

جامعة محمد بوضياف ، المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

محاضرات في مقياس القضاء الإداري 01

مقدمة لطلبة السنة الأولى ماستر01 تخصص قانون إداري
(السداسي الأول)

من إعداد : الأستاذ الدكتور سليمان حاج عزام
أستاذ التعليم العالي في القانون العام

السنة الجامعية : 2021 – 2022

محاضرات في القضاء الإداري 01

موجهة للسنة 01 ماستر قانون إداري

السنة الأكاديمية : 2021-2022

مقدمة :

مما لا شك أن دروس القضاء الإداري تعتبر الأكثر أهمية من ضمن المواضيع التي يعالجها القانون الإداري، هذا الفرع من القانون العام الداخلي، والذي يعنى بالجهاز الإداري للدولة حيث يتناول خمس مسائل أساسية، وهي:

- 1- تنظيم السلطة الإدارية، من حيث كونها مركزية أو محلية؛**
- 2- النشاط الإداري الذي يتمثل في صورتين، وهما : أعمال الضبط الإداري، وإدارة المرافق العامة؛**
- 3- أساليب الإدارة التي تتمثل في أسلوبين، وهما : إصدار القرارات الإدارية (الأعمال الانفرادية)، وإبرام العقود الإدارية (أعمال تعاقدية بتوافق إرادتين، كما هو الحال في الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام)؛**
- 4- وسائل الإدارة و التي تتمثل في وسيلتين هما : الموارد البشرية (نظرية الموظف العام)، و الموارد المادية (نظرية الأموال العامة).**
- 5- خامسا وأخيرا، منازعات الإدارة، وهي مجال دراستنا في هذه المحاضرات، حيث تشمل أساسا الجهات القضائية الفاصلة في هذه المنازعات، وإجراءات التقاضي أمام هذه الجهات القضائية الإدارية؛**

إذن، فموضوع المنازعات الإدارية أو القضاء الإداري هو نفس الموضوع، كونه يتطرق إلى هذا القضاء أولا في حالة سكون وثانيا

في حالة حركة، حيث نعني بالحالة الأولى تنظيم الجهات القضائية الإدارية، ومعايير توزيع الاختصاص، وكيفية حل مسائل تنازع الاختصاص، بينما تتناول الحالة الثانية نظرية الدعوى الإدارية والتي تبدو فيها حركة إجراءات التقاضي، سواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء أو التعويض.

ونظرا لضيق الوقت المخصص لهذا السداسي، نظرا للظروف الاستثنائية المترتبة عن جائحة كوفيد 19، فإننا سوف نركز على أهم المحاور، تعميما للفائدة، وللإستزادة أحيل الطالبات الفضليات و الطلبة الأفاضل على أمهات المؤلفات في القضاء الإداري والمنازعات الإدارية، وهي متوافرة في أيامنا هذه، سواء في الشكل العادي الورقي أو الإلكتروني.

وتشمل دروس القضاء الإداري سداسين اثنين، هما: دروس مقياس القضاء الإداري 01، المقرر في السداسي الأول، و دروس مقياس القضاء الإداري 02، المقرر في السداسي الثاني، فالأول يتعلق بالقضاء الإداري في حالة سكون، بينما الثاني، فيتعلق بالقضاء الإداري في حالة حركة، ونعني بذلك نظم القضاء الإداري وقواعد توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري، وحل إشكالات التنازع في الاختصاص بالنسبة للأول، ونظرية الدعوى الإدارية، سواء تعلق الأمر بدعوى الإلغاء أو دعوى التعويض، وذلك بالنسبة لمقرر السداسي للثاني.

ححر بالمسيلة في : 31 أكتوبر 2021

الأستاذ الدكتور : سليمان حاج عزام

وعليه، نتناول دروس القضاء الإداري 01 من خلال الفصول الثلاثة الآتية:

الفصل الأول مبدأ المشروعية

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية وشروطه ونطاقه ومصادره
المبحث الثاني: ضمانات مبدأ المشروعية والقيود الواردة عليه

الفصل الثاني الأنظمة القانونية المقارنة في المنازعات الإدارية

المبحث الأول: نظام القضاء الموحد
المبحث الثاني: نظام القضاء المزدوج

الفصل الثالث القضاء الإداري الجزائري

المبحث الأول: جهات القضاء الإداري الجزائري
المبحث الثاني: معايير توزيع الاختصاص و محكمة التنازع

الفصل الأول

مبدأ المشروعية

يعرف مبدأ المشروعية بأنه سيادة حكم القانون في الدولة، بحيث تعلق أحكامه وقواعده فوق كل إرادة، سواء إرادة الحاكم أم المحكوم، والمقصود هنا، كل قاعدة قانونية ملزمة، أيا كان مصدرها الدستور أو المعاهدة الدولية المصادق عليها أو التشريع العضوي أو القانون، وسواء تعلق الأمر بقواعد مكتوبة أو بقواعد عرفية، فالأمر سيان.

ذلك أن مبدأ المشروعية *principe de légalité* يرتبط وجودا وعندما بما يطلق عليه بدولة القانون *l'Etat de droit*، وبالتالي فهو يعني سيادة حكم القانون، فإذا ما أهدر هذا المبدأ، كنا أمام دولة بوليسية *l'Etat de police*، وما لذلك من خطورة بالغة على حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية.

وغني عن البيان، أن الإدارة تحوز سلطات واسعة، وهي بصد ممارسته أنشطتها التي تتمثل في صورتين و هما : أعمال الضبط الإداري، حماية للنظام العام، بجميع مدلولاته التقليدية والحديثة، وإدارة المرافق العامة، إشباعا لحاجات الأفراد، تحقيقا للصالح العام، لا سيما سلطة التنفيذ المباشر، ذلك أن القانون قد اعترف لها بقرينة الصحة والمشروعية لقراراتها الإدارية، أي أن هذه الأخيرة صادرة بالمطابقة للقانون، ونزولا على مقتضاه.

ففي ظل دولة القانون يمكن للأفراد المتضررين من القرارات الإدارية التي يدعون عدم مشروعيتها، التظلم إداريا بشأنها، والطعن قضائيا ضدها، والمطالبة بإلغائها، ومنح تعويض عادل جبرا للأضرار التي تكون قد سببتها، غير أنه لا يتحقق ذلك لصالح الأفراد إذا لم يكن هناك قضاء مستقل يمارس رقابة فعالة على أعمال الإدارة.

ومن هنا تأتي أهمية الرقابة القضائية على أعمال الإدارة كصمام أمان يحمي مبدأ المشروعية، وبالتالي يشكل ضمانا لحقوق الأفراد وحررياتهم من أي تعسف يصدر عن السلطات الإدارية في الدولة .

وإن كانت لا تختلف أغلب الدول الديمقراطية في العالم على إخضاع سلطات الدولة لحكم القانون، حماية لمبدأ المشروعية إلا أنها تختلف في نظام القضاء الذي تتبناه لرقابة أعمال الإدارة فمنها من تخضع الإدارة والأفراد لنفس القاضي، وبتطبيق قواعد القانون المدني الذي يعتبر الشريعة العامة، ومنها من أنشأت قضاء إداريا خاصا بالمنازعات الإدارية، تطبق بشأنه قواعد موضوعية وإجرائية متميزة.

حيث يقسم هذا الفصل إلى المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: مفهوم مبدأ المشروعية وشروطه ونطاقه ومصادره

المبحث الثاني: ضمانات مبدأ المشروعية والقيود الواردة عليه

المبحث الأول

مفهوم مبدأ المشروعية وشروطه ونطاقه ومصادره

لقد درجت مؤلفات القضاء الإداري والمنازعات الإدارية على استهلال محاضرات القضاء الإداري أو المنازعات الإدارية بتدريس موضوع مبدأ المشروعية، ذلك أن هذا المبدأ يقصد به أن يخضع الجميع لسلطان القانون حكاما ومحكومون.

وترتبا على ذلك، فإن هذا المبدأ - مثلما سيتم توضيحه في حينه من هذه الدروس - يفرض بأن يكون في الدولة قضاء يبت في المنازعات الإدارية التي تنشأ بين الإدارة والأشخاص الخاضعة للقانون الخاص، ولا يهم إن كان هذا القضاء من قبيل نظام الأحادية أو نظام الازدواجية - مثلما سيرد بيانه لاحقا، المهم أن يكون هذا القضاء قضاء مستقلا، حيث يتم تناول مبدأ المشروعية من خلال المطلبين المواليين :

المطلب الأول

مفهوم مبدأ المشروعية وشروطه

يرتبط مبدأ المشروعية *principe de légalité* وجوداً وعدمًا بما يطلق عليه بدولة القانون *l'Etat de droit*، وبالتالي، فهو يعني سيادة حكم القانون، فإذا ما أهدر هذا المبدأ، كنا أمام دولة بوليسية⁽¹⁾ *l'Etat de police*، حيث نتناول مفهوم مبدأ المشروعية في فرع أول ثم نطاق مبدأ المشروعية في فرع ثانٍ، ببعض التفصيل أدناه .

الفرع الأول : مفهوم مبدأ المشروعية

لقد عرف مبدأ المشروعية بأنه سيادة حكم القانون في الدولة، بحيث تعلو أحكامه وقواعده فوق كل إرادة، سواء إرادة الحاكم أم المحكوم⁽²⁾، والمقصود هنا، كل قاعدة قانونية ملزمة أيا كان مصدرها: الدستور أو المعاهدة الدولية المصادق عليها أو التشريع العضوي أو القانون أو أي مصدر قانوني آخر⁽³⁾، وسواء تعلق الأمر بقواعد مكتوبة أو بقواعد عرفية⁽⁴⁾، فالأمر سيان.

فالقانون لم يوجد " ليخضع له الأفراد وحدهم في علاقاتهم الخاصة، بل من الضروري أن تخضع له الهيئات الحاكمة في الدولة، على نحو تكون تصرفات هذه الهيئات وأعمالها المختلفة متفقة مع أحكام القانون وضمن إطاره " ⁽⁵⁾

ذلك أن مبدأ المشروعية يمثل الضابط العام للدولة في علاقاتها المختلفة مع الأفراد، فلا يمكنها - وفقاً لهذا المبدأ

(1) سليمان محمد الطماوي، **القرارات الإدارية**. دار الفكر العربي، ط. 4، القاهرة، مصر 1976، ص. 14-15.

(2) ماجد راغب الحلو، **القضاء الإداري**. المكتبة القانونية لدار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر، 1995، ص. 15.

(3) محمد رفعت عبد الوهاب، **القضاء الإداري**. الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2005، ص. 12.

(4) سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص. 15.

(5) عمار بوضياف، **المرجع في المنازعات الإدارية**. القسم الأول - الإطار النظري للمنازعات الإدارية -، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 11.

- أن تأتي سلوكا مخالفا للقانون، كأن تصدر - مثلا - قرارا غير مشروع، وإن فعلت، فستجد القضاء لها بالمرصاد - بعد رفع الأمر إليه - وسيقضي بالتصريح بإلغاء مثل هذا القرار، حفاظا على مبدأ المشروعية⁽¹⁾، وكذا إمكانية طلب التعويض عن الأضرار التي يكون قد رتبها هذا القرار غير المشروع⁽²⁾.

نشير- في مجال تحديد مفهوم مبدأ المشروعية - أن القرارات الإدارية تتمتع بقرينة الصحة والمشروعية، أي أنها قد صدرت نزولا على مقتضى القانون، غير أن هذه القرينة بسيطة، وبالتالي، فإن على من يدعي عكسها أن يدحضها، ويلجأ إلى المطالبة بإلغائها، إن إداريا أو قضائيا.

وقرينة الصحة المشار إليها في الفقرة السابقة، هي التي تبرر التنفيذ المباشر للقرارات الإدارية، وما يمكن أن ينطوي عليه من مساس بحقوق الأفراد وحياتهم، فمبدأ المشروعية يشكل صمام أمان يحمي الأفراد من أن تعتدي عليهم الإدارة العامة، على خلاف ما يجيزه القانون⁽³⁾.

وكمثال على ضمانات حقوق الأفراد وحياتهم، وبالاطلاع على الفصل الأول من الباب الثاني من الدستور⁽⁴⁾ الموسوم بـ: " الحقوق الأساسية والحريات العامة "، نجدده يقرر في 44 مادة مختلف الحقوق والحريات التي تقررها الشرعة الدولية لحقوق الإنسان، كما هو الحال في المادة 37 التي تقر الحق في المساواة أمام القانون، والمادة 38 التي تحمي الحق في

(1) عمار بوضيف، مرجع سابق، ص. 12.

(2) طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص. 03.

(3) نفس المرجع، ص. 04.

(4) استفتاء 01 نوفمبر 2020، الصادر بالمرسوم الرئاسي رقم: 20 - 442 المؤرخ في : 2020/12/30 يتضمن التعديل الدستوري، ج.ر.ج. عدد. 82، سنة 2020.

الحياة ،والمادة 55 المقررة للحق في الحصول على المعلومات والوثائق.

الفرع الثاني:شروط مبدأ المشروعية

إن مبدأ المشروعية،الذي تم تناول مفهومه في الفرع الأول والذي خلصنا إلى القول بأنه يشكل دعامة سيادة القانون في الدولة،يشترط من أجل تجسيده في الميدان،توافر أربعة شروط أساسية،بحيث إذا تخلف أحدها،فإن ذلك سيحول دون بناء دولة القانون،التي ترتبط بهذا المبدأ وجودا وعدما،وتتمثل هذه الشروط الأربعة في:

أولا:شروط تبني مبدأ الفصل بين السلطات

بعد أن كانت السلطة في بداية نشأة الدولة تتركز في شخص رئيسها،الذي كان حسب ما اعتقد آنذاك،بأنه يستمد سلطته من الإله،فكان يمارس السلطات الثلاث:السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية،وما نشأ عن ذلك من إهدار لحقوق الأفراد،فقد نشأت نظرية الفصل ما بين السلطات،كشروط أساسي من بين شروط تجسيد مبدأ المشروعية في الدولة.

حيث أن مبدأ الفصل بين السلطات هذا،يرسم لكل سلطة في الدولة حدود اختصاصها،فهو "يقوم كضمان فعال لكفالة الحرية الفردية،وسيادة مبدأ المشروعية،لأن كل سلطة من سلطات الدولة الثلاث ستعمل على إيقاف السلطتين الأخرين عند حدهما،إذا ما عن لهما أن تجاوزا حدود اختصاصها"⁽¹⁾،وفقا لمقولة الفقيه Montesquieu : le pouvoir arrête le pouvoir " السلطة توقف السلطة"⁽²⁾.

ثانيا : خضوع الإدارة للقانون

(1) سليمان محمد الطماوي،**القرارات الإدارية**. مرجع سابق ، ص.15 - 16 .
(2) « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir. »1012.MONTESQUIEU (1689-1755), L'Esprit des Lois (1748).<https://www.histoire-en-citations.fr/citations/montesquieu-l-n-y-a-point-encore-de-liberte-si>, date de visite du site:12/10/2018.

إعمالاً لمبدأ الفصل بين السلطات الآنف الذكر، فإن وظيفة السلطة التنفيذية تقتصر على تنفيذ القانون، ومنه فإن السلطة التنفيذية في أدائها لوظيفتها الإدارية، يجب عليها أن تخضع لأحكام القانون، فليس لها أن " تعمل على إهمالها، بعدم تطبيقها من جانبها، أو الوقوف منها موقفاً سلبياً، بترك الأفراد يخالفونها دون جزاء"⁽¹⁾.

ثالثاً: شرط التحديد الدقيق والواضح لسلطات الإدارة واختصاصاتها

يهدف التحديد الدقيق والواضح لسلطات الإدارة واختصاصاتها إلى تمكين كل من الأفراد والقضاء من رقابة الإدارة، في أدائها لوظيفتها، ذلك أن تحديد الاختصاص يحول دون أن يكون هناك تفويض مطلق للسلطات.

وما يميز السلطة التنفيذية في ممارستها لأعمالها الإدارية أنها السلطة الأكثر احتكاكاً بالأفراد⁽²⁾، وعليه، فإن التحديد الدقيق لاختصاصات الإدارة يكفل حقوق الأفراد أكثر، ويحميهم من تعسفها (الإدارة)، ذلك أن الإدارة تمارس عملها، وهي مسلحة بامتيازات السلطة العامة، لا سيما سلطة إصدار القرار الإداري ذي الطابع التنفيذي⁽³⁾.

رابعاً: وجود رقابة قضائية فعالة

بالرغم من وجود عدة أنواع من الرقابة المقررة قانوناً، كما هو الحال في رقابة البرلمان على الحكومة، و رقابة الهيئات الإدارية المتخصصة، كما هو الحال في رقابة مجلس المحاسبة، ومصالح وزارة المالية، وكذا الرقابة الذاتية للإدارة، عن طريق ما يسمى بالرقابة الرئاسية والرقابة الوصائية وغيرهما، فإن رقابة القضاء تبقى هي الأشد صرامة على الإطلاق، والأضمن حماية لمبدأ المشروعية، كون رقابة الإدارة لنفسها قد تجعلها بمثابة الخصم والحكم، مما لا يفي بالغرض منها.

ولهذا تسعى مختلف الدول الحديثة إلى حماية أكثر لمبدأ المشروعية، عن طريق تجسيد رقابة قضائية فعالة، ذلك أن القضاء

(1) سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة) مرجع سابق ، ص.16

(2) عمار بوضياف ، المرجع في المنازعات الإدارية. القسم الأول - مرجع سابق ، ص . 18.

(3) عبد الغني بسيوني، القضاء الإداري. منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1997، ص. 6.

مخول - بعد رفع الأمر إليه، لأن القضاء لا يتدخل من تلقاء نفسه⁽¹⁾ ، بحسب الأصل - بإصدار أحكام تنفذ وفقا للقانون حماية لمبدأ المشروعية، ومثال ذلك، لو أن سلطة إدارية ما، قامت بفصل موظف دون اتباع إجراءات الفصل التأديبي المنصوص عليها في القانون الأساسي العام للوظيفة العامة⁽²⁾، في المواد من الباب السابع الموسوم بالنظام التأديبي من المادة 160 إلى 185، كما هو الحال في إبلاغ الموظف بالتهمة التأديبية الموجهة إليه، وتمكينه من ملفه التأديبي، لتحضير دفاعه⁽³⁾، والفصل في الدعوى التأديبية في أجل معين، وإلا تسقط بالتقادم⁽⁴⁾، فإن هذه السلطة الإدارية تكون قد تجاوزت القانون، وعد قرارها غير مشروع⁽⁵⁾، ويعود للقضاء الإداري المختص، التصريح بعدم مشروعية القرار ومن ثم إلغاءه، والتعويض عن الأضرار التي يكون قد تسبب فيها وذلك بعد أن يرفع صاحب الشأن دعوى الإلغاء والتعويض.

المطلب الثاني

نطاق مبدأ المشروعية ومصادره

يتناول المطلب الحالي نطاق مبدأ المشروعية ومصادره فالأول يتعلق بالمجال الذي يشملته تجسيد مبدأ المشروعية في الدولة، حيث لقد سبق القول، بأن مبدأ المشروعية تخضع له الدولة بجميع سلطاتها التشريعية والتنفيذية والقضائية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه مادام مبدأ المشروعية يعني فيما يعنيه، أعمال حكم القانون في الدولة، فإنه يشمل جميع القواعد القانونية، مهما كان تدرجها، كما أن مصادر مبدأ المشروعية، هي نفسها مصادر

(1) المادة 358 فقرة 01 بند 16 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر.ج. عدد 21، سنة 2008. تقرر أن من بين أوجه الطعن بالنقض : **الحكم بما لم يطلب أو بأكثر مما طلب.**

(2) أمر رقم 06-03 مؤرخ في 15 جويلية سنة 2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر.ج. عدد 46، سنة 2006 .

(3) م. 167، أمر رقم 06-03، مشار إليه سابقا.

(4) م. 166، أمر رقم 06-03، مشار إليه سابقا.

(5) سليمان محمد الطماوى، **القضاء الإداري - قضاء التأديب** - دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1995، ص. 45 .

القانون، وعليه، نتناول نطاق مبدأ المشروعية في فرع أول، ومصادره في فرع ثان.

الفرع الأول: نطاق مبدأ المشروعية

يقصد بنطاق مبدأ المشروعية المجال الذي يتم فيه أعمال هذا المبدأ، حيث، وبالرجوع إلى ما قيل في بداية المحاضرة حول كون مبدأ المشروعية يقضي بأن يخضع الكافة لحكم القانون، وبالتالي يكون نطاقه يشمل مختلف سلطات الدولة وهذا بحسب الأصل، وذلك بأن تلتزم الدولة " في تصرفاتها جميعها الحدود المرسومة لها في مجموعة القواعد القانونية المقررة في الدولة، وأن تمارس فاعليتها في نطاقها " (1)

وعليه، سنتناول نطاق مبدأ المشروعية، من حيث تدرج القواعد القانونية، ومن حيث سلطات الدولة الثلاث، وذلك من خلال الفرعين المواليين :

أولاً : من حيث تدرج القواعد القانونية

يتشكل النظام القانوني للدولة في شكل هرم قمته الدستور القانون الأسمى في الدولة، وقاعدته النصوص التنظيمية الصادرة عن الإدارة المحلية، مروراً بالمعاهدات الدولية المصادق عليها، وفقاً للشروط الواردة في الدستور⁽²⁾، والقوانين العضوية، ثم القوانين والأوامر المصادق عليها⁽³⁾، والمراسيم الرئاسية والمراسيم التنفيذية والقرارات الصادرة عن الوزراء والولاة ورؤساء المجالس الشعبية

(1) عبد الله طلبه، القانون الإداري - الرقابة الإدارية على أعمال الإدارة - القضاء الإداري. ط. 02، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، حلب، سوريا، د. ت. ن، ص. 14.

(2) لقد ورد في الدستور في المادة 154 منه ما يلي : " المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمى على القانون " .

(3) لقد ورد في المادة 142 فقرة 03 و 04 من الدستور ما يلي : " يعرض رئيس الجمهورية، الأوامر التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في بداية الدورة القادمة لتوافق عليها .

تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان " .

البلدية، والممثلين القانونيين للأشخاص المعنوية الخاضعة
للقانون العام.

تجدر الإشارة، إلى أن هناك نصين أساسيين يتم صدورهما عن طريق المراسيم الرئاسية- إضافة إلى ما يمارسه رئيس الجمهورية من سلطة تنظيمية، في توقيع المراسيم الرئاسية- ويتعلق الأمر بنص الدستور المصادق عليه عن طريق الاستفتاء، كما هو الحال في دستوري 1989 و 1996⁽¹⁾، ودستور 2020 الساري المفعول، وكذا المعاهدات الدولية المصادق عليها، التي تلي الدستور من حيث التدرج، حيث أن ذلك لا يمس بمبدأ التدرج، ولا بسمو نصي الدستور والمعاهدة الدولية، بل أن صدورهما بمرسوم لا يعدو أن يكون **إلا مجرد شكلية قانونية.** ويقوم مبدأ تدرج القاعدة القانونية على أن تخضع القاعدة الأدنى مرتبة للقاعدة الأعلى منها مرتبة، فلا تستطيع مخالفتها وإلا عدت غير مشروعة⁽²⁾، والقانون هنا، يؤخذ بمدلوله العام، أي جميع القواعد الملزمة في الدولة، سواء أكانت مكتوبة أو عرفية⁽³⁾، كما هو الحال في المبادئ العامة للقانون، والتي سوف يرد الحديث عنها لاحقاً.

ثانياً : من حيث سلطات الدولة الثلاث

يشمل نطاق مبدأ المشروعية السلطات الثلاث للدولة (التشريعية والقضائية والتنفيذية)، فليست هناك أي سلطة معفاة من الخضوع لهذا المبدأ، "فمبدأ المشروعية ملزم لكل الهيئات وهياكل الدولة، بصرف النظر عن موقعها أو مركزها أو نشاطها وحتى طبيعة قراراتها"⁽⁴⁾.

(1) مرسوم رئاسي رقم 89-18 مؤرخ في 28 فيفري 1989، يتعلق بنشر نص تعديل الدستور الموافق عليه في استفتاء 23 فيفري سنة 1989، ج.ر.ج. عدد 09 سنة 1989.

- مرسوم رئاسي رقم 96-438 مؤرخ في 07 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج. عدد 76 سنة 1996.

(2) سامي جمال الدين، **تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الإسلامية.** منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن.ص. 16.

(3) سليمان محمد الطماوي، **دروس في القضاء الإداري** (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص. 8.

(4) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 14.

والمطلع على الدستور يجده قد حدد اختصاص كل سلطة من السلطات الثلاث، وذلك من خلال الباب الثالث الموسوم بـ : " تنظيم السلطات والفصل بينها " ، بدءاً من المادة 84 إلى غاية المادة 183.

أ - السلطة التنفيذية: إن السلطة التنفيذية هي أول سلطة ظهرت إلى الوجود تاريخياً، إذ كانت جميع السلطات تتركز في شخص رئيس الدولة - قبل إعمال مبدأ الفصل بين السلطات - فهو رئيس السلطة التنفيذية، وهو المشرع وهو القاضي، وبالتالي كانت ولا زالت تحوز سلطات واسعة، و تتوافر على موارد بشرية ومادية معتبرة، و تؤدي مهامها باستعمال امتيازات السلطة العامة حتى تتمكن من سلطة تنفيذ القوانين، والحفاظ على النظام العام وإدارة المرافق العامة، إشباعاً لحاجات الأفراد.

لكن ليس معنى أن هذا أن تتحلل هذه السلطة من التزام الخضوع للقانون، والعمل ضمن مبدأ المشروعية، ذلك أن هذه السلطات الواسعة التي تمتلكها السلطة التنفيذية، إن حادت عن هذا المبدأ، ستكون وبالا على حقوق الأفراد وحررياتهم، ولهذا تحرص دولة القانون على إخضاع جميع تصرفات الإدارة لرقابة القضاء، سواء أكان عملها قانونياً *acte juridique* أو عملاً مادياً *acte matériel* (1).

ب- السلطة التشريعية: بالرجوع إلى الدستور، نجده قد نظم أحكام السلطة التشريعية من المادة 114 إلى غاية المادة 162 وتشمل هذه المواد تنظيم و تشكيلة السلطة التشريعية، وكيفية انتخابها ومهامها التشريعية والرقابية والمجال التشريعي المحجوز للقانون العضوي والقانون، ومجموع القواعد الإجرائية المنظمة لكيفية اقتراح القانون و التصويت عليه ومدى النصاب المقرر، إلى غير ذلك من القواعد الأخرى كعلاقة البرلمان بالحكومة، وعليه، فالسلطة التشريعية ملزمة بالتقيد بمبدأ المشروعية، وأن تؤدي عملها، وفقاً لما ينص عليه الدستور، وكذا القوانين العضوية والقوانين الصادرة بناء عليه .

ج- السلطة القضائية: يباث بالسلطة القضائية الفصل في المنازعات، سواء تعلق الأمر بالقضاء الجنائي أو المدني أو القضاء

(1) سليمان محمد الطماوي، **دروس في القضاء الإداري** (دراسة مقارنة). مرجع سابق، ص. 8-9.

الإداري، وهي في ذلك تتبع قواعد إجرائية وموضوعية محددة تحديداً دقيقاً، من خلال مدونة القانون الجنائي والمدني والإداري في شقه الإجرائي والموضوعي، فعلى السلطة القضائية أن تطبق هذه النصوص - إعمالاً لمبدأ المشروعية -، وإلا، فإن جزاء مخالفتها، سيترتب عنه البطلان، إذا ما تعلق الأمر بخرق قاعدة إجرائية، يقرر القانون البطلان كجزاء لها، حيث أنه لا بطلان لا بنص.

و بالإطلاع على قانون العقوبات (الفصل الثالث : الجنايات والجنح ضد الدستور، القسم الرابع: تجاوز السلطات الإدارية والقضائية لحدودها: المواد من 116 إلى غاية 118)⁽¹⁾، نجد أن القانون قد قرر قواعد جنائية موضوعية لحماية اعتداء سلطة على سلطة أخرى ولم يكتف القانون بترتيب جزاء البطلان فحسب.

وتدعيماً لإعمال مبدأ المشروعية على الوجه السليم في نطاق جميع سلطات الدولة شرعت عدة أنواع من الرقابة على هذه السلطات، كما هو الحال في الرقابة التي يمارسها المجلس الدستوري على التشريع الذي يسنه البرلمان، والرقابة التي يمارسها هذا الأخير على أعمال الحكومة، والرقابة الإدارية بنوعيتها الرئاسية والوصائية، والرقابة التي تمارسها المحاكم بمختلف درجاتها، سواء تعلق الأمر بجهات القضاء العادي أو الإداري، مثلما سيرد توضيحه في موضعه من هذا الفصل.

الفرع الثاني: مصادر مبدأ المشروعية

مادام مبدأ المشروعية معناه سيادة حكم القانون في الدولة، فإن مصادر مبدأ المشروعية هي نفسها مصادر القانون، ومثلما سبقت الإشارة إليه في موضع سابق فعندما نقول بأن مبدأ المشروعية يعني خضوع الدولة للقانون، فالقانون هنا يقصد به معناه الواسع، مهما كانت مرتبته في التدرج، سواء قواعده العليا أم الدنيا، ومهما كان شكل هذه القواعد، أهى قواعد مكتوبة أم غير مكتوبة ؟

وتأسيساً على ذلك يتم تقسيم هذا الفرع إلى محورين هما:

أولاً : المصادر المكتوبة

(3) أمر رقم 66 - 156 مؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ج.ج. عدد 49، سنة 1966.

تشمل المصادر المكتوبة مثلما تدل عليها الصفة التي ألحقت بها القواعد القانونية المدونة في شكل نصوص مكتوبة، بغض النظر عن مكانتها في التدرج الهرمي القانوني وبالنسبة للقانون الجزائري، فإنه يمكن القول بأن مصادر مبدأ المشروعية هي الدستور ثم المعاهدات الدولية المصادق عليها، والقوانين العضوية والقوانين والأوامر، وأخير التنظيم، وذلك ما سوف نوليه بعض التفصيل فيما يلي:

أ- الدستور: مما لا شك فيه أن الدستور هو أسمى القوانين في الدولة دون منازع، ولهذا فصفة السمو لصيقة به وأن باقي القوانين تنشأ بناء عليه، وأن سمو الدستور يجد أصله من مصدرين أساسيين أحدهما موضوعي والآخر شكلي⁽¹⁾.

فالسمو الموضوعي يقصد به سمو القواعد القانونية المكونة لنص الدستور، والتي تتضمن عادة الحقوق والحريات الأساسية، وشكل الدولة ونظام الحكم فيها، وتنظيم السلطات والعلاقات فيما بينها، وأن السمو الموضوعي لا يتعلق بالذات المكتوبة فحسب، بل يشمل جميع أنواع الذات مكتوبة أو غير مكتوبة، مرنة أو جامدة، أما السمو الشكلي، فمعناه الشكل والإجراءات التي يتم بها إنشاء وثيقة الدستور وتعديلها، وبالتالي لا يتحقق هذا السمو، إلا إذا كان الدستور مكتوباً وجامداً⁽²⁾.

ولهذا، فإن السمو الشكلي يسمح بضمان احترام الدستور وتنظيم الرقابة على دستورية القوانين، وبالتالي يساهم في حماية مبدأ المشروعية، ويشمل مبدأ سمو الدستور وثيقة الدستور برمتها، سواء إن تعلق الأمر بديباجته أو بنصوصه وهو الرأي الراجح الذي ذهب إليه الأستاذ الدكتور عمار بوضياف⁽³⁾، من أن للديباجة نفس قيمة القواعد الموضوعية

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 22.

(2) نعمان أحمد الخطيب، الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص. 533.

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 23.

لوثيقة الدستور، فهي لا تسمو عليها مثلما يرى البعض، ولا هي أدنى منها مرتبة، مثلما يرى من يعتبرها مجرد مبادئ فلسفية وسياسية.

ب- المعاهدات الدولية المصادق عليها وفقا للدستور: لقد ورد في الدستور في المادة 154 منه ما يلي: "المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور، تسمو على القانون"، فبعد التصديق على المعاهدة من السلطة المختصة، ونشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، بموجب مرسوم رئاسي تصبح من قبيل التشريع الداخلي الذي يحتل مرتبة تسمو على القانون .

معنى ذلك، أنه إذا ما عرض نزاع - مثلا - أمام القضاء - وكان يتنازع الفصل في هذا النزاع تطبيق نص معاهدة دولية و نص قانون داخلي، وكان هناك تعارض بين النصين، تكون الغلبة لنص المعاهدة الدولية المصادق عليها، ففي **اجتهاد قضائي لمجلس الدولة بتاريخ 2000/05/08**⁽¹⁾، في قضية "يونين بنك" ضد محافظ بنك

(2) قرار مجلس الدولة رقم : 002111 مؤرخ في : 2000/05/08 ، الغرفة الخامسة، قضية يونين بنك ضد محافظ بنك الجزائر، حيث أن هذا الأخير دفع بأن المحامية الفرنسية التي وكلها خصمه (يونين بنك) ، لم تقدم رخصة نقيب المحامين المختص إقليميا ، طبقا لما تقرره المادة 06 من القانون رقم 91-04 المؤرخ في : 08 / 01 / 1991 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، الذي كان ساريا آنذاك .

ولقد رد الخصم (يونين بنك) ، بأنه وفقا للمادة 16 من البروتوكول القضائي المبرم بين الجزائر وفرنسا المؤرخة في : 28 أوت 1962، فإن المحامية لم تكن ملزمة بتقديم هذه الرخصة، وإنما يكفي فقط، أن تتخذ موطنا، لدى اختصاص الجهة القضائية الفاصلة في القضية، وهو ما تمت مراعاته، وبالتالي، فإن الشروط القانونية لتأسيسها مستوفية .

وقد استجاب مجلس الدولة لرد (يونين بنك)، مسببا قراره كما يلي :

" حيث أنه في قضية الحال أودعت الأستاذة (ج. م.) محامية بنقابة المحامين بباريس، لدى اللجنة المصرفية رسالة توكيل لتمثيل (يونين بنك)، وللدفاع عن مصالحها، وقد اختارت مقرها بمكتب الأستاذ عبلاوي محام بـ: 3 شارع عمار بن الشيخ، الجزائر، وإنه يتعين في هذه الظروف القول أنها قد احترمت الالتزام القانوني الذي يفرضه البروتوكول الدولي المذكور أعلاه، والقول أن اللجنة المصرفية عندما اشترطت تقديم الرخصة الخاصة من نقيب المحامين المنصوص عليها في المادة 06 من القانون

الجزائر، غلبت هذه الجهة القضائية الإدارية العليا تطبيق معاهدة دولية، واستبعدت القانون الوطني، وتكون بذلك قد طبقت صحيح القانون، وفقا لما تقرره أحكام الدستور في تلك الفترة⁽¹⁾، وبالتالي حافظت على مبدأ المشروعية، وهو مسلك يستحق الإشادة به.

ج- القوانين العضوية والقوانين: تحتل القوانين العضوية

والقوانين المرتبتين الثالثة والرابعة، على التوالي، من حيث التدرج، بعد الدستور والمعاهدات الدولية المصادق عليها، فالقوانين العضوية قد أنشئت بموجب دستور 1996، وقد استمر اعتمادها بموجب التعديل الدستوري 2020، حيث وردت الإشارة إليها في المواد الآتية:

132، 135، 136، 140، 145، 179، 180، 183، 190، 196، 197، 199، 200،
201.

حيث يمتاز القانون العضوي، من الناحية الموضوعية بكونه يتعلق بأهم القوانين المحددة على سبيل الحصر في مواد الدستور ومن الناحية الشكلية، فإن القانون العضوي، تتم المصادقة عليه بالأغلبية المطلقة للنواب ولأعضاء مجلس الأمة، وذلك نظرا لأهمية المسائل

المؤرخ في 1991/01/08 قد تجاهلت مقتضيات البروتوكول القضائي المؤرخ في :
المبرم بين الجزائر وفرنسا.

وبالتالي يتعين إبطال قرارها"

مجلة مجلس الدولة، عدد 06، سنة 2005، منشورات الساحل، الجزائر، 2005، ص. 68-70.

(1) م. 132 من دستور 1996، مشار إليه سابقا.

التي ينظمها⁽¹⁾، كما أن رقابة المجلس الدستوري على القانون العضوي تكون وجوبية، وسابقة على صدوره (القانون العضوي)².

بينما فيما يتعلق بالقوانين، فإن المجلس الشعبي الوطني يصوت على القانون بأغلبية أعضائه الحاضرين، ونفس الشيء بالنسبة لمجلس الأمة⁽³⁾، و أن مجال التشريع المحجوز للقوانين تحدده المادة 140 من الدستور، وعلى الرغم من الاختلاف ما بين القوانين العضوية والقوانين، فإنهما يسجلان في سجل واحد ويخضعان لنفس التسلسل، فمثلاً، القانون العضوي 01-98 المتعلق بمجلس الدولة، يليه في السجل مباشرة القانون 02-98 المتعلق بالمحاكم الإدارية، ثم يليه القانون العضوي 03-98 المتعلق بمحكمة التنازع.

وتشكل القوانين العضوية والقوانين أهم مصدر لمبدأ المشروعية وهي تلزم جميع سلطات الدولة - كما سبق بيانه - كما تلزم الأشخاص، طالما أنها سارية المفعول لم تلغ ولم تعدل، حيث أن

(1) م. 140 : " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور ،
يشرّع 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،

تم المصادقة على القانون العضوي ، بالأغلبية المطلقة للنواب و لأعضاء مجلس الأمة .

يخضع القانون العضوي ، قبل إصداره ، لمراقبة مطابقته للدستور من طرف المحكمة الدستورية. "

² كما تخضع الأوامر لمراقبة مدى دستوريته من طرف المحكمة الدستورية بإخطار وجوبي من رئيس الجمهورية ، على أن تفصل فيها في أجل عشرة أيام، وفقاً للمادة 142 فقرة 02 من الدستور.

(2) م. 145، فقرة 04 من الدستور .

القانون لا يجوز إلغاؤه أو تعديله إلا بقانون يماثله في الرتبة (1).

د-الأوامر: les ordonnances قوة القانون، طالما يكون قد صادق عليها البرلمان بغرفتيه، عندما يعرض رئيس الجمهورية النصوص التي يكون قد شرّعها بأوامر في مسائل عاجلة، في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني، أو خلال العطل البرلمانية، وبعد أخذ رأي مجلس الدولة، على كل غرفة من البرلمان، في أول دورة له لتوافق عليها، و تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان حسب ما تنص على ذلك المادة 142 من الدستور.

حيث أن هذه الأوامر يصادق عليها مجلس الوزراء، بعد أخذ رأي مجلس الدولة، ويعتبر هذا الإجراء جديداً، لأنه في دستور 1996 لم تكن تعرض مشاريع الأوامر على مجلس الدولة، بل تعرض مشاريع القوانين فقط (المادة 119 دستور 1996).

وهنا نشيد بما قام به المؤسس الدستوري في هذه المسألة - اقتداء بالأنظمة المقارنة - ، بالحصول على رأي مجلس الدولة، ذلك أن قضاة مجلس الدولة، نظرا لكفاءتهم وخبرتهم في المنازعات الإدارية، تفيد مؤهلاتهم في إبداء آراء سديدة، حول نصوص الأوامر التي تعرض عليهم، لا سيما وأن هذه النصوص تعد من تشريع الضرورة التي تتطلب تدخلا تشريعيا مستعجلا، مما قد يؤدي بالسلطة التنفيذية إلى إغفال عناصر قانونية مهمة بسبب عنصر الاستعجال، ولكن السؤال المطروح هنا، هو ما مدى تقيد السلطة التنفيذية بالآراء التي يبديها مجلس الدولة حول مشاريع الأوامر المعروضة عليه؟ بل وفي مشاريع القوانين عامة، وعن ضرورة نشر هذه الآراء؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول: طالما أن تدخل مجلس الدولة ذي طابع استشاري ، فإن الحكومة ، وإن كانت ملزمة باللجوء إلى عرض هذه المشاريع على مجلس الدولة ، فإنها غير ملزمة بالأخذ

(1) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 24.

بآرائه، لأسباب موضوعية قد تقدرها ، وهي مسؤولة عما قد يتعرض له النص من عدم قبول لدى المخاطبين به، ويسمح للمواطن ببسط رقابة شعبية على النصوص التي تقدم الحكومة مشاريعها ، وعن ضرورة نشر هذه الآراء، للاطلاع عليها، فإن ذلك يندرج ضمن حقوق المواطن في الحصول على المعلومات، خاصة إذا علمنا أن الدستور يقرر في مادته 55 الحق في الوصول إلى المعلومات والوثائق والإحصائيات والحصول عليها و تداولها.

تجدر الإشارة إلى الخطأ الذي قد يقع فيه البعض، ويعتبرون بأن الأوامر تعتبر من قبيل التنظيم، باعتبار أنها صادرة عن السلطة التنفيذية، فهي تشريع له قوة القانون، فوض الدستور السلطة التنفيذية للقيام به، في المسائل العاجلة أو في الحالة المذكورة بالمادة 107 من الدستور المتعلقة بالحالة الاستثنائية، وأنه إذا لم يصادق البرلمان على نص الأمر يصير لاغياً، ومادام للأمر قوة القانون، فهو مصدر من مصادر المشروعية، شأنه في ذلك شأن القوانين العضوية والقوانين، كما نشير إلى أن الأوامر تخضع لمراقبة مدى دستورتيتها من طرف المحكمة الدستورية بإخطار وجوبي من رئيس الجمهورية ، على أن تفصل فيها في أجل عشرة أيام، وفقاً للمادة 142 فقرة 02 من الدستور.

هـ- النصوص التنظيمية: إن السلطة التنظيمية هي الاختصاص الأصيل للسلطة التنفيذية، في ممارستها لمهامها حيث ورد في الدستور في مادته 7/91 بأن رئيس الجمهورية يوقع المراسيم الرئاسية، وجاء في المادة 5/112 بأن الوزير الأول يوقع المراسيم التنفيذية .

وتسمى النصوص التنظيمية بالقرارات الإدارية لصدورها عن السلطة التنفيذية، وهذا ما يميزها عن النصوص التشريعية، فالقرارات التنظيمية تخضع لرقابة قضاء الإلغاء، بخلاف النصوص التشريعية، وهي تتضمن - إذن - قواعد عامة و مجردة، تخاطب المخاطبين بها بصفاتهم، لا بذواتهم، ولهذا تسمى

بالتشريعات الفرعية أو اللوائح⁽¹⁾، لكنها تبقى دائما في مرتبة أدنى من التشريع، ولا يجوز أن تخالفه، طبقا لقاعدة تدرج القوانين وبالتالي ضمان حماية مبدأ المشروعية.

ثانيا : المصادر غير المكتوبة

تشمل مصادر المشروعية غير المكتوبة كلا من العرف والمبادئ العامة للقانون، وهناك بعض فقهاء القضاء الإداري ممن يحرصون المصادر المكتوبة في العرف والقضاء، باعتبار أن المبادئ العامة للقانون ، هي قواعد غير مكتوبة يكشف عنها القضاء من خلال اجتهاداته⁽²⁾ .
وعليه، نتناول أدناه، كلا من العرف والمبادئ العامة للقانون تباعا.

أ. العرف: لقد ورد في المادة الأولى من القانون المدني ما يلي:
"يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها .

وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"⁽³⁾ .

من قراءة النص المذكور في الفقرة السابقة في فقرته الثانية نجد أن المشرع الجزائري يعترف بالعرف كمصدر للقانون، وبالتالي مصدرا للمشروعية، والملاحظ أن العرف يأتي في المرتبة الثالثة، بعد التشريع والشريعة الإسلامية، فهو إذن مصدر تكميلي وثنائي، لا يلجأ إلى تطبيقه، إلا في حالة عدم وجود حكم في المصدرين الأولين.

1- مفهوم العرف: يقصد بالعرف - في القانون الإداري - ما جرى عليه العمل من جانب السلطة الإدارية في مباشرة صلاحياتها

(1) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري. مرجع سابق، ص.30.

(1) ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري. مرجع سابق، ص.36.

(2) أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ج.ج. عدد 78، سنة 1975.

الإدارية، بشكل متواتر، و على نحو يمثل قاعدة ملزمة واجبة الإلتباع⁽¹⁾، حيث أن تواتر الإدارة على سلوك معين، خلال مدة زمنية معينة، مع الشعور بالإلزام هذا السلوك ينشئ قاعدة قانونية عرفية، ذلك أن القضاء الإداري يقيم من العرف المطرد مصدرا قانونيا ملزما للهيئات العامة، فيما ثبت بشأنه من الروابط⁽²⁾، بهذا قضت محكمة القضاء الإداري في مصر، فيما قررت من " أن النظام الذي تقرره جهة الإدارة في صدد أمر معين وتسير على سننه هو بمثابة القانون أو اللائحة، من حيث وجوب احترامه والعمل به إلى أن يحصل تغييره بإجراء عام، بحيث تكون مخالفته في الوقت الذي يكون ساريا فيه، مخالفة للقانون"⁽³⁾.

2- أركان العرف الإداري: للعرف ركنين: ركن مادي وركن معنوي نتناولهما تباعا، ببعض التفصيل، فيما يلي :

2-1- الركن المادي: ويتمثل في اعتياد الإدارة إتباع سلوك معين بصفة متواترة ومنتظمة، خلال مدة زمنية معينة، فإذا لم يكن هناك تواتر، لا نكون بصدد عرف إداري، وهذا نتيجة غياب صفة التواتر و الاستمرارية⁽⁴⁾.

2-2- الركن المعنوي: ويتمثل في الاعتقاد لدى الإدارة بأن السلوك المعين الذي تواترت على القيام به، هو ملزم لها قانونا وأن الإعراض عنه سوف يوجب مسؤوليتها، ويجعل عملها معيبا من حيث المشروعية، ومن المفيد التذكير أن هذا العرف يشترط لتطبيقه، سواء من جانب الإدارة أو القاضي، ألا يكون مخالفا لنص تشريعي، وهو ما اعتبره البعض ركنا ثالثا يجب توافره في العرف.

(3) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 25 .

(4) طعيمة الجرف، مرجع سابق، ص. 04.

(1) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ : 1948/01/28 في الدعوى رقم 196 لسنة 1 ق. مجموعة أحكام المجلس - السنة الثانية ص.356، نقلا عن عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 26.

(2) حسين الدوري، **القضاء الإداري ومبدأ المشروعية**، ندوة القضاء الإداري، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، الدار البيضاء، المغرب، 18 - 22، جوان 2007، ص.18.

تجدر الإشارة إلى أنّ الإدارة غير ملزمة بالاستمرار، و في جميع الحالات بإتباع سلوك معين، و لا يجوز لها العدول عنه، بل تستطيع أن تغير أسلوبها ونمط سلوكها، كلما دعت الحاجة إلى ذلك، ولا يعد عملها هذا مخالفا للعرف، فالقانون الإداري يتسم بالمرونة و التطور، وسلطة التعديل هذه اعترف بها القضاء الإداري، وهو ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر بقولها:

"...والعرف الإداري اصطلاح على إطلاقه على الأوضاع التي درجت الجهات الإدارية على إتباعها أو مزاولتها نشاطا معيناً وينشأ من استمرار الإدارة التزامها لهذه الأوضاع، و السير على نشأتها، في مباشرة هذا النشاط، أن تصبح بمثابة القاعدة القانونية الواجب الإتباع، ما لم تعدل بقاعدة أخرى مماثلة..."⁽¹⁾.

ويرى الأستاذ عمار بوضياف، بأن للعرف في المجال الإداري دور ثانوي، وليس له ذلك الدور الذي نجده في القانون التجاري مثلا، ويبرر رأيه هذا بأنه قد أجرى بحثا معمقا في أحكام القضاء الإداري الجزائري، ولم يعثر على تطبيق قاعدة عرفية على نزاع معين⁽²⁾، وهو الرأي الذي نؤيده ونرجحه.

3- أقسام العرف الإداري: ينقسم العرف الإداري إلى عرف مفسر وآخر مكمل، ويضيف البعض العرف المعدل، وهو محل خلاف مثلما سيورد بيانه.

3-1- العرف المفسر: ينحصر دور العرف المفسر في تفسير نص غامض - تشريعيًا كان أو تنظيميًا - دون أن يضيف له أحكاما جديدة، ولا أن يحذف منه أحكاما قائمة، ولا يمكن اعتبار ذلك عرفا مفسرا، إلا إذا تواترت الإدارة مدة معينة على ذلك العرف المفسر

(1) عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص. 58.

(2) عمار بوضياف، مرجع سابق، ص. 26.

من جهة، وسكت التشريع أو التنظيم، ولم يتم بسن نص تفسيري لذلك الغموض، من جهة أخرى.

3-2-العرف المكمل: إذا كان هناك فراغ قانوني في مسألة معينة، ولم ينظمها لا التشريع ولا التنظيم، وبأدركت الإدارة بسلوك متواتر لتلك المسألة التي أغفلتها النصوص، بحيث تكون لدى الإدارة شعور بالزاميته، مما يبرر لنشوء قاعدة قانونية عرفية مكملة، تعد مصدراً لمبدأ المشروعية.

حيث نكتفي بهذين النوعين (العرف المفسر والمكمل)، ولا نتناول العرف المعدل، نظراً لعدم تأييده من أغلب الفقه الإداري كونه يتناول على التشريع، فيضيف له أحكاماً جديدة، إذا كان عرفاً معدلاً بالإضافة، وينقص منه أحكاماً تشريعية قائمة، إذا كان عرفاً معدلاً بالحذف، وهو ما لا يجوز⁽¹⁾.

4- التمييز بين العرف الإداري و العرف المدني: يختلف العرف في القانون الإداري عنه في القانون المدني، في ما يلي⁽²⁾:

4-1 - من حيث سلطة الإنشاء: الإدارة هي التي تنشئ القاعدة العرفية الإدارية، فسلوكها هو محل اعتبار لا سلوك الأفراد بينما العرف المدني يكونه الأفراد أنفسهم المعنيين بالقاعدة العرفية.

4-2 - من حيث موضوع القاعدة: القاعدة العرفية الإدارية تتعلق دائماً بالمصلحة العامة، بينما القاعدة العرفية المدنية تتعلق بالمصلحة الخاصة للأشخاص.

ب- المبادئ العامة للقانون: سوف نتعرض هنا، لتعريف المبادئ العامة للقانون، ثم لأساسها، على التفصيل الوارد أدناه.

1- تعريف المبادئ العامة للقانون: المبادئ العامة للقانون هي القواعد القانونية التي ترسخت في وجدان الأمة القانوني، ويتم استنباطها بواسطة الاجتهاد القضائي للمحاكم

(1) عمار بوضيف، مرجع سابق، ص. 27.

(2) نفس المرجع، ص. ص. 28-29.

وهي تختلف عن المبادئ العامة المدونة في مجموعة تشريعية كالقانون المدني مثلاً.

2- أساس المبادئ العامة للقانون: نتعرض للآراء التي قيلت في أساس المبادئ العامة للقانون، على التفصيل الوارد أدناه.

2-1- المبادئ الواردة في المواثيق والدساتير: يرى جانب من فقه القانون الإداري بأن أساس المبادئ العامة القانون هو مجموع المبادئ المحددة في المواثيق والدساتير، كما هو الحال في مبدأ المساواة أمام القضاء، ومبدأ المساواة في الالتحاق بالوظائف العامة⁽¹⁾.

وقد أخذ على هذا الرأي بأنه ليس جامعاً مانعاً، كون ليست كل المبادئ العامة للقانون موجودة ضمن الدساتير.

2-2- المبادئ العامة للقانون أساسها القانون الطبيعي: يرى فريق آخر من الفقه الإداري بأن المبادئ العامة للقانون أساسها القانون الطبيعي كفكرة جوهرية في علم القانون تدور حولها مجموع قواعده وأحكامه.

ومن المآخذ على هذا الرأي أنه غاية في العمومية والتجريد كما أن مبادئ القانون الطبيعي قد تخالف قواعد القانون الإداري.

2-3- المبادئ العامة للقانون أساسها العرف: يرى الفقيه الفرنسي⁽²⁾ MARCEL WALINE أن المبادئ العامة للقانون تستمد

(1) سليمان محمد الطماوي، **مبادئ القانون الإداري**. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص. 36.

(2) **Marcel Waline**, né le 1^{er} octobre 1900 à [Épernay \(Marne\)](#) et mort le 14 octobre 1982, est un [juriste](#) et universitaire [français](#), professeur de [droit public](#).

Membre du [Comité consultatif constitutionnel](#) en 1958, puis du [Conseil constitutionnel](#) à partir de 1962, il a consacré l'essentiel de son œuvre à l'étude du [droit administratif français](#).

قوتها الملزمة من العرف ، فالقواعد العرفية هي التي تضي على المبادئ العامة للقانون الصفة الملزمة ، خاصة حينما يتعود القضاة على تطبيق هذه القواعد ويعملون على ترسيخها⁽¹⁾.

وقد عيب على هذا الرأي بأنه يخلط بين العرف كمصدر مستقل لمبدأ المشروعية، وبين المبادئ العامة للقانون باعتبارها مجموعة أحكام ترسخت في وجدان الجماعة، وعمل القضاء الإداري على إظهارها بحكم الدور الإنشائي للقاضي الإداري، نظرا للفرق بين دور القاضي العادي والقاضي الإداري في المنازعة.

فالقاضي العادي ملزم بتطبيق النص على الخصومات المعروضة عليه، بينما القاضي الإداري دوره إنشائي - في حالة عدم وجود نص أو عرف يحكم المنازعة المعروضة أمامه- فهو هنا ينشئ القاعدة القانونية أولا، ثم يطبقها ثانيا⁽²⁾.

فالقاضي الإداري، عندما يطبق قاعدة واردة في القانون المدني- مثلا- إذا ما اتضح له بأن هذه القاعدة تصلح لأن تحكم منازعة إدارية، وتوفق بين المصلحة العامة ومصالح الأشخاص ليس معنى ذلك أنه يطبق قاعدة مدنية، بل أن هذه القاعدة المدنية يكون قد اقتبسها وأصبحت من قبيل القانون الإداري الإنشائي⁽³⁾.

ضمانات مبدأ المشروعية

https://fr.wikipedia.org/wiki/Marcel_Waline, date de viste du site:14/10/2018.

(3) ثروت بدوي، **القانون الإداري**. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص. 98.

(1) لقد أفصحت المذكرة الإيضاحية لقانون مجلس الدولة في مصر رقم 63 لسنة 1955 عن الطبيعة الإنشائية للقضاء الإداري بقولها: "يتميز القضاء الإداري بأنه ليس بمجرد قضاء تطبيقي كالقضاء المدني، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تسييرها للمرافق العامة وبين الأفراد".

محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق، ص. 68.

(2) سليمان محمد الطماوي، **الوجيز في القانون الإداري**. دار الفكر العربي ، القاهرة، مصر، 1975 ، ص. 06.

والقيود الواردة عليه

من أجل تجسيد مبدأ المشروعية في الدولة هناك ضمانات تتمثل في جميع أنواع الرقابة، حيث أن هذه الرقابة التي سيرد ذكرها، كفيلة بأن تحمي مبدأ المشروعية وتجسد دولة القانون، وتجعل من مبدأ المشروعية سائدا في الدولة، ما عدا الحالات التي يخضع فيها لقيود استثناء، وعليه سنتناول ضمانات مبدأ المشروعية في مطلب أول، والقيود الواردة على مبدأ المشروعية في مطلب ثان، على التفصيل الوارد أدناه.

ضمانات مبدأ المشروعية

يعني أعمال حكم القانون بأن يخضع الجميع حكاما و محكومين للقانون، ويجب أن تطبق الأحكام والنصوص القانونية بصورة عادلة وبدون تمييز بين أفراد المجتمع، وأن توافق هذه القوانين معايير حقوق الإنسان، ويترتب عن أعمال حكم القانون تطبيق مبدأ العدل والمساواة.

إن مما لا يدع مجالا للشك هو أنه في وجود الشفافية الحقيقية تتضاعف طرق الرقابة الفعالة، إذ أنه في ظل النظام الديمقراطي الذي دعامة الرئيسية هي المشاركة السياسية، تظهر العديد من صور الرقابة التي تحمي مبدأ المشروعية في الدولة، وتعني المساءلة هنا، أن يكون جميع المسؤولين، ومُتخذي القرار في الدولة أو القطاع الخاص أو مؤسسات المجتمع المدني، خاضعين لمبدأ المحاسبة أمام الرأي العام ومؤسساته دون استثناء، وتعد آلية المساءلة أهم وسيلة للوقاية من الفساد ومكافحته، وبالتالي تؤدي إلى تحقيق التنمية المستدامة، حيث أن هذه الرقابة يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أصناف: الرقابة السياسية والإدارية والقضائية، حيث سيتم التطرق لها بإيجاز، لتعذر تناولها بالتفصيل في هذا المقام.

الفرع الأول: الرقابة السياسية

يطلق لفظ الرقابة السياسية على الرقابة الشعبية بصفة عامة سواء تلك التي يمارسها الشعب بصفة مباشرة عن طريق ما يسمى بالرأي العام، من خلال نشاط المجتمع المدني وتنظيماته المهنية والنقابية والاجتماعية والأحزاب السياسية، أو تلك الرقابة التي يمارسها البرلمان بصفته ممثلاً للشعب⁽¹⁾.

أولاً: رقابة الرأي العام

يعرف الرأي العام بأنه مجموعة الآراء التي تسود في مجتمع معين، وفي وقت ما، فيما يتعلق بمسائل معينة تتعلق بمصالحهم العامة والخاصة⁽²⁾، ويساهم في تكوين الرأي العام مختلف فئات الشعب من تنظيمات وأحزاب عن طريق طرح الأفكار ووجهات النظر والرؤى، ورقابة القائمين على الشأن العام، باستعمال جميع الوسائل القانونية لتداول المعلومة وتبادلها، كما هو الحال في التجمعات السلمية، وكذا وسائل الإعلام بمختلف صورها.

ويبدو جلياً أن مثل هذه الرقابة سيكون لها بالغ الأثر في منع السلطة العامة من التعسف ضد حقوق الأفراد، والتضييق على الحريات، لا سيما حرية التجمع والعمل النقابي والجمعي وحرية الصحافة، فإن رقابة الرأي العام هذه، سوف لن تأتي بالنتائج المرجوة.

وإذا كان المجتمع المدني ينشط دون تضييق على تنظيماته، والأحزاب السياسية تنشط وتعرض برامجها الانتخابية، والصحافة تقوم بالتغطية الإعلامية لكل هذه الأنشطة، بالإضافة إلى التقصي حول حالات سوء التسيير واحتمالات وجود شبهة فساد والإسراع بكشفها للرأي العام فهنا ستكون هذه الرقابة فعالة، وبالتالي، تساهم في حماية مبدأ المشروعية.

ثانياً : الرقابة البرلمانية

(1) مازن ليلو راضي، القضاء الإداري . ص. 35.

(2) محمد الشافعي بوراس، التنظيمات السياسية الشعبية. د.د.ن، د.ب.ن، 1974، ص. 51.

الرقابة البرلمانية هي التي تتجسد عن طريق المساءلة التشريعية، وفقاً لما ينص عليه الدستور⁽¹⁾، وهي أهم المساءلات في النظام الديمقراطي، لأن البرلمان يلعب دوراً مهماً في تنفيذ سياسات الحكومة والرقابة عليها.

الفرع الثاني : الرقابة الإدارية

يتعلق الأمر بالرقابة الذاتية التي تمارسها الإدارة على نفسها، أي خضوع الجهاز التنفيذي نفسه للمحاسبة عن طريق الرقابة الإدارية بمختلف صورها، حيث نذكر أنواع التظلمات الثلاث (الولائي والرئاسي وأمام لجنة مستقلة)، وكذا الرقابتين الوصائية والرئاسية، بالإضافة إلى رقابة الهيئات الرقابية المستقلة⁽²⁾، حيث نتعرض لكل ذلك بإيجاز، فيما يلي:

أولاً: التظلم الولائي

يقصد بالتظلم الولائي le recours administratif gracieux بأن يتم رفع التظلم من التصرف الذي أقدمت عليه الإدارة إلى من صدر منه التصرف المخالف للقانون، بطلب إعادة النظر فيه، إما بسحبه أو بإلغائه، أو بتعديله، أو باستبدال غيره به، بعد أن يبصره بوجه الخطأ الذي ارتكبه⁽³⁾.

ثانياً: التظلم الرئاسي

يقصد بالتظلم الرئاسي le recours administratif hiérarchique بأن يتم التظلم أمام رئيس مصدر القرار المتظلم منه، حيث يتولى الرئيس، بناء على سلطته الرئاسية، سحب القرار أو إلغائه، أو

(1) المواد من 155 إلى غاية 162 من الدستور.

(3) ما هو الحال في رقابة مجلس المحاسبة المقررة بموجب الأمر رقم: 95-20 المؤرخ في 17 جويلية 1995 المتعلق بمجلس المحاسبة، المعدل والمتمم، ج.ر.ج. عدد 39، المعدل والمتمم بالأمر رقم: 10-02 المؤرخ في: 26 أوت 2010، ج.ر.ج. عدد 50، 2010.

(4) سليمان محمد الطماوي، **دروس في القضاء الإداري**. مرجع سابق، ص. 10.

تعديله، بما يجعله مطابقا للقانون، وقد يتولى الرئيس نفسه ممارسة هذه السلطة، دون تظلم⁽¹⁾.

ثالثا: التظلم إلى لجنة إدارية خاصة

يحقق التظلم أمام لجنة إدارية خاصة ضمانات لا تتوافر في نوعي التظلم السابقين (التظلم الرئاسي والولائي)، وقد كانت هذه الطريقة الثالثة من التظلم تشكل حلقة الاتصال بين نظام الإدارة القاضية ونظام المحاكم الإدارية⁽²⁾.

رابعا: الرقابة الوصائية

وهي السلطة التي يمنحها القانون لسلطة عليا تمارسها على الأعمال والهيئات و الأشخاص، لهيئة مستقلة خاضعة لوصايتها، فالبلدية مثلا، هيئة لا مركزية مستقلة، يمارس عليها الوالي هذا النوع من الرقابة⁽³⁾، ويشترط أن يقررها نص قانوني، إذ لا وصاية، إلا بنص⁽⁴⁾.

خامسا: الرقابة الرئاسية

وهي الرقابة التي يمارسها الرئيس على مرؤوسيه من خلال التوجيهات والأوامر، ومثال ذلك السلطة التي يمارسها الوزراء على المدراء التنفيذيين، وتتميز هذه الرقابة، بأنها تقوم بمجرد توافر علاقة الرئيس بالمرؤوس، دون حاجة لنص ينظمها.

وتتميز الرقابة الإدارية - عموما- بأنها لا تنصب فقط على مشروعية العمل، بل على ملاءمته كذلك، والأصل أنها لا تخضع لشكليات وإجراءات، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك، كما تتميز

(1) المرجع نفسه، ص. 10.

(2) سليمان محمد الطماوي، **دروس في القضاء الإداري**. مرجع سابق، ص. 10.

(3) المواد 35، 37 و المواد من 44 إلى غاية 57 من قانون رقم: 12-07 مؤرخ في : 22 جوان 2011 يتعلق بالولاية، ج.ر.ج.ج. عدد 12 سنة 2012 .

الرقابة الإدارية بالسرعة وبساطة الإجراءات، بما يمكن من تحقيق غايتها في آجال معقولة.

وإن كان ما يعيب هذا النوع من الرقابة أن الإدارة هنا، تكون هي الخصم و الحكم، إلا أنه لا ضير في ذلك، طالما أن القضاء الإداري في نهاية الأمر سيكون بالمرصاد للقول الفصل، وبسط رقابته على القرارات الإدارية المتعلقة بهذه الرقابة.

الفرع الثالث: الرقابة القضائية

تشكل الرقابة القضائية ركنا أساسيا من أركان ضبط عمل الأجهزة في الدولة، حيث تلعب دورا بارزا في حماية مبدأ المشروعية، وذلك عن طريق مختلف الدعاوى الإدارية (دعوى الإلغاء، دعوى القضاء الكامل، دعوى التعويض، دعوى التفسير، دعوى فحص المشروعية، الدعوى الجزئية)، ولكي يكون هذا النوع من الرقابة فعالا، ويؤدي إلى النتائج المرجوة ، وجب أن يكون القضاء مستقلا.

وللقضاء الإداري دور أساسي في حماية مبدأ المشروعية ذلك أنه يتم الاحتكام إليه في فض المنازعات الإدارية، لا سيما إذا كان سلوك الإدارة ينطوي على اعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم الأساسية .

ويؤكد الأستاذ عمار بوضيف على ذلك، بقوله: أنه لا ينبغي أن يتخذ من مبدأ الفصل بين السلطات ذريعة للقول لمنع القضاء من رقابة الإدارة، لأن ذلك من شأنه أن يقوض دولة القانون، ثم يتساءل قائلا ما جدوى تقرير حقوق بمقتضى الدستور، كما هو الحال في حق الملكية (المادة 60 في الدستور الحالي)، إذا لم نعترف له باللجوء للقضاء في حال خرق الإدارة للقانون، وتجريد المواطن من ملكيته دون مراعاة الجوانب الإجرائية⁽¹⁾، وهو الرأي السديد الذي نرجحه.

(1) عمار بوضيف، مرجع سابق، ص. 37.

ولقد قطع الدستور الشك باليقين في خضوع الإدارة لرقابة القضاء، بموجب نص المادة 168 من الدستور التي جاء فيها: " ينظر القضاء في الطعون في قرارات السلطات الإدارية"، كما لجأ القانون إلى حماية هذا الحق بالنص على السهر على تنفيذ القرارات والأحكام القضائية في المادة 178 من الدستور أيضا، التي ورد فيها: " على كل أجهزة الدولة المختصة مطالبة ، في كل وقت وفي كل مكان ، وفي جميع الظروف، بالسهر على تنفيذ أحكام القضاء .

يعاقب القانون كل من يمس باستقلالية القاضي ، أو يعرقل حسن سير العدالة وتنفيذ قراراتها".

وهو المبدأ الذي تجسده عدة نصوص تشريعية، كما هو الحال في المادة 138 مكرر من قانون العقوبات (تعديل سنة 2001) التي تردع الموظفين المعيقين لتنفيذ القرارات القضائية، وذلك بتقرير عقوبات جزائية بشأنهم⁽¹⁾.

القيود الواردة على مبدأ المشروعية

بعد أن تناولنا ضمانات مبدأ المشروعية في الدرس السابق، لا سيما خضوع الإدارة لرقابة القضاء، بمقتضى نص المادة 168 من الدستور، يطرح التساؤل الآتي : هل أن رقابة القضاء على الإدارة مطلقة وتشمل جميع الأعمال التي تأتيها السلطة التنفيذية، أم أن هناك من الأعمال من تنأى عن رقابة القضاء الإداري ؟

حيث يجمع الفقه الإداري بأن هذه الرقابة ليست مطلقة، فمثلا يحمي القانون حقوق الأشخاص وحررياتهم عن طريق إعمال مبدأ المشروعية الذي يفرض على الإدارة قيودا لصالح الأفراد، فهو يعترف كذلك للإدارة بقدر من الحرية لضمان السير الحسن للإدارة، فإذا كان من اللازم تجنب استبداد الإدارة، فيجب ألا يؤدي ذلك إلى أن نسّم الإدارة بطابع الآلية، وأن نقتل فيها روح الإبداع.

(1) م. 138 مكرر، قانون العقوبات، في تعديله لسنة 2001، بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 26 جوان 2001 المعدل و المتمم لقانون العقوبات، ج.ر.ج.ج.، ع. 34، 2001.

ولهذا يقرر كل من القضاء والتشريع بمباركة الفقه للإدارة بعض الامتيازات تستهدف موازنة مبدأ المشروعية، بمنح الإدارة قدراً من الحرية يتفاوت ضيقاً واتساعاً بحسب الظروف، وتتمثل هذه الامتيازات في ثلاث صور أساسية هي:

الفرع الأول: السلطة التقديرية

نتناول موضوع السلطة التقديرية من خلال عنصرين أساسيين الأول يتعلق بالمقصود بالسلطة التقديرية للإدارة، والثاني يتعلق بمدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك ما سيرد تناوله ببعض التفصيل أدناه.

أولاً: المقصود بالسلطة التقديرية للإدارة

لكي نوضح مفهوم السلطة التقديرية نقول أن الإدارة تمارس اختصاصاتها بأسلوبين لا ثالث لهما، فهي إما أن تمارس اختصاصاً مقيداً، بمعنى أن المشرع في مثل هذا الاختصاص يحدد الشروط الواجب تحققها مقدماً، لكي تتخذ الإدارة قرارها، كما هو الحال في ترقية موظف بالأقدمية فقط، فإذا ما توفر شرط الأقدمية هذا، فإن الإدارة مجبرة على التدخل وإصدار قرارها بالترقية.

والأسلوب الثاني يتمثل في ممارسة الإدارة اختصاصاً تقديرياً، إذ يترك المشرع للإدارة حرية اختيار وقت وطريقة التدخل في إصدار قراراتها، تبعاً للظروف ومن دون أن تخضع للرقابة، كأصل عام، فالمشرع -هنا- يكتفي بوضع القاعدة العامة التي تتصف بالمرونة، تاركاً للإدارة تقدير ملاءمة التصرف، بشرط أن تستهدف تحقيق المصلحة العامة، وإلا كان عملها مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة⁽¹⁾.

إلا أن حرية الإدارة غير مطلقة في هذا المجال، أي مجال السلطة التقديرية، فبالإضافة إلى أنها مقيدة، بأن تكون قراراتها مستهدفة المصلحة العامة، فهي ملزمة بإتباع قواعد الاختصاص والشكلية

(1) سعيد عبد المنعم الحكيم، الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة. دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1976، ص. 71.

المحددة قانوناً، بينما تنصرف سلطتها التقديرية إلى سبب القرار الإداري، وهو الحالة الواقعية والقانونية التي تبرر اتخاذ القرار، وهو الأثر القانوني المترتب عنه حالاً ومباشرة، فهنا تتجلى سلطة الإدارة التقديرية⁽¹⁾ .

وقد منح المشرع للإدارة هذه السلطة، إدراكاً منه بأنها أقدر على اختيار الوسيلة المناسبة للتدخل، واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة، لأنه مهما حاول لا يستطيع أن يتوقع جميع الحالات التي قد تطرأ في العمل الإداري، ويقرر لها الحلول المناسبة، فالسلطة التقديرية ضرورة لحسن سير الأعمال الإدارية .

والتساؤل الذي يتبادر إلى الذهن في هذا المقام، ألا تعتمد الإدارة إلى سوء استغلال السلطة التقديرية، واستعمالها في التعسف ضد الأفراد ؟ وهل يمكن للقضاء أن يبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة؟ وهو ما سنحاول الإجابة عليه أدناه.

ثانياً: مدى رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة

ذهب جانب من الفقه إلى أن القضاء يحظر عليه بسط رقابته على أعمال الإدارة المستندة إلى سلطتها التقديرية، فالقاضي - بحسب رأيهم- يمارس رقابة المشروعية، وليس رقابة الملاءمة وبالتالي لا يجوز له أن يمارس سلطته على الإدارة، فينصب نفسه رئيساً للسلطة الإدارية⁽²⁾ .

في حين ذهب جانب آخر من الفقه، إلى جواز تدخل القاضي وبسط رقابته على السلطة التقديرية للإدارة، على أساس ما يتمتع به القاضي الإداري من دور في الكشف عن قواعد القانون الإداري، فيمكن له أن يحول بعض المسائل التي تندرج ضمن السلطة التقديرية، والمتعلقة بمبدأ الملاءمة، إلى مسائل ذات صلة بمبدأ المشروعية، تلتزم الإدارة باتباعها، وإلا تعرضت أعمالها للبطلان⁽³⁾ .

(1) ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص. 57.

(2) Wade H.W.R Administrative law- oxford -1977- P. 630.

(3) عبد القادر باينه، القضاء الإداري الأسس العامة والتطور التاريخي. دار توبقال للنشر المغرب، 1985 ، ص. 24.

والرأي الراجح هنا، يذهب إلى أن منح المشرع السلطة للإدارة لا يحول دون خضوعها لرقابة القضاء، فيما يتعلق بالأعمال المشمولة بهذه السلطة التقديرية، فهذه الأخيرة شرعت فقط لكي تمنح الإدارة هامش حرية لتقدير الظروف الملائمة، لاتخاذ قراراتها، وهذه الحرية مقيدة، بأن لا تتضمن هذه القرارات المتخذة - في نطاق السلطة التقديرية - غلطاً بيناً أو انحرافاً بالسلطة، وهي بذلك لا تتعارض مع مبدأ المشروعية، بقدر ما تخفف من اختصاصات الإدارة المقيدة.

الفرع الثاني: الظروف الاستثنائية

نتناول موضوع الظروف الاستثنائية من خلال عنصرين أساسيين الأول يتعلق بالمقصود بالظروف الاستثنائية، والثاني يتعلق بمدى رقابة القضاء على أعمال الإدارة خلال الظروف الاستثنائية، وذلك ما سيرد تناوله ببعض التفصيل أدناه.

أولاً: المقصود بالظروف الاستثنائية

تفرض الظروف الاستثنائية التي قد تطرأ في الدولة على الإدارة التعجيل بالتدخل، بكل ما أوتيت من وسائل لمواجهة الوضع، فهذه الظروف الاستثنائية قد تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية، حماية للنظام العام، وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية .

فإذا كان من المعقول تقبل تدخل الإدارة في الظروف الاستثنائية بصورة تختلف عنها في الظروف العادية، وذلك لمواجهة الوضع الاستثنائي، فليس معنى ذلك، إفلاتها من الخضوع للرقابة القضائية على أعمالها المندرجة ضمن الظروف الاستثنائية، ذلك أن الظرف الاستثنائي، أياً كانت طبيعته، حرباً أو كوارث طبيعية لا يجعل الإدارة في منأى من رقابة القضاء بشكل مطلق، فالإدارة تظل مسؤولة أثناء الظروف الاستثنائية، على أساس الخطأ الجسيم، وتعفى من المسؤولية إذا كان الخطأ يسيراً⁽¹⁾.

(1) ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص. 53.

وتعد نظرية الظروف الاستثنائية ذات منشأ قضائي - كمعظم نظريات القانون الإداري- إلا أن المشرع قد يتدخل مباشرة في بعض الحالات لتحديد ما إذا كان الظرف استثنائياً أم لا؟، وهو يمارس ذلك باتباع أسلوبين، الأول: أن يستصدر قوانين تنظم سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية بعد وقوعها، ويتسم هذا الأسلوب بحماية حقوق الأفراد وحياتهم، لأنه يحرم السلطة التنفيذية من اللجوء إلى سلطات الظروف الاستثنائية، إلا بعد موافقة السلطة التشريعية، ويعيبه أن هناك من الظروف ما يقع بشكل مفاجئ لا يحتمل استصدار تلك التشريعات بالإجراءات الطويلة المعتادة⁽¹⁾.

أما الأسلوب الثاني، فيتمثل في سن تشريعات تقرر سلفاً كيفية مواجهة الظروف الاستثنائية، ولا يخفى ما لهذا الأسلوب من عيوب تتمثل في احتمال إساءة الإدارة سلطتها في إعلان حالة الظروف الاستثنائية في غير وقتها، والاستفادة مما يمنح لها المشرع من صلاحيات في تقييد حريات الأفراد وحقوقهم .

وقد أخذ المشرع الفرنسي بالأسلوب الأخير، إذ منحت المادة السادسة عشر من دستور الجمهورية الخامسة، الصادر عام 1958 رئيس الجمهورية الفرنسية سلطات واسعة من أجل مواجهة الظروف الاستثنائية⁽²⁾.

ولقد قرر المؤسس الدستوري حالي الطوارئ أو الحصار، حيث جاء في المادة 97 فقرة 01 من **الدستور** ما يلي: " يقرّر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة أقصاها ثلاثون (30) يوماً، بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول أو رئيس الحكومة حسب الحالة ورئيس المحكمة الدستورية، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع...."، وجاء في المادة 98 نص يتعلق بالحالة الاستثنائية ثم

(1) صبيح بشير مسكوني، **القضاء الإداري** - في الجمهورية العربية الليبية - جامعة بنغازي، 1974، ص. 71 .

(2) Sébastien Platon , " VIDER L'ARTICLE 16 DE SON VENIN : LES PLEINS POUVOIRS SONTILS SOLUBLES DANS L'ÉTAT DE DROIT CONTEMPORAIN ? ", article académique, <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2008-5-page-97.htm>, date de visite du site:26/10/2018.

قرر في المادتين 99 و 100 أحكاماً حول التعبئة العامة و حالة الحرب.

ثانياً: مدى رقابة القضاء على أعمال الإدارة أثناء الظروف الاستثنائية

يبسط القضاء الإداري رقابته على أعمال الإدارة أثناء الظروف الاستثنائية، وذلك بوضعه شروطاً لممارسة هذه الأعمال، حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم، وهذه الشروط هي:

أ- الوجود الفعلي لظرف استثنائي يهدد النظام العام وحسن سير المرافق العامة، سواء تعلق الأمر بحرب، أو كارثة طبيعية، أو اضطرابات أو قلاقل داخل الدولة تهدد كيانها؛

ب- عجز الإدارة عن مواجهة الوضع الطارئ باستخدام السلطات المقررة لها في الظروف العادية؛

ج- ألا تستمر الإدارة في ممارسة سلطات الظروف الاستثنائية بعد زوال هذه الظروف؛

د- أن يكون الإجراء المتخذ متوازناً مع خطورة الظرف الاستثنائي، وفي حدود ما يقتضيه⁽¹⁾.

تجدر الإشارة إلى أن الإدارة أثناء قيامها بأعمالها خلال الظروف الاستثنائية تبقى خاضعة للرقابة القضائية، وهذا ما يميز هذه النظرية عن نظرية أعمال السيادة التي تعد خروجاً على مبدأ المشروعية، حيث يحظر فيها على القضاء رقابة أعمال الإدارة الصادرة استناداً إليها.

كما تتميز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية السلطة التقديرية للإدارة، في أن هذه الأخيرة يكون دور القضاء في الرقابة عليها محدوداً، فالقاضي في هذه الظروف يراقب نشاط الإدارة، من حيث أسباب قرارها الإداري، والغاية التي ترمي إليها الإدارة في اتخاذها، ولا يتجاوز في رقابته إلى العيوب الأخرى، كالاختصاص

(1) أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية. د.د.ن، القاهرة، مصر، 1978 ص.

والشكل والمحل، وهو ما استقر عليه القضاء الإداري في العديد من الدول⁽¹⁾.

الفرع الثالث : أعمال السيادة

نتناول في هذا الفرع الثالث عدة مسائل على درجة من الأهمية تتعلق بنشأة نظرية أعمال السيادة ومفهومها، وكذا معايير تحديد أعمال السيادة، وذلك على التفصيل الوارد أدناه.

أولاً: نشأة ومفهوم أعمال السيادة

نتعرض للظروف التاريخية التي نشأت فيها نظرية أعمال السيادة ثم لتعريف أعمال السيادة، على النحو المبين أدناه.

أ- نشأة أعمال السيادة: لقد ابتدعت نظرية أعمال السيادة من طرف مجلس الدولة الفرنسي، هذا الأخير الذي كان موجوداً قبل ثورة 14 جويلية 1789، إذ كان يسمى بمجلس الملك، يمارس مهمة تقديم المشورة للملك، وبعد الثورة اندثر مع المملكة.

ولقد أعيد بعثه من جديد تحت التسمية الحالية لمجلس الدولة وأثناء محاولة عودة النظام الملكي لفرنسا سنة 1814، وما صحب ذلك من ممارسات، ترمي إلى إلغاء النظام الجمهوري، والقضاء على كل ما هو بونابرتي⁽²⁾، بما في ذلك التخلص من مجلس الدولة، أو الحد من اختصاصاته الاستشارية والقضائية - بالرغم من أن هذه الأخيرة، في تلك الفترة، لا تكون نافذة، إلا بعد مصادقة رئيس الدولة عليها، وهو ما يلقب بالقضاء المقيد-.

فنظراً للخطر المحدق بمجلس الدولة على الوجه المبين أعلاه حاول مجلس الدولة تقديم بعض التنازلات لمهادنة النظام الحاكم الجديد، ولمحاولة كسب ثقته، فامتنع مجلس الدولة عن النظر في العديد من الأعمال والقرارات الصادرة عن السلطة الحاكمة وأخرجها من ولايته القضائية، وقضى بعدم اختصاصه بالنظر فيها، باعتبارها

(1) عبد القادر باينه، مرجع سابق، ص.28.

(2) نسبة إلى نابليون بونابرت، نقلاً عن : عبد الله حنفي، **قضاء التعويض** - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية- دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص.165.

من أعمال السيادة التي لا يجوز فحصها، إن إلغاء أو تعويضاً⁽¹⁾، وعلى الرغم من فشل محاولة الرجوع إلى الملكية وزوال الخطر الذي كان مجلس الدولة الفرنسي عرضة له، إلا أنه استمر في ممارسة رقابة ذاتية على نفسه، ممتنعاً - إلى اليوم - عن الفصل في كل عمل تأتية الإدارة، ممن يندرج ضمن أعمال السيادة، على النحو الذي سيرد بيانه أدناه.

ب- مفهوم أعمال السيادة: اختلف الفقه والقضاء في تعريف أعمال السيادة، وهي في حقيقتها قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية، وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء، إن إلغاء أو تعويضاً⁽²⁾، وهي بذلك تختلف عن نظريتي السلطة التقديرية والظروف الاستثنائية، اللتين يعترف فيهما فقط، بسلطات واسعة للإدارة، فهي (أعمال السيادة) تعد، كما يذهب جانب من الفقه، خروجاً صريحاً على مبدأ المشروعية.

وقد نشأت أعمال السيادة - تاريخياً - في فرنسا عندما خشي مجلس الدولة هناك ، على مصيره ، خوفاً على نفسه من أن يندثر ثانية، فحاول أن يحتفظ بوجوده في حقبة إعادة الملكية إلى فرنسا، و تخلى من تلقاء نفسه عن الرقابة على بعض أعمال السلطة التنفيذية⁽³⁾، كما سبق بيانه.

(1) عبد الله حنفي، مرجع سابق، ص. 166.

(2) J.m.Auby , **Droit Administratif**. Paris, 1967 , P. 55 .

(3) حيث ذهب الفقيه هوريو إلى أن أعمال السيادة من مظاهر السياسة القضائية المرنة والحكيمة لمجلس الدولة الفرنسي لمواجهة الأزمات التي كانت تهدد كيانه وكادت تقوض أركانه، فعلى أثر عودة الملكية في فرنسا عام 1814 عازمت الحكومة على إلغاء المجلس المذكور للتخلص من رقابته، فلجأ إلى التصالح مع الحكومة بأن تنازل عن بعض سلطاته في الرقابة على طائفة من أعمال الحكومة، مقابل الاطمئنان إلى مصيره، وضمن بقائه رقيباً على سائر الأعمال الإدارية .

عبد الباقي نعمه عبد الله، "نظرية أعمال السيادة في القانون المقارن"، مقال أكاديمي، مجلة القانون المقارن، 1977، ص. 33. وكذا عبد الفتاح ساير داير، "نظرية أعمال السيادة"، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة - مصر، 1955، ص. 33 .

ولقد ورد في الدستور في مادته 161 بأن القضاء ينظر في الطعن في قرارات السلطة الإدارية، دون أن يخضعها لأي استثناء لكن بالاطلاع على قرارات القضاء الإداري نجده يرفض نظر الطعون ضد أعمال السيادة⁽¹⁾، ونظرا لعدم نص أغلبية دساتير الدول على ما يعتبر من قبيل أعمال السيادة التي تنأى عن رقابة القضاء، إن إلغاء أو تعويضاً، فقد عمد الفقه إلى تحليل اجتهادات القضاء وإنشاء معايير لما يصنف ضمن أعمال السيادة، وذلك ما نتعرض له أدناه.

ثانياً: معايير تحديد أعمال السيادة

غني عن البيان أن القرارات الإدارية، والتي تتخذها السلطة التنفيذية لها في نظر الحكومة أهمية خاصة، وأن من المصلحة ألا تعرض على القضاء، بما يستلزمه، من علنية وتحقيقات، وأن الحكومة قد يكون لديها من الأسباب ما تقضي مصلحة الدولة العليا ألا يعرض للجمهور⁽²⁾.

ولذلك قامت نظرية أعمال السيادة التي نحن بصدد البحث في المعايير المحددة لها، حيث أن هناك ثلاثة معايير أساسية، لتحديد أعمال السيادة، هي: معيار الباعث السياسي، معيار طبيعة العمل المنتمي لأعمال السيادة، و معيار القائمة القضائية، حيث نتناولها تباعاً، ببعض التفصيل، فيما يلي :

أ- معيار الباعث السياسي: لقد اعتمد معيار الباعث السياسي من طرف مجلس الدولة الفرنسي- للأخذ بنظرية أعمال السيادة- في قراره في قضية **LAFFITTE**، الصادر في 1 ماي 1822⁽³⁾، وبمقتضاه يعد العمل من أعمال السيادة إذا

(1) قرار الغرفة الإدارية - سابقاً- بالمحكمة العليا بتاريخ 1984//01/07 ، ملف رقم 36473، يتعلق بالطعن في قرار وزير المالية، بسحب ورقة عملة نقدية من التداول، حيث اعتبر عملاً من أعمال السيادة ، غير قابل للرقابة القضائية.

المجلة القضائية، سنة 1995، العدد الثاني، ص. 143.

(2) سليمان محمد الطماوي، **دروس في القضاء الإداري**. مرجع سابق، ص. 136.

(3) CE, 1ER MAI 1822, LAFFITTE N°5363. REC. 1821-1825 P. 202.

“Considérant que la maison Laffitte se prétend cessionnaire de la dame Marie-Pauline Y., princesse X., et demande, à ce titre, le paiement d’arrérages de rentes accordées à ladite princesse, à titre gratuit, lesquels étaient échus et non perçus à l’époque de la promulgation de ladite loi du 12 janvier 1816 ;

كان الباعث عليه سياسياً، أما إذا لم يكن الباعث سياسياً، فإنه يعد من الأعمال الإدارية التي تخضع لرقابة القضاء⁽¹⁾، وقد أخذ مجلس الدولة بهذا المعيار ليتلافى الاصطدام مع الإدارة، لأنه معيار مرن يتيح للإدارة التخلص من رقابة القضاء بمجرد تذرعها بأن الباعث على تصرفها سياسي.

إلا أن مجلس الدولة قد عدل عن هذا المعيار، نتيجة لكثرة الانتقادات الموجهة له، وذلك في قراره بتاريخ 19 فيفري 1875⁽²⁾ في قضية prince Napoléon، وكذا قرار محكمة التنازع في 5 نوفمبر 1880، في قضية *Marquigny*⁽³⁾، كما أنه لا يخفى على أحد بأن مجلس الدولة

“ Considérant que la réclamation du sieur B. tient à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement ;
“Art: 1er. La requête du sieur B. est rejetée. ”
<https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/decisions/conseil-detat-ord-1-mai-1822-laffitte-requete-numero-5363-rec-1821-1825-p-202/>. Date de visite du site: 01/11/2018.

(1) سليمان محمد الطماوي ، **القضاء الإداري** . مرجع سابق ، ص. 330 .

(2) C.E .Fevier 1875 95-2 – G A n 38 edit P. 14 .

(3) Tribunal des conflits du 5 novembre 1880, *Marquigny* (S. 1881.3.81 ; P. chr., avec les observations de M. Sabatier et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Ronjat).

Voici les considérants du jugement du Tribunal des conflits du 5 novembre 1880, *Marquigny* (S. 1881.3.81 ; P. chr., avec les observations de M. Sabatier et les conclusions de M. le commissaire du gouvernement Ronjat), consécutif à une ordonnance du président d'un tribunal civil qui s'était affirmé compétent pour renvoyer en possession de leurs locaux des congréganistes expulsés, motif pris de l'illégalité du décret du 29 mars 1880 et des mesures administratives qui s'en étaient suivies : « Considérant qu'il ne saurait appartenir à l'autorité judiciaire d'annuler les effets et d'empêcher l'exécution de cet acte administratif ; que, sans doute, par une exception formelle au principe de la séparation des pouvoirs, cette autorité peut apprécier la légalité des actes de police quand elle est appelée à prononcer une peine contre les contrevenants, mais que cette exception est sans applications dans la cause .

Maurice Hauriou, ' Compétence du tribunal judiciaire pour interpréter le sens d'un règlement administratif, mais non pas pour en apprécier la légalité, Note sous Tribunal des conflits, 16 juin 1923, Septfonds, rec. p. 498 ' : Revue générale du droit *on line*, 2015, numéro 15177 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15177).

في هذه الفترة قد تقوى مركزه، بزوال خطر رجوع الملكية أولاً، وبصيرورته قضاء مستقلاً، بموجب قانون 24 ماي 1872 ثانياً.

ب- معيار طبيعة العمل المنتمي لأعمال السيادة: نتيجة لما وجه إلى معيار الباعث السياسي من نقد، لجأ الفقه والقضاء إلى اعتماد طبيعة العمل المنتمي لأعمال السيادة ومفهومه، لتمييز أعمال السيادة عن باقي أعمال الإدارة الأخرى، حيث ظهرت ثلاثة اتجاهات :

1- الاتجاه الأول: ذهب الاتجاه الأول إلى التمييز بين العمل الإداري والعمل الحكومي، حيث يعتبر العمل حكومياً، إذا ما قصد به تحقيق مصلحة الجماعة السياسية كلها، والسهر على احترام دستورها، وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية، وعلى أمنها الداخلي، وهذا النوع من الأعمال يندرج ضمن أعمال السيادة، وينأى عن رقابة القضاء، أما النوع الآخر الذي يتعلق بالتطبيق اليومي للقوانين، والإشراف على علاقات الأفراد بالإدارة المركزية أو المحلية، وعلاقات الهيئات الإدارية بعضها ببعض الأخر، فيندرج ضمن أعمال الإدارة العادية التي تخضع لرقابة القضاء⁽¹⁾، وفي هذا التمييز يذهب الفقيه " هوريو " إلى أن المهمة الحكومية تنحصر في وضع الحلول للأمور الاستثنائية، والسهر على تحقيق مصالح الدولة الرئيسية، أما الوظيفة الإدارية فتتركز في تسيير المصالح الجارية للجمهور⁽²⁾.

2- الاتجاه الثاني: ذهب هذا الاتجاه إلى أن أعمال السيادة أو الحكومة هي الأعمال التي تستند إلى نصوص دستورية، أما الأعمال الإدارية، فتستند إلى نص تشريعي عادي أو قرارات تنظيمية⁽³⁾، ولا يخفى على أحد ما ينطوي عليه هذا الاتجاه من خطورة، لأنه يمنح الإدارة فرصة استغلال الدستور، لإدخال الكثير من أعمالها ضمن مجال أعمال السيادة، لا سيما أن الدستور يتضمن أموراً هي في الغالب ذات طبيعة إدارية بحتة، كالنصوص الخاصة

(1) سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري . مرجع سابق ، ص. 331 .

(2) Vedel G. Droit Administratif. P.U.F, Paris, 1954, P. 305 .

(3) محمود محمد حافظ، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1993، ص. 123.

بتعيين بعض الموظفين، في حين تخرج بعض الأعمال من نطاق أعمال السيادة، برغم طبيعتها الحكومية، لا لشيء إلا لأن الدستور لم ينص عليها صراحة.

3- الاتجاه الثالث: نتيجة لعجز الاتجاهين السابقين عن التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة العادية، اتجه الفقه نحو أسلوب يقوم على تعريف أعمال الحكومة بأنها تلك الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية، بخصوص علاقاتها بسلطة أخرى كالسلطة التشريعية، أو سلطة دولة أخرى، على أساس أن الأعمال الحكومية لا تخضع لرقابة القضاء الإداري، وأن أي قرار صادر عن السلطة التنفيذية، ويمتد أثره إلى السلطة التشريعية يخرج عن رقابة القضاء.

ومن جانب آخر يتصف القاضي الإداري بأنه قاضي وطني لا دولي ومن غير المعقول أن تمتد رقابته لتشمل سلطة دولية، وعلى ذلك، فإن القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية يصدد علاقاتها مع سلطة أجنبية، تخرج عن رقابة القضاء الإداري أيضاً⁽¹⁾.

وأياً كان الاتجاه، فإن التمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة العادية ظل يفتقر إلى أساس قانوني واضح، مما دفع بالفقه إلى البحث عن معيار آخر، يقوم على أساس حصر أعمال السيادة وهو المعيار الشائع في الوقت الحاضر.

ج- معيار القائمة القضائية: اتجه الفقهاء إلى اعتماد الاتجاه القضائي لتحديد ما يعد من أعمال السيادة، لعجزهم عن وضع معيار لتمييز أعمال السيادة بشكل واضح، ولعل أول من نادى بهذه الفكرة العميد " هوريو " الذي ذهب إلى أن " العمل الحكومي هو كل عمل يقرر له القضاء الإداري، وعلى رأسه محكمة التنازع هذه الصفة"⁽²⁾.

وبناءً على ذلك، فإن تحديد أعمال السيادة يعتمد ما يقرره القضاء فهو يبين هذه الأعمال ويحدد نطاقها، وقد أسهم مجلس الدولة

(1) فاروق أحمد خماس، محمد عبد الله الدليمي، **الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية** . جامعة الموصل، العراق، 1992 ، ص. 57.

(2) سليمان محمد الطماوي ، **القضاء الإداري** . مرجع سابق ، ص. 331 .

الفرنسي ومحكمة التنازع في وضع قائمة لأعمال السيادة تتضمن مجموعة من الأعمال أهمها :

1- الأعمال المتعلقة بعلاقة الحكومة بالبرلمان: وتشمل قرارات السلطة التنفيذية المتعلقة بالعملية التشريعية، كإقرار مشروع قانون، وإيداع هذا المشروع أو سحبه، وكذلك القرارات الخاصة بانتخاب البرلمان والمنازعات الناشئة عنها، قرارات رئيس الجمهورية المتعلقة بالعلاقة بين السلطات الدستورية، وممارسة الوظيفة التشريعية، مثل قرار اللجوء إلى السلطات الاستثنائية المنصوص عليها في المادة 16 من دستور عام 1958 الفرنسي، والمرسوم بعرض مشروع قانون للاستفتاء⁽¹⁾.

2- الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية والدبلوماسية: لقد اعتبر مجلس الدولة من قبيل أعمال السيادة القرارات المتعلقة بحماية ممتلكات الفرنسيين في الخارج⁽²⁾، ورفض عرض النزاع على محكمة العدل الدولية⁽³⁾، وكذلك الأعمال المتعلقة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية⁽⁴⁾.

3- الأعمال المتعلقة بالحرب: ومن هذه الأعمال حق الدولة في الاستيلاء على السفن المحايدة الموجودة في المياه الإقليمية وقت الحرب⁽⁵⁾، وكذلك الأوامر الصادرة بتغيير اتجاه السفن أو الحجز عليها أو على ما تحمله من بضائع⁽⁶⁾.

(1) C.E. 2 mars 1962، Rubin de servens. et C.E 19 Oct 1962 ، Brocas، Précité.

(2) C.E 2 mars 1966، Dame Cramencel.

(3) - C.E 9 Janu 1952 Geny Rec 79.

(4) استقر القضاء الإداري الفرنسي على استثناء التدابير القابلة للانفصال Detachable عن العلاقات الدبلوماسية أو الاتفاقيات الدولية، وأخضعها لرقابة للقضاء، من قبيل قرارات تسليم المجرمين، فقد قرر مجلس الدولة عدم اعتبار طلبات تسليم المجرمين، الموجهة من الحكومة الفرنسية إلى حكومة أجنبية من أعمال السيادة .

مارسو لون - بروسبير في جي بريان - أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي، ترجمة : د. أحمد يسري - منشأة المعارف الإسكندرية ، مصر، 1991، ص 33 .

(5) C. E 22 nov 1957 Myrtoon steam shipco . Rec 632 .

(6) C.E 3 nov 1922 ، Lichiardopoulos ، Rec 793 .

وعموماً، فإن القاسم المشترك بين هذه الأعمال يتمثل في تحصيلها من رقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً، وعلى ذلك فقد اعتبرها الفقه الإداري ثغرة في بناء المشروعية، وقد حاول القضاء رأب هذا الصدع، من خلال الاتجاه نحو تضيق نطاق أعمال السيادة، وإخراج بعض الأعمال ذات الطبيعة الإدارية منها، كذلك اتجه مجلس الدولة الفرنسي إلى التخفيف من أثر أعمال السيادة، فقرر إمكانية التعويض عن الأضرار التي ترتبها، فقد قرر مجلس الدولة بتاريخ 30 مارس 1966 بأن الأضرار الناجمة عن حوادث توصف بأنها حوادث حرب تمنح المتضرر حقاً في التعويض تتحملة الدولة، استناداً إلى نصوص لها قوة القانون⁽¹⁾.

(1) مارسولون ، بروسبير في - جي - بريان - مرجع سابق ، ص. 36.