة كان موحد من حيث الشكل ومزدوج من حيث السير.

ومع نهاية هذه المرحلة نجد أنفسنا أمام التساؤل التالي: ما طبيعة النظام القضائي الجزائري بعد سنة 1996.

المبحث الثاني: طبيعة النظام القضائي الجزائري في ظل مرحلة دستور 1996.

لقد استحدث دستور 1996 جهات قضائية إدارية مهمتها الفصل في النزاعات الإدارية، و الذي نص في مواده على تكريس الازدواجية القضائية ولاسيما ما نصت عليه المادة 152 ف2 والتي نصت على إنشاء مجلس الدولة كهيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية، ونصت المادة 152 ف1 على تأسيس محكمة التنازع التي تفصل في إشكالات التنازع في الاختصاص وتحديد مسألة تنظيم عملها واختصاصها تم تكريسها بموجب قوانين عضوية باستثناء المحاكم الإدارية التي تم تنظيمها بموجب قانون عادي، وذلك في سنة 1998.

المطلب الأول: الجهات القضائية الإدارية بالجزائر.

المطلب الأول: مجلس الدولة .

تم تأسيس مجلس الدولة بموجب نص المادة 152 من دستور 1996، وبالرجوع الى نص المادة 2 من القانون العضوي 98-01 المتعلق بمجلس الدولة والتي نصت: " مجلس الدولة هيئة مقومة لأعمال الجهات القضائية الإدارية و هو تابع للسلطة التنفيذية" و يتمتع مجلس الدولة بالاستقلالية المالية والاستقلالية في التسيير، كما يزود بالموارد البشرية والوسائل المالية والمادية اللازمة لتسييره وتطوير نشاطاته¹. و يتشكل مجلس الدولة من القضاة الآتي ذكرهم: من جهة:

-رئيس مجلس الدولة.

-نائب الرئيس.

-رؤساء الغرف.

-رؤساء الأقسام.

-مستشاري الدولة،

و من جهة أخرى .

-محافظ الدولة.

-محافظي الدولة المساعدين.

وهذا حسب نص المادة 20 من القانون العضوي 98-01، و يقوم محافظ الدولة بدور النيابة العامة بمساعدة محافظي الدولة المساعدين، كما يتكون مجلس الدولة من كتاب ضبط يتكفل بها كاتب ضبط رئيسي يتم تعيينه من بين القضاة وبمساعدة كاتب ضبط ويوضع تحت سلطة رئيس مجلس الدولة²، كما يضم مجلس الدولة أيضا أقساما تقنية و مصالح إدارية تابعة للأمين العام

¹ - أنظر نص المادة 13 من القانون العضوي رقم 98-01 المؤرخ في 30 مايو سنة 1998، يتعلق باختصاصات مجلس الدولة و تنظيمه و عمله، الجريدة الرسمية رقم 37 المؤرخة في 1 جويلية 1998.

² - أنظر نص المادة 15 و 16 من القانون العضوي 98-01 الخاص بمجلس الدولة.

حيث يتم تعيينه بموجب مرسوم رئاسي باقتراح من وزير العدل وبعد استشارة رئيس مجلس الدولة¹.

وتتكون الهياكل الادارية لمجلس الدولة من:

-الامانة العامة (من المواد 120 -123 من القانون المذكور أعلاه) قسم الإدارة و الوسائل (124-130) يتكون بدوره من مصلحة الموظفين والتكوين، مصلحة المالية والمحاسبة ، مصلحة الوسائل العامة، مصلحة الاعلام.

قسم الوثائق (131-137) يتكون من مصلحة المنازعات والتشريع ، مصلحة مجلس الدولة، مصلحة الأرشيف، مصلحة الترقيم.

ويتم تعيين رؤساء الاقسام والمصالح الادارية لمجلس الدولة بناء على مرسوم تنفيذي وبناء على اقتراح من وزير العدل².

ويتشكل مجلس الدولة من غرف ويمكن تقسيم هذه الغرف الى اقسام عندما يباشر اختصاصه القضائي اما حين مباشرة اختصاصه الاستشارية فينظم في شكل جمعية عامة ولجنة دائمة حسب نص المادة 14 من القانون العضوي 98-01 ، وحسب المرسوم الرئاسي 98-187 فان مجلس الدولة يتكون من 4 رؤساء غرف و 8 رؤساء اقسام وحسب نفس المرسوم الرئاسي فان عدد اعضاء مجلس الدولة 44 عضو موزعين على الشكل التالي:

-رئيس مجلس الدولة

-نائب رئيس مجلس الدولة.

- 4 رؤساء غرف.

- 8 رؤساء أقسام.

-20 مستشار.

-محافظ دولة.

-9 محافظي دولة مساعدين.

¹ - أنظر نص المادة 17 و 18 من القانون العضوي 98-01 الخاص بمجلس الدولة.

² - أنظر نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي 98-263 المؤرخ في 29 أوت 1998 المحدد لكيفيات تعيين رؤساء المصالح و الأقسام لمجلس الدولة وتصنيفهم الجريدة الرسمية رقم 64 المؤرخة في 30 أوت 1998.

وبإضافة غرفة خامسة (+1 رئيس غرفة+2 رؤساء أقسام) أي 47 عضوا.

وبموجب النظام الداخلي لمجلس الدولة فقد نص على 5 غرف وهي:

1. غرفة الصفقات العمومية والمحلات والسكنات .
2. غرفة الوظيفة العمومية، نزع الملكية للمنفعة العمومية والنزاعات الضريبية.
3. غرفة المسؤولية الإدارية، التعمير، الاعتراف بحق الإجراءات .
4. غرفة القضايا العقارية .
5. غرفة المسائل الإستعجالية ووقف التنفيذ والاحزاب.

و لمجلس الدولة مكتب يتكون من:

- 1-رئيس مجلس الدولة، رئيسا.
 - 2-محافظ الدولة، نائبا لرئيس المكتب.
 - 3-نائب رئيس مجلس الدولة.
 - 4-رؤساء الغرف.
 - 5-عميد رؤساء الأقسام.
 - 6-عميد المستشارين.
- واهم اختصاصاته:

- 1-إعداد النظام الداخلي لمجلس الدولة و المصادقة عليه.
 - 2-إبداء الرأي في توزيع المهام على قضاة مجلس الدولة.
 - 3-اتخاذ الإجراءات التنظيمية قصد السير الحسن للمجلس.
 - 4-إعداد البرنامج السنوي للمجلس¹.
- كما يتم تحديد الاختصاصات الأخرى لمجلس الدولة عن طريق التنظيم.

¹ - أنظر نص المادة 25 من القانون العضوي 98-01 الخاص بمجلس الدولة.

الفرع الثاني: سير مجلس الدولة.

أولاً: مهينة قضائية.

يتخذ هذا السير شكلين.

أ: في الظروف العادية.

حيث يعمل المجلس تحت اشراف رئيسه بواسطة الغرف المجتمعة والأقسام التي تفصل في النزاعات المطروحة امامها بصفة ابتدائية ونهائية ولا يمكن لأية غرفة مجتمعة او قسم ان يفصل في القضية الا بحضور ثلاثة أعضاء على الأقل وعند الضرورة يمكن لرئيس مجلس الدولة ان يترأس اية غرفة¹.

ب: في الظروف الغير عادية: حيث نصت المادة 31 من القانون العضوي 01-98 على أنه "يعقد مجلس الدولة في حالة الضرورة، جلساته مشكلا من كل الغرف مجتمعة، لاسيما في الحالات التي يكون فيها القرار المتخذ بشأنها يمثل تراجعا عن اجتهاد قضائي".

و يتشكل مجلس الدولة ، عند انعقاد غرفة مجتمعة، من:

-رئيس مجلس الدولة.

-نائب الرئيس.

-رؤساء الغرف.

-عمداء رؤساء الأقسام².

يعد رئيس مجلس الدولة جدول القضايا التي تعرض على مجلس الدولة عند انعقاده كغرف مجتمعة.

يحضر محافظ الدولة جلسات تشكيلة مجلس الدولة، كغرف مجتمعة، و يقدم مذكراته.

لا يصح الفصل إلا بحضور نصف عدد أعضاء تشكيلة الغرف مجتمعة على الأقل.

ولا يصح الفصل الا بحضور نصف عدد اعضاء تشكيله الغرف المجتمعة على الاقل وقد حددت المادة 31 من القانون العضوي 01-98 صورة واحدة عند حالة الضرورة وهي التراجع عن

¹ - أنظر نص المادتين 33 و34 من القانون العضوي 01-98 الخاص بمجلس الدولة.

² - أنظر نص المادة 32 من القانون العضوي 01-98 الخاص بمجلس الدولة .

اجتهاد قضائي، وأضافت المادة 808 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حالة أخرى تتمثل في تنازع الاختصاص بين محكمة إدارية ومجلس الدولة حيث يفصل فيها مجلس الدولة بغرفته مجتمعة .

المطلب الثاني: عمل مجلس الدولة كهيئة استشارية.

يتداول مجلس الدولة في المجال الاستشاري في شكل جمعية عامة ولجنة دائمة حيث يترأسها رئيس مجلس الدولة الجمعية العامة للمجلس و تظم هذه الجمعية العامة: نائب الرئيس، محافظ الدولة، رؤساء الغرف، خمس مستشاري الدولة، ويمكن للوزراء ان يشاركوا بانفسهم او يعينوا من يمثلهم في الجلسات المخصصة للفصل في القضايا التابعة لقطاعهم ولا يصح الفصل الا بحضور نصف عدد اعضاء الجمعية العامة على الأقل، وتبدي الجمعية العامة رأيها في مشاريع القوانين أما اللجنة الدائمة فتكلف بدراسة مشاريع القوانين في الحالات الاستثنائية التي ينبه رئيس الحكومة على استعجالها، و تتشكل هذه اللجنة من رئيس برتبة رئيس غرفة، أربع مستشاري الدولة على الأقل، يحضر محافظ الدولة واحد أو أحد من مساعديه إلى الجلسة والمداولات يقدم مذكراته، كما يعين رئيس الحكومة باقتراح من الوزير المعني بالأمر على مستوى كل وزارة، موظفي برتبة مدير ادارة مركزية على الاقل للحضور والإدلاء برأي استشاري في جلسات الجمعية العامة واللجنة الدائمة في القضايا التابعة لقطاعاتهم فقط ¹.

وتتوسع التشكيلة في الهيئتين المذكورتين الى مستشاري الدولة في مهمة غير عادية كمقررين ويشاركون في المداولات حسب نص المادة 29 من القانون العضوي 98-01 وقد حدد المرسوم التنفيذي 03-165 المحدد لشروط و كفاءات تعيينهم على الا يتعدى عددهم 12 اثنتا عشر مستشارا على الأكثر ويتم تعيينهم من بين الأشخاص ذوي الكفاءات في مختلف الميادين، كما حددت نص المادة 4 منه مدة التعيين بثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة ².

¹ - أنظر نص المواد 35,36,38,39 من القانون العضوي 98-01 الخاص بمجلس الدولة.

² - من شروط التعيين: ان يكون حائزا على شهادة دكتوراه دولة + 7 سنوات خدمة فعلية، او موظف حائز على شهادة الليسانس + 15 سنة خدمة فعلية منها 7 سنوات في وظيفة عليا أو شهادة الليسانس او ما يعادلها + 16 سنة خدمة بعد الحصول عليها.

المطلب الثاني: المحاكم الإدارية.

نصت عليها المادتين 152 و 153 من دستور 1996 والمادة الأولى من القانون 02-98 الخاص بالمحاكم الادارية ،حيث ان المشرع قام بتنظيم المحاكم الإدارية بموجب قانون عادي عكس مجلس الدولة ومحكمة التنازع وهذا يناقض النص التشريعي الذي نص على تأسيس الهيئات القضائية بموجب قانون عضوي.

حيث نصت المادة 01 ف 1 من القانون 02-98 على: "انشاء محاكم ادارية كجهات قضائية للقانون العام والمادة الادارية"

إن العبارة التي جاءت بها هذه المادة غامضة فما المقصود بالقانون العام ؟
إن التعبير الأصح هو صاحبة الولاية العامة في المواد الادارية كما تخضع إجراءات رفع الدعوى وسيرها إلى قانون الإجراءات المدنية أما حالياً فإلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفرع الأول:تنظيم المحاكم الإدارية.

حدد عددها بمقتضى نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي ب ثلاث محاكم إدارية يتم تنصيبها تدريجيا في حالة توفر الشروط الضرورية لسيرها ،وتتشكل من هياكل قضائية(قضاة حكم، نيابة عامة) ومن هياكل غير قضائية، وتتولى وزارة العدل السير الاداري والمالي لها،ويتم تنظيم المحاكم الادارية في شكل غرف ويمكن ان تقسم الغرف الى أقسام،و تحديد عدد الغرف والاقسام يكون عن طريق التنظيم،وكل محكمة ادارية تتشكل من غرفة واحدة الى ثلاث غرف ويمكن ان تقسم كل غرفة الى قسمين على الاقل وأربعة أقسام على الأكثر إضافة إلى النيابة العامة التي يتولاها محافظ دولة بمساعدة محافظي دولة مساعدين ويتولى كتابة الضبط كاتب ضبط رئيسي بمساعدة كاتب ضبط يعملون تحت سلطته ورقابة محافظ الدولة ورئيس المحكمة الادارية ورقابتها

1.

¹ - أنظر نص المادة 6 من القانون 02-98 المتعلق بالمحاكم الادارية.

ولصحة احكام المحاكم الادارية يجب ان تتشكل المحكمة من ثلاث قضاة على الاقل من بينهم رئيس ومساعدان اثنان برتبة مستشارا ويخضع القضاة للقانون الاساسي للقضاء ،كما تخضع عمل المحاكم لأحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية طبقا لنص المادة 2 ف1 من القانون 98-02 المتعلق بالمحاكم الادارية.

المطلب الثالث :محكمة التنازع.

إن الأساس الدستوري والقانوني لمحكمة التنازع نجده في المادتين 152 والمادة 153 من دستور 1996 والقانون العضوي 98-03.

الفرع الأول:تشكيلها.

تعتبر محكمة التنازع مؤسسة قضائية،تقع في قمة الهرمين القضائيين،العادي والاداري الذي يسمح لها بالفصل في تنازع الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة وهي جهة عليا مستقلة ،تشكيلها يخضع لمبدأ التماثل المزدوج ،رئيس + 3قضاة يمثلون مجلس الدولة و 3 يمثلون المحكمة العليا وذلك ضمانا للتوازن بين القضائيين وان كان هذا التماثل شكليا نظرا لخضوع القضاة جميعهم لقانون اساسي واحد وهو المجلس الاعلى للقضاء ،بالإضافة إلى محافظ دولة ومحافظ دولة مساعد،يتم تعيينهم من قبل رئيس الجمهورية ،باقترح من وزير العدل والرأي المطابق للمجلس الاعلى للقضاء ووجود كاتب ضبط رئيسي يتم تعيينه بموجب قرار من وزير العدل دون الاشارة الى مصدر اختياره إلى جانب التشكيلة القضائية فان لمحكمة التنازع ادارة تتكون من موظفين ووسائل تعمل على تسييرها موضوعة تحت اشراف وزير العدل.

الفرع الثاني:عمل محكمة التنازع وتسييرها.

استعملت الحكومة في مشروعها كلمة "سير" وتابع هذا المشروع مساره بنفس العبارة امام البرلمان بغرفتيه ولما اخطر المجلس الدستوري التمسك بالمصطلحات الواردة في المادة 153 من الدستور

وهي اختصاصات، تنظيم وعمل و جسد ذلك في أحكام النص الصادرة في المادة الاولى منه، الفصل الثالث بعنوان عمل محكمة التنازع مع ان المعنى واحد¹.

كما ان عملها يكون عن طريق المداولات التي لا تصح الا بحضور 5 اعضاء على الاقل من بينهم عضوين من المحكمة العليا وعضوين من مجلس الدولة وفي حالة وجود مانع لرئيسه يخلفه القاضي الاكثر اقدمية ووسيلة عملها هي القرارات²، أما عن كيفية استدعاء الاعضاء وتوزيع الملفات واعداد التقارير فقد احات المادة 14 من النظام الداخلي الذي يعده الرئيس مع الأعضاء.

الفرع الثالث: اختصاصات محكمة التنازع.

إن الازدواجية القضائية تستدعي وجود جهة عليا مستقلة تفصل في اشكالات التنازع في الاختصاص بمختلف أنواعه، و نصت المادة 152 من دستور 1996 ان محكمة التنازع تفصل في حالات التنازع في الاختصاص بين المحكمة العليا ومجلس الدولة اما بالرجوع الى نص المادة 3 من القانون العضوي رقم 98-03 والتي نصت على ان محكمة التنازع تفصل في منازعات الاختصاص بين الجهات القضائية الخاضعة للنظام القضائي العادي والجهات القضائية الخاضعة للنظام الاداري حسب الشروط المحددة لهذا القانون.

و جاءت صياغة المادة 3 من القانون العضوي رقم 98-03 أوسع واشمل من نص المادة 152 من دستور 1996، ايضا المادة 3 من نفس القانون استعملت منازعات الاختصاص بدلا من تنازع الاختصاص حيث وسعت من حالات التنازع ولم تقصره على مجلس الدولة والمحكمة العليا لكن رغم ذلك نسجل نقصا في القانون العضوي المؤسس لها والذي لم يخصص فصلا لموضوع الاختصاص، كما انتهت المادة 3 من القانون العضوي 98-03 الفقرة الأخيرة، بإبعاد بعض صور الاختصاص المتمثل في تنازع الهيئات القضائية بين جهتين قضائيتين تابعتين لنفس النظام القضائي كالتنازع في الاختصاص الذي يحدث بين محكمة عادية ومحكمة عادية تابعتين لمجلسين قضائيين مختلفين أو بين محكمة ومجلس قضائي أو بين مجلسين قضائيين أو محكمة ادارية و مجلس الدولة وان كانت محكمة التنازع لا تتدخل في الموضوع إلا أن هناك استثناء على

¹ - أنظر: د. عطاء الله بوحميده، نفس المرجع السابق، ص 66.

² - أنظر نص المادة 06 من القانون العضوي 98-03 الخاص بمحكمة التنازع.

القاعدة يتمثل في حالة التناقض في قرارات قضائية وما عدا ذلك فان تدخلها تحكيمي وقرارتها ملزمة وغير قابلة للطعن.

أولاً: حالات التنازع في الاختصاص.

أ: التنازع الايجابي.

لقد نصت المادة 16 من القانون العضوي 98-03: "يكون تنازعا في الاختصاص عندما تقضي جهتان قضائيتان احدهما خاضعة للنظام القضائي العادي والاخرى خاضعة للنظام القضائي الاداري باختصاصها او بعدم اختصاصها للفصل في نفس النزاع"

أولاً: شروط التنازع في الاختصاص الايجابي

1- ان تقضي جهتان قضائيتان عادية وادارية باختصاصهما في نزاع رفع اليهما من خلال اتخاذ قرار قضائي فيه.

2- ان موضوع النزاع واطرافه واسبابه واحدة.

ب: التنازع السلبي.

حسب نص المادة 16 من القانون العضوي 98-03 يكون هناك تنازعا سلبيا حين تصرح جهتان قضائيتان عن عدم اختصاصها.

• شروطه.

1- تصريح مزدوج بعدم الاختصاص اتخذ بموجب قرار قضائي من جهتين قضائيتين، عادي واداري.

2- يدخل النزاع في اختصاصات احدهما.

3- ان يكون موضوع النزاع واطرافه واسبابه واحدة.

التنازع على أساس الإحالة: لقد نصت عليه المادة 1/18 من القانون العضوي 98-03: "إذا لاحظ القاضي المخطر في خصومة ان هناك جهة قضائية قضت باختصاصها او بعدم اختصاصها

وان قراره سيؤدي الى تناقض في احكام قضائية لنظامين مختلفين، يتعين عليه إحالة ملف القضية بقرار مسبب غير قابل لأي طعن الى محكمة التنازع للفصل في موضوع الاختصاص، وفي هذه الحالة تتوقف كل الاجراءات الى غاية صدور قرار محكمة التنازع.

• شروطها:

- 1- ان تتخذ جهة قضائية قرارا باختصاصها او بعدم اختصاصها في نزاع رفع اليها
- 2- ان يرفع نفس النزاع الى جهة قضائية اخرى ويلاحظ القاضي المخطر بانه اذا فصل في النزاع فان قراره سيؤدي الى تناقض في الاحكام.
- 3- على القاضي المخطر احالة ملف القضية الى محكمة التنازع بقرار مسبب غير قابل لأي طعن وهو وجوبي.

• **ملاحظة:** يجب على القاضي المخطر ابلاغها قبل النظر في الموضوع متى اتضح له ان جهة قضائية سبق وان قضت باختصاصها او بعدم اختصاصها و إذا فصل في النزاع فان القرار سيؤدي الى تناقض في الاحكام.

كما ان دور القاضي وقائي هنا يسعى الى حسم موضوع التنازع قبل ان يحدث.

حالات تناقض أحكام نهائية:

نصت المادة 2/17 من القانون العضوي 98-03 في حالة تناقض احكام نهائية ودون مراعاة للأحكام المنصوص عليها في الفقرة الاولى اعلاه، تفصل محكمة التنازع بعديا في الاختصاص.

• شروطه:

- 1- صدور قرارين نهائيين متناقضين.
- 2- التنازع يتعلق بموضوع النزاع لان الجهتين القضائيتين فصلت فيه بموجب حكم نهائي والا يتعلق بالاختصاص.