



جامعة 8 ماي 1945 قالمة

كلية الحقوق والعلوم السياسية



تخصص قانون عام

قسم العلوم القانونية والإدارية

مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون

## حدود الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية

تحت إشراف:

أ.الدكتور: حسون محمد علي

إعداد الطالب:

- بوشامة وفاء

- شايب راسو اسماء

### تشكيل لجنة المناقشة

الرقم	الأستاذ	الجامعة	الرتبة العلمية	الصفة
01	د/ بوخميس سهيلة	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
02	أ.د/ حسون محمد علي	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ تعليم عالي	مشرفاً
03	أ/ يوسف ليندا	8 ماي 1945 قالمة	أستاذ مساعد -أ-	عضواً مناقشاً

السنة الجامعية: 2020\_2019

# شكر وتقدير

قبل كل شيء

أحمد الله عز وجل الذي أنعم علينا بنعمة العلم ووفقنا إلى بلوغ هذه  
الدرجة وأقول:

" اللهم لك الحمد حتى ترضى ولك الحمد إذا رضيت، ولك الحمد بعد  
الرضا.

أتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من ساعدنا في إنجاز هذا العمل

وبالأخص إلى الأستاذ المشرف

"بروفيسار حسون محمد علي"

على توجيهاته القيمة والإرشادات الصائبة التي لم ييخل بها علينا  
كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أساتذة أعضاء لجنة المناقشة على

تفضلهم بقبول الإشتراك في مناقشة هذا البحث المتواضع وتقييمه

وإلى كل من بذل جهدا ووفر لنا وقتا، ونصح لنا قولا خاصة

الأساتذة " نويري سامية و "فنيديس أحمد"

وأسأل الله أن يجزيهم عني خير الجزاء

# إهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ صدق الله العظيم

إلى من كان سبب وجودي ومصدر الحنان

أمي وأبي

إلى أعز الناس إلى قلبي أخواتي.

إلى صديقاتي العزيزات

إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل.

أسماء

# إهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ صدق الله العظيم

إلى اللذان لا يفارقني الحنين إليهم ولم تغب ملامحهم عن البال أبي وأمي رحمهم  
الله وأسكنهم فسيح جنانه.

إلى الذين اشارك معهم حياتي إخواني وأخواتي نعيمة، غاني، فطيمة، فلة ، عبلة  
، نوال، ناصر، سليمة، شموستي، الذين كانوا دائما نعم العون إليا.  
إلى بنات أختي ريان ومنال، وجدان وندى وابنة أخي أماني .

إلى خالي الغالي "محمد"

إلى زوجي الذي كان المدعم لي طوال إعداد هذا العمل "عمار" دون أن أنسى  
عائلة زوجي التي كانت بمثابة سند لي.

إلى كل زميلاتي وصديقاتي في الدراسة دون إستثناء.

إلى صديقتي أسماء التي شاركتني هذه المذكرة

وفاء

# مقدمة

## مقدمة

لقد واكب تطور مفهوم الدولة عبر العصور مسايرة تنظيم العلاقات الإنسانية، وضبطها بقواعد تحتاج إلى معايير يحكمها مبدأ المشروعية، الذي يقتضي خضوع الدولة حكاما محكومين لقواعد القانون القائم فيها بحيث تتوافق التصرفات التي تصدر من سلطات الدولة ومن مواطنيها مع قواعد قانونية موضوعة أو قائمة من قبل.

ويقوم مبدأ المشروعية على أساس وجود قواعد صارمة تلتزم الإدارة بإحترامها ومراعاتها في تصرفاتها، فهي تفرض على الإدارة قيودا لصالح الأفراد، غير أن حماية الحرية الفردية يجب ألا تشكل حاجزا لقدر من حرية الإدارة التي تضمن به حسن سيرها. فإذا كان من الازم تجنب استبداد الإدارة فإنه يجب ألا يؤدي ذلك إلى أن نصف الإدارة بطابع آلية ورتين، ولهذا يقرر الفقه والقضاء وحتى التشريع للإدارة بعض الإمتيازات التي تستهدف موازنة مبدأ المشروعية بمنح الإدارة بقدر حرية يتفاوت ضيقا و اتساعا بحسب الظروف، ولقد تبلورت هذه الامتيازات في السلطة التقديرية للإدارة، وممارستها للأعمال السيادة، وما يصدر عنها الظروف الاستثنائية، فتتطلب ضرورة المحافظة على النظام العام وحسن سير المرفق العام بإضطراد، وتوسيع صلاحيات الإدارة والسماح لها بتخطي الحدود التي كان يحتم عليها احترامها في الظروف العادية تطبيقا لمبدأ مشروعية ونظرا لبعض الظروف الغير العادية التي ألزمتها بتطبيق المشروعية الإستثنائية، كان لا بد لها أن توسع من دائرة نشاطها بما يسمح لها تخطي الحالة الإستثنائية بأقل الأضرار، يرتبط مبدأ إستمرارية المرفق العام بإستمرارية الدولة، ومن مفاعيل هذا مبدأ في الظروف الإستثنائية أن يسوغ للإدارة توسيع صلاحياتها وسلطاتها بصورة إستثنائية ولوقت محدود رعاية للصالح العام، لكن هذا لا يعني إطلاق العنان للإدارة في تجاوزها للمشروعية العادية، فيجب أن لا ننسى خضوع الإدارة بصلاحياتها الموسوقة لرقابة القضاء فالقول بأن توسيع الإدارة في صلاحياتها من الأمور المحتممة الذي تنتجها الحالة الإستثنائية، لكنها لا تمارس هذه الصلاحيات دون قيد يقي الأفراد من تعسف السلطات، والذي يتمثل الرقابة القضائية التي تعتبر وسيلة يستطيع الأفراد بمقتضاها الالتجاء إلى المحاكم على مختلف أنواعها ودرجاتها، ووفق الأصول القانونية المقررة لإنصافهم من تعسف الإدارة

وأخطائها ولتعويضهم عن الإضرار التي قد تنجم أثناء مباشرتها لأعمالها، تأكيداً لمبدأ المشروعية وضماناً لحقوقهم وحياتهم.

**أولاً- الإشكالية المطروحة :** يمكن طرح الإشكالية التالية:

إلى أي مدى يمكن القول بأن الحدود الواردة على رقابة القضاء الإداري للأعمال الإدارية لا تشكل اعتداء على حقوق وحيريات الأفراد في مواجهة الإدارة العمومية؟ وما هي ضوابط أعمال هذه القيود على سلطات القاضي الإداري في الجزائر؟

تتفرع عن هذه الإشكالية جملة من التساؤلات التي تحتاج هي الأخرى الإجابة عنها من خلال البحث فيها وإظهارها منها:

التساؤل الأول - هل يمكن لهذه الرقابة أن تحمي مبدأ المشروعية؟

التساؤل الثاني - إلى أي مدى تمتد رقابة القضاء على أعمال الإدارة؟

**ثانياً\_ أهمية الموضوع:**

تكتسي دراسة الموضوع: حدود الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية أهمية نظرية وعلمية بالغة.

**1\_ الأهمية النظرية:**

يعتبر هذا الموضوع من أهم المواضيع التي عالجه القانون الإداري وأكثر دراسات دقة في علم الإدارة وذلك بسبب ارتباطه بالعديد من المسائل في هذا المجال.

تظهر هذه الأهمية أيضاً في أن تكريس القضاء الإداري الجزائي لرقابته على حدود مبدأ المشروعية، سوف يقود إلى إمعان النظر في بعض المفاهيم النظرية السائدة في القانون الإداري، مما يساهم في تطوير القانون الإداري بإعتباره قانوناً مرناً يتأثر بعوامل متغيرة في الدولة وخاصة أن القضاء الإداري يتميز بأنه قضاء يبتدع الحلول للمنازعات، فهو يسعى إلى خلق ما يتلائم مع ظروف كل منازعة على حدى تماشياً لامتداد سرعة تطور العمل الإداري ومقتضيات سير المرافق العامة.

### 2\_ الأهمية العملية:

تظهر هذه الأهمية في أن رقابة القضاء على حدود مبدأ المشروعية يمثل ضماناً أساسية لحريات الأفراد ومراكزهم القانونية فوجود هذه الرقابة يحمي الأفراد من الخطر والاستبداد والتعسف، ويتزكها يؤدي إلى تعرض الأفراد لهذه الظروف.

تظهر أيضاً أهمية هذا الموضوع في إثراء الدراسات السابقة في مختلف فروع القانون العام.

وتتمثل أيضاً في أن كل من السلطة التنفيذية والتشريعية والقضائية هي المسؤولة على الحفاظ على كيان الدولة، سواء في الظروف العادية أو الظروف الإستثنائية ففي الظروف العادية تستند لمبدأ المشروعية في أداء حملها.

### ثالثاً - المناهج المعتمدة.

للاجابة على الاشكالية المطروحة والتساؤلات الفرعية وللتعرف على طبيعة الموضوع إرتأينا اتباع عدة مناهج لتسهيل الدراسة مثل :

1- **المنهج الوصفي:** نظراً لأن الموضوع له جانب فقهي، مما يفرض تقييم بعض المعلومات والمعطيات ووصفها وكذا وصف ما أستقر عليه كل من القضاء والفقهاء في مسألة السلطة التقديرية ونظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الإستثنائية.

2- **المنهج التحليلي:** و نظراً لطبيعة الموضوع الذي يستدعي تحليل آراء الفقهاء سنعتمد المنهج التحليلي ، وذلك لمعالجة مختلف العناصر الأساسية للبحث خاصة فيما يتعلق بنطاق الرقابة على حدود مبدأ المشروعية، بالاعتماد على تحليل النصوص القانونية والتنظيمية ومحاولة إسقاطها على الواقع العملي، بالإضافة إلى القرارات القضائية المدعومة لهذه الدراسة.

وقد تظل هذه الدراسة الإستعانة بالمنهج المقارن بسبب النقص والغموض الذي يمس هذا الموضوع وكذلك ندرة الاجتهاد القضائي الجزائري به وجدنا ضرورة الإستعانة بالاجتهاد القضائي والفقهاء المقارن وخاصة المصري والفرنسي .

رابعا - أسباب اختيار الموضوع.

تم إختيار هذا الموضوع لأسباب موضوعية وأسباب ذاتية.

### 1\_ الأسباب الموضوعية:

تتمثل فيما يلي:

أ- إمتناع القاضي الإداري عن تسليط الرقابة على حدود مبدأ المشروعية، أدى إلى تزايد الخطر الذي يهدد الأفراد والنظام العام، وتزايد انحراف الإدارة مما يمس بحقوق الأفراد وحيرياتهم.

ب- موقف القضاء الجزائري المحدود اتجاه نظرية الظروف الإستثنائية وأعمال السيادة وكذلك إتجاه السلطة التقديرية، الذي أنقص من الضمانات التي تكفل حماية الأفراد وحيرياتهم مما يحتويه من أضرار.

ج- معرفة خضوع إذا كانت الإستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية تخضع لرقابة القضاء أم لا.

### 2\_ الأسباب الذاتية: تتمثل فيما يلي:

أ- الاستفهام الحاصل بخصوص نظرية أعمال السيادة ومبررات إستثناء هذه النظرية عن مبدأ المشروعية، وحول عدم خضوعها وخضوعها لرقابة القضاء.

ب- ميولنا الشخصي لمجال الرقابة القضائية، ودراسة هذا النوع من المواضيع.

ج- الرغبة في تزويد المكتبة الجزائرية بدراسة قانونية حول موضوع حدود الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية.

### خامسا- أهداف الدراسة.

ان اي دراسة لن تكون ذات اهمية ما لم يجد جانبها النظري طريقه الى الجانب العملي لذلك نهذف من خلال هذه الدراسة للوصول الى جملة من الاهداف العملية و المتمثلة في تبيان

حدود الرقابة القضائية على مبدأ المشروعية من خلال فهم كل نظرية و مدى خضوعها لرقابة القضاء.

### سادسا- الدراسات السابقة.

إن لم توجد دراسة سابقة في هذا الموضوع بنفس المعايير إلا أنه كانت هناك بعض الدراسات التي تناولت جزء كبير من المواضيع والممتد عليها أيضا نذكر منها: **الدراسة الأولى** - علام لياس، الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017/2018 ، حيث طرحت إشكالية حدود الرقابة القضائية على الأعمال الحكومية الكفيلة بضمان مبدأ موازنة المشروعية، ومن النتائج المتوصل إليها أن التطور في مجال الرقابة على أعمال الحكومة طريقا مستقبليا يعزز به القضاء موقفه ويثبت به أقدامه في سبيل الحد من أعمال الحكومة ولما لا القضاء عليها نهائيا، كما أوصى على الإستغناء على نظرية أعمال الحكومة والإعتماد أكثر على النظريات الأخرى مثل نظرية الضرورة ونظرية السلطة التقديرية ونظرية الظروف الإستثنائية، وإن كانت هذه

**الدراسة الثانية:** لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليله لمضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بالقايد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق قانون عام، عنابة، السنة الجامعية 2005/2006، تعتبر هذه الرسالة مهمة ومدعمة لموضوعنا إضافة إلى أن هذه الرسالة قسمت إلى الفصل الأول مضمون السلطة التقديرية للإدارة والفصل الثاني مدى خضوع السلطة التقديرية للإدارة للرقابة القضائية، حيث طرحت الإشكالية التالية، ما هو مضمون السلطة التقديرية للإدارة ومدى خضوعها للرقابة القضائية. وتوصل إلى أنه إذا اتسم تصرف الإدارة بعدم الملائمة الظاهرة، فإن ذلك يخرج التصرف من نطاق المشروعية إلى عدم المشروعية، كذلك أوصى بتطور الرقابة القضائية على أعمال الإدارة وذلك بتوسع من نطاق المشروعية وتضييق من نطاق السلطة التقديرية للإدارة بقصد كفالة الموازنة بين حماية حقوق الأفراد وحريرتهم، وتمكين الإدارة من تحقيق أغراضها، هذا ما ساعد على معالجة موضوعنا.

النظريات ذات خطورة إلا أنها ليست بدرجة خطورة أعمال الحكومة، كما أنها محل رقابة من طرف القضاء وهذا ما يضمن الحريات الأساسية للأفراد.

**الدراسة الثالثة -** نقاش حمزة، الظروف الإستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، قسنطينة، السنة الجامعية 2010 / 1011، حيث طرحت الإشكالية التالية، إلى أي مدى يمكن أن تمس الإدارة بحقوق وحريات الأفراد؟ وما مدى بسط القاضي الإداري لرقابته على أعمال الإدارة العامة خلال هذه الظروف، وتوصل إلى عدة نتائج نذكر منها، إن القاضي يعتبر أن النصوص المنظمة للظروف الإستثنائية يمكن إعطاؤها تفسيراً واسعاً، فللحكم على شرعية الأعمال التي قامت بها الإدارة، لم يؤسس القاضي حكمه على النصوص الإستثنائية، بإعتبار أن الإدارة تجاوزت هذه النصوص، كما أوصى على وجوبية تحديد مدة معينة لسريان النظام الإستثنائي، وألا تمتد إلا بموافقة البرلمان وذلك لضمان عدم سوء إستخدام السلطة، بإعلانها لفترة طويلة دون موافقة ممثلي الشعب.

### سابعاً - الصعوبات.

لقد واجهتنا في دراسة الموضوع صعوبات كثيرة، انحصرت في غياب المراجع الأساسية التي يعتمد عليها حيث تطلب الأمر مجهود كبير في الحصول على الكتب، خاصة عند تفشي فيروس كورونا تم غلق المكتبات مما أصبح من الصعب علينا الحصول على المراجع وهذا شكل لنا عائق كبير.

وكذلك صعوبة الحصول على القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع.

وصعوبة الإتصال بالأستاذ المؤطر بشكل مباشرة وبقي عن طريق الانترنت بسبب الحجر الصحي وهذا لا يكفي بحسب اعتقادنا .

**ثامناً: أرتأينا تقسيم البحث الى فصلين:**

الفصل الأول: تحت عنوان: الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية ونتعرف من خلاله على السلطة التقديرية للإدارة من حيث مدلولها وأساسها القانوني وحدودها

إضافة إلى الرقابة القضائية على هذه السلطة... هذا فيما يخص المبحث الأول، كما سنتناول أعمال السيادة من خلال التعرف على مفهومها فيما يخص تعريفها وأساسها ومعايير تمييزها عن أعمال الإدارة وموقف القضاء من هذه النظرية إضافة إلى نطاق الرقابة القضائية على هذه الأعمال هذا يتعلق بالمبحث الثاني.

وقد كان الفصل الثاني بعنوان الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية الذي سنقسمه إلى مبحثين: المبحث الأول سنتناول فيه مضمون نظرية الظروف الإستثنائية والمبحث الثاني سندرس مجال تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية.

وسنهي بحثنا بمجموعة من النتائج والتوصيات.

# الفصل الأول

الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية  
في الظروف العادية

## الفصل الأول

### الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

إن القانون عندما يخول الإدارة سلطة تقديرية معناه أن يترك لها حرية تقدير ملائمة أعمالها، وهي في هذه الحالة لا تخضع كقاعدة عامة لرقابة القضاء، على أساس ان القاضي الإداري هو قاضي المشروعية دون الملائمة<sup>1</sup>.

وعليه فإن تطبيق السلطة الإدارية للقواعد القانونية المصاغة صياغة مرنة فإنه يعني أن الإدارة تباشر في ذلك اختصاصا تقديريا أو سلطة تقديرية، وتطبيقها للقواعد القانونية المصاغة صياغة جامدة يعني ان اختصاصها الوارد في هذه القواعد هو اختصاص مقيد<sup>2</sup>. كما أن التزام الإدارة بأحكام القانون في كل أعمالها وتصرفاتها معناه سيادة حكم قانون تلك الدولة مع مراعاة التدرج في القواعد، إلى أن خضوعها للقانون ليس خضوعا تاما ينصب على كل ما تقوم به من أعمال، فبعض تصرفاتها يفلت من رقابة المشروعية وذلك لأسباب قضائية وتشريعية<sup>3</sup>.

وهذا ما يعرف بالقرارات التي تتعلق بالصالح العام تخرج فيها عن مبدأ المشروعية ولا تخضع لرقابة القضاء الإداري وهو ما يعرف بأعمال السيادة التي تعتبر من اخطر الاستثناءات التي عرفها مبدأ المشروعية الإدارية، خاصة وأنه يعتبر من اهم الاستثناءات التي تستخدمها السلطة التنفيذية في سبيل مواجهة حقوق الافراد وحررياتهم، وبذلك يصبح القاضي الإداري مقيدا وذلك لوجود نص تشريعي يلزمه بعدم التعرض لأعمال السيادة باي صورة من صور الرقابة القضائية بمعنى انها تكتسب حصانة ضد أي اعتراض سواء بالإلغاء، التعويض، فحص المشروعية، حتى رقابة التفسير، ومن ثمة يلزم علينا فهم السلطة التقديرية بوضوح ثم المدلول الحقيقي لنظرية اعمال السيادة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على اعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، بدون سنة النشر، ص106.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014، ص15، 16.

<sup>3</sup> - رزيقية عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، السنة الجامعية 2013-2014، ص180.

<sup>4</sup> - مريم خدير، الرقابة القضائية على اعمال السيادة في النظام القضائي الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2015-2016، ص 14.

## المبحث الأول

## السلطة التقديرية للإدارة

إن الإدارة يعترف لها المشرع بالسلطة التقديرية وثبت لها في الأحوال التي لا يحدد ولا ينظم فيها القانون نشاط الإدارة في موضوع ما، مما يؤدي بتمتعها في هذا الصدد بقدر من الحرية في اثبات تصرف معين أو الامتناع عنه كما لها تقدير التدخل لمواجهة ظرف معين<sup>1</sup>، إلا أن ممارسة الإدارة لهذه السلطة يجب أن يكون في حدود القانون، وإذا ما تم مخالفته كان لازماً ردها إلى الصواب، وذلك لا يكون إلا بفرض رقابة قضائية صارمة عليها<sup>2</sup>.

ومنه وباعتبار أن السلطة التقديرية لازمة لحسن سير الإدارة فوجب علينا البحث عن مفهومها وهذا ما سنعرضه في المطلب الأول، أما الرقابة القضائية على هذه السلطة سنتطرق إليه في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.

لقد منح المشرع للإدارة السلطة التقديرية وهي قدرة على اختيار الوسائل المناسبة للتدخل واتخاذ القرار الملائم في ظروف معينة لأنه لا يمكن في أي حال من الأحوال أن يلم المشرع بجميع الحالات التي قد تطرأ على العمل الإداري ويرسم الحلول المناسبة لها، ثم ان ظهور السلطة التقديرية للإدارة مر بمراحل وكل مرحلة تعد بمثابة مقدمة للمرحلة التالية لها، وان الاعتراف بالسلطة التقديرية كسلطة قانونية تستلزم تحديد الأساس القانوني لهذه السلطة<sup>3</sup>، وتجدر الإشارة إلى أن مباشرة الإدارة لنشاطها يجب أن يكون داخل نطاق وحدود معينة لا يمكن تجاوزها والا عدت أعمالها باطلة.

وهذا ما سنعالجه في الفروع التالية:

<sup>1</sup> - قادة دنون إبراهيم، مقومات مشروعية القرار الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، قسم الادب العربي كلية الادب العربي والفنون، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2014-2015، ص 62.

<sup>2</sup> - نويري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2012-2013، ص 86.

<sup>3</sup> - محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، مصر، 1974، ص 64.

### الفرع الأول: مدلول السلطة التقديرية للإدارة

تعد السلطة التقديرية من أهم المبادئ الأساسية التي يقوم عليها الحديث في الإدارة الحديثة، فلقد ساعدت هذه النظرية على إطلاق يد الإدارة في تحقيق الصالح العام. فالمرجع في تنظيمه القانوني للنشاط الاجتماعي لا يستطيع في كل الحالات أن يحيط بكل الأمور في جميع تفاصيلها، ولهذا الأسباب فإن المشرع يحدد عادة بعض الضوابط، والمواجهات العامة في شأن هذا الأمر، ويترك ذلك لحرية الإدارة في تقدير التصرف بحكم أنها أكثر اتصالاً بالحياة اليومية الجارية، والأكثر احتكاكاً بمشاكلها المتعددة والمتجددة<sup>1</sup>

ولتبيان مدلول السلطة التقديرية للإدارة على نحو واضح يجب أن نبين تعريف السلطة التقديرية للإدارة وكذا التمييز بين السلطة التقديرية للإدارة والسلطة المقيدة.

#### أولاً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة

توصف سلطة الإدارة بأنها تقديرية بحسب الفقيه "بونار"، إذ ترك لها القانون الذي يمنحها هذه الحرية في أن تتدخل أو تمتنع، وترك لها أيضاً الحرية بالنسبة لزمن وكيفية وفحوى القرار الذي تقرره، ومن ثم تتكون السلطة التقديرية من حرية التقدير، التي يمنحها القانون للإدارة لتقرير ما يعمل وما يترك<sup>2</sup>.

#### 1 - التعريف الفقهي للسلطة التقديرية للإدارة:

يربط معظم الفقه بين السلطة التقديرية والملائمة، فالأستاذ الدكتور "مصطفى أبو زيد فهمي" يقول تحت عنوان: "السلطة التقديرية أو الملائمة"<sup>3</sup>. كما يشير الأستاذ الدكتور "محسن خليل" إلى ذلك بقوله أنه "إذا تمتعت الإدارة بسلطة تقديرية فإن معنى ذلك أن القانون منحها الحرية في مباشرة نشاطها دون أن يضع شروطاً وقيوداً تكبل من حريتها، الأمر الذي يعطي للإدارة حرية تقدير ملائمة أعمالها ويؤدي إلى الارتباط بين فكرتي الملائمة والسلطة التقديرية واتصالهما الوثيق معاً. كما يرى الفقه في مصر أن سلطة الإدارة تكون تقديرية إذا خول القانون الإدارة العامة حرية الاختيار بين إجراء عمل إداري معين وذلك على أساس الملائمة التي يترك

<sup>1</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989، ص 110.

<sup>2</sup> - حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2003، ص 95.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 21.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

للإدارة امر تقديرها في ضوء الصالح العام، وذلك حتى لا تكون السلطة التقديرية سلطة مطلقة او سلطة حكمية . أما الفقه الفرنسي الغالب يؤيد بدوره ما ذهب اليه الفقيه "موريس هوريو" منذ عام 1903 من أن السلطة التقديرية هي سلطة ملائمة الإجراءات الإدارية، ويراها الفقيه "شابلي" دعوة إلى الإدارة لممارسة حرية تقدير الملائمة، ويؤكد الفقيه "دي لوبادير" أن فكرتي السلطة التقديرية والسلطة المقيدة تتعلقان بتقدير الملائمة<sup>1</sup>.

ويرى "جيرو" أن السبب الأساسي لقيام السلطة التقديرية ووجوب المحافظة عليها، ينحصر في مستلزمات تطبيق القواعد التي يصونها المشرع على الحالات المتعددة والمتشعبة التي تعرض اثناء التنفيذ، والتي لا يمكن للمشرع بحال من الأحوال ان يحيط بها مقدما ، في حين يسهل على الإدارة مواجهتها<sup>2</sup>، وينحصر أيضا بالخبرة والتجارب التي تكتسبها الإدارة، ووسائلها الخاصة التي تستقي منها معلوماتها ، والروح العملية التي تستمدتها من اشرافها المستمر على إدارة المرافق العامة . ويذهب الفقيه الألماني "أثوماير" الى الربط بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة، وبين القرارات المنشئة والقرارات الكاشفة، هذه الاخيرة تصدر عن اختصاص مقيد، وأن القرارات الإدارية المنشئة تصدر عن اختصاص تقديري<sup>3</sup>.

أما الفقيه الفرنسي " ميشو " فيرى: " أن السلطة التقديرية تتحقق في كل مرة تستطيع فيها السلطة الإدارية أن تعمل بحرية ودون أن يكون هناك مسلك محدد تفرضه بطريقة مسبقة إحدى القواعد القانونية"<sup>4</sup>.

وقد تناول فقهاء المسلمين بيان مجال اعمال السلطة التقديرية عند بحثهم لأنواع الحكم التكليفي وبيان الأحكام التي يجوز فيها الاجتهاد، إذ يتنوع الحكم التكليفي إلى خمسة أنواع وهي: الإيجاب، التحريم، الاستحسان، الكراهية، الإباحة، والمباح هو المجال الرئيسي للسلطة التقديرية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 21، 22.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، 1978، ص 45.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 45.

<sup>4</sup> - محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 197.

<sup>5</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 5.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

وبالتالي تجد السلطة التقديرية مجالاً في الشريعة الإسلامية عندما لا يوجد في مسألة ما حكم شرعي بالترك أو الفعل على وجه الحتم.

وعليه فإن السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي تعني: "الصلاحية التي يتمتع بها المجتهد للقيام بعمله بالتفكير والتدبير بحسب النظر والمقايضة لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة عليه في جميع مراحلها"<sup>1</sup>

أما عن الفقه الجزائري فقد عرف الدكتور "حسين فريجة" السلطة التقديرية على أنها: "تلك الحرية التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد والقضاء لتختار في حدود الصالح العام وقت تدخلها ووسيلة التدخل"<sup>2</sup>

ومنه نستنتج وجود إختلاف فقهي حول تعريف السلطة التقديرية للإدارة، وهذا راجع إلى عدم اتفاقهم حول مصدر التقدير الإداري<sup>3</sup>. وما إذا كان يكمن في إرادة المشرع، ففي هذه الحالة يكون تعريف السلطة التقديرية إيجابياً حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول أن مصدر التقدير الإداري للإدارة يكمن في إرادة المشرع وحدها، مما يعني أن المشرع في نظرهم هو صاحب القول الفصل فيما إذا كان للإدارة اتجاه نشاط معين قدر من الحرية من التقدير من عدمه وذلك بتدخله أو عدم تدخله بتنظيم ذلك النشاط أو بتحديد عناصره تحديداً دقيقاً<sup>4</sup>

أما إذا كان مصدر التقدير الإداري يكمن في إرادة القاضي الإداري فإن تعريف السلطة التقديرية يأخذ مفهوماً سلبياً حيث اتجه جانب آخر من الفقه إلى أن تعريف السلطة التقديرية يجب أن يرتبط أساساً بالقيود التي يضعها القضاء الإداري على نشاط الإدارة وهو بصدد مراقبته لهذا النشاط<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007، ص 11.

<sup>2</sup> - حسين فريجة، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، الجزائر، 2005، ص 87.

<sup>3</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 7.

<sup>4</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دون سنة نشر، ص 216.

<sup>5</sup> - صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008، ص 87.

### 2- التعريف القانوني للسلطة التقديرية للإدارة.

لم يتطرق المشرع الجزائري بشكل صريح ومحدد لتعريف السلطة التقديرية للإدارة كغيره من التشريعات وهو ما نجده في أغلب الدراسات والمسائل القانونية، لأن هذا الأمر من شأن فقهاء القانون، فالمشرع لا يهتم بتعريف أي موضوع أو مسألة قانونية بشكل صريح وإنما بشكل ضمني وذلك من حيث تحديده لفحوى الموضوع .

بخلاف الفقه الذي يقوم بشرح مختلف العناصر والجزئيات المتعلقة بأي فكرة قانونية فالفقه له دور كبير إذا أجمع الفقهاء على اتجاه معين حتى يتسنى للمشرع تغيير نظريته بخصوص فكرة معينة، كما أنه يساعد القاضي في المسائل التي لم يتطرق إليها المشرع من أجل تقرير اجتهاداته القضائية في تلك المسائل<sup>1</sup>.

ومن خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بالسلطة التقديرية للإدارة ، ونجد على سبيل المثال المشرع الجزائري في مجال الوظيفة العمومية للتعين في الوظائف العليا فهو يعود إلى السلطة التقديرية للسلطة المؤهلة، وهذا حسب المادة 16 من قانون الوظيفة العمومية الامر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006<sup>2</sup> ، ومن خلال هذا نجد أن المشرع الجزائري يترك للإدارة حرية التصرف وفقا لما تقدره من حيث إتخاذ القرار الملائم والذي يتناسب مع الظروف والأوضاع الراهنة وفي الوقت الذي تختاره، كما تقوم بتكييف السبب القانوني والحالة المادية التي دفعتها لإصدار القرار، ولكن في مقابل ذلك يستلزم على الإدارة احترام الغاية التي تهدف لتحقيقها من خلال ممارستها مختلف الأعمال والنشاطات الإدارية، بعيد عن البواعث والدوافع الشخصية، السياسية، العرفية، أو الدينية التي يمارسها المسؤول الإداري باسم الإدارة، بمعنى أن تكون هذه الأعمال الإدارية تتماشى وفقا لما تقتضيه وتتطلبه المصلحة العامة، كما أنها تقوم بممارسة مختلف نشاطاتها الإدارية والسهرة على توفير النظام العام ، سواءا بالمفهوم التقليدي او الحديث.

<sup>1</sup> خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقائد ، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص 20 الى 22.

<sup>2</sup> قانون الوظيفة العمومية، الامر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006، الجريدة الرسمية، العدد 2006، 46.

اذن فالسلطة التقديرية للإدارة هي وسيلة قانونية تهدف لتحقيق نفس الغاية المشتركة بينها وبين السلطة المقيدة<sup>1</sup>.

**ثانيا: تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة للإدارة:**

انطلاقا من أن السلطة التقديرية تقابل مفهوم السلطة المقيدة، فلا بد من أن نفهم جيدا مفهوم السلطة المقيدة أو الاختصاص المقيد للإدارة، حيث تتضح لنا معالم السلطة التقديرية، وتبعاً لذلك كان لازماً علينا أن نميز السلطة التقديرية للإدارة عن السلطة المقيدة لها<sup>2</sup> بغض النظر على أن كلتاهما تهدفان إلى تحقيق الصالح العام وتسيير مصالح المجتمع<sup>3</sup>.

### **1- تعريف السلطة المقيدة للإدارة**

نكون إزاء سلطة مقيدة عندما يفرض القانون على الإدارة القيام بتصرف معين دون أن يترك لها أدنى حرية في التقدير، ففي إطار هذه السلطة يحدد القانون مسبقاً الطريقة التي تتخذها الإدارة وصولاً للهدف الذي يتوجب تحقيقه<sup>4</sup>.

وما يفهم من هذا أن الإدارة تكون ملزمة ومقيدة بما يضعه القانون من شروط وقيود بشأن معالجة أمر معين، فالقانون يفرض على الإدارة في حال توفر شروط ما معينة حتمية إصدار القرار ولا تملك الإدارة هنا إلا صلاحية التثبت من توفر هذه الشروط فإن توفرت هذه الشروط فيجب عليها إصدار القرار .

وقد وصف أيضاً الأستاذ "ميشو" هذا النوع من السلطة فقال: "إن على إدارة أن تتخذ قرارات فرضها القانون مقدماً، فمهمتها مقصورة على تطبيق القانون على الحالات التي تصادفها عندما تتحقق أسبابها<sup>5</sup>.

أما "فريدة ابركان" فعرفت على أنها: "الوضعية التي تكون فيها الإدارة ملزمة بالتصرف أو برفض التصرف عندما تتوفر بعض الشروط ذات الصلة بالواقع أو بالقانون، فليس للإدارة

<sup>1</sup> - خليفي محمد، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 23.

<sup>3</sup> - عمر محمد شوكي، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص 69.

<sup>4</sup> - محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 216.

<sup>5</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، (دراسة مقارنة)، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1991، ص 31.

هنا أي سلطة للتقدير، وسلوكها مفروض عليها. والمثال على ذلك وجوب إحالة موظف بلغ السن القانونية على التقاعد<sup>1</sup>.

ومن الأمثلة التقليدية التي يسوقها الفقه الفرنسي للسلطة المقيدة المثال الخاص بطلب تراخيص حمل أسلحة الصيد، إذ يجب على الإدارة منح هذا الترخيص الى كل شخص قدم طلبا للإدارة المختصة اذا ما توفرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون، دون أن يكون لها الحق في بحث ملائمة هذا الترخيص و دون ان يكون لها حق اشتراط اجراء معاينة للتثبت مما اذا كان الشخص طالب الترخيص يحسن استعمال السلاح او لا يحسنه<sup>2</sup>.

يتضح مما تقدم أن سلطة الإدارة تكون مقيدة إذا فرض عليها المشرع بطريقة أمرية وعلى سبيل الالتزام الهدف الذي تسعى الى تحقيقه مع وجوب العمل على نحو معين يكفل بيان أوضاعه من أجل الوصول إلى ذلك الهدف<sup>3</sup>.

بالتالي ما يمكن قوله أن معظم القوانين اعترفت لجهة الإدارة بممارسة سلطاتها التقديرية، كما ألزمتها في حالات معينة باتخاذ القرار بمضمون معين، وهو ما يطلق عليه بالسلطة أو الإختصاص المقيد للإدارة، فسننولى فيما يأتي التفرقة بين هاتين السلطتين ثم نتطرق الى نتائج هذه التفرقة.

### 2- معايير التفرقة بين السلطة التقديرية والسلطة المقيدة للإدارة

وضع الفقه عدة معايير يركز عليها للتمييز بين الإختصاص المقيد والسلطة التقديرية فنذكر منها:

معيار مدى إلزامية القواعد القانونية، يقوم على التفريق بين القواعد القاطعة متى كانت ملزمة من حيث الموضوع، وهو الغاية والأسباب والأشكال ففي مثال على ذلك ما قضت به

<sup>1</sup>- فريدة ابركان ، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد1، الجزائر، 2001، ص 37.

<sup>2</sup>- إبراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ واحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 43.

<sup>3</sup>- محمد الشوكي، مرجع سابق، ص 28.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا من أن عدم مراعاة الإدارة المعنية للمهنة القانونية بشأن رخصة البناء يعد تجاوزا للسلطة<sup>1</sup>.

وأما عن القواعد الجوازية لتحديد ما إذا كانت القواعد العليا تمنح الجهات أو الهيئات الأدنى سلطة تقديرية أم لا، فحين يتخلف هذا التحديد الأمر الملزم لركن أو لشرط من أركان أو شروط التصرف القانوني فنكون امام سلطة تقديرية تتسع وتطبق بالقدر الذي يكون فيه التحديد الملزم قد تخلف دون ان يتعداه، وهذا يكون المصدر الأساسي للسلطة التقديرية هو تخلف التنظيم القانوني الملزم في شأن عنصر أو أكثر من العناصر المكونة لهذا التصرف أو لشرط تعده أو صحته، وبالتالي فإنها تستمد وجودها من جميع المصادر المقارنة<sup>2</sup>.

وفي معيار آخر يتمثل في عمومية وتجريد القاعدة القانونية، بمعنى أن اختصاص رجل الإدارة لن يكون تقديريا إلا بقدر ما يضيفه في قراره من العناصر، وهي القاعدة التي استمد منها اختصاصه، من جهة أخرى يكون اختصاصه مقيدا إذا اقتصر قراره على التقيد الحرفي للقاعدة التي استمد منها اختصاصه دون ان يضيف إليها عناصر جديدة. واما المعيار الأكثر فعالية فيتمثل في مدى ممارسة القضاء لرقابته على العمل الإداري فتكون صلاحية الإدارة مقيدة، وعلى العكس إذا انتفت نكون بصدد صلاحية تقديرية<sup>3</sup>.

وأما ما يرتب عن هذا من نتائج أي التفرقة بين الاختصاص المقيد والصلاحية التقديرية على الصعيد بين الإداري والقضائي فهي كالتالي:

أ- جواز سحب القرارات غير المشروعة الصادرة بسلطة مقيدة دون التقيد بالميعاد، كما في حالة سحب قراراتها في ميعاد الطعن القضائي حتى ولو كانت منشئة حقوقا نسبة للغير.

ب- اختلاف مدى الرقابة التي يمارسها القضاء على مشروعية القرار ومداهها، حيث لاشك في أن رقابة القضاء الإداري على مشروعية القرارات الصادرة استنادا لصلاحية مقيدة تكون قوية

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 1240168 بتاريخ 1990/07/28، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1992، ص 153 و ما بعدها.

<sup>2</sup> طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 83.

<sup>3</sup> رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 190.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

وصارمة فيتحقق القضاء بسهولة ويسر، ويتضح هذا من سيادة الاحكام القضائية، في حين تجدر رقابة الملائمة فيما يتعلق بالصلاحية التقديرية قد تم الحديث عنها سابقا<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة

إن الاعتراف بان السلطة التقديرية للإدارة هي سلطة قانونية يستلزم تحديد الأساس القانوني لها، وظهر في هذا الشأن عدة اتجاهات نجيزها فيما يلي :

**أولاً: النظرية السلبية:**

وتظم هذه النظرية فكرة تدرج القوانين ونظرية الحقوق الشخصية<sup>2</sup>.

#### 1- فكرة تدرج القوانين:

يرجع أساس هذه الفكرة الى نظرية الفقيه النمساوي "كيلسن" ، والمقصود بها أن القواعد القانونية في المجتمع إنما تتدرج فيما بينها في مراتب مختلفة ، بحيث تقيد القاعدة الأعلى القاعدة الأدنى منها درجة، وهذه الأخيرة تتضمن تخصيصاً للقاعدة الأولى أو بمعنى آخر ان كل قاعدة قانونية في التدرج القانوني تتخذ لها صفتين:

فهي قاعدة منفذة ومخصص للقاعدة الأعلى منها درجة من ناحية، ومنشئة في ذات الوقت للقاعدة الأدنى منها مرتبة من ناحية أخرى<sup>3</sup>.

وما يؤخذ على هذه النظرية انها تضيق من نطاق السلطة التقديرية في إطار تخصيص ووضع العناصر الجديدة في حين انها قد تتحقق كذلك حالة اختيار بين قرارين او اكثر، او الامتناع عن اتخاذ القرار أو اتخاذه، او اختيار الوقت المناسب لأخذ القرار، وفي هذه الحالات جميعاً لا توجد أية اضافة لعناصر جديدة على القاعدة القانونية الأعلى<sup>4</sup>.

ثم إن ظهور عدد كبير من القواعد القانونية حتى بالنسبة للقاعدة غير المسماة التي يمكنها أن تؤثر على السلطة التقديرية، كتطبيق الجزاءات، أو تأثير القوة القضائية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الاول، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004، ص82.

<sup>2</sup> نذير اوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، د.ط، 1412، ص 39.

<sup>3</sup> سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص50.

<sup>4</sup> سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص35.

<sup>5</sup> colloque de droit européen, pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité, oxford ( royaume- uni) .27-28 september 1995.p 121.

### 2 – نظرية الحقوق الشخصية

نشأت نظرية الحق الشخصي انطلاقاً من اعتبار أن الاختصاص المقيد للإدارة أنه الضمان الأساسي للأفراد، فحقوق الناس وحررياتهم مناط قيام التقييد التشريعي والقضائي، وهو ما يبرر القول برقابة الملائمة في مجال الضبط الإداري<sup>1</sup>.

وقيل في هذا الصدد ان الإدارة تتمتع باختصاص تقديري في الحالات التي لا تواجه فيها حقاً شخصياً<sup>2</sup>.

وأيضاً ان السلطة التقديرية لا تخفي أمام الحقوق الشخصية فقط بل أنها تنسحب أمام كل قاعدة قانونية موضوعية تستهدف مصلحة عامة ، و أساس ذلك انه في حالة وجود الحقوق الشخصية<sup>3</sup>.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد في معظم جوانبها، ومن ذلك الربط بين الحقوق الشخصية والاختصاص المقيد، وبالتالي توافر السلطة التقديرية عند غياب هذه الحقوق هو ربط غير حتمي أو واقعي إذا ثبت خلاف ذلك، كما ان هذه النظرية تتصل بمجال السلطة التقديرية وليس لها أساسها القانوني<sup>4</sup>.

### ثانياً: النظرية الإيجابية

وتظم هذه النظرية ما يسمى بفكرة المشروع، والتي تقوم على أساس أن الإدارة بما تباشره من أنشطة متعددة لا تختلف كثيراً عن مشروعات الافراد الخاصة، بمعنى أن الإدارة العامة بهيأتها المختلفة عبارة من مشروع يشبه إلى حد كبير المشروعات الخاصة للأفراد وطالما ان هؤلاء الافراد يتمتعون عند إدارتهم لتلك المشروعات بسلطة تقديرية، فإنه يجب الاعتراف للإدارة كذلك بمثل هذه السلطة<sup>5</sup>.

وهكذا تتبلور الإجابة على التساؤل المطروح عن سبب تخلي القواعد القانونية عن تحديد النشاط الإداري أحياناً، وبمعنى آخر سبب تمتع الإدارة بالاستقلال وحرية التقدير في

<sup>1</sup> - محمد مصطفى حسن، مرجع سابق، ص 98.

<sup>2</sup> - نذير اوهاب ، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 41.

<sup>4</sup> - 25 colloque de droit européen, op cit.p101.

<sup>5</sup> - رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربي، دون سنة نشر، ص 50.

ممارسة النشاط الإداري في صفة المشروع، ومن ثم سلطات الإدارة بوصفها المدير المسؤول، وأول رئيس لهذا المشروع، بمعنى ان السلطة التقديرية هي أمر يرتبط بطبيعة المشروع بحيث يتعين النظر الى النشاط الإداري باعتباره كذلك، أي بوصفه من المشروعات، وعليه تقوم الإدارة بتسيير مشروع كبير يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة من خلال إقامة التظلم العام وتوفير المنفعة العامة أو بالأحرى المرافق العامة، وفي سبيل ذلك تملك الإدارة تقييد نشاطها ذاتيا، كما تملك كذلك تقدير ملائمة نشاطها واعمالها، ومن ثم تمثل صفة المشروع للنشاط الإداري مصدر السلطة التقديرية و أساسها<sup>1</sup>.

في رأي الفقهاء أن هذا الإتجاه هو الأقرب للصحة وذلك بالنظر الى السلطة التقديرية وخاصة من الناحية الموضوعية اذ يمكن تحليل موضوعات النشاط الإداري باعتباره من قبيل المشروعات، وهو أمر من السهل التسليم به بصدد المرافق العامة، كما انه ليس من العسير النظر الى الضبط الإداري وتنفيذ القوانين باعتبارها كذلك من المشروعات بغية تحقيق اهداف تتدرج في إطار المصلحة العامة، مثلها في ذلك مثل سائر أوجه النشاط الفردي مع اختلاف الغاية والمقاصد.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة

بمقتضى ما للإدارة من سلطة فان هذا يخول لها حرية التصرف في العمل الإداري وإصدار القرارات الإدارية، الا ان هذه السلطة تحدها حدود المشروعية المختلفة، بحيث يجب على الإدارة ان تراعي وتحترم مختلف الشروط المتعلقة بأركان القرار الإداري المتمثلة في الاختصاص، الشكل، السبب، المحل والغاية.

فعند استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في هذا المجال، فإننا نجد أنه توجد حدود معينة تحد هذه السلطة في نطاق كل شرط من شروط صحة القرار الإداري<sup>3</sup>.

وبالتالي سندرس فيما يأتي حدود السلطة التقديرية الخارجية والداخلية.

<sup>1</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 60.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، مرجع سابق، ص 36، 37.

<sup>3</sup> - زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة دمشق، 1979، ص 561.

### أولاً: الحدود الخارجية للسلطة التقديرية

تشمل الحدود الخارجية للسلطة التقديرية الأركان الآتية: ركن الاختصاص، ركن الشكل والإجراءات.

#### 1- بالنسبة لركن الاختصاص

ركن الاختصاص من القرارات الإدارية يمكن ان نعرفه بأنه "الصفة القانونية او القدرة القانونية التي تعطيها القواعد القانونية المنظمة للاختصاص في الدولة لشخص معين ليتصرف ويتخذ قرارات إدارية بإسم ولحساب الوظيفة الإدارية في الدولة، وعلى نحو يعتد به قانوناً"<sup>1</sup>

والسائد فقها وقضاء أن الإدارة لا تتمتع بركن الاختصاص الذي يجسد الصلاحية القانونية لموظف معين او لجهة إدارية معينة ان تتخذ قرارا إداريا معيناً، بأية سلطة تقديرية ، ذلك ان القانون يحدد على وجه الدقة الشخص الإداري المختص هذا القرار او ذلك ، بحيث يؤدي صدوره من غيره دون ان يسمح القانون بذلك الى بطلانه، مع ملاحظة انه اذا تخلى القانون عن تنظيم اختصاص إداري معين بان لم يعهد بأمر مباشرته لجهة إدارية معينة او موظف معين ، فإن القضاء مستقر على ان الجهة التي تختص بذلك هي الجهة أو الموظف الذي يباشر اعمالاً من هذا الاختصاص او يتفق مع طبيعة واجبات وظيفته<sup>2</sup>

وفي هذا الإطار الغت الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى القرار الصادر عن مدير التربية لولاية الجزائر والذي تضمن توقيع عقوبة التوبيخ لأنه يمثل اعتداءً على سلطة اعلى وهي وزير التربية الوطنية<sup>3</sup>

كما اصدر مجلس الدولة قرار يعتبر ان القرار الإداري الصادر من جهة غير مختصة بانه قرار منعدم<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة ، الجزائر، 1999، ص 69.

<sup>2</sup> - رمضان محمد بطيخ، مرجع السابق، ص 56.

<sup>3</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 42917 الصادر بتاريخ 15/06/1985، العدد 04، قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، 1989، ص 343 وما بعدها .

<sup>4</sup> - قرار مجلس الدولة الجزائر رقم 169417 الصادر بتاريخ 17/07/1998، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 83.

### 2 - بالنسبة ركن الشكل والإجراءات

المقصود بركن الشكل والإجراءات هو مجموعة الشكليات والإجراءات التي تكون القالب أو الإطار الخارجي الذي يظهر ويبرز إرادة السلطة الإدارية في اتخاذ وإصدار قرار اداري معين في مظهر خارجي معلوم حتى ينتج اثاره القانونية ويحتج به إزاء المخاطبين به<sup>1</sup> وعليه تتقيد سلطة الادارة باحترام الاشكال والإجراءات الجوهرية التي يحددها القانون التي تحمي مصالح الافراد وحقوقهم، حتى لا يلحق البطلان بقراراتها نتيجة لعيب الشكل. بينما تتمتع الإدارة بسلطة غير مقيدة في الإفصاح عن ارادتها بإفراغ قراراتها في صيغة معينة، فالسلطة الإدارية تتمتع بحرية تقدير لإفراغ القرار في الشكل الذي تراه مناسباً، ما لم يحتم القانون ضرورة إتباع شكل خاص بالنسبة لقرار معين<sup>2</sup>

وبالرغم من أهمية الشكل والإجراءات كضمانة للأفراد ولتحقيق المصلحة العامة، مما يستوجب ان يكون من شأن مخالفة عنصر الشكل بطلان القرار الإداري الصادر على خلافه دون الحاجة الى نص صريح يقرر هذا الجزاء، وهو يعني عدم تمتع الإدارة بأية سلطة تقديرية في اتباع الشكل او عدم اتباعه، وفي هذا الصدد يرى الدكتور " سامي جمال الدين" انه لا يمكن التفرقة بصدور ركن الشكل الذي يتدخل القانون في تحديده بين الشكليات المقررة للمصلحة العامة والشكليات المقررة لمصلحة الإدارة وتلك المقررة لمصلحة الأفراد<sup>3</sup>

### ثانيا : الحدود الداخلية للسلطة التقديرية

تشمل الحدود الداخلية للسلطة التقديرية الأركان الآتية: ركن السبب، المحل، والغاية.

#### 1- بالنسبة لركن السبب:

المعنى العام للسبب كركن من اركان القرارات الإدارية هو الفكرة او الامر او الواقعة الخارجية التي تقوم بعيدا ومستقلة عن ذهنية وعقلية وإرادة الشخص السلطة الإدارية، وتحركه وتدفعه الى اتخاذ قرار اداري معين لمجابهة هذا الامر او هذه الواقعة<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، بدون سنة نشر، ص 508.

<sup>2</sup> - نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص 215.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996، ص 672.

<sup>4</sup> - عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 66.

وبالتالي فإذا حدد المشرع أسبابا معينة لإصدار القرار فإن الإدارة تكون مقيدة بضرورة مراعاة هذه الأسباب و اتخاذ قرار مستند إليها، اما اذا لم يحدد القانون السبب او الأسباب التي بناءا عليها يصدر القرار، او ان يحدد هذه الأسباب دون تعيين نوعية القرار الذي يصدر استنادا اليها، فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في هذه الحالة ، كما هو الشأن فيما يتعلق بواجب الإدارة في المحافظة على النظام العام عند حدوث اخلال به. وعند استعمال الإدارة لسلطتها في التقدير، فانه لا يكفي ان يكون السبب الذي استندت اليه لإصدار قرارها موجودا، بل ان يكون صحيحا من الناحية القانونية ومبررا لإتخاذ القرار الإداري<sup>1</sup>

ومنه فإن الإدارة العامة لا تتمتع بصفة عامة بسلطة تقديرية فيما يتعلق بصحة الوقائع التي يقوم عليها سبب القرار الإداري أو في التكييف القانوني لتلك الوقائع، با اختصاصها مقيد بشأنها، ولكنها تتمتع بسلطة تقديرية فيما يتعلق بتقدير النتائج التي قد تترتب على تلك الوقائع ، وما اذا كانت تلك النتائج تتطلب اصدار قرار اداري بشأنها أم لا، طالما ان القانون لم يقيدها في هذا الشأن، وهي سلطة تقديرية تخضع لرقابة القاضي الإداري ضمانا لعدم التعسف في استخدامها.<sup>2</sup>

### 2 - بالنسبة لركن المحل

ركن المحل في القرارات الإدارية هو الأثر القانوني المباشر والحال المترتب عن صدور القرار الإداري، ويؤدي الى احداث تغيير فالهيكل القانوني السائد ، وذلك عن طريق انشاء مركز قانوني جديد او تعديل او الغاء مركز قانوني كان قائما وموجود<sup>3</sup>.

فبعد ان تتحقق الإدارة من قيام الحالة الواقعية أو القانونية التي تبرر تدخلها وبعد تكييفها التكييف القانوني الصحيح، وتقدر الأهمية والخطورة الناجمة عنها ، تواجه اتخاذ قرار معين وهنا يكمن الاختصاص التقديري للإدارة، في أن تتدخل اذا تحققت أسباب معينة، وان تقوم بتصرف معين، فإن مجرد تحقق الأسباب تجيز تدخل الإدارة لا يلزمها بالتدخل، فإذا ارتكب موظف خطأ تأديبيا ، فإن الإدارة قد تصرف النظر عن هذا الخطأ، وعدم اصدار قرار

<sup>1</sup> - زين العابدين بركات، مرجع سابق، ص 561.

<sup>2</sup> - خالد سمارة الزعبي، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 1999، ص 88.

<sup>3</sup> - عمار عوايدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، مرجع السابق، ص 76.

إداري بتوقيع عقوبة على الموظف المخطئ<sup>1</sup> وكذا تبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، فإذا لم يفرض المشرع على الإدارة أن تتدخل خلال فترة معينة، فإنها حرة في اختيار وفي التدخل، حتى ولو كانت ملزمة أصلاً بإصدار القرار أو إصداره على نحو معين، لأن الوقت المناسب لإصدار القرار لا يمكن تحديده مقدماً في بعض الحالات وثم فإن المشرع كثيراً ما يترك تحديده للإدارة لترخيص في اختياره على ضوء خبرتها، إذا لم يمل المشرع مقدماً نوع القرار الذي يجب اتخاذه، فإن الإدارة تكون حرة في أن تضمن قرارها الأثر الذي تريده، بشرط أن يكون هذا الأثر ممكناً وجائزاً قانوناً.

وبهذا فالإدارة تتمتع فيما يخص ركن المحل باختصاص تقديري في ثلاث مسائل، وهي حرية الإدارة في أن تتدخل أولاً تتدخل في إصدار قرار في موضوع ما، ثم حريتها في اختيار وقت التدخل وأخيراً حريتها في اختيار فحوى القرار، بشرط أن يكون موضوع القرار ممكناً عملاً، وجائزاً قانوناً وبشرط أن لا يكون القانون قد ألزمها مقدماً بنوع القرار وفحواه<sup>2</sup>

### 3 - بالنسبة لركن الغاية

يعرف ركن الهدف في القرارات الإدارية بأنه "الأثر البعيد والنهائي و غير المباشر الذي يستهدفه متخذ القرار الإداري في قراره"<sup>3</sup> وقد استقر الفقه والقضاء في مجمله على أنه : "أياً ما كان مدى السلطة التقديرية التي يعترف القانون بها للإدارة في نطاق معين، فإن أمراً واحداً لا يمكن أن يكون محلاً للسلطة التقديرية وهو ركن الغاية". وبالتالي فسلطة الإدارة بالنسبة للهدف هي دائماً سلطة مقيدة ولا يمكن أبداً أن تكون سلطة تقديرية تخرج عن رقابة القضاء<sup>4</sup>

فإذا استهدفت الإدارة تحقيق غاية تتعد عن المصلحة العامة وتجنبها من وراء إصدار قرارها، فإن هذا القرار يكون مشوباً بعيب إساءة استعمال السلطة والانحراف بها وقابلاً للإلغاء عند الطعن فيه أمام القضاء الإداري وفي بعض الأحيان يحدد المشرع هدفاً خاصاً للقرار

<sup>1</sup> سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة ، 1966، ص 63.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 65.

<sup>3</sup> - عمار عوايدي ، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، مرجع سابق، ص 77.

<sup>4</sup> - سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 104.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الإداري، يتعين على الإدارة الالتزام بهذا ويهدف عند إصدارها لقرارها ، وذلك لان عدم توجيهها للهدف المحدد يجعل القرار معيبا بإساءة استعمال السلطة ، وحتى وان تذرعت باستهداف المصلحة العامة<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة:

من المسلم به ان القضاء هو أكثر أجهزة الدولة التي لها القدرة على اخضاع أعمال الإدارة للرقابة وذلك لكونه سلطة محايدة ومستقلة عن الإدارة العامة ويهدف بذلك الى تحقيق المصلحة العامة، وإصلاح نشاط الإدارة بما يتوافق مع مبدأ سيادة القانون.

هذا وسيتم توضيح مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة في الفرع الأول، ونظامها القانوني في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

سننطلق في هذا الفرع الى تحديد الى تعريف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، ثم نقوم بتحديد خصائصها التي تميزها عن باقي أنواع الرقابة.

### أولا : تعريف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

عرف العديد من الفقهاء هذه الرقابة القضائية ومن بين أهم التعريفات تعريف الدكتور سامي جمال الدين: "تعد الرقابة القضائية هي الضمان الفعلي للأفراد في مواجهة تجاوز الإدارة حدود وظيفتها، وتعسفها في استخدام سلطتها وخروجها عن حدود مبدأ المشروعية"<sup>2</sup>.

أما الأستاذ "عمور سيلامي" فيعرفها: "بأنها رقابة قانونية تباشرها الهيئات القضائية على اختلاف أنواعها، ودرجاتها بهدف ضمان احترام مبدأ المشروعية، وخضوع الإدارة للقانون عن طريق مختلف الدعاوى والدفع القانونية المرفوعة من قبل الأشخاص ذوي المصلحة والصفة ضد اعمال السلطات الإدارية غير المشروعة، من اجل الغائها أو جبر ما ترتب عنها من اضرار"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - زين العابدين بركات ، مرجع سابق، ص 562.

<sup>2</sup> - سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص 230.

<sup>3</sup> - قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار، قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، السنة الجامعية 2006-2007، ص 5.

وعرفها الدكتور " راغب ماجد حلو " أيضا بانها: " هي الرقابة التي تتولاها المحاكم على أعمال الإدارة ... وقد تتولاها المحاكم العادية، فتختص بالفصل في كافة أنواع المنازعات الإدارية منها وغير الإدارية، وهذا هو نظام القضاء الموحد، وقد يعهد بالرقابة على أعمال الإدارة إلى قضاء يقوم بالفصل في المنازعات الجنائية، المدنية، التجارية ، ومنازعات الأحوال الشخصية، وهذا ما يعرف بنظام القضاء المزدوج"<sup>1</sup>.

ومنه فإن الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة تختص بها المحاكم ذات الطابع الإداري بعد استحداث نظام الازدواجية القضائية سواء كانت المحاكم الإدارية و مجلس الدولة، أو عن طريق وسائل قانونية مدعمة لها، والرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة لا تنصب على السلطة التقديرية ذاتها، وإلا ترتب على ذلك تحول لحرية التقدير من الإدارة الى القاضي، وإنما تتناول تعيين حدودها وظروف استعمالها، فالقضاء لا يتعرض للتقدير في ذاته، ولكن للظروف التي أحاطت به، فإذا ما تبين له أن تلك الظروف لا يمكن معها اجراء تقدير سليم تكون الإدارة قد خرجت عن التزام قانوني<sup>2</sup>.

### ثانيا: خصائص الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة

للرقابة القضائية العديد من الخصائص يمكن اجمالها في النقاط التالية:

**الخاصية الأولى:** أن الجهة القضائية المكلفة بالرقابة على أعمال الإدارة قد اكتسبت الاختصاص بناء على نصوص دستورية او قانونية.

**الخاصية الثانية:** لا تتحرك الرقابة القضائية من تلقاء نفسها، وإنما برفع دعوى قضائية من طرف ذوي الصفة او المصلحة.

**الخاصية الثالثة:** الرقابة القضائية لما لها من قواعد وإجراءات منصوص عليها في القانون لكفالة حق الخصوم في الدفاع عن أنفسهم من جهة، ولضمان الموضوعية والاختصاص في الفصل في الدعاوى من جهة أخرى.

**الخاصية الرابعة:** الرقابة القضائية هي رقابة المشروعية، حيث لا يملك القاضي سوى الحكم بمشروعية التصرف او بطلانه، بالإضافة الى التعويض عن الاضرار الناجمة عنه.

<sup>1</sup> - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 60.

<sup>2</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 83-84.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الخاصية الخامسة: تكون الأحكام الصادرة من طرف القضاء لها قوة الشيء المقضي فيه، وما يترتب من ذلك عن وجوب تنفيذها<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: النظام القانوني للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

ان تعسف الإدارة في استعمال سلطتها من شأنه أن يمس بمفهوم دولة القانون، وفي هذا الصدد نجد أن القضاء الإداري قد مارس نظاما قانونيا معين للرقابة على سلطة الإدارة التقديرية، ونجسد هذا من خلال إنتهاج القضاء لمجموعة من الأساليب والإستعان بالوسائل المناسبة لمواجهة هذا التعسف.

وهذا ما سنتناوله في ما يأتي:

### أولا : أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

نظرا لتزايد مظاهر السلطة التقديرية للإدارة، إبتكر القضاء الإداري بعض الأساليب للحد من هذه السلطة، وهذا ما سنبينه من خلال دراسة رقابة الغلط البين في التقدير، الرقابة على تناسب القرار الإداري، والموازنة بين المنافع والأضرار.

#### 1 - رقابة الغلط البين في التقدير:

##### أ- تعريف الغلط البين:

يعرف الفقه الغلط البين بأنه: " العيب الذي يشوب تكييف الإدارة وتقديرها للوقائع المتخذة كسبب للقرار الإداري ويبدو جسيما على نحو يتعارض مع الفكرة السليمة، وتتجاوز به الإدارة حدود المعقول في الحكم الذي تحمله على الوقائع، ويكون سببا لإلغاء قرارها المشوب بهذا العيب "<sup>2</sup>.

وقد إتسع مفهوم الحد الأدنى للرقابة القضائية على أعمال الإدارة ليضيف إلى عناصر رقابة الحد الأدنى عنصرا جديدا هو غلط في التقدير لما يعني أن الرقابة على تقدير الوقائع لا تمثل أقصى صور التطور في الرقابة على الوقائع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - قروف جمال ، مرجع سابق، ص06.

<sup>2</sup> - لطفائي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية، ومدى خضوعها للرقابة القضائية مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر، تلمسان، دفعة 2015-2016، ص138-139.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص139.

### ب - معيار الغلط البين في التقدير وإثباته:

يجب الإشارة بداية، أن وضع معيار للغلط البين، لا يقصد به أن للغلط البين معيارا محددًا أو ثابتًا يمكن بمقتضاه الوقوف على تحقق أو تخلف الغلط البين في جميع الحالات وإنما يقصد به الاستدلال على قيام الغلط البين بمعنى التحقق منه يخضع للتقدير موضوعي وبالرجوع الى احكام مجلس الدولة الفرنسي يتبين لنا انه قد إعتنق معيارا في تقدير الغلط البين ولا يعتمد على حسن نية الإدارة او سوء نيتها من ناحية ولا يكون أمر متروكا لتقدير القاضي من ناحية أخرى، إنما هو معيار يقوم على عناصر موضوعية تكشف عن الخلل في التقدير.

حيث يحكم بالإلغاء في كل حالة يشوب تقدير الإدارة فيها، غلط يفسد هذا التقدير أو يتجاوز حدود المعقول والعكس صحيح. وهو ذات المعيار الذي أخذ به مجلس الدولة المصري في أحداث احكامه في 1994/12/03 في مجال الرقابة على المسائل الفنية والعلمية، أما القضاء الجزائري فقد تبنى معيار الجسامة أيضا مثل نظيره القضاء المصري<sup>1</sup>.

أما فيما يتعلق في إثبات الغلط البين وتقدير وبعد استقراء القضاء الإداري المقارن يلاحظ ان الغلط البين لا يعتبر من العيوب المتعلقة بالنظام العام، وهذا يعني ان القاضي لا يلتزم بإثارته من تلقاء نفسه، بل يقع عبئ إثباته على المدعي<sup>2</sup>.

وعلى ذلك يمكن القول أن مذهب إثبات القانون الإداري هو مذهب إثبات الحر المطلق، وهذا ما أضفى على الإجراءات الإدارية الطابع الإيجابي التحقيقي<sup>3</sup>.

### ج - تطبيقات نظرية الغلط البين في القضاء الجزائري:

نجد تطبيق هذه النظرية في العديد من المجالات من طرف القضاء الإداري الجزائري، ولعل أبرز مجال جسدت فيه هذه النظرية هو المجال التأديبي، إذ أصبح يخضع الإدارة الى حد الأدنى من الرقابة على الغلط الواضح في التقدير المعروفة كذلك باسم الرقابة الضيقة. وفي هذا الصدد ترى المستشارة " فريدة ابركان " أن هذا العيب صمام أمن بالنسبة للحالات التي تتعسف الإدارة فيها صراحة بسلطتها التقديرية، إذ أن الإدارة ملزمة بانتهاج طريق

<sup>1</sup> - زكي محمود النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص45، 49.

<sup>2</sup> - وزارة العدل، " صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية الغرفة الإدارية للمحكمة العليا"، نشرة القضاء، العدد54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999، ص178-179.

<sup>3</sup> - لظاوي محمد عبد الباسط، مرجع سابق، ص117.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

السلوك المعقول بحيث انها إذا ما ارتكبت غلطا واضحا بتجاوز " حدود المعقول في حكمها المنصب على عناصر الملائمة فإن القاضي يقوم برقابة هذا التقدير".<sup>1</sup>

ويمكن الوصول إلى الغلط الواضح في التقدير حسب المستشار "فريدة ابركان" بالإجابة على التساؤل الآتي: ألا يعد الجزاء المسلط على الموظف مبالغا فيه؟

"إن الإدارة تتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية بخصوص اختيار الجزاء، غير أن القاضي يمارس رقابة دائمة عندما يتوصل إلى وجود خطأ واضح ناجم عن تعسف الإدارة في حرية التصرف الممنوحة لها وعن تجاوزها حدود المعقول في الحكم الذي تبنته بخصوص عناصر الملائمة".<sup>2</sup>

### 2 - رقابة التناسب:

سوف نتطرق لهذه الرقابة من خلال تعريف مبدأ التناسب وتطبيقاته في القضاء الجزائري.

#### أ - تعريف مبدأ التناسب:

مبدأ التناسب هو مبدأ عام في القانون، يقضي بعدم مشروعية قرار التأديبي إذا كان محل القرار الموقع " لا يتناسب مع سببه " المخالفة المرتكبة.<sup>3</sup>

واعتبر البعض أن التناسب هو التعبير عن علاقة منطقية بين الوسيلة والغاية فالقضاء بعدم التناسب بين الجزاء التأديبي والمخالفة التأديبية، إنما يرتبط بعيب الغاية، وأنه لا يعد الا إساءة في استعمال السلطة أو انحراف بها ولا يمكن اعتباره عيب مخالفة قانون لأن القرار صادر في نطاق السلطة التقديرية وليس في إطار اختصاص مقيد.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>- فريدة ابركان، مرجع سابق، ص39.

<sup>2</sup>- المرجع نفسه، ص40.

<sup>3</sup>- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، بدون دار النشر، سنة 1978، ص696.

<sup>4</sup>- قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، رسالة دكتوراه، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقائد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص113.

### ب - تطبيقات مبدأ التناسب في القضاء الجزائري:

إن مبدأ التناسب وإن كان لم يستقر بعد في القضاء الإداري إلا أن هذا الأخير أخذ ببعض أحكام ومبادئ نظرية التناسب في مجال القرارات التأديبية أسوة بالقضاء الفرنسي والمصري، فراقب مجلس الدولة الجزائري تناسب الجزاءات التأديبية مع الوقائع<sup>1</sup>.

ومن القرارات الحديثة في هذا المجال، نجد قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1999/06/26 الذي أقر وطبق مبدأ التناسب في مجال القرارات التأديبية، ومما جاء في حيثيات القرار: " حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توسع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية، تتمثل في تسليط عليه شهرين حبس نافذ وغرامة قدرها 2000 دج.

حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم، وإن كان شغل منصب مقتصد مما يفترض معه أن يكون هذا الفضاء سليماً من كل السلوكيات الأخلاقية غير السوية التي تلوث عالم البراءة.

حيث إن العقوبات المسلطة على المستأنف تتنافى مع الواجبات المفروضة، ذلك أن الفعل الذي ادين به المستأنف جزائياً، وهو من الأفعال التي تمس بشرف الوظيفة فعلاً، فضلاً عن كونها تدل على الإخلال بالسلوك القويم الواجب التحلي به من طرف الموظف العمومي<sup>2</sup>.

ما يمكن إستنتاجه من خلال إستقراء هذا القرار، أن القاضي الإداري قد قام من التحقق من صحة الوصف المعطى للخطأ التأديبي وكذلك الدرجة التي يدخل فيها، وكذا من حيث تناسب درجة العقوبة مع درجة الخطأ المرتكب.

### 3 - رقابة الموازنة بين المزايا والأضرار:

سوف نتطرق لهذه الرقابة من خلال تعريف مبدأ الموازنة بين المزايا والأضرار وتطبيقاته في القضاء الجزائري.

#### أ - تعريف مبدأ الموازنة بين المزايا والأضرار:

يعتبر هذا المبدأ بكل تأكيد خطوة متقدمة وهامة في اتساع الرقابة القضائية على السلطة التقديرية ويعود الفضل لمجلس الدولة الفرنسي في إرساء أسس هذا المبدأ، إذ قرر هذا الأخير أنه لا يمكن تقرير المنفعة العامة لعملية ما، إلا إذا كان ما تتضمنه من إعتداء على

<sup>1</sup> - فريدة ابركان مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 183.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الملكية الفردية والتكلفة المالية والمساوى الاجتماعية المحتملة التي تتضمنها، ليست باهضة بالنسبة الى المنفعة التي تمثلها<sup>1</sup>.

### ب - تطبيقات مبدأ الموازنة في القضاء الجزائري:

نجد أن القضاء الإداري الجزائري أخذ ببعض أحكام هذه النظرية وطبقها في مجال قرارات نزع الملكية لصالح المنفعة العامة، الا أن هذا التطبيق يختلف عن تطبيقات القضاء الإداري السابق، ذلك لأنه أعمل في هذا المجال بعض أحكام نظرية الغلط البين في التقدير. وهذا ما تؤكد فريدة ابركان بقولها: " يمكننا التفرقة بين الإجتهد القضائي الواضح في التقدير وبين نظرية الحصيلة، نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار، المطبقة في نزع الملكية لأجل المنفعة العامة"<sup>2</sup>.

ومن تطبيقات هذه النظرية في القضاء الإداري الجزائري ما قرره الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر في 1991/01/13 حيث أنه يستخلص من تقرير الخبير أن العملية المسطرة لا تستجيب لأية حاجة من حاجيات المنفعة العمومية وإنما هي في صالح عائلة واحدة المتوفرة من قبل على الطريق.

حيث أن الهدف المتوخى من هذه العملية أي اتساع حاجة ذات طابع عام لا يبرر المساس بملكية الطاعن، من هذا قضت المحكمة العليا إلغاء قرار نزع الملكية لأنه مشوب بـغلط فادح<sup>3</sup>.

### ثانيا: أدوات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.

الأصل أن تكون الاعمال الإدارية خاضعة للقانون، تتسم بالمشروعية، الا أنه يحتمل أن تتصرف الإدارة على نقيض هذه القواعد مما قد يحدث مساس بحريات الأفراد، وبالتالي يصبح ضروريا البحث عن وسائل لحماية هاته الحريات من تعسف الإدارة، ولعل أبرز هذه الوسائل نجد الدعاوي الإدارية التي تعتبر اهم وسيلة تجسد رقابة القضاء على السلطة التقديرية للإدارة، وتتمحور في دعاوي الإلغاء والتعويض."

<sup>1</sup> – Martine Lombard, droit administratif, dalloz, 2edition, paris, 1998, p424.

<sup>2</sup> – فريدة ابركان، مرجع سابق، ص 41.

<sup>3</sup> – المرجع نفسه، ص 42.

### الوسيلة الأولى: الطعن بالإلغاء:

إستنادا على المادة 143 من الدستور التي تنص على: " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية"<sup>1</sup>، فإن القانون الجزائري يسمح بالطعن بإلغاء القرارات الإدارية الصادرة عن مختلف السلطات الإدارية أمام الهيئات القضائية الإدارية المتمثلة في المحاكم الإدارية ومجلس الدولة<sup>2</sup>.

ومن خلال هذا يمكن القول ان دعوى الإلغاء تعتبر من أهم الأدوات الرقابية على أعمال الإدارة، فمن خلالها يبحث القاضي عن مدى توافر القرار الإداري على أركانه ويفحص مدى مشروعيته، فإذا اتضح وجود أي عيب في أحد اركان القرار فكان لازما على القاضي الحكم بالإلغاء، وتجدر الإشارة أيضا ان أسباب الغاء القرار الإداري الصادر بناء على سلطة تقديرية للإدارة هي نفس الأسباب التي تؤدي إلى الغاء القرارات الصادرة بناء على اختصاص مقيد ، والتي تصيب أحد اركانه مما يجعل القرار غير مشروع<sup>3</sup>.

### 1- الأركان المتعلقة بالصحة الخارجية للقرار الإداري:

تتمثل هذه الأركان في عيب عدم الإختصاص، وعيب الشكل والإجراءات:

#### أ- عيب عدم الإختصاص:

يقوم القاضي الإداري بإلغاء القرار الإداري المطعون فيه، إذا ما توصل إلى أن ركن الإختصاص فيه تعثره عيوب. ويمكن تعريف عدم الإختصاص، كأحد العيوب التي تصيب القرارات الإدارية بأنه: " عدم القدرة على مباشرة عمل معين جعله القانون من سلطة هيئة أو فرد آخر"<sup>4</sup>.

وفي الواقع يأخذ عيب عدم الإختصاص شكلين رئيسيين هما: عدم الإختصاص الجسيم، عدم الإختصاص البسيط.

<sup>1</sup> مرسوم رئاسي رقم 96-138 مؤرخ في 26 رجب عام 1417، الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في: 8 ديسمبر 1996، ص28.

<sup>2</sup> محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005، ص126.

<sup>3</sup> نويري سامية، مرجع سابق، ص118، 119.

<sup>4</sup> محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص164.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

- **عدم الاختصاص الجسيم:** يتحقق عيب عدم الإختصاص الجسيم ويقوم عندما تتعدي سلطة عامة إدارية على إختصاصات سلطة عامة قضائية أو تشريعية أو سياسية، او حالات إعتداء كل من السلطات السياسية والتشريعية والقضائية على أعمال اختصاصات السلطة الإدارية، وهذا العيب الجسيم بهذه الصورة يشكل ما يعرف إصطلاحا بعيب إغتصاب السلطة والوظائف، وعيب عدم الاختصاص بهذه الصورة لا يؤدي الى إلغاء القرارات الإدارية وإنما يؤدي إلى انعدامها أي الى فقدانها كل من الطبيعة القانونية والطبيعة الإدارية وتتحول الى محور اعمال مادية<sup>1</sup>.

- **عدم الاختصاص البسيط:** وهو حالات عدم إحترام قواعد الإختصاص بالقرارات الإدارية بين السلطات والأشخاص والأجهزة الإدارية فيما بينها وداخل النظام الإداري للدولة، كأن تعدي السلطات المركزية على اختصاصات بعضها البعض، وأن تعدي السلطات المركزية على إختصاصات الهيئات والسلطات الإدارية اللامركزية، وكذا العكس.

وعيب عدم الإختصاص البسيط هو الذي يشكل حالة وسببا من حالات وأسباب الحكم بالإلغاء في دعوى الإلغاء كما أنه قد يشكل ويكون سببا من أسباب الحكم بالتعويض في دعوى التعويض والمسؤولية الإدارية<sup>2</sup>.

### ب- عيب الشكل والاجراءات:

المقصود بعنصر الشكل المظهر الخارجي الذي تصبغه الإدارة على القرار للإفصاح عن إرادتها والإجراءات التي تتبعها في إصداره، وعليه فإن صدور القرار الإداري دون إلتزام الإدارة للشكليات التي ينص عليها القانون أو دون اتباع الاجراءات المقررة قانونا أو مخالفا لها، يعيب القرار بعيب الشكل ويجعله قابلا للإلغاء لعدم المشروعية.

والإجراءات الشكلية ليست مجرد روتين أو عقبات أو عمليات إجرائية لا قيمة لها، وإنما هي في حقيقتها ضمانات للإدارة، بمنعها من التسرع وتهديد ضمانات الأفراد وحياتهم

<sup>1</sup> - عمار عوايدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص 505.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 504، 505.

باتخاذ قرارات غير مدروسة ، وحملها على التروفي في ذلك ووزن الملابس والظروف المحيطة بموضوع القرار تحقيقا للمصلحة العامة<sup>1</sup>.

أما بالنسبة لمخافة الإجراءات ، قد يفرض المشرع على الإدارة قبل اصدار قرار معين اصدار استشارة فرد معين او هيئة معينة لابد عليها ان تتبعها في اصدار القرار الإداري لأنه في مخالفتها تؤدي إلى بطلان القرار الإداري، كشرط التسبب وبعض القرارات مثل قرارات التأديب شرط اتباع هيئة معينة في انشاء القرار الإداري وشرط إجراء بعض التحقيقات السابقة على اصدار القرار.

فقد يشترط القانون تسبب بعض القرارات الإدارية، وحينئذ يصبح هذا الاجراء شكلا أساسيا في القرارات يترتب على اهماله بطلانه، أما إذا لم يلزم المشرع الإدارة بذلك فليس عليها حرج.

أما بالنسبة لمخالفة الشكل فقد يطبق هذا الوصف ويجري حكمه كلما افصحت الإدارة انشاء قيامها بوظائفها من ارادتها الملزمة بقصد احداث أثر قانوني فإن المشرع قد يشترط أحيانا بل في الكثير الغالب أن يصدر القرار كتابة، ويكون هذا الشكل مفروضا ضمنا كلما تطلب القانون نشر القرار، وفي هذه الحالة يجب ان يحمل القرار تاريخ صدوره، وتوقيع مصدره<sup>2</sup>.

### 2 - الأركان المتعلقة بالصحة الداخلية للقرار الإداري:

تتمثل هذه الأركان في السبب ومخالفة القانون وعيب الانحراف بالسلطة.

#### الركن الأول: عيب السبب:

يتمثل سبب القرار الإداري إما في حالة واقعية او قانونية تكون سابقة على اتخاذ القرار ودافعة لرجل الإدارة المختص لأن يتدخل، الأمر الذي يضيف على ركن السبب الطابع الموضوعي objectif، خلاف لركن الغاية الذي يكتسي الطابع الذاتي subjectif<sup>3</sup> ويأخذ عيب السبب(انعدام السبب) الذي يشكل وجها لإلغاء القرارات الإدارية العديد من الصور، قدمها القضاء والفقهاء الإداري تخص انعدام الوجود المادي للوقائع، ويفحص ركن السبب في القرار المطعون فيه أمامه ، يقوم القاضي الإداري بالتأكد من صحة الوجود الفعلي

<sup>1</sup> سامي جمال الدين، الدعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعاوى الإلغاء، منشأة الناشر

المعارف ، الإسكندرية، 1991، ص243

<sup>2</sup> - لطفائي عبد الباسط، مرجع سابق، ص96، 98.

<sup>3</sup> - محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، ص64.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

للحالة ( القانونية، والمادية التي بني عليها القرار، أما الخطأ في التكيف القانوني للواقعة لا تتوقف رقابة القاضي الإداري عند التأكد من الوجود الفعلي للواقعة أو الحالة التي يقوم عليها القرار المطعون فيه وإنما تتعدى ذلك رقابة مدى صحة الوصف والتكيف القانوني لها.

أما رقابة الملائمة فالفاعلة أن رقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة وقراراتها تقف عند المستويين السابقين ( أي رقابة مادية الوقائع، وتكييفها القانوني) حيث أنه لا يتدخل في تقدير أهمية الوقائع وتناسبها مع مضمون القرار، إذ يعود ذلك أصلاً للسلطة التقديرية للإدارة. مع ذلك فإن القضاء الإداري (الفرنسي والمصري) وسع من رقابته ليطال جوانب الملائمة<sup>1</sup>.

### الركن الثاني: عيب مخالفة القانون:

عيب مخالفة القانون هو العيب الذي يلحق بعنصر أو ركن المحل في القرار الإداري لمخالفته القواعد القانونية الموضوعية، إذ يشترط لصحة أو مشروعية القرار أن يكون محاه، أي مضمون الأثر القانوني الذي أحدثه القرار حالاً ومباشراً بمجرد صدوره وترتب عليه، وصوره قد تكون مخالفة مباشرة للقانون أو الخطأ في تفسير القانون أو الخطأ في تطبيق القانون<sup>2</sup>.

تشكل السلطة التنفيذية المجال الأصيل لعيب مخالفة القانون، إذ تملك هذه الأخيرة حرية التصرف بأن تتدخل أو تمتنع عن التدخل، كما تملك حرية إختيار وقت التدخل، والذي يعتبر من أبرز عناصر السلطة التقديرية للإدارة، هذا بالإضافة الى حرية الإدارة في إختيار فحوى أو موضوع القرار<sup>3</sup>.

### الركن الثالث: عيب الانحراف بالسلطة:

– يقصد بها استخدام الإدارة لسلطتها من أجل تحقيق غاية غير مشروعة، سواء باستهداف غاية بعيدة عن المصلحة العامة أو بابتغاء هدف مغاير للهدف الذي حددها لها القانون حتى وان كان يصب بالمصلحة العامة<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلی، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق ص 161، 162.

<sup>2</sup> - مباركي إبراهيم، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018، ص370.

<sup>3</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 127.

<sup>4</sup> - مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص332.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

وينشأ عن العيب الذي يصيب ركن الغاية في القرار الإداري (الإنحراف بالسلطة البطلان والالغاء سواء كان إداريا أو قضائيا).

كذلك كما يترتب على ذلك أيضا توقيع العقوبات الملائمة على الشخص مصدر القرار وذلك احتراماً للمادة 22 من الدستور التي تنص علي: " يعاقب القانون عن التعسف في استعمال السلطة"<sup>1</sup>.

### الوسيلة الثانية: الطعن بالتعويض:

دعوى التعويض هي الدعوى القضائية الذاتية التي يحركها ويرفعها ذوي الصفة والمصلحة أمام الجهات القضائية المختصة وطبقاً للشكليات والإجراءات المقررة قانوناً للمطالبة بالتعويض الكامل والعاقل واللازم لإصلاح الأضرار التي أصابت حقوقهم بفعل النشاط الإداري الضار، وتمتاز دعوى التعويض أنها من دعاوى قضاء الحقوق، وأن التعويض هو جزاء المسؤولية، أي الحكم والأثر الذي يترتب عليه هو التزام المسؤول بتعويض المضرور لجبر الضرر الذي أصابه<sup>2</sup>.

وإن دعوى التعويض تقوم على أساسين هما على أساس الخطأ وعلى أساس المسؤولية الإدارية دون خطأ:

### أ- المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ:

إن كانت المسؤولية الإدارية القضائية تشترك مع المسؤولية المدنية في قيامها على ثلاث أركان أساسية ألا وهي: الخطأ، ثانياً الضرر، ثالثاً العلاقة السببية، إلا أننا سنسلط الضوء على ركن الخطأ فقط، نظراً لسلطته الوثيقة بموضوع السلطة التقديرية للإدارة<sup>3</sup>.  
ولجبر الأضرار الناجمة عن أعمال الإدارة العامة، يمكن تصور ثلاثة حلول:

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، مرجع سابق، ص 84.

<sup>2</sup> - لحوارش ياسين، زغلامي رمزي، دعوى القضاء الكامل ( دعوى التعويض)، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، جامعة 8 ماي 1945، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون عام، قالم، السنة الجامعية 2014-2015، ص 42.

<sup>3</sup> - نويري سامية، مرجع سابق، ص 144.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

**الحل الأول:** وذلك أن يتحمل الموظف شخصياً المسؤولية عن جبر الضرر، تأسيساً على " الخطأ الشخصي"، وهو حل يكفل الأداء الجيد للموظف بكل حرص، رغم ما قد يصيبه من غيب شخصي وهو يقدم الخدمات العامة للجمهور.

**الحل الثاني:** أن تتحمل الإدارة العامة المسؤولية عن القرار، تأسيساً على فكرة " الخطأ المرفقي أو المصلحي" وهو حل من شأنه حماية الموظفين رغم تهاونهم وتقصيرهم في أداء مهامهم في بعض الحالات.

**الحل الثالث:** أن تتوزع المسؤولية بين الموظف العام والإدارة العامة ( المرفق العام) تبعاً لدرجة الخطأ الشخصي أو المرفقي<sup>1</sup>.

إذا كانت العيوب التي تصيب المشروعية هي عيب الشكل وعدم الإختصاص، مخالفة القانون، والانحراف عن السلطة، فإن هناك بعض أوجه عدم المشروعية تولد مسؤولية الإدارة بشكل دائم، وقد اشترط القضاء الإداري لإمكان تحقق هذه المسؤولية أن يكون الخطأ الذي تحتوي عليه فكرة عدم المشروعية له بعض صفات الجسامة.

وتبعاً لمعيار جسامة الخطأ، قرر مجلس الدولة الفرنسي أن عيب الغاية وعيب المحل يولدان دائماً مسؤولية الإدارة<sup>2</sup>.

### ب- المسؤولية الإدارية دون خطأ

المسؤولية الإدارية بدون خطأ كما تدل عليه تسميتها، تقوم في غياب ركن الخطأ فبعدما كانت المسؤولية الإدارية لا تقوم الا في حالة ارتكاب خطأ ينسب الإدارة، وهو ما يعرف بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، أصبحت المسؤولية الإدارية تقوم أيضاً حتى في حالة عدم ارتكاب أي خطأ من جانب الإدارة، وهو ما يرتب مسؤوليتها في تعويض الأفراد جبراً للضرر الذي الحق بهم<sup>3</sup>.

وإن أساس المسؤولية الإدارية غير الخطيئة هي فكرة المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة.

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص204.

<sup>2</sup> محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، مرجع سابق، ص270.

<sup>3</sup> مبروكي عبد الحكيم، المسؤولية الإدارية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر، تخصص القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2013-2014، ص38.

إن موضوع نظرية المخاطر الإدارية كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمال موظفيها تعد في الوقت الحالي من أدق الموضوعات في المسؤولية الإدارية، باعتبارها غير مستقرة وغير واضحة المعالم، تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي وبعض التشريعات الجزائية والضئيلة في نطاق التوفيق بين تحقيق فكرة الصالح العام والظروف والإعتبارات المحيطة به.

والمسؤولية الإدارية بدون خطأ تتحقق وتقوم عندما ينعدم السبب فيها لركن الخطأ وتقوم على ركنين فقط هما ركن الضرر وركن علاقة السببية بين الضرر وعمل الإدارة<sup>1</sup>.

تهتم نظرية المساواة أمام الأعباء العامة أساسا بالضرر، وترتكز على إصلاحه دون أن تهتم بالخطأ أو المخاطر اللذان يعتبران حسب وجهة نظر بعض أنصار النظرية مجرد شروط لقيام المسؤولية وليس أساسا لها فحسب الأستاذ "DELAUBDERE" "فالخطأ يرتكب قبل" فلا يمكن أن ينسب الخطأ في مجال القانون الإداري إلى الإدارة مباشرة أو موظفين مجهولين وتتحمل المسؤولية ذمة مالية أخرى غير ذمة مرتكب الخطأ وهو ما يبين ان الخطأ ليس سوى شرط من شروط قيام المسؤولية وليس أساسا لها.

إن مبدأ المساواة حسب هذا التحليل هو في حقيقتة أساس عام وحيد للمسؤولية الإدارية ويتطلب تحقيقها، فكلما حصل ضرر كلما كان هناك مساس بمبدأ المساواة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 176، 177.

<sup>2</sup> - مبروكي عبد الحكيم، مرجع سابق، ص 52.

## المبحث الثاني

## أعمال السيادة.

إن شأن نظرية أعمال السيادة من شأن معظم نظريات القانون الإداري، فهي من صنع القضاء، فقد كانت وليدة الحاجة ومقتضيات العمل، حيث يكون لبعض الأعمال التي تقوم بها الدولة أهمية خاصة، فإنه من مصلحة الوطن ألا تعرض مثل هذه القضايا على القضاء، كما أنه قد لا يكون من مصلحة الحكومة عرضها على الجمهور.

بدأت فكرة أعمال السيادة في الظهور لأول مرة في فرنسا، إذا كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار المجلس الفرنسي الصادر بتاريخ 01 ماي 1822<sup>1</sup>. ثم تطورت هذه الفكرة الى أن أصبحت تشمل عدة ميادين تحكمها عدة معايير، ويرى الكثير من الفقه أن فكرة أعمال السيادة هي مجرد حيلة ابتدعها القضاء في فرنسا لتجنب التصادم مع السلطة الحاكمة، خاصة في المرحلة التي كاد فيها مجلس الدولة تابعا للملك ومجرد هيئة الإستشارية له<sup>2</sup>.

وبالتالي سنتطرق الى معالجة مفهوم هذه النظرية في المطلب الأول ونطاقها في المطلب الثاني.

## المطلب الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة.

إن نظرية أعمال السيادة تعد خروجاً حقيقياً وعلى نحو صريح على مبدأ المشروعية، وتختلف عن نظرية الظروف الإستثنائية التي تخفف من حدة المبدأ، بعكس أعمال السيادة التي تخرج عن رقابة القضاء كلياً، كما سنرى ما يضيفي خطورة على هذه الأعمال إذا ما لجأت السلطة التنفيذية إليها، فلا يجد الأفراد بذلك أي وسيلة للدفاع عن أنفسهم، لأن القضاء لا يمكنه اطلاقاً التعقيب على هذه الأعمال، وعليه سنتطرق الى تعريف أعمال السيادة وأهم مبرراتها والأساس الذي تقوم عليه وموقف القضاء الجزائري منها فيما يأتي من فروع.

<sup>1</sup> - مقني بن عمار ، بحث متخصص حول " أعمال السيادة كاستثناء عن إختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية جامعة ابن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت، السنة الجامعية 2012-2013، ص4.

<sup>2</sup> - محمد واصل، مقال بعنوان "أعمال السيادة والاختصاص القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول، العدد الثاني، 2006، ص136.

الفرع الأول: تعريف نظرية أعمال السيادة.

سنتناول تعريف أعمال السيادة تعريفاً فقهيًا وقضائيًا.

أولاً: التعريف الفقهي.

لقد تعددت تعاريف الفقهاء لأعمال السيادة، الأمر الذي جعل من الصعب تحديد تعريف جامع متفق عليه لهذه النظرية، إلا أننا حاولنا إيجاد تعريف نظرية أعمال السيادة باعتماد على إمكانية خضوعها للرقابة القضائية من عدمها. فمن ناحية عدم خضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية، فيرى جانب كبير من الفقه على أن أعمال السيادة أو ما يعرف بالأعمال الحكومية: "طائفة من الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية، وتقتل من رقابة القضاء بحيث لا يمكن أن يطعن فيها أمامه لإتصالها بسيادة الدولة الداخلية والخارجية<sup>1</sup>.

ولقد ذهب البعض الآخر من الفقهاء في تعريفهم لنظرية أعمال السيادة وربطها بالدولة وسلطاتها بقولهم أنها: "تلك الأعمال التي تتصل بالسياسة العليا للدولة والإجراءات التي تتخذها الحكومة بمالها من سلطة عليا للمحافظة على سيادة الدولة وكيانها في الداخل والخارج<sup>2</sup>". وهناك من اعتبر أعمال السيادة أنها عمل حكومي فقيل بهذا الشأن بأنها "العمل الحكومي هو العمل الذي تجرّبه السلطة الإدارية في الأحوال الخاصة لا يمكن معها إخضاعه للرقابة القضائية، وهي نظرية من صنع القضاء الذي يبين في أحكامه أسباب وجودها<sup>3</sup>". أما من ناحية إمكانية خضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية، فمن المسلم به أن نظرية أعمال السيادة تعد من الأعمال التي لا تخضع لأي رقابة قضائية أيا كان نوعها، "لكن عدم خضوع هذه الأعمال للرقابة القضائية لا يعني عدم خضوعها للرقابة كلية، بل يمكن للرأي العام والبرلمان في الدول التي تتبنى دساتيرها الفصل بين السلطات رقابة مشروعيتها".

<sup>1</sup> - مريم خدير مرجع سابق، ص 15.

<sup>2</sup> - عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 231.

<sup>3</sup> - عصام نعمة إسماعيل، الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 469.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

بمعنى أن نظرية اعمال السيادة تخضع لنوع خاص من الرقابة وهي رقابة سياسية تخضع من خلالها السلطة التنفيذية عند إصدارها للقرارات التي تتدرج ضمن المجال الموصوف بأعمال السيادة، للرقابة السياسية مجسدة في البرلمان<sup>1</sup>.

ومن خلال ما تم عرضه من مجموع محاولات الفقهاء لوضع تعريف جامع للأعمال السيادة تبين انهم لم يتوصلوا الى مدلول واضح لهذه النظرية، وهذا راجع الى غموض هذه النظرية ومخالفتها لمبدأ المشروعية وسيادة القانون.

### ثانياً: التعريف القضائي

باعتبار ان التشريع لم يحدد تعريفاً واضحاً لنظرية أعمال السيادة وبهذا ترك مجالاً للقضاء في تحديده واستند هذا الأخير في تحديد مفهوم العمل السيادي حسب الظروف التي تحيط به، فالقاضي قد يعتبر عملاً ما من لأعمال السيادة لصدوره في ظروف خاصة، في حين لا يعتبره كذلك في حال صدوره في ظروف أخرى<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن القاضي الإداري الجزائري أشار صراحة الى أن نظرية اعمال الحكومة هي نظرية قضائية محضة، أي من انشاء القضاء، وعبر عن ذلك صراحة في القرار القضائي الصادر في 20 جانفي 1967 الذي اعتبر ان أعمال الحكومة تتمثل في الأعمال التي تقوم بها الحكومة في علاقتها مع البرلمان وكذلك في الأعمال التي تقوم بها في علاقتها مع الخارج<sup>3</sup>.

ووفقاً للأستاذ "عمار بوضياف" فيعود وجود نظرية أعمال السيادة الى اعتبارات موضوعية قد يحتسب بعض الأعمال الإدارية ويخرجها عن رقابة القضاء، بل ويلزم القاضي في التصريح برفع دعوى وعدم التصدي لنوع معين من الأعمال اصطلاحاً على تسميتها أعمال السيادة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مريم خدير، مرجع سابق، ص 17.

<sup>2</sup> - عبد العزيز خليفة، مرجع سابق، ص 231.

<sup>3</sup> - مراد بدران، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص 78، 80.

<sup>4</sup> - عمار بوضياف، المرجع في المنازعة الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 45.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

أعمال السيادة هي قرارات السلطة التنفيذية التي بمقتضاها، وبناء على طابعها السياسي، يخرجها القاضي الإداري من رقابته، وهي تهتم أساسا بمجالين حيويين هما: علاقة السلطة التنفيذية بالسلطات السياسية الأخرى في الدولة، وكذا سير العلاقات الدولية<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني : أساس نظرية اعمال السيادة.

لقد كان أساس الحصانة التي تتمتع بها اعمال السيادة ضد رقابة القضاء محل خلاف بين الفقهاء الفرنسيين، تتبلور في جملة اراء، فقد ذهب بعض الفقهاء ومنهم العلامة "موريس هوريو" الى تبريرها بقوله انها تمثل مظهر من مظاهر السياسة القضائية المرنة الحكيمة لمجلس الدولة، فعلى اثر عودة الملكية في فرنسا سنة 1814 بينت الحكومة النية على إلغاء المجلس المذكور للتخلص من رقابته، فليجأ هذا الأخير الى التصالح مع الحكومة، بأن التنازل عن بعض سلطاته في الرقابة على طائفة من أعمال الحكومة، مقابل الإطمئنان على مصيره وضمان بقائه رقيقا على سائر الأعمال الإدارية وهكذا اتخذ مجلس الدولة من هذه النظرية التي ابتدعها وسيلة للحفاظ على كيانه<sup>2</sup>.

ذهب البعض من الفقهاء كالعلامة " ادوارد لافاريير" الى القول ان السلطة التنفيذية تتولى في الواقع وظيفتين أساسيتين هما الحكم والإدارة، و بناء على ذلك فإن ما تصدره من قرارات أو ما تتخذه من إجراءات قد تقوم بها باعتبارها حكومة، وقد تصدر عنها بوصفها إدارة، والطائفة الأولى من الأعمال يغلب عليها الطابع السياسي ومن ثم تخرج من رقابة القضاء وتخضع لرقابة الهيئات السياسية وهي المجالس النيابية، فالمبادئ العامة للقانون وطبيعة الأشياء تقضي بضرورة التمييز بين العمل الحكومي والعمل الإداري<sup>3</sup>.

قد حاول رأي آخر تبرير أعمال السيادة بالإستناد الى مبررات عملية أساسها الضرورات السياسية والعملية الازمة لتحقيق الدفاع عن سلامة الشعب وحماية كيان الدولة،

<sup>1</sup> - حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالة، السنة الجامعية 2005-2006، ص 30.

<sup>2</sup> - محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 1993، ص 54.

<sup>3</sup> - سلام عبد الحميد محمد زنكة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، رسالة استكمالیه لمنطلقات منح درجة الماجستير في القانون الإداري، قسم القانون، كلية القانون والسياسة، المانيا، 2008، ص 55.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

باعتبار أن القانون وسيلة لذلك وليس غاية في حد ذاته، وبمقتضى ذلك يمكن للسلطة التنفيذية الخروج عن قواعد القانون دون خشية الوقوع تحت طائلة الرقابة القضائية.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه حماية لسلامة الدولة وأمن شعبها في الظروف العادية يجزئه الاعتماد على القواعد المعدة سلفاً لذلك، أما في الظروف الإستثنائية وحالات الإستعجال فإنها تلجأ إلى نظرية الضرورة، فلا مجال للخلط بين النظريتين، إذ من المعلوم أن فكرة أعمال السيادة مثل معظم النظريات في القانون الإداري هي من صنع القضاء الإداري الفرنسي انشأها وفق ضرورة الحاجة ومقتضيات العمل<sup>1</sup>.

في حين يبررها البعض الآخر ومنهم العميد "دوجي" بقوله أن أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضاء لأنها تصدر عن السلطة التنفيذية، لا بوصفها هيئة إدارية إنما بوصفها هيئة سياسية، وهي لا تخضع للمحاكم لأنها بطبيعتها تتنافى مع الرقابة القضائية، بل لأن التنظيم القضائي في الدول المختلفة لم يصل بعد إلى سحب الرقابة عليها<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: معايير تمييز أعمال السيادة عن أعمال الإدارة.

اختلف الفقه حول معايير تمييز أعمال السيادة عن سائر أعمال الإدارة، ومن أهم المعايير التي قبلت في هذا الصدد نجد معيار الباعث السياسي، معيار طبيعة العمل، معيار القائمة القضائية، و المعيار الحديث.

#### أولاً: معيار الباعث السياسي

يعتبر هذا المعيار من أقدم المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي، ومؤداه أن العمل يعتبر من أعمال السيادة إذا كان الباعث سياسياً أما إذا لم يكن الباعث عليه كذلك فإنه يعتبر من الأعمال الإدارية العادية التي تخضع لرقابة القضاء<sup>3</sup>.

يخلص هذا المعيار في أن العمل الصادر من السلطة التنفيذية يعتبر عملاً حكومياً لا يخضع لرقابة القضاء، متى كان باعث الحكومة في إصداره تحقيق مقصد سياسي هدفه حماية الحكومة ضد أعدائها في الداخل والخارج، وقد بدأت تظهر فكرة الباعث السياسي في قضاء

<sup>1</sup> - حميد شاوش، مرجع سابق، ص 32.

<sup>2</sup> - محمود محمد حافظ، مرجع سابق، ص 50.

<sup>3</sup> - حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987، ص 160، 161.

مجلس الدولة، إذ كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار المجلس الصادر في أول ماي سنة 1822.<sup>1</sup>

وبالتالي فهو معيار يضفي السيادة على كل عمل يصدر من السلطة التنفيذية، ويكون الغرض منه حماية الجماعة في ذاتها أو مجسدة في الحكومة ضد أعدائها، سواء كانوا ظاهرين أو مختفين، في الحاضر أو في المستقبل، في الداخل أو الخارج.<sup>2</sup>

ولقد عيب على هذا المعيار عدم التجديد والمرونة التي تفتح أمام السلطة التنفيذية باب الزعم بأن الباعث على قيامها بعمل أو إجراء معين كان سياسياً، ولذلك لم يطبق هذا المعيار الخطير، إلا خلال فترة وجيزة وسرعان ما عدل عنه مجلس الدولة ومحكمة التنازع الي معيار موضوعي.<sup>3</sup>

### ثانياً: معيار طبيعة العمل أو موضوعه.

يؤسس هذا المعيار على اعتبار السلطة التنفيذية تقوم بوظيفتين الأولى بوصفها سلطة تنفيذية أداء لوظيفتها الحكومية التي تتميز بتنظيم علاقاتها بالسلطات الأخرى في الدولة أو بالدول الأخرى، أما الوظيفة الإدارية تتمثل فيما تقوم به السلطة التنفيذية، وتظهر من خلال علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، إذ يعتبر من أعمال السيادة الأعمال المتعلقة بتنظيم العلاقة بين الإدارة المركزية والبرلمان، وكذا الأعمال والتصرفات التي تجريها الحكومة في اعداد مشاريع القوانين وعرضها على البرلمان، وقرارات حل البرلمان ، وأما فيما يتعلق بالصعيد الخارجي فتعتبر من أعمال السيادة الأعمال المتعلقة بإعداد المعاهدات الدولية، والأعمال التي يقوم بها ممثلي الدولة في الخارج.<sup>4</sup>

وهذا المعيار أتى نتيجة سلبيات معيار الباعث السياسي وعدم صلاحيته كمعيار للتمييز بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية، الي أن هذا المعيار قد تعرض الي انتقادات وذلك

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مرجع سابق، ص 132.

<sup>2</sup> - سلام عبد الحميد محمد زنكنة، مرجع سابق، ص 56.

<sup>3</sup> - حمدي ياسين عكاشة، مرجع سابق، ص 161.

<sup>4</sup> - عباس إسماعيل، مسؤولية الإدارة عن القرارات الغير المشروعة في القانون العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير- كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الوادي، السنة الجامعية 2014-2015، ص 89.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

لعدة أسباب لاسيما وأن القضاء الفرنسي لم يأخذ بهذا المعيار حيث لا يوجد أي حكم قضائي صرح بالتمييز بين أعمال الحكومة وأعمال الإدارة.

هذا يعني عدم صلاحية الاخذ به والإبقاء عليه في فرنسا كنظرية فقهية، كما أن السلطة التنفيذية وهي تباشر وظيفتها الحكومية والإدارية فهي تقوم بتنفيذ النصوص الدستورية والقانونية، وعملها الحكومي يتصل بعملها الإداري من حيث المصدر ولا مجال للتمييز بين الوظيفتين إلا بالرجوع الى معيار الباعث السياسي الذي استتكره الفقه والقضاء وهناك صعوبة في التمييز بين الوظيفتين، مما يجعل هذا المعيار صعب التطبيق، مع ذلك محكمة العدل العليا المصرية اخذت به<sup>1</sup>

وما يمكن استتباطه في الأخير أن هذا المعيار لم يأخذ به لعدم وضوحه لكون الوظيفتين متداخلتين، وهذا ما أدى إلى التفكير في معايير أخرى.

### ثالثا: معيار القائمة القضائية

بعد فشل المعيارين السابقين، عمل الفقه الى اعتماد قائمة بأعمال السيادة تسمى القائمة القضائية التي اعتبرها جانب كبير من الفقه من أنجع الوسائل المعتمدة في تحديد أعمال السيادة خصوصا أنها قائمة واقعية وليست تحكيمية، فكل قرار يصدر عن السلطة التنفيذية يخضع لبحث من طرف القضاء لدراسة الظروف والأسباب التي دعت لصدوره، ومن الملاحظ أن هذا المعيار مرن وقابل للتعديل، وهذه الخاصية تحتسب لصالح مجلس الدولة الذي يسعى لتضييق نطاق أعمال السيادة<sup>2</sup>.

ولهذا السبب قد لاحظ الفقهاء بأن القضاء يتجه الى تضييق نطاق اعمال السيادة ويرجع ذلك لمرونته وقربه من الحياة العملية من جهة، وللظروف المختلفة التي عرفها من جهة أخرى، لذلك قد أضفى الحصانة على بعض اعمال السيادة فنزع عليها الصفة واخضعها للرقابة القضائية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2011-2012، ص 73.

<sup>2</sup> - عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، دون سنة نشر، ص 121.

<sup>3</sup> - محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، دار المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، دون سنة نشر، ص 59.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

القضاء هو الجهة الأكثر قدرة على تحليل طبيعة الأعمال واستخلاص المبادئ ووضعها في قوائم وتتضمن القائمة القضائية كل من الطوائف التالية:<sup>1</sup>

1- الأعمال المتعلقة بتنظيم العلاقة بين السلطة التنفيذية والتشريعية ومن أمثلتها حل البرلمان او دعوته للإنعقاد، فض دورة الانعقاد وكذلك اقتراح القوانين او طرح مسألة ما على الاستفتاء الشعبي.

2- الأعمال المتعلقة بسلامة الدولة العليا ومثلها قرار اعلان حالة الطوارئ، أو تلك المتعلقة بالأمن الداخلي.<sup>2</sup>

3- الأعمال المتعلقة بالعلاقات الدولية وعلان الحرب، والمقصود بها تلك الأعمال المتعلقة بالنشاط الدبلوماسي، والشؤون الدولية كإعلان الحرب أو الصلح أو تلك المتعلقة بالمعاهدات.<sup>3</sup>

وهذا هو المعيار الذي أقره الفقه بأنه أفضل وسيلة في اللجوء إلى أحكام القضاء والتعرف من خلالها على أعمال السيادة، ومعنى ذلك أن الفقه اقر بأن أعمال السيادة هي تلك الأعمال التي يطبق عليها القضاء هذه الصفة، ومن ثم يمكن القول أن المرجع لتحديد ما إذا كان عمل ما يعد من أعمال السيادة أم من الأعمال الإدارية هو القضاء.<sup>4</sup>

### رابعاً: المعيار الحديث:

يطلق على هذا المعيار عدة تسميات منها المعيار المختلط، حيث أن مضمونه يكمن في اعتبار أن أعمال السيادة هي الأعمال التي تاتيها السلطة التنفيذية ممثلة في رئيس الجمهورية بحل البرلمان مثلاً، عد ذلك العمل من أعمال السيادة باعتبار البرلمان جهة مستقلة ولا يخضع بالتالي لرقابة القضاء الإداري.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> حاتم رشيد عبد المجيد فتياي، مسؤولية الدولة عن أعمال السيادة دراسة مقارنة، أطروحة استكمال لنييل متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2017-2018، ص30.

<sup>2</sup> محمد الشافعي ابو راس، مرجع سابق، ص61.

<sup>3</sup> عمار بوضياف، المرجع في منازعة الإدارية، مرجع سابق، ص49.

<sup>4</sup> فادي جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة ماجستير، كلية دراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2010-2011، ص89.

<sup>5</sup> قريمس إسماعيل، محل دعوى الإلغاء دراسة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنييل شهادة الماجستير، جامعة حاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم العلوم القانونية والإدارية، تخصص قانون الإدارة عامة، باتنة، السنة الجامعية 2012-2013، ص106-107.

ونجد من خلال ذلك أن الفقه الحديث ركز في تحديد أعمال السيادة على عدم خضوعها للرقابة القضائية تطبيقاً للقواعد العادية، وذلك لأن كافة المواضيع التي أدرجت في قائمة أعمال السيادة ليس لها علاقة بالأنشطة الإدارية، ومن المسلم به أن اختصاص القاضي الإداري هو الفصل في المنازعات الإدارية، وبالتالي لا ينبغي له الاختصاص فيما يتعلق بالسلطتين التشريعية والقضائية، فإن كانت المنازعة بشأن يتعلق بالسلطة التشريعية أو السياسية العليا للدولة، فهو ملزم برفض التصدي لها تطبيقاً لما جاءت به القواعد العامة. ومن الملاحظ أن هذا المعيار قام بتضييق نطاق أعمال السيادة، وقام بإزالة الغموض الذي كان يجعل منها أمراً معقداً، وبالتالي ساهم بشكل كبير في تسهيل تحديد نطاق نظرية أعمال السيادة<sup>1</sup>.

### الفرع الرابع: موقف القضاء الجزائري والمشرع من نظرية أعمال السيادة

لقد تعددت آراء أهل القضاء في مسألة أعمال السيادة بين مقرر ومضيق للأخذ بها وهذا حسب ما يظهر لأطراف هذا الخلاف من مدى وكيفية تطبيق النظرية في أرض الواقع علماً أن هذه النظرية حسب ما عرفناه أنها تخالف مبدأ المشروعية والمساواة أمام القضاء<sup>2</sup>، وعلى هذا الأساس سنورد هذه المواقف، وذلك حسب التفصيل الآتي:

أولاً: موقف القضاء الجزائري من نظرية أعمال السيادة.

القاعدة العامة التي تحكم القضاء الجزائري بخصوص أن التصرفات الصادرة عن الإدارة أنها تخضع لرقابته باستثناء جملة من الأعمال أهمها أعمال السيادة<sup>3</sup>. وإن كان المشرع الجزائري لم يخص الأعمال الموصوفة بالسيادة بتشريع خاص، إلى أن القضاء ومن خلال إجهاداته قد درج على رفض رقابته عليها، متى ارتبطت هذه الأعمال بالآتي:

أ- الأعمال المتعلقة بالسلطة التنفيذية مع البرلمان.

ب- تصرفاتها في مجال العلاقات الدولية.

<sup>1</sup> - مريم خدير، مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> - عبد الناصر عبد الله أبو سميحة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014، ص 32.

<sup>3</sup> - مسعود شيهوب، إمتيازات الإدارة أمام القضاء، مجلة الفكر القانوني، العدد 4، 1987، ص 35-36.

ج - الأعمال المرتبطة بسلامة الدولة داخليا وخارجيا.

د- القرارات المتعلقة بكبار الموظفين والمسؤولين في الدولة.

ماعدا هذه الأعمال لا تتمتع بحصانة أعمال السيادة، ومن ذلك الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي أو الضبط الإداري، وتفسير المعاهدات الدولية التي أصبحت في الوقت الحاضر تخضع لرقابة القضاء.

وتأسيسا بمجلس الدولة الفرنسي فقد اتجه أيضا القضاء الجزائري إلى إمكانية ممارسة الرقابة على أعمال السيادة بخصوص دعوة المسؤولية.

ومن ذلك فإنه ليس كل ما تصدره السلطة التنفيذية يكون بالضرورة من أعمال السيادة أو الحكومة، لأنه تبعا لذلك فإن القضاء الجزائري يتجه نحو تصنيف أعمال السلطة التنفيذية بخصوص أعمال السيادة إلى صنفين هما<sup>1</sup>:

### 1- أعمال سيادية (عمل حكومي)

هذا النوع يخرج من الأعمال التي لا تخضع للرقابة القضائية، بالنظر إلى أهميتها وأهم المعايير التي تميزها، مثل الأعمال التي تتعلق بالعلاقات الخارجية للدولة... إلخ.

### 2- أعمال غير سيادية (عمل إداري)

يصنفها فقهاء القانون الدستوري ضمن الأعمال الإدارية التي يمكن رقابتها من طرف القضاء بالنظر إلى بساطتها وعدم خطورتها على المجتمع رغم مساسها بحق من حقوق أفرادها، فهي مراسيم أو قرارات لا تعني المجتمع كل، إنما تخص فرد معين بذاته في الدولة ويحق لكل متضرر منها متى توفرت فيه أن يطعن فيها امام القضاء الإداري المختص، مثال ذلك صدور قرار من رئيس الجمهورية بنزع الملكية دون مبرر المنفعة العامة ودون تعويض يذكر<sup>2</sup>.

حيث أنه ليس للقضاء الحق في أن ينظر في أعمال السيادة سواء بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر، ومن ثم فهي محصنة بمواجهة القضاء العادي أو الإداري ولا ترفع الدعوى

<sup>1</sup> - علي جعفري، حسان سباعي ، أعمال السيادة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماستر ، تخصص الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم والإسلامية، جامعة أحمد راية، أدرار، السنة الجامعية 2016-2017، ص48-49.

<sup>2</sup> - مقني بن عمار، مرجع سابق، ص21-22.

بشأن أي عمل من أعمال السيادة، بمعنى أنه ليس للقضاء سلطة تأويلها، تفسيرها، إلغائها أو التعويض عنها، لكن له سلطة تكييف الأعمال لبيان هل كانت من أعمال السيادة أم لا، فإذا وجد أنها من أعمال السيادة أعلن عدم الاختصاص.

- إذن في الأخير اذا ثبت بانها أعمال السيادة ( عمل حكومي) فهي لا تخضع للرقابة القضائية أما إذا ثبت أنها عمل غير سيادي (عمل إداري) فهي تخضع للرقابة القضائية. وتحديد إذا كانت سيادية أم لا، فذلك من إختصاص القضاء الذي له سلطة تكييفها.

ورجوعا إلى الدساتير الأربعة التي عرفتها الجمهورية الجزائرية (1963)،(1976)، (1989) (1996)، نجدها قد خلت من الإشارة لأعمال السيادة ، وهذا خلافا لدساتير دول عربية كثيرة، فالمؤسس الدستوري لم يحصن بصريح النص نوعا معينا من الاعمال الصادرة من السلطة التنفيذية ضد الرقابة القضائية، وهكذا لا نجد لنظرية أعمال السيادة أساسا في الدستور أو القانون في الجزائر وهذا ما يدفع بالبحث عن موقف القضاء بشأنها<sup>1</sup>.

### ثانيا: موقف المشرع الجزائري من نظرية أعمال السيادة

لم يتطرق القانون الجزائري لموضوع السيادة بالنص عليها في تشريعاته، بل ترك المجال واسعا للقضاء في تحديد ما إذا كان العمل سياديا أم لا، كما أنه وضع للإدارة قانونا يضبط تصرفاتها، حيث تنص المادة 800 على: " أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية"<sup>2</sup>.

وهذا يعني أن المشرع الجزائري اعتمد المعيار العضوي في المنازعات الإدارية باستثناء مخالفة الطرق والمنازعات المتعلقة بكل الدعاوى الخاصة بالمسؤولية الرامية الى طلب التعويض عن الأضرار الناجمة عن مركبة تابعة للدولة.

حيث حددت المادة 901 وما بعدها اختصاصات مجلس الدولة الذي يؤول إليه النظر في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات

<sup>1</sup> - عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 72.

<sup>2</sup> - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد 21، مؤرخة في 2008/04/23.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

المركزية الإدارية كما يختص في الفصل في القضايا المخولة له بموجب نصوص خاصة وفي الطعون بالنقض الصادرة عن الجهات الإدارية<sup>1</sup>.

ومن ذلك نستخلص أن جميع القرارات الصادرة عن الإدارة تخضع في تقدير مشروعيتها للقضاء الإداري سواء كانت محاكم إدارية بالنسبة للقرارات الصادرة عن الولاية والبلديات والمصالح التابعة لهما، أو مجلس الدولة بالنسبة للقرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية.

أي أن المشرع الجزائري حدد اختصاصات المحاكم الإدارية ومجلس الدولة وذلك بموجب المادتين 801 و 901 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وجعل بذلك لكل جهة صلاحياتها القانونية وترك مسألة أعمال السيادة وتوظيفها راجع للقضاء، وهو من يقرر ما إذا كان العمل سياديا أم لا.<sup>2</sup>

غير أن الأعمال الموصوفة بالسيادة أو السياسية غير واردة في أي قانون، ويعود للقضاء وحده تقرير ما إذا كان العمل سياديا أم لا، وتطبق في هذا الإطار نظرية أعمال الإدارة التقديرية ونظرية السلطة التقديرية.

إن القضاء الإداري يمثل صمام الأمان للحقوق والحريات العامة لذلك يدعو لوجود قضاء اداري مستقل له اختصاص عام في نظر في المنازعات الإدارية كافة ولا نؤيد الإنتقاص من الاختصاصات القضاء الإداري، كما يقتضي الأمر النص في الدساتير على خطر تحصين لأي عمل أو قرارا إداري من رقابة القضاء وجعل الطعون بجميع قرارات اللجان مهما كانت من اختصاص القضاء الإداري، وعدم التوسع في أعمال السيادة بل يجب فهم أعمال السيادة في أضيق نطاق<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على أعمال السيادة

القاعدة العامة التي تحكم القضاء الجزائري بخصوص أن التصرفات الصادرة عن الإدارة أنها تخضع لرقابته باستثناء جملة من الاعمال أهمها أعمال السيادة<sup>4</sup>، وإن كان المشرع

<sup>1</sup> المادة 901 من القانون رقم 08-09 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

<sup>2</sup> علي جعفري، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> مرجع نفسه، ص 45.

<sup>4</sup> مسعود شيهوب، امتيازات الإدارة أمام القضاء، المرجع السابق، ص 35-36.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الجزائري لم يخص الأعمال الموصوفة بالسيادة بتشريع خاص، إلا أن القضاء ومن خلال اجتهاداته قد أدرج على رفض رقابته عليها<sup>1</sup>، متى ارتبطت هذه الأعمال بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، وكذلك الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية، وهذا ما سنتطرق اليه في الفرع الأول والثاني، أما الفرع الثالث نتطرق فيه الى انعدام ضمانات حماية المتقاضي من اعمال السيادة في الجزائر .

### الفرع الأول: حدود الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية.

تشمل هذه الطائفة الأنشطة المنظمة للروابط بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية بمعنى هل جميع علاقات السلطتين تدخل ضمن أعمال السيادة.

لقد استقر الفقه بأن العلاقات السيادية بين السلطتين التنفيذية والتشريعية هي الإجراءات المرتبطة بتسيير الجلسات وانعقادها، كتتظيم الدورات وانعقاد المجالس التشريعية والمراسيم الخاصة بتنظيمها، وفي فرنسا تعتبر كل إجراءات إقبال الجلسات أو حلها أو قرار إيداع أو سحب مشروع قانون ومرسوم تقديم مشروع قانون للاستفتاء من الأعمال التي تدخل ضمن هذه الطائفة<sup>2</sup>.

متى ثبت أن القرار الحكومي القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دينار جزائري من التداول حيث تعود وقائع القضية الى أنه حينما تم إصدار قرار سحب الأوراق المالية من فئة 500 دج من التداول من طرف وزير المالية وقد حددت فترة تطبيقه 3 أيام أي 10،11،12 أفريل 1982 ، إلا أن الطاعن السيد (ي، ج، ب) ولأسباب صحية تغيب عن الجزائر، وبتاريخ 13 أفريل 1982 علم بالإجراءات الجديدة المتعلقة بالتبديل المذكور قرر العودة الى الوطن وتبديل أمواله المودعة بالبنك الوطني الجزائري المقدر بحوالي ( 270.000.00 دج ) مكونة من أوراق مالية من فئة 500 دج إلى جانب مبلغ كان يملكه بخزائنه المهنية بمكتبه المقدر بـ: 418.650.00 دج منه مبلغ 322.500 من فئة 500 دج

<sup>1</sup> المحكمة العليا (الغرفة الإدارية)، قرار رقم 36473، بتاريخ 1984/01/07، مجلة قضائية ، عدد4، سنة 1993، ص211.

<sup>2</sup> حاتم رشيد عبد المجيد فتياي، مرجع سابق، ص33.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

وبتاريخ 7 ماي 1983 وجه تظلمًا إلى وزير المالية بموجب رسالة مؤرخة في 29 ماي 1983.

وبعد رفض التظلم من قبل وزير المالية توجه السيد ( ي، ج، ب) بواسطة محاميه أما الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بطلب بطلان القرار الصادر من وزير المالية، قضت الغرفة الإدارية بما يلي: " حيث ان الرقابة التي يباشرها القاضي الإداري على أعمال الإدارة لا يمكن أن تكون عامة أو مطلقة حيث ان اصدار التداول أو سحب أوراق مالية من التداول تعد احدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة اعمال السيادة.

من ثم فإن القرار الحكومي المتضمن سحب أوراق مالية من التداول يكتسي طابع العمل السيادي، فهو بهذه الطبيعة لا يكون قابلا للطعن فيه بأية طريقة من طرق الطعن، ولا يكون من اختصاص المجلس الأعلى فحص مدى مشروعيته ومباشرة رقابته على مدى تطبيقه<sup>1</sup>.

ومنه فالقرار القاضي بسحب الأوراق المالية من فئة 500 دج وكذا القرار الوزاري المحدد لقواعد الترخيص والتبديل خارج الأجل، هما قراران سياسيان يكتسيان طابع أعمال الحكومة لكونه من اختصاص الجهات القضائية فحص مدى شرعيتها أو مباشرة الرقابة على مدى تطبيق، مما يتعين رفض طلب الطعن الحالي الرامي بإبطال قرار وزير المالية وقرار محافظ البنك المركزي، اللذان رفضا الطعن الإداري المرفوع اليهما<sup>2</sup>.

القرارات البرلمانية ذات طابع تحضيري للأعمال التشريعية، المجلس الشعبي الوطني جلسة مناقشة القانون، محضر آراء النواب، نشر بالجريدة الرسمية، عمل تحضيري للنشاط التشريعي، طعن بتقدير مدى المشروعية، عدم الاختصاص<sup>3</sup>.

في إطار النشاط التنظيمي والتسييري لمصالحهم الإدارية فإنه من المستقر عليه أن الأعمال البرلمانية التي تساهم مباشرة سن القوانين أو المصادقة عليها، لا تخضع لأي رقابة

<sup>1</sup> - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 36473 الصادر بتاريخ: 1984/01/07، المجلة القضائية، عدد 4، الجزائر، 1989، ص 211، 214.

<sup>2</sup> - حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل القانون، الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، دار هومة للنشر، الجزائر، دون سنة النشر، ص 57.

<sup>3</sup> - قرار رقم 36473 مؤرخ في 1984/01/07، العدد 02، 1995، ص 143.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

قضائية، وبالتالي لا يصح لمجلس الدولة المصادقة عليها، ولا تخضع لرقابة مدة مشروعيتها محضر جلسة مناقشة قانون المالية لسنة 2010 المتضمن آراء النواب باعتبارهم قرار تحضيرى للأعمال البرلمانية اللجنت المؤيدة الى التصويت على هذا القانون.

حيث أن المحكمة العليا أبت الا تتخذ موقفا متشددا بشأن اعمال السيادة تجلى ذلك في إقرار لوجودها في حكمها الذي قالت فيه: " أن الأصل في كل قرار إداري نهائي يصدر من السلطة التنفيذية يخضع للرقابة إعمالا لمبدأ المشروعية وسيادة القانون إلا انه يستثنى من هذا الأصل القرارات التي تتصل بسيادة الدولة الداخلية والخارجية لأنها لا تظل بطبيعتها أن تكون محلا لدعوى قضائية، ومن ثم تخرج من ولاية القضاء"<sup>1</sup>.

إن وجود أعمال حكومة في منأى عن أية رقابة قضائية، يشكل مساس بمصادقية الحماية القضائية، لذا أحتج الفقه على إنعدام المنازعة القضائية في هذا المجال، وسعى أيضا إلى إقتراح الطعن بالتعويض. غير أن موقف مجلس الدولة بقي مرتكزا في مجال معين، ما دام أنه ليس بقاضي دستوري، فهو يرفض في النظر في الأعمال من شأنها أن تمس بصفة خطيرة في العلاقات الدستورية بين السلطات العمومية، رغم هذا تبقى طائفة من أعمال الحكومة غير خاضعة لأي رقابة مشروعية لأن ذلك مخالف لأحكام المادتين 6 و 13 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان التي اعتمدها مجلس سترازبور.<sup>2</sup>

حيث أن السلطة التنفيذية في مصر بعد صدور دستور 1971 حتى دستور 2014 الساري لازالت تحاول التوسع في إضفاء صفة أعمال السيادة على بعض أعمالها بغرض اعفائها من رقابة القضاء، من ذلك ما حدث بشأن لجان تصفية الإقطاع وما يصدر منها من قرارات لا يصدق ليها صفة أعمال السيادة ويستوي في ذلك أن تكون قرارات تلك اللجان صادرة في حدود اختصاصها أو خارج تلك الحدود.<sup>3</sup>

تبنى في ذات السياق لاحقا مجلس الدولة الجزائري نظرية أعمال السيادة في قراره الصادر بتاريخ 2001/11/12، أين امتنع مجلس الدولة البث في قرار المجلس الدولة الدستوري المتعلق برفض الطاعن السيد " محفوظ نحاح" من الترشح للانتخابات الرئاسية في

<sup>1</sup> - حمدي باشا، مرجع سابق، ص 58.

<sup>2</sup> - سكاكني باية، مرجع سابق، 76.

<sup>3</sup> - حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 58.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

15 أبريل 1999، وتتلخص وقائع القضية في اقضاء الطاعن من الترشح للانتخابات الرئاسية في 15 أبريل 1999، على أساس أنه لم يثبت مشاركته في الثورة التحريرية كما ينص عليها القانون<sup>1</sup>.

تقدم المعني بتظلم وقدم ملفا للمجلس الدستوري يتضمن جميع الوثائق المنصوص عليها في المادة 157 من قانون الانتخابات منها شهادة أربعة (4) مجاهدين تثبت مشاركته في الثورة التحريرية، الا أن مجلس الدولة أكد على أن القرار الصادر عن المجلس الدستوري يندرج ضمن الأعمال الدستورية التي لا تخضع لرقابة مجلس الدولة بسبب طبيعتها.

ولذا لا تتدرج القرارات الصادرة من المجلس الدستوري ضمن المهام الإدارية وإنما ضمن النشاطات الدستورية التي تباشرها السلطات العامة التي تتدرج من رقابة القضاء<sup>2</sup>.

حيث دفع رئيس المجلس الدستوري وهو الجهة المدعى عليها في الطعن بعدم الاختصاص القضاء الإداري للنظر للدعوى، غير أن مجلس الدولة وبموجب قراره الصادر بتاريخ 2001/11/12، فصل في الطعن اكتفى بالقول بعدم اختصاصه نوعيا، مؤسسا حكمه يكون بقرارات المجلس الدستوري ذات طبيعة نهائية ولم يلتفت الى الدفع المقدم من طرف المدعي باعتباره قرار رفض ملف الترشح لا يدخل ضمن طائفة أعمال السيادة، حيث جاء في قرار المجلس: "... حيث أنه من الثابت<sup>3</sup>.

وأن المجلس الدستوري مكلف بموجب أحكام المادة (163) من الدستور بالسهر على صحة عمليات الانتخاب ومنه مراقبة الشروط المحددة في المادة (73) من الدستور وتفسيرها، وحيث أن القرارات الصادرة في هذا الاطار تتدرج ضمن الأعمال الدستورية للمجلس الدستوري والتي لا تخضع لمراقبة طبيعة مجلس الدولة، كما استقر عليه اجتهاده، مما يتعين التصريح بعدم اختصاصه للفصل في الطعن المرفوع."

<sup>1</sup> - كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه فالعلوم، تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018، ص 205.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 206.

<sup>3</sup> - محمد هاملي، "نظرية أعمال السيادة وموقف القضاء الجزائري والمقارن منها"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 4، الجزائر، 2018، ص 243.

أن مجلس الدولة وهو يصرح بعدم اختصاصه بنظر القضية بالفعل لم يكن مضطرا للإشارة في قراره بشأنها لأن الطرف المدعى عليه وهو المجلس الدستوري لم يتمسك بكون عمله يدخل ضمن هذه الطائفة، الا ان تصريح المجلس بعدم اختصاصه لكون قرارات المجلس الدستوري لا تخضع للطعن بالنظر لطبيعتها...<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حدود الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية

يجمع الفقه على جميع الأعمال المتصلة بعلاقة الدولة بالسلطات أو الهيئات أو الأشخاص الدولية والأجنبية، لا تدخل في نطاق اختصاص القضاء بالرقابة عليها، وتضم هذه الأعمال كافة الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة في الخارج فيما يتعلق بوظائفهم الدبلوماسية، وكذا أعمال التصرفات المتصلة بالمعاهدات الدولية<sup>2</sup>.

إن تنظيم هذه العلاقات يتصل أساسا بطبيعة النشاط الدبلوماسي للدولة وطبيعة علاقتها مع الدول، وهذا ما يسمى بالسياسة الخارجية للدولة، ولأن هذا القطاع تختلف معاييره وتوجهاته بما يتناسب مع الرؤية السياسية فقد اتجه العديد من الفقهاء الى ضرورة استبعاد هذه الأعمال من رقابة القضاء الإداري لما لها من طبيعة وخصوصية<sup>3</sup>، وفي المقابل يرى البعض أنه يمكن اخضاع هذه الطائفة من الأعمال للرقابة بصورة تتلائم وتتلم مع خصوصياتها، وذلك بفعل هذه الأعمال الإدارية عن الاعمال الدبلوماسية مركبة<sup>4</sup>.

سنقوم بدراسة الأعمال التي تقوم بها ممثلو الدولة في الخارج في ما يتعلق بوظائفهم الدبلوماسية وهذا ما سنتناوله أولا، كما يندرج في نطاق هذه الأعمال التصرفات المتعلقة بالمعاهدات الدولية وهذا ما سنتناوله ثانيا.

### أولا: الرقابة القضائية على الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة.

توجد معظم تطبيقات نظرية أعمال السيادة في هذا المجال والتي منها: القرارات الصادرة بهم أقاليم جديدة الى الدولة: والمتعلقة بحماية المواطنين المقيمين في الخارج عن

<sup>1</sup> - محمد هاملي، المرجع سابق، ص 243، 244.

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 151.

<sup>3</sup> - العتيبي محمد مفرح، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، السنة الجامعية 2010-2011، ص70.

<sup>4</sup> - طلبة عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996، ص210.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

طريق الوسائل الدبلوماسية، ورفض الدولة التدخل بالطرق الدبلوماسية لمطالبة دولة اجنبية بتعويض لأحد المواطنين نتيجة الاعتداء عليه أثناء إقامته، وفي تلك الدولة والتعليمات الصادرة من الحكومة نتيجة الاعتداء عليه أما إقامته في تلك الدولة، والتعليمات الصادرة من الحكومة لممثليها الدبلوماسيين في الخارج<sup>1</sup>.

كما يسير مجلس الدولة الفرنسي على قاعدة فيما يتعلق بحماية الفرنسيين المقيمين في الخارج، ورقابة القضاء على ذلك، والتي تقوم على مدى اتصال تلك الحماية بالسلطات الأجنبية، فإذا كان عمل الموظفين القنصليين والدبلوماسيين في هذا المجال لا علاقة له بالسلطات الأجنبية، فإن تصرفاتهم وقراراتهم تخضع لرقابة القضاء والعكس، وهذا ما صدر في أحكامه المتعلقة بفتيحه (demeisille) في 16 فبراير 1949، كذلك في قضية (Sjanto) لسنة 1952<sup>2</sup>.

يتمتع الموظف الأجنبي الذي له صفة الدبلوماسي بحق الحصانة أمام المحاكم الإدارية والمدنية، ولا يجوز مرافعته استثناء، عندما يتعلق موضوع الدعوى بأموال وأملكه الخاصة ومتى ثبت أن الطاعن هو موظف دبلوماسي يمثل هيئة تابعة للدولة الولايات المتحدة، وجاء تؤدي مهمة رسمية بالجزائر، فلا يمكن مرافعة ممثلها أما القضاء المدني الجزائري، وعليه فإن قضاة المجلس بالحكم عن الطاعن، قد خالفوا نص المادة 30 من اتفاقية فيينا، المصادق عليه من طرف الجزائر بالمرسوم رقم 64/84 المؤرخ في 1964/06/04، مما يستوجب نقض وإبطال قرارهم مع الحكم الابتدائي، بدون إحالة<sup>3</sup>، يتمسك القاضي الجزائري الفاصل في النزاع في المسائل الاجتماعية باختصاصه دون التطرق للمادة 30 من اتفاقية فيينا ويفصل في موضوع النزاع العمال القائم بين سفارة دولة أجنبية وبين عامل مكلف بالقيام بالأعمال التسيير العادية.

لا يستفيد الهيئة الدبلوماسية من الحصانة القضائية إلا إذا كان العامل يمارس مهام ذات طابع سياسي أو نشاط يندرج ضمن أعمال سيادة الدولة الأجنبية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 151.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 153.

<sup>3</sup> - قرار رقم 119341 المؤرخ في 1995/10/24، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد 1، ص 130.

<sup>4</sup> - قرار رقم 740051 المؤرخ في 2009/04/1، مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد 1، ص 411.

تعتبر من أعمال السيادة التي تقوم بها السلطة التنفيذية فيما يتعلق بعلاقاتها مع سلطات الدولة الأجنبية بما فيها أعمال التي تتعلق بإبرام المعاهدات والاعمال الدبلوماسية وما يميزها هو أن هذه السلطات " لا تخضع لرقابة القضاء الإداري والذي هو محلي وليس دولي"<sup>1</sup>. تشمل الأعمال المتعلقة بنشاط الدولة الدبلوماسي على مجموعة الاعمال والتصرفات التي يقوم بها ممثلو الدولة في الخارج فيما يتعلق بوظائفهم الدبلوماسية وكذا التعليمات التي تواجهها الدولة الى دبلوماسيتها، وكذلك القرارات التي تتعلق بهم أقاليم جديدة للدولة، وإجراءات حماية رعايا دولة المقيمين في الخارج، وأيضاً قرارات انشاء العلاقات السياسية وقطعها<sup>2</sup>، وهذا فيما يتعلق بالمستوى الخارجي بالضبط فرنسا.

### ثانيا: الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية.

نطاق مثل هذه الأعمال التي تتعلق بالتصرفات التي تتصل بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية (كالمفاوضات وكافة إجراءاتها )، أما بالنسبة للإجراءات والأعمال التي يقوم بها السلطة التنفيذية فهي تخضع لرقابة القضاء باعتبارها من أعمال الدولة الداخلية، ويشترط مجلس الدولة الفرنسي فصل الأعمال التنفيذية عن المعاهدات وذلك حتى يتمكن من اخضاعها للرقابة، وقد أشار جانب من الفقه أن الأعمال التي تخضع للرقابة القضائية وبذلك فهي تخرج عن نطاق الاختصاص القضائي للرقابة<sup>3</sup>.

من أهم التطبيقات في هذا الصدد إبرام المعاهدات وما يتعلق بها، فالأعمال المتعلقة بالمفاوضة والتوقيع والتصديق، تعتبر من قبيل اعمال السيادة، ولا تملك المحاكم الإدارية ولا القضائية ان تفسر معاهدة بل يتعين عليها أن تلجأ الى الحكومة في هذا الصدد ، وعليه أن تأخذ بالتغيير الذي يقدمه وزير الخارجية وترتب عليه جميع نتائجه، كما أن مجلس الدولة الفرنسي لا يملك أن يتصدى لبحث مشروعية معاهدة وتقريرا على ذلك حكم المجلس بعد اختصاصه بتوزيع تعويض إجمالي دفعته الدولة الأجنبية لبعض الفرنسيين، لأن هذا ما يتعلق بتفسير اتفاق دولي وهو ما لا يملكه المجلس الدولة الفرنسي، وللسبب عينه يعتبر من أعمال

<sup>1</sup> - سكاكني باية، مرجع سابق، ص 74.

<sup>2</sup> - مريم خدير، مرجع سابق، ص 45.

<sup>3</sup> - سامي جمال الدين، القضاء الإداري(دراسة مقارنة)، مؤسسة نورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003،

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

السيادة الاعمال التي تصدر تطبيقاً لنص وارد في معاهدة أو اتفاق دبلوماسي ومن هذا القبيل أعمال ممثلي فرنسا في الدولة المحمية<sup>1</sup>.

كذلك إبرام معاهدات بما فيها الرقابة الدستورية السابقة للمعاهدة فقد وضعت المادة 54 من الدستور الفرنسي، والمادة 61 كذلك على أن عملية الموافقة على المعاهدة لا بد أن تخضع لرقابة الدستور، ومن جهة أخرى فإن المحاكم القضائية تلجأ للحكومة قصد تفسير المعاهدات بمعنى أن المحاكم القضائية ليس لها أن تصدر اجتهادات قضائية بشأن تفسير المعاهدات<sup>2</sup>.

ومن الأحكام المصرية في هذا المجال حكم محكمة مصر الابتدائية المختلطة الصادرة في 11/04/1910، والذي اعتبر اتفاقية 19 يناير 1899 المبرمة بين مصر وإنجلترا بخصوص السودان من قبيل أعمال السيادة، وحكم مجلس الدولة المصري الصادر في 26 ماي 1949 والذي جاء فيه: "... إذا كانت المبالغ التي يطالب بها المدعي لا ترجع في أساسها أن القرار إدارياً صدر بالمخالفة للقوانين ويستحق التعويض عنه، وإنما ترجع الى نصوص معاهدة فرنسا ومدى إنطباقها على ما يطلبه المدعي من تعويض، فإن النزاع في تفسير المعاهدات وتطبيقها على الدولة أو الأفراد هو من الأمور السياسية ويعد من قبيل أعمال السيادة التي لا تسأل عنها الحكومة"<sup>3</sup>.

من أحكام المجلس الحديثة نسبياً في هذا الخصوص، اعتباره من أعمال السيادة، رفض السلطات الفرنسية المختصة تأييد ترشيح فرنسي لإحدى وظائف منظمة دولية، وهذا ما جاء في قضية weiss التي صدر عنها حكم 20 فبراير 1953، وقرارات تسليم الافراد للدول التي بينها وبين فرنسا معاهدات في هذا الشأن وذلك ما حدث في قضية (dame kirk wood) 1952<sup>4</sup>.

إن في الجزائر مفاوضات دولية على المعاهدات هي من اختصاص وزارة الشؤون الخارجية، حيث تنص المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 403/02 المحدد لصلاحيات وزارة

<sup>1</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 151-152.

<sup>2</sup> - مريم خدير، مرجع سابق، ص 46.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 154.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، 152.

## الفصل الأول الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية

الشؤون الخارجية على ما يلي: " تقوم وزارة الشؤون الخارجية بإسم الدولة الجزائرية بقيادة المفاوضات الدولية الثنائية أو متعددة الأطراف، وكذلك الجارية مع المنظمات الدولية"<sup>1</sup>. يظهر من خلال المادة المذكورة أعلاه أن لوزارة الشؤون الخارجية السلطة في المفاوضات الدولية على المعاهدات، وهو عمل سيادي يمارس باسم الدولة الجزائرية بمعنى أن وزارة الشؤون الخارجية تمثل الدولة في المفاوضات وهذا ما يعطي صورة العمل السيادي هي المفاوضات، فالمفاوضات الدولية في الجزائر لم تكن محل نزاع على إجراءاتها وكيفيةها وبالتالي الانعدام الكلي لموقف القضاء في هذا الشأن، وعليه يفترض أن هذا النوع من الأعمال هي أعمال سيادية، تمثل مباشرة الدولة الجزائرية ولا تمارس إلا في إطار احترام السياسة الخارجية للدولة<sup>2</sup>.

لا يمكن تصور قبول الطعن من طرف القضاء الإداري الجزائري بخصوص إجراءات وكيفية المفاوضات على معاهدات معينة، ليس بسبب الطابع السيادي أو الحكومي للعمل وإنما بسبب عدم الاختصاص الطبيعي للقضاء في النظر في هذا النوع من المنازعات، كما تؤدي وزارة الشؤون الخارجية مهامها تحت السلطة العليا لرئيس الجمهورية وطبقاً لأحكام الدستور، حيث تكلف بالتنفيذ السياسة الخارجية للأمة وكذا إدارة العمل الدبلوماسي والعلاقات الدولية للدولة، وهذا للدليل على المكانة الراقية لوزارة الشؤون الخارجية، التي لا يمكن مناقشة أو مراقبة أعمالها من طرف القضاء على الأقل بسبب أنها أعمال قد صدرت من طرف أعلى هيئة في الدولة، التي تسعى إلى تحقيق المصالح العليا للدولة<sup>3</sup>.

وكل ما يتعلق بإبرام المصادقة على المعاهدات الدولية فهو أيضاً من اختصاص وزارة الشؤون الخارجية، وهذا ما يدل مرة أخرى على سمو العمل المؤدى بالنظر إلى الطابع الدولي للعمل وكذا بالنظر إلى سمو وعلو الهيئة المخولة لها المصادقة على المعاهدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - مرسوم رئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002، يحدد صلاحية وزارة الشؤون الخارجية، جريدة رسمية، عدد 79، مؤرخة في 01 ديسمبر 2002، لسنة 2002.

<sup>2</sup> - علام لياس، الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018، ص 77-78.

<sup>3</sup> - علام لياس، مرجع سابق، ص 78.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ص 78.

فيما يخص تفسير هو من اختصاص وزارة الشؤون الخارجية، حيث تنص المادة (17) من المرسوم 403/02 السالف الذكر على ما يلي: " يختص وزير الشؤون الخارجية بتفسير المعاهدات والاتفاقيات والبرتوكولات والتنظيمات الدولية التي تكون طرف فيها. ويدعم تفسير الدولة الجزائرية ويسانده لدى الحكومات الأجنبية وعند الاقتضاء لدى المنظمات أو المحاكم الدولية، وكذا لدى الجهات القضائية الدولية"<sup>1</sup>.

يتضح من خلال المادة المذكورة أعلاه أنه تفسير المعاهدة هو من اختصاص وزير الشؤون الخارجية، ما يعني أن القضاء لا يمكن له تفسير المعاهدة بمناسبة النظر في منازعة متعلقة بغموض المعاهدة، وبالتالي القضاء غير مختص بالنظر في منازعة متعلقة بتفسير المعاهدة، وإنما عليه الرجوع الى تفسير وزير الشؤون الخارجية والأخذ به، فهو إذن عمل سيادي من اختصاص وزير الشؤون الخارجية وكل محاولة تفسير من طرف القاضي لمعاهدة بعد تجاوز للاختصاص ولا تثار مسألة العمل الحكومي، وإنما تثار مسألة الاختصاص في شأن تفسير المعاهدة<sup>2</sup>.

ومن الملاحظ في شأن إختصاص تفسير المعاهدة أن المشرع الجزائري اقتدى بالتشريع الفرنسي والمصري بصورة عامة.

### الفرع الثالث: انعدام ضمانات حماية المتقاضي من أعمال السيادة في الجزائر

يترتب على اعتبار عمل من أعمال نتائج تتمثل أساسا في استبعاده من ميدان الرقابة القضائية وافلات واضح ومباشر على مبدأ المشروعية الإدارية وانكار صارخ لمبادئ دولة القانون.

هناك من فقه القانون العام اعتبر أعمال السيادة أداة قوية في يد السلطة التنفيذية ونقطة سلبية للمشروعية الإدارية، ويعتبرون نظرية أعمال السيادة اعتداء على حقوق أفراد وحررياتهم الأساسية لكونها تشكل مانع من موانع التقاضي، وفي حال امتناع القاضي الإداري النظر في مطالب المتضرر مع حرمانه من حق التعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء أعمال السيادة في التظلم الجزائري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 17 من المرسوم الرئاسي 403-02، المتضمن تحديد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية.

<sup>2</sup> - علام لياس، مرجع سابق، ص 81.

<sup>3</sup> - كمون حسين، مرجع سابق، ص 206، 207.

أولاً: عدم تقرير تعويض عن الأضرار الناجمة عن أعمال السيادة.

النظام القضائي الجزائري استبعد أعمال السيادة من مجال الإلغاء والتعويض، رغم عدم وجود نظام قانوني يمنع القاضي من الحكم بالتعويض في حالة تحصينه للقرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، فطالما يستحيل إلغاء القرارات المتعلقة بأعمال السيادة فيكون البديل الأمثل لذلك هو تعويض الأفراد عن الأضرار التي تصيبهم من جرائها وهذا ما يدفعنا الى معرفة لماذا القاضي الإداري الجزائري لا يحكم بالتعويض فيما يخص أعمال السيادة<sup>1</sup>.

إن رفع دعوى التعويض ضد أعمال السيادة تجعل القاضي الإداري بعيداً عن تقييم الوقائع لتلك الأعمال، ويتعرض لها في ذاتها، وإنما يكفي فقط بالتأكد من قيام علاقة بين الأعمال السيادة والأضرار التي لحقت بالمتضرر ولا علاقة ذلك بالحفاظ على سلامة الدولة وأمنها عند الحكم بالتعويض.

وعليه فإن استبعاد بعض القرارات الإدارية التي تعد مجالاً خصباً لدعوى الإلغاء من الإبطال قد يكون له آثار سلبية على حقوق وحريات الأفراد وتسبب لهم أضراراً مادية كبيرة، مما يقتضي السماح بالحكم بتعويض الأفراد المتضررين من جرائها إعمالاً لمبدأ المساواة للأفراد أمام أعباء العامة<sup>2</sup>.

هناك جانب من الفقه من اعتبر امتناع القضاء في بسط رقابته على أعمال السيادة سواء بالإلغاء أو التعويض يعد بمثابة انكار للعدالة وتعارض لمبادئ ومقومات دولة القانون، وخصوصاً أنه لا يوجد أي نص تشريعي يحضّر القاضي من الحكم بالتعويض للأفراد المتضررين من أعمال السيادة.

وحتى كان هناك تسليم بقاعدة عدم الخضوع أعمال السيادة للرقابة القضائية بجميع صورها، فإن ذلك لا يعني التضحية بحقوق الأفراد المتضررين من أعمال السيادة<sup>3</sup> وهذا فيما يخص الجزائر لا تسمح بوجود تعويض عكس فرنسا التي أصبحت تميل إليه مؤخراً .

<sup>1</sup> - كمون حسين، مرجع سابق ، ص 209.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص 209.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص 207-208.

ثانيا: مرونة أعمال السيادة وصعوبة حصرها.

تكمن نظرية أعمال السيادة في أنها ذات طبيعة قضائية، أي محمية بموجب القضاء، بحيث تكيف العمل بأنه سيادي من إختصاص مجلس الدولة ومن حيث القضاء هو الذي أرسى قواعد هذه النظرية إلا أن كل من التشريع والقضاء لم يستطيعا وضع تعريفا أو معيارا دقيقا جامعا ومانعا لأعمال السيادة وترك الأمر للقضاء وحده في تحديد الضابط وتقرير ما يعتبر من أعمال السيادة وما لا يعد منها<sup>1</sup>.

من المستقر عليه فقها وقضاء صعوبة حصر أعمال السيادة حصرا دقيقا نظرا لمرونتها وتأثرها بالتطورات والظروف المحيطة بها، إذ تتوسع حسب متطلبات السلطة التنفيذية، أو المعطيات الدستورية لكل دولة، إلا أن الملاحظ في النظام الفرنسي هو توجه القضاء الإداري إلى التضييق من مجالها تدريجيا وحصرها في مجالين أساسيين الأول يتعلق بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بالبرلمان والثاني يتعلق بالشؤون الخارجية<sup>2</sup>.

مما أصبح من الضروري حصر أعمال السيادة دستوريا، حيث أن هذا التضييق الدستوري لها يقيد كل من السلطة التنفيذية والقضاء في هذا الصدد، ولا يمكن للقاضي أنذاك رفض الدعوى شكلا تحت ذريعة أعمال السيادة إذا كان هذا العمل لم ينص عليه في صلب الدستور ويعتبره من أعمال السيادة. إن حماية حقوق المتقاضى المنصوص عليها في الدستور والحد من إستبداد السلطة التنفيذية يجعل القضاء مطالب ومضطر لتقليص من نطاق أعمال السيادة وإخراج العديد من أعمال السلطة التنفيذية من دائرتها، مع الإقرار بحق المتضرر في التعويض عن تلك الأعمال في حالة رفض النظر في دعوى الإلغاء<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - رمضان فاطمة الزهراء، أعمال السيادة انتقاص من قيمة المعيار الموضوعي المعتمد لتحديد مدلول الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 5، الجزائر، 2015، ص94، 95.

<sup>2</sup> - بوبشير محند أمقران، عن انتقاء السلطة القضائية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006، ص213.

<sup>3</sup> - كمون حسين، مرجع سابق، ص211، 212.

### خاتمة الفصل الأول:

تعتبر الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة ركنا أساسيا في بناء دولة المؤسسات والقانون، وضمانة جوهرية لحماية الحقوق والحريات الأساسية، لذلك يضطلع القضاء الإداري بدور هام في تحقيق هذه الرقابة وتجسيد غاياتها، ولما كانت الإدارة العامة مخاطبة بأحكام القانون وخاضعة له في كل الظروف والأحوال، كان لازما على القضاء الإداري أن يبسط رقابته بمراعات تلك الظروف والأحوال، حيث تعد نظرية سلطة الإدارة التقديرية ونظرية أعمال السيادة من أظهر الحالات التي تستند عليها الإدارة العامة لتبرير تصرفاتها، فتنتمتع كل منهما بحرية التصرف وفق الظروف دون معقب عليهما.

كما أن الأعمال التي تقوم بها الإدارة وفق السلطة التقديرية محددة سلفا بقواعد قانونية يجب عليها اتباعها وعدم الحياد عليها، ومن ثم يحق للقضاء البحث في شرعية الأمر الإداري سواء بالنسبة لعيب عدم الاختصاص، الشكل، الخطأ أو الإنحراف بالسلطة، بعكس أعمال السيادة ومتى ثبت أنه كذلك أمتنع القضاء عن النظر فيه، ويمتنع كذلك عن فحص أي عيب شابه سواء بعدم الاختصاص أو الشكل، وتختلف أعمال السيادة عن أعمال السلطة التقديرية من حيث الأسباب أيضا إذ انها بخصوص السلطة التقديرية أسباب فنية وضرورات عملية بينما في أعمال السيادة تعتبر أسبابا قانونية متعلقة بالاختصاص، وقد يترتب عليهما إعتداء على حقوق الأفراد وحرياتهم، وفي هذه الحالة يبرز دور القضاء في حماية مبدأ سيادة القانون والحد من القيود الواردة عليه باعتباره الجهة المختصة بالرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الجزائر.

# الفصل الثاني

الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية  
في الظروف الاستثنائية

### الفصل الثاني

#### الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الاستثنائية

ترتكز دولة القانون على مبدأ المشروعية، الذي يعني خضوع كل من في الدولة من حكام ومحكومين إلى القانون، ما يفرض على الإدارة أن تلتزم بقواعد القانون في كل تصرفاتها، والذي يعتبر ضماناً أساسية للحقوق وحريات في الظروف العادية، لكن هذه الظروف لا يمكن أن تتميز بالثبات والدوام، حيث أنه قد يتعرض أمن البلاد إلى تهديد ناتج عن ظروف استثنائية تضطر فيها الدولة إلى تطبيق حالة من الحالات الاستثنائية المنصوص عليها في الدستور، ولمعالجة الوضع بطريقة سريعة تضطر الدولة إلى الخروج عن مبدأ المشروعية عن طريق تحللها من بعض قواعد القانون العادي إلى قوانين استثنائية تستطيع بموجبها اتخاذ التدابير اللازمة للسيطرة على زمام الأمور<sup>1</sup> معنى ذلك أن نظرية الظروف الاستثنائية سواء على مستوى النصوص القانونية أو على مستوى الاجتهادات القضائية ستساهم في منح اختصاصات استثنائية عديدة للإدارة، وبالرغبة في حماية الدولة والحفاظ على النظام العام فيها وأمنها واستقرارها، ضد ما قد يهددها من أخطار جسيمة أدت بالمؤسس الدستوري أو المشرع العادي بل وحتى القاضي، إلى منح الإدارة سلطات استثنائية لمواجهة الأخطار حتى ولو كانت تلك السلطات مخالفة للقواعد القانونية القائمة<sup>2</sup>، وهذا أمر بديهي ما دام أنها خاصة أساسية للظروف الاستثنائية، هي عدم التوقع ومن هنا يأتي دور القضاء ليبرر الإجراءات الاستثنائية التي تتخذها الإدارة في تلك الظروف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - الفحلة مديحة، "نظرية الظروف الاستثنائية على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية"، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص222.

<sup>2</sup> - نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2009 - 2010، ص2.

<sup>3</sup> - بوخميس فؤاد، تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص إدارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2015-2016، ص2.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

حيث أنه مؤخرًا تم إقرار لأول مرة محكمة دستورية بدلا من المجلس الدستوري ومنها حق الرقابة على القرارات المتخذة أثناء الحالة الاستثنائية.<sup>1</sup>

ويرتبط مدلول الظروف الاستثنائية بفكرة المحافظة على النظام العام أو كفالة سير المرافق العامة، فإذا طرأت ظروف غير عادية على الدولة مثل الحروب وانتشار مرض أو وباء يهدد الصحة العامة للمواطنين، تجد الدولة نفسها وفي سبيل المحافظة على النظام العام تتخذ تدابير عاجلة لا تسمح بها قواعد القانون المقررة في الظروف العادية.<sup>2</sup>

وعليه سنتعرض من خلال هذا الفصل إلى دراسة كل من مضمون نظرية الظروف الاستثنائية في المبحث الأول ومجال تطبيق هذا النظرية في المبحث الثاني.

### المبحث الأول

#### مضمون نظرية الظروف الاستثنائية

إن جميع الحالات الغير العادية التي تمر بها الدولة تتدرج تحت نظرية واحدة وهي نظرية الظروف الاستثنائية، غير أن هذه الأخيرة تركز على أسس قانونية تبرز شرعية جميع الإجراءات القانونية والتدابير الخاصة تتخذ لمواجهة الظروف الاستثنائية.

ولقد نشأت نظرية الظروف الاستثنائية في فترة الحرب العالمية الأولى في حكمين صادرين عن مجلس الدولة الفرنسي لهذا أطلق عليها تسمية سلطات الحرب وصلاحياتها، فإن هذا يعتبر مظهر ضيق ومحدود للظروف الاستثنائية، ومنه فلا يوجد تطابق كامل بين سلطات الحرب و نظرية الظروف الاستثنائية ، والعلة في ذلك ان نظرية الظروف الاستثنائية تقع في وقت السلم العادي<sup>3</sup>، فهذه النظرية مصدرها قضائي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي لكي يسمح باعتبار القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعة في الظروف العادية<sup>4</sup>، متى كان لازما للمحافظة على النظام العام أو دوام سير المرافق العامة، من خلال هذه النظرية حددت الضوابط المختلفة التي

<sup>1</sup> - مشروع تمهيدي لدستور 2020.

<sup>2</sup> . الفحلة مديحة، مرجع سابق، ص 222.

<sup>3</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 14، 18.

<sup>4</sup> . قادة دنون إبراهيم، مرجع سابق، ص 50.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

تضمن التوازن بين الظروف المستجد وما يبرر من أعمال تحت رقابة القضاء ، وهذه القواعد القانونية المختلفة كرسها كثير من الدول سواء كانت في دستورها أو في القوانين الأخرى<sup>1</sup>.

وبالتالي سنتطرق إلى معالجة مدلول نظرية الظروف الاستثنائية في المطلب الأول وتمييزها عن غيرها من النظريات المشابهة لها في المطلب الثاني:

### المطلب الأول: مدلول نظرية الظروف الاستثنائية

إذا صادف وحدثت ظروف قهرية تهدد الدولة كلها أو جزء منها بالاضطراب وتعرض سلامتها للخطر فإنه من المنطقي أن تتسع سلطات الإدارة عن النطاق للظروف العادية، حتى تستطيع مواجهة هذه الظروف بما يتناسب معها من الاجراءات الغير العادية، ففي مواجهتها وإزاء ظروف غير عادية واستثنائية لابد أن تعمل السلطة التنفيذية بوسائل أيضا غير عادية واستثنائية وإلا تعرض أمن وسلامة المجتمع للخطر، فسلامة الدولة فوق القانون، لأنه من دون دولة لا وجود لأي قانون<sup>2</sup>.

وبالتالي سنتطرق إلى التعاريف التي أعطيت لنظرية الظروف الاستثنائية، وأهم شروط خاصة بها، وعلاقتها بنظرية الضرورة والاستعجال ومعالجة كل واحد في فرع من الفروع التالية:

### الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية.

تعتبر موضوع نظرية الظروف الاستثنائية من أهم مواضيع القانون الإداري على الإطلاق، كما تعتبر من أهم المواضيع الشائكة والدقيقة التي يصعب صياغة نظرية شاملة تضع قواعد واضحة ومحددة لها، ونظرا لتعدد المحاولات لتعريف الظروف الاستثنائية وكذا لتحديد معناها وتسميتها سنقوم بالتعرض لها في كل من الفقه والقضاء والتشريع.

### أولا: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الاستثنائية.

إن فكرة الظروف الاستثنائية عند فقهاء القانون الإداري تحيلنا مباشرة إلى عدم الخضوع للقواعد العادية وإذا كان القضاء لم يقم بوضع تعريف للظروف الاستثنائية، فإن بعض الفقه قد حاول إعطاء تعريف لها وذلك من خلال محاولة الدخول في أعماق العبارة.

<sup>1</sup> .رزايقية عبد اللطيف، مرجع سابق، ص 194.

<sup>2</sup> . محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 209.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

فقد اعتبر الأستاذ vedel أن الظروف الاستثنائية هي وضع غير عادي، ويحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة من أجل الحفاظ على المصلحة العامة، نظرا لعدم إمكان إعمال القواعد العادية.

ولقد اخذ بهذا التعريف كل من الأستاذ birat والأستاذ odent والأستاذ فهمي مدني<sup>1</sup>.

أما الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي أوضح أن الأمر لا يتعلق بنظرية الضرورة ولا يقتصر على توسيع سلطات الضبط الإداري دون غيره من موضوعات القانون الإداري بل يتعلق الأمر بنظرية عامة للظروف الاستثنائية تطبق على موضوعات القانون الإداري دون استثناء وذلك لكي تتمكن الإدارة تمكينا مشروعا من القيام بأعبائها في ظروف قاسية على أن يتم ذلك كله تحت رقابة مجلس الدولة وإشرافه.

أما سليمان الطماوي فيعرفها عن طريق طرح امثلة توضحها، ويرى وجود تلك النظرية إذا واجهت الإدارة ظروف استثنائية لا يمكن معها التقيد بقواعد المشروعية العادية، ولم يكن ثمة تشريع يخول الإدارة سلطات كافية لمواجهة هذه الظروف<sup>2</sup>.

كما اعتبرها الأستاذ rivero بأنها الأوضاع المادية التي تؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية التي تطبقها الإدارة لتطبيق قواعد المشروعية الخاصة بالأزمات ويقوم القاضي بمقتضيات هذه المشروعية الخاصة، كما وافقه في هذا الرأي الأستاذ waline<sup>3</sup>.

كما اعتبرها الأستاذ delaubadair أنها نظرية تعد بناء قانوني وضعه مجلس الدولة الفرنسي، والذي بمقتضاه فإن بعض الأعمال الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الظروف العادية، يمكن أن تصبح أعمال مشروعة في الظروف الغير العادية، يمكن ان تصبح أعمال مشروعة في بعض الظروف نظرا للأهمية النظام العام وسير المرفق العام، فالمشروعية العادية إذن يحل محلها في مثل هذه الظروف مشروعية استثنائية والتي من خلالها تتسع سلطات الإدارة، لكن هذه النظرية تختلف في حقيقتها من دولة إلى أخرى مثلا في ألمانيا تكون في

<sup>1</sup> . نقاش حمزة ، مرجع سابق، ص9.

<sup>2</sup> - علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009، ص75.

<sup>3</sup> - سليمان محمد الطماوي، القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة نشر، ص70.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

حقيقتها نظرة قانونية، بقدر ما كانت نظرية دكتاتورية، تستهدف إضفاء طابع قانوني في حقيقتها حيث لم تكون مقبولة تماما لدى الفقه الفرنسي<sup>1</sup>.

أما الدكتور كامل ليلة فيعرفها بالرجوع إلى العناصر التي تتكون منها، فهي تنشأ عن حالة غير طبيعية تخرج عن المألوف وتفترض تغيب السلطات النظامية أو استحالة قيامها بممارسة اختصاصاتها ونشوء حالة فجائية لم تكن متوقعة، أو يترتب على وجود الظروف استحالة قيام الإدارة بالتصرف طبقا لقانون الظرف العادي<sup>2</sup>.

ويعد مجلس الإدارة الفرنسي الصورة الأصلية والنموذجية للظروف الاستثنائية في الحرب فبفضل الحرب العالمية الأولى صاغ المجلس نظرية لمواجهة الآثار السلبية التي طبقها بعد ذلك في الحرب العالمية الثانية ومنها جاءت تسميتها باسم سلطات الحرب وهي ليست سوى تطبيق للنظرية العامة للظروف الاستثنائية<sup>3</sup>.

وفقا للنظرية الفرنسية لنظرية الضرورة كنظرية قانونية فإنه يمكن للحكومة في ظروف استثنائية معينة أن تتخذ أعمال الضرورة بالمخالفة للقوانين القائمة وذلك بشرط أن تكون هناك استحالة مادية لجمع البرلمان أو على الأقل أن لا يكون البرلمان في حالة اجتماع، وأن يكون هناك حالة ضرورة لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان للاجتماع كالحرب والعصيان المسلح والاضراب العام، وهنا يمكن القول أن النظرية الفرنسية تختلف عن النظرية الألمانية، في أن الأولى رأّت في الضرورة "حقا" للإدارة يستند إلى نظرية الضرورة، إلا أن هذا الحق طبقا للنظرية الفرنسية ليس مطلقا بل هو مقيد بشروط والتزامات معينة، في حين أن النظرية الألمانية تراه حقا خالصا دون قيود<sup>4</sup>.

وبالتالي فإن استمرار الشرعية استقرار الرقابة القضائية في جميع الظروف دون استثناء بما فيه من فائدة للسلطة والمحكوم على حد سواء، وإن كان القضاء يطبق شرعية استثنائية في هذه الظروف ومن ثمة فهو يخلص الى تسمية النظرية بنظرية الظروف الاستثنائية<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - مراد بدران، مرجع سابق، ص 45.

<sup>2</sup> - بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 15.

<sup>3</sup> - إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، دون الطبعة، لبنان، دون سنة النشر، ص 145.

<sup>4</sup> - إسماعيل جابوري، " نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري"، مجلة دفاتر سياسية والقانون عدد 14، 2016، ص 36.

<sup>5</sup> - إبراهيم درويش، " نظرية الظروف الاستثنائية"، مجلة إدارة قضايا الحكومية، العدد 4، ديسمبر 1996، ص 107.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إن الملاحظة التي يمكن ابدائها في هذا الصدد تتمثل في أن المحاولات الفقهية السابقة بدل أن تقوم بإعطاء تعريف دقيق لنظرية الظروف الاستثنائية بطريقة موضوعية، فإنها ركزت على عناصر أو شروط الظروف الاستثنائية والمتمثلة في وجود أحداث خطيرة واستحالة وصعوبة كبيرة في التصرف، وانطلاقاً من ذلك ذهب جانب من الفقه الى انه لا يمكن إعطاء تعريف لفكرة الظروف الاستثنائية، اعتباراً من انها فكرة واضحة، ومن أهم شروط نظرية الظروف الاستثنائية وجود حالة خطر<sup>1</sup>.

### ثانياً: التعريف القضائي لنظرية الظروف الاستثنائية

لم يحاول القضاء في فرنسا أو مصر أن يضع مفهوماً عاماً لنظرية الظروف الاستثنائية وقد يكون القضاء تعمد ذلك ليصبح وحده صاحب الكلمة في تقدير وجود الظرف الاستثنائي حسب ظروف كل حالة على حدى، وحتى لا تكون سلطته مقيدة بالمفهوم الذي أرساه مما قد يقف كعثرة في سبيل تطوره في مواجهة جل الحالات التي تعرض عليه في هذا الشأن<sup>2</sup>.

وإن السبب الذي جعل القضاء الفرنسي لم يضع تعريف محدد لها أو لحالاتها هو ما أشار إليه صراحة مفوض الحكومة le tourner في تقرير حول قضية laugier يتمثل في أن الظروف الاستثنائية هي فكرة غير واضحة ولا يمكن تعريفها، وهي تختلف باختلاف الحالات ونحن من جانبنا نعتقد أن سبب عدم تعريف القاضي الإداري للظروف الاستثنائية راجع إلى مرونة الفكرة، إذ يمكننا أن نستوعب صور عديدة في الأزمات التي تمر بها الدولة، بالإضافة إلى ذلك فقد يكون القاضي قد تعمد عدم تعريف كما يرى فقهاء نظرية الظروف الاستثنائية على مبدأ سمو الدستور وتستمد مدلولها من القاعدة الرومانية: "إن سلامة الشعب فوق القانون"<sup>3</sup>.

برغم ذلك فقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي عبارة الظروف الاستثنائية، غير أنه ميز بين الظروف الاستثنائية التي تنشأ بسبب الحرب، وأطلق عليها تسمية نظرية سلطات الحرب وليس غيرها من الظروف الأخرى، والتي أطلق عليها تسمية الظروف الاستثنائية، وتطبيقاً لنظرية الظروف الاستثنائية قرر مجلس الدولة الفرنسي مشروعياً بعض الأنظمة الإدارية

<sup>1</sup>. نوبري سامية، مرجع سابق، ص 52.

<sup>2</sup>. بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 14.

<sup>3</sup>. إسماعيل جابوري، مرجع سابق، ص 33.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

المقيدة للحريات الفردية في ظل الظروف الاستثنائية، على الرغم من عدم مشروعيتها في ظل الظروف العادية<sup>1</sup>.

كما يعتبر القضاء العادي المصري استثناء من الاتجاه الغالب المؤيد للنظرية، وقد رفض هذا الاتجاه الاعتداد بنظرية الضرورة لأنه كان يرفض مطلقاً الخروج عن القواعد العامة للمشروعية وأن الضرورة أو الظروف استثنائية لا تبرر الخروج عن هذه القواعد لم يوجد عمل تشريعي يبيح للإدارة لاتخاذ تلك الإجراءات ويمثل هذا الاتجاه حكمان صريحان صدر **من حين** درجتين قضائيتين ومختلفتين قبل انشاء مجلس الدولة.

وقد قرر الحكم الأول الصادر عن محكمة الأمور المستعجلة، أن القرار الإداري الذي يصدر على خلاف حالة من الحالات المنصوص عليها في النصوص يعتبر عملاً من أعمال الغصب ملك المحاكم<sup>2</sup>.

أما الحكم الثاني صدر عن محكمة الاستئناف فقد نص على أن الظروف الاستثنائية لكي تبرر مخالفة القانون يجب أن تكون منظمة بعمل تشريعي من الدولة حتى لا يكون الاجراء قانونياً، وطالما لم يصدر مثل ذلك الاجراء فيجب احترام القانون<sup>3</sup>.

إن مجلس الدولة المصري قد استعمل عبارتي الضرورة وكذا الظروف الاستثنائية فالأولى قصد بها تلك الظروف التي تنشأ عن حالة حرب، أما الثانية فقد قصد بها بقية الحالات والظروف في حالة الطوارئ أو الحصار وحالة الاستثنائية<sup>4</sup>.

يترتب على عدم تعريف القاضي الإداري الفرنسي للظروف الاستثنائية هو محاولة البقاء في مركز عال عند قيامه بتطبيق النظرية ، إذ يبقى هو السيد لوحده في تقدير مدى وجود ظرف استثنائي.

<sup>1</sup> . علي عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص77.

<sup>2</sup> - يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص242، 243.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص243.

<sup>4</sup> - محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007، ص185.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

كما لو أنه وضع تعريفا للتقيد به، مما سيؤثر على قضائه المستقبل في هذا الصدد، إذ أن ذلك سيكون كسبب في إعاقة تطوره، في حين الظروف الاستثنائية هي فكرة واسعة ومرنة<sup>1</sup>.

حيث نرى في القضاء الأنجلوسكسوني أنه رفض نظرية الضرورة رفضا صريحا مما أبى الاستناد إليها لتبرير خروج الإدارة على النظام القانوني بالظرف العادي من أجل الحفاظ على سلامة الدولة. وقد أتيح للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية أن تتصدى لنظرية الضرورة، وكان رفضها لها في كل مرة صريحا بشكل واضح ومباشر وكان أساس حكمها هو أن دستور 1787/09/17 لم يتضمنه أي توسيع لسلطات رئيس الجمهورية في زمن الحروب أو الأزمات وقد كانت قضية *ex parte milligan* في افريل 1866 هي الأولى والأشهر في الموضوع<sup>2</sup>.

أما فيما يخص القضاء الجزائري فلا توجد أي محاولات لتعريف حالة الظروف الاستثنائية الأمر الذي يدفعنا للاكتفاء بما ورد في القضاء الفرنسي والقضاء المصري<sup>3</sup>.

### ثالثا: التعريف التشريعي لنظرية الظروف الاستثنائية

لقد نظم المشرع الدستوري في فرنسا تنظيم الظروف الاستثنائية لأول مرة في الدستور الصادر في 1799/12/13 حيث نصت المادة 92 على انه في حالة الثورة المسلحة أو الاضطرابات التي تهدد أمن الدولة فإنه يمكن بقانون أن يوقف سريان الدستور في الأماكن والمدن التي يحددها هذا القانون ويصدر دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية في 1958/10/04 أصبحت المادة 16 من أشهر التشريعات الخاصة بالظروف الاستثنائية التي منحت رئيس الجمهورية سلطات واسعة في اتخاذ الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف التي يخرج فيها من مبدأ المشروعية بقصد معالجة الظروف الطارئة ولا يستطيع رئيس الجمهورية اتخاذ هذه الإجراءات إلا بعد المشاورة الرسمية مع رئيس مجلس الوزراء ورئيس مجلسي الجمعية العامة ومجلس الشيوخ<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 16.

<sup>2</sup> . حميد شاوش، مرجع سابق، ص 67.

<sup>3</sup> . فؤاد بوخميس، مرجع سابق، ص 15.

<sup>4</sup> . إسماعيل جابوري، مرجع سابق، ص 36، 37.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

أما التشريع الجزائري فقد نظمت الدساتير الجزائرية حالات الظروف الاستثنائية من خلال النص على شروطها وكيفية إعلانها ، حيث نصت المادة 59 من دستور 1963 الجزائري على السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية وكرست المواد 119-123 من دستور 1976 حالات الظروف الاستثنائية والمتمثلة في حالة طوارئ ، حالة الحصار ، الحالة الاستثنائية ، حالة الحرب والتي تستلزم كلها إجراءات خاصة نظرا لوجود حالة الضرورة الملحة ، أما دستور 1989 فقد تطرق إلى هذه الحالات من المواد 86-89 منه وعالجها التعديل الدستوري لسنة 1996 في المواد 91-95 منه موضحة الشروط الموضوعية بإعلان حالات الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>.

أما التعديل الدستوري لسنة 2016 في المادة 107 حيث نصت على: " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الاجراء إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء، تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الاستثنائية التي توجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية.

- يجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الاستثنائية، حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجب إعلانها.<sup>2</sup>

إذا تمعنا في الآراء السابقة جيدا الفقهية والقضائية والتشريعية فإنه يمكن إبداء ملاحظتين في هذا الصدد، تتمثل الملاحظة الأولى في أن كل المحاولات السابقة لتعريف الظروف الاستثنائية لاتعد تعريفا حقيقيا، ذلك أن تلك المحاولات بدلا أن تعطي تعريفا موضوعيا ودقيقا للظروف استثنائية فإنها لجأت الى تبيان الظروف من خلال التطبيقات القضائية.

<sup>1</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص13.

<sup>2</sup> -تعديل الدستوري الجزائري 2016، رقم 01/16 ، المؤرخ في 27 جمادى الأول 1437، الموافق 2016/03/07، ج ر ، عدد14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إما الملاحظة الثانية تتمثل في أن المحاولات الفقهية بدلا من أن تعطي تعريفا دقيقا لنظرية الظروف الاستثنائية بطريقة موضوعية فإنها ركزت على عناصر أو شروط الظروف الاستثنائية<sup>1</sup>. وهذا ما سنبينه في الفرع الموالي.

### الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الاستثنائية.

لقيام حالة الظروف الاستثنائية وترتيب أثارها المختلفة لا بد من توفر جملة الشروط تتفق عليها معظم الدساتير في الدول المعاصرة وينظمها كل دستور على حده، ومن خلال هذا الفرع سنحاول تبيان الشروط اللازمة لقيام هذه الظروف الاستثنائية بدءا بالشروط الموضوعية ثم الشروط الشكلية.

### أولا: الشروط الموضوعية

يمكن للاتساع الذي يمس السلطات الخاصة برئيس الجمهورية الممنوحة له بموجب المادة 93، في هذه الظروف أن يترتب عنه آثار خطيرة على حريات الأفراد وحقوقهم، ولكي يقلل من هذه الآثار كان لا بد من توفر وتحديد شروط لقيام هذه الحالة وتتمثل هذه الشروط الموضوعية فيما يلي<sup>2</sup>:

### 1- قيام الظرف الاستثنائي

الملاحظ أن القضاء الإداري، في كل مرة يكون فيها أمام تصرف تستند الإدارة في اتخاذه إلى نظرية الظروف الاستثنائية، فإن أول ما يبحث القاضي الإداري عنه ويتحقق منه هو مدى وجود الظرف الاستثنائي.

وفي الحقيقة لو أننا بحثنا جيدا فيما يسمى بالظرف الاستثنائي فإننا نتبين أنه يتمثل في قيام واقعة غير مألوفة ولا معتادة، أي واقعة تتصف بالشذوذ وتصل الى درجة انها تشكل خطر على الدولة، أي تهدد سلامتها وتخل بنظامها العام ومن أهم هذه الحالات حالة الحرب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 19.

<sup>2</sup> - رقوة وداد، العائبي سارة، عمل المؤسسات الدستورية في ظل الظروف الاستثنائية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2013-2014، ص 35.

<sup>3</sup> - تقيدة عبد الرحمان، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، السنة الجامعية 1989-1990، ص 51.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

وفي مجال تحديد مدى توقع أو عدم توقع الاحداث الخطيرة فيبدو أن الفقه يذهب الى القول بأن الاحداث الخطيرة التي تسمح بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية تتضمن في حد ذاتها طابع عدم التوقع، لذلك فإن القول بأن ظرفا ما هو ظرف استثنائي، معناه التسليم بأنه ظرف غير متوقع وطارئ، ويبرر هذا الفريق من الفقه رأيه بأن مسألة التوقع تشمل فقط المسائل المعتادة من الأمور، أما المسائل الاستثنائية فنظرا لأنها تعتبر مسائل غير عادية، فإنها تعد من المسائل التي لا يمكن توقعها<sup>1</sup>.

بالنظر الى الظرف الاستثنائي في طبيعته كواقعة تعترض حياة الدولة يمكن لنا استخراج عناصره والتي نجملها في عنصرين أساسيين:

أ - **العنصر الموضوعي:** ويقصد به حالة الخطر الذي يؤدي الى القول بتوافر حالة الضرورة التي تبرر اللجوء إلى استعمال السلطات الاستثنائية.

والصعوبة التي يثيرها العنصر الموضوعي تكمن في مدى اعتبار الخطر من المخاطر الاستثنائية، إذ أنه ليس كل خطر يشكل تهديد لكيان الدولة أو يعيق سير مؤسساتها، بل يفترض أن ينطوي الظرف على قدر من إمكانية إحداث ضرر بحكم طبيعته، أو بحكم تفاعله مع عوامل أخرى.

ب- **العنصر الشخصي:** ويتمثل في تصور السلوك الذي يمكن للإدارة أن تتخذه لمواجهة خطر حقيقي، يرى البعض أن العنصر الشخصي يتمثل في رد الفعل الذي تقوم به السلطة التنفيذية على مواجهة الظروف الاستثنائية<sup>2</sup>.

إذا أردنا البحث عن الوصف الثاني للخطر في الدستور الحالي الجزائري والتجارب الدستورية السابقة التي تنظم الحالة الاستثنائية، فنجد أن المؤسس الدستوري لم يأخذ بهذا الوصف، فقد استعمل عبارة خطر داهم، وكذا عبارة يوشك التي تعني ان الخطر لم يقع بعد وإنما هو قريب الوقوع، وهذا يعني أن هذا الاجراء ترك السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية، والمغزى الذي يراه البعض من هذا هو أن الرئيس يجب أن يتسنى له الوقت لأخذ الاحتياطات مسبقا قبل وقوعه، فالرئيس هو الساهر على وحدة الأمة وسلامة الوطن<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 22.

<sup>2</sup> . تقيدة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 52.

<sup>3</sup> . عبد الله بوقفة، الدستور الجزائري ( نشأة ، تعريف، فقها)، دار الهدى، الجزائر، 2005، ص 139.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

ثانيا: استحالة مواجهة الظرف الاستثنائي

لم ينص المؤسس الدستوري على هذا الشرط، لكنه من المبادئ المسلم بها في الظروف الاستثنائية، فلا يكفي لإعلانها قيام الخطر او المساس بالمؤسسات الدستورية، بل يجب أن تكون الوسائل الدستورية الأخرى عاجزة عن دفعه، وذلك مرده إلى السلطات الواسعة والخطيرة التي تمنح لرئيس الجمهورية.

ففي مثل هذه الحالة يجب اللجوء الى نظام قانوني استثنائي لتدارك وتقادي هذا الظرف.

حيث يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري، وعلى هذا الأساس فإن التصرف والاجراء الصادر لمواجهة هذا الظرف الاستثنائي يجب أن يكون مما تقتضيه الضرورة القصوى وفي حدودها، أي أن الضرورة تقدر بقدرها فإن تجاوزت الإدارة بهذا القدر فإنها تعرض نفسها للمساءلة وتكون قراراتها عرضة للطعن إما بالإلغاء أو التعويض<sup>1</sup>.

وبمعنى آخر أن تكون الإدارة مضطرة للخروج عن قواعد المشروعية العادية، لأن في ذلك مصلحة حقيقية تتمثل في المحافظة على النظام العام وعلى سير المرفق العام بانتظام وباضطراد<sup>2</sup>.

**ثالثا: أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة**

من الملاحظ انه يجب أن تكون المصلحة العامة معتبرة حتى يمكن تبرير الإجراءات الاستثنائية التي قامت بها الإدارة، فلا يكفي السماح للإدارة بمخالفة القواعد القانونية التي وضعت للمشروعية العادية، أن تكون هناك احداث خطيرة يصعب أو يستحيل معها احترام قواعد المشروعية العادية، بل يجب ان يترتب على الشرطين السابقين تعرض المصلحة العامة للخطر فلا يكفي ادعاء الإدارة بوجود هذا الشرط، حيث يتأكد القاضي من مدى توفره على ضوء الظروف المحيطة بالواقعة المعروضة عليه إذا ثبت عكس ذلك فإنه يقضي هذا الشرط بإلغاء تلك الأعمال<sup>3</sup>.

فإذا ثبت للقاضي توفر هذا الشرط بالإضافة إلى الشرطين السابقين فإنه سيحكم بمشروعية تصرف الإدارة.

<sup>1</sup> . رقوة وداد، العائبي سارة، مرجع سابق، ص 39، 40.

<sup>2</sup> . فادي نعيم جميل علاونة، مرجع سابق، ص 72.

<sup>3</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 27.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إلا أنه وما يجب تأكيده هو أن عملية جمع تلك الشروط وإعمالها مع بعض هو من نتاج عمل القاضي، هذا الأخير هو الذي يقدر عمل الإدارة بالنظر إلى الظروف والأهداف المتبعة لتحديد شرعيتها، وبدون هذه العناصر الخارجية فإن عدم الشرعية تكون واضحة وجلية<sup>1</sup>.  
فالتصرفات التي تقوم بها الإدارة الهدف منها تحقيق وتلبية احتياجات الأفراد في جميع الظروف سواء العادية أو الاستثنائية، فإذا انصرفت وفق رغبات خاصة دون مراعات الصالح العام، سيُتسم تصرفها في هذه الحالة بالانحراف بالسلطة عن مقصدها لمشروع، فتقوم مسؤوليتها في ذلك الحين وتصبح عرضة لإلغاء تصرفها أو بتعويض الأضرار الناجمة عنه أو كليهما، فالإدارة يجب أن تهدف إلى دفع مثل هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة<sup>2</sup>.

### رابعاً: الشروط الشكلية:

إذا كانت الدولة مهددة بخطر داهم باستقلالها أو سلامة ترابها، ورأى رئيس الجمهورية أن المؤسسات الدستورية عاجزة عن دفع الخطر فإنه لا يستطيع إعلان حالة الاستثنائية، إلا بعد اتخاذه بعض الإجراءات وهي استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري باعتباره الهيئة التي تراقب مدى تطابق القوانين مع الدستور، وتتم استشارته كهيئة مجتمعة، وهذا ما تؤكد المواد 77 و93 و98، و99 و163 و165 و173 من دستور 1996<sup>3</sup>.

من ذلك نستخلص أن رئيس الجمهورية لا يستطيع إعلان حالة الاستثنائية إلا باستشارة هذه الهيئات التي تعد الشروط الشكلية للحالة الاستثنائية.

### الفرع الثالث: علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة والاستعجال.

بسبب تنوع المصطلحات المستخدمة من طرف مجلس الدولة الفرنسي، أدى إلى وجود خلاف فقهي حول تحديد العلاقة بين الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة وبين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الاستعجال، حيث تمثل الخلاف حول ما إذا كانت نظرية الظروف

<sup>1</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 24، 25.

<sup>2</sup> - بشير صلاح العاوير، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الأزهر، غزة، 2013، ص 76.

<sup>3</sup> - رقوة وداد، العايبي سارة، مرجع سابق، ص 35.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الاستثنائية هي نظرية الضرورة أو نظرية الاستعجال ، وعليه يمكن القول أن هناك اتجاهين بهذا الصدد اتجاه يرى أن هناك فوارق بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظريتي الضرورة والاستعجال، واتجاه يرى أن نظرية الظروف الاستثنائية هي نفسها نظرية الضرورة والاستعجال واتجاه آخر يرى أنهم يكملوا بعض، ومنه سوف نتطرق إلى أوجه اختلاف وتشابه وتكامل بين هاته النظريات<sup>1</sup>.

### أولا : علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة

سننتظر إلى أوجه الاختلاف والتشابه والتكامل بينهما.

#### 1- أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة

سوف نتطرق لأوجه الاختلاف من حيث العناصر التالية:

##### أ- من حيث العنصر الزمني:

تعتبر الحالات حالة الضرورة إذا ما كانت حالات المؤقتة، محدودة الزمن وقصيرة المدة أما اذا طالَّت وصارت دائمة، تصبح تسمى بالظروف الاستثنائية ويعاب عليهم أن هذا القول ليس له أساس حقيقي ، فالطابع المؤقت لقيام حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية هو شرط أساسي يتجدد حسب درجة قوة الخطر ومداه، إضافة إلى أنهم لم يوضحوا الحد الفاصل في المدة القصيرة والطويلة لكي يعرف النطاق الزمني لكل من النظريتين<sup>2</sup>.

##### ب- من حيث مبدأ المشروعية

إن الظروف الاستثنائية تجيز للإدارة الخروج عن القواعد المشروعة ليس فقط من أجل الحفاظ على النظام العام، بل كذلك من أجل العمل على استمرارية خدمات المرفق العام، فالظروف الاستثنائية لا تعمل على استبعاد قواعد المشروعية بل تؤدي الى توسيعها بالقدر اللازم الذي يسمح للإدارة بمواجهة تلك الظروف وذلك تحت رقابة القضاء، كما أن الإدارة تكون ملزمة بواجبات الحفاظ على النظام العام واستمرارية خدمة المرافق العامة.

<sup>1</sup> - مراد بدران، مرجع سابق، ص 48.

<sup>2</sup> - زراق حسين، تشريع الضرورة في دساتير دول المغرب العربي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون معقم، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2015-2016، ص12.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إن حالة الضرورة تعتبر أعم وأشمل من نظرية الظروف الاستثنائية فهي الفكرة الأصلية التي تتوج بمناسبتها سلطة الإدارة، وتخرج بمقتضاها من نطاق المشروعية العادية إلى نطاق المشروعية الاستثنائية.

### ج- من حيث مرتبة تدرج القواعد القانونية

إن نظرية الضرورة تأخذ مرتبة أسمى، وذلك أنه إذا كان يترتب على نظرية الظروف الاستثنائية مخالفة القانون فإن نظرية الضرورة يترتب عليها تغطية مخالفة القواعد الدستورية<sup>1</sup>.

### 2- أوجه تشابه بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة.

كلاهما متشابهين في المضمون

- مجال عملهما مخالفة المشروعية في حالة حدوث حالة طارئة

- كلاهما تهدفان للحفاظ على النظام العام.

- يتم تركيز السلطات في يد هيئة واحدة ألا وهي السلطة التنفيذية في حالة الضرورة والاستثنائية<sup>2</sup>.

### 3- أوجه تكامل بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية الضرورة:

يذهب الرأي الراجح فقها وقضاء إلى أن أساس نظرية الظروف الاستثنائية هو فكرة الضرورة، ويرى فيها الأساس الأسلم لكافة الظروف التي تتدرج تحت النظرية ويستند البعض في ذلك إلى أن معظم الشرائع تقر قاعدة هامة وهي مفادها الضرورات تبيح المحظورات.

كان للدولة في حالة الحرب أو الوباء أو حدوث كوارث، وكل ما يجعل الأمن والنظام العام للدولة مضطربا، أن تعمل على حماية كيانها والدفاع عن نفسها بكل وسيلة تراها ضرورية أو حتى وإن أدى ذلك إلى مخالفة أحكام القانون فإن كل ما تتخذه الحكومة من إجراءات مخالفة للأحكام الدستور والقانون تعتبر مشروعة إذا ما كانت الحكومة مضطرة إلى اتخاذها تأثير الظروف الاستثنائية<sup>3</sup>.

إن مجلس الدولة الفرنسي عرف نظرية الظروف الضرورية قبل أن يطلق عليها اسمها الجديد، والذي هو نظرية الظروف الاستثنائية، لكن هذا المجلس في محاولاته لتبرير تصرفات

<sup>1</sup> - مراد بدران، مرجع سابق، ص 48، 55.

<sup>2</sup> - بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 37، 38.

<sup>3</sup> - تقيدة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 45، 46.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الإدارة المخالفة لقواعد المشروعية، وأشار إلى عدة مصطلحات إلا أنه في الأخير عدل عن تلك المصطلحات واستقر على تسمية نظرية الظروف الاستثنائية، وفي هذا دليل على أنه التسمية في حد ذاتها لا تعني اختلاف في مفهومها أو مجالها عن نظرية الضرورة.

من خلال ما سبق يمكن استخلاص أن الفكرة تبقى واحدة فالظروف الاستثنائية أو الضرورة توجد عندما تجتمع ثلاثة عناصر أساسية ألا وهي: حالة غير عادية، مخالفة القواعد القانونية، وتمحور الهدف الأسمى.<sup>1</sup>

**ثانيا- علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بالاستعجال.**

سننظر إلى أوجه الاختلاف والتشابه بينهما.

### 1- أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الاستثنائية والاستعجال

ذهب الفقه التقليدي إلى القول بأنه يمكن التمييز بين الظروف الاستثنائية والاستعجال من خلال معيار خصائص الوضع، فالاستعجال يتعلق باستحالة التصرف بطريقة أخرى من طرف الإدارة، وذلك بسبب المصلحة العامة التي تبرر مخالفة القانون، أما الظروف الاستثنائية فلا بد من توفر ثلاثة عناصر للقول بوجودها.

حيث أنه يجب أن تكون الوضعية غير عادية وغير مألوفة، ويستحيل على الإدارة أن تتصرف بالوسائل العادية، ويجب أن تكون المصلحة مهددة بخطر وهذين العنصرين يشتركان فيهما لهذا فإن المعيار المميز بينهما هو الوضع، فقهاء الظروف الاستثنائية لا يمكن إثارته إلا في الأوضاع الاستثنائية عكس الاستعجال.<sup>2</sup>

يجب عدم الخلط بين نظرية الظروف الاستثنائية والظروف الاستعجالية البسيطة.

### 2- أوجه تشابه بين نظرية الظروف الاستثنائية والاستعجال.

إن تعاريف ووظائف كل من الظروف الاستثنائية والاستعجال متطابقة من خلال الأحكام القضائية.

الفقهاء المدافعين على تطابق النظريتين ذهبوا إلى تفسير موقف القضاء ولاحظوا بأن القاضي لا يتردد بالفعل في استعمال أي من الفكرتين، وذلك للاعتراف بإمكانية مخالفة القواعد

<sup>1</sup> . مراد بدران، مرجع سابق، ص 38.

<sup>2</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 41.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

القانونية في أوضاع متشابهة، فالقاضي استعمل الفكرتين دون أن يميز بينهما وذلك في فرضيات كانت الوقائع فيها متشابهة.

فالنسبة للأستاذ nizard ، إن تطبيق الظروف الاستثنائية تحكمه الضرورة فيستحيل إذا الاعتراف بأية استقلالية لنظرية الإستعجال لأنها لا تشكل إلا حالة خاصة لظروف استثنائية<sup>1</sup>. ذهب البعض الى نظرية الظروف الاستثنائية التي تقوم على أساس فكرة الاستعجال بحيث أن الظرف لا يسمح بالعمل طبقا للقواعد الاختصاص العادية وأن ضرورة الإسراع في مواجهة الظرف الاستثنائي هي التي تبرر منح الإدارة سلطات استثنائية أوسع نطاق وأقل قيود من تلك التي تمارسها الظروف العادية<sup>2</sup>.

**المطلب الثاني: تمييز الظروف الاستثنائية عن غيرها من الظروف المشابهة.**

وفقا لمبدأ المشروعية فإن على الإدارة الالتزام بالقواعد القانونية في كل الأحوال، لكن هذا المفهوم وإن كان صالحا في الأوقات والظروف الطبيعية، إلا أنه من الصعوبة الالتزام به في أوقات الأزمات أو الاضطرابات لأن التزام الإدارة بالمفهوم المطلق للمشروعية يعرض سلامة الدولة لمخاطر شديدة تؤدي إلى إنهيارها وانهيار كل ما فرض مبدأ المشروعية على المحافظة عليه.

إلا أن القضاء سمح للإدارة بالخروج عن هذا المبدأ لمواجهة ما قد يعترضها في حالة الأزمة أو الظروف الاستثنائية التي تتطلب سرعة التصرف<sup>3</sup>.

وما تجدر الإشارة اليه أنه تشترك النظريات التي تحكم أعمال الإدارة مع نظرية الظروف الاستثنائية في بعض الخصائص، لذلك لتفادي الخلط بينهم وجب التمييز بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية السلطة التقديرية وأعمال السيادة<sup>4</sup>.

وكنا قد تعرضنا إليها فيما سبق، وأيضا سنعرض للظرف الاستثنائي عن حالة القوة القاهرة.

وستتم عملية التمييز فيما يأتي من فروع.

<sup>1</sup> . مراد بدران، مرجع سابق، ص 40، 41.

<sup>2</sup> . نقيدة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص44.

<sup>3</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص20.

<sup>4</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 27.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية السلطة التقديرية

إذا كان الخلط الذي يحدث بين نظريتي الظروف الاستثنائية والسلطة التقديرية مصدره كون كل منهما تنور أمام الهيئة التنفيذية، وأن القدر من الحرية المتروك للإدارة يثير الشبه بينه وبين خروج الإدارة عن اختصاصاتها العادية في الظروف الاستثنائية إلا أنه يمكن التمييز بين النظريتين من عدة أوجه نذكر منها:

**أولاً: من حيث احترام دائرة الاختصاص:**

إذا كانت الأعمال الصادرة عن الإدارة استناداً إلى الظروف الاستثنائية تخرج عن دائرة الاختصاص العادية فإن الأمر في السلطة التقديرية على خلاف ذلك فإن الأعمال المتخذة استناداً إليها تظل خاضعة لدائرة الاختصاص العادية<sup>1</sup>.

وإن الاختصاصات التي تتمتع بها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية مرهونة ببقاء واستمرار هذه الظروف، لذا فإن اختصاصات الإدارة هنا تكون مؤقتة، أما الاختصاصات التي تتمتع بها في ظل نظرية السلطة التقديرية، فإنها لا تتوقف على فترة زمنية معينة كما أنها لا ترتبط بظروف خاصة، فمن حق الإدارة ممارستها سواء في ظل الظروف العادية أو في ظل الظروف الاستثنائية<sup>2</sup>.

**ثانياً: من حيث مدى خضوع كل منهما لرقابة القضاء.**

إن الأعمال التي تصدر عن الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تخضع لرقابة القضاء إلغاءً أو تعويضاً، أما تلك التي تصدر من الإدارة ويكون لها سلطة تقديرية فيها، فقد استقر الفقه والقضاء على إفلات ملائمة هذه الأعمال من رقابته، وعلى نهج الفقه الإداري استقر القضاء الإداري في عدم صد رقابته على ملائمة وقت تدخل الإدارة<sup>3</sup>، وبالتالي لا يمكن للقضاء الإداري أن يبسط رقابته على عنصر الملائمة في اتخاذ قراره على اعتبار أن عنصر التقدير تخلص ملة وقائع ثابتة أمام جهة الإدارة.

<sup>1</sup> - إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص 124.

<sup>2</sup> - بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 23.

<sup>3</sup> - إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص 125.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

فالمفروض أن القاضي الإداري لا يمارس رقابة الشرعية، وإنما يتعرض إلى رقابة الملائمة، ما دام وأن النص لا يلزم الإدارة سواء بالتصرف أو عدم التصرف.<sup>1</sup> ومنه إذا كان القضاء يسمح لإدارة بمخالفة القواعد القانونية العادية في ظل الظروف الإستثنائية، فإن ذلك مشروط بوجود أزمة تهدد الإدارة ويتعذر أو يصعب مواجهتها بواسطة القوانين العادية.

أما الاختصاصات التقديرية التي تمارسها الإدارة فإن القضاء لا يشترط مثل تلك الشروط، لأن الإدارة تكون فيها حرة في تقدير ملائمة التصرفات التي تقوم بها.<sup>2</sup> **ثالثا: من حيث مخالفة مبدأ المشروعية**

إن الأعمال الصادرة عن الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تحكمها مشروعية استثنائية من نفس طبيعتها، غير أن الأمر لا يختلف في نطاق السلطة التقديرية، إذ أن هذه الأخيرة التي تحكمها والدليل القانوني على هذه الفكرة أن الحل الذي تختاره من بين عدة حلول لا يمكن الطعن فيها بمخالفة القانون.<sup>3</sup>

### رابعا: من حيث المجال الزمني:

ترتبط الظروف الاستثنائية، وبالتالي ما يخول للإدارة من صلاحيات في ظلها بالظروف التي تسببها، أي بمرحلة زمنية معينة، فهي إذا مؤقتة، في حين أن نظرية السلطة التقديرية تقوم على أساس الدائمة، ولا يرتبط تطبيقها بظروف وأوقات معينة.<sup>4</sup> وهذا يعني أن أساس النظرية الظروف الاستثنائية هو الظرف المؤقت الذي نشأت من أجله، أما بالنسبة للسلطة التقديرية فأساس وجودها يقضي إلى دائمتها.<sup>5</sup>

### الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية أعمال السيادة

إن حالة الظروف الاستثنائية تشبه في بعض الأوجه نظرية أعمال السيادة، من حيث أن العمل في ظل كل من الحالتين صادر من نفس السلطة التنفيذية، وأن ميدانها واحد في حدود معينة.

<sup>1</sup> - vedel (geoges), droit administratif, Thémis, P.U.F, paris, 982, p318.

<sup>2</sup> - بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص 23.

<sup>3</sup> - مرجع نفسه، ص 23.

<sup>4</sup> - إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص 137.

<sup>5</sup> - مراد بدران، مرجع سابق، ص 47.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

ويرى الأستاذ " ألبير " ان الاعمال الصادرة بناءا عبي نظرية الظروف الاستثنائية من أعمال السيادة، ويستند في ذلك إلى أن أساس نظرية الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة هو فكرة الضرورة، ويذهب الى هذا الرأي الأستاذ " جاكلان"<sup>1</sup>.

ذهبت بعض الاحكام الى ان الظروف الاستثنائية ترفع العمل الإداري، الى مرتبة أعمال السيادة<sup>2</sup>.

أما الأستاذ " بونار " يرى انه ومن الرغم وجود اختلاف بين النظريتين الا ان كل منهما يؤدي الى نتيجة عملية واحدة وهي إعفاء السلطة الإدارية من الالتزام بمبدأ المشروعية<sup>3</sup>.

ويبرز وجه الاختلاف بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية أعمال السيادة في الجوانب الآتية:

### أولاً: من حيث الأساس

إن أساس الظروف الاستثنائية هو فكرة الضرورة أما أساس أعمال السيادة فلم يستقر عليه وقد نتج عن عدم هذا الاستقرار وجود عدة معايير أو أسس، ويرجع السبب الرئيسي في ذلك أنها كانت وليدة الظروف الاستثنائية<sup>4</sup>.

### ثانياً: من حيث مخالفة مبدأ المشروعية

إن نظرية الظروف لا تخالف المشروعية إلا من الناحية الشكلية، بحيث تظل خاضعة لرقابة القضاء فيما يتعلق بالجانب الموضوعي، أما أعمال السيادة فهي تخالف مبدأ المشروعية من الناحيتين الشكلية والموضوعية، وإن كان يفترض فيها عدم مخالفتها من الناحية الموضوعية، وهنا وصفها " جيز " بأنها نقطة سوداء في جبين المشروعية<sup>5</sup>.

ويعتبر الدكتور " عبد الفتاح ساير داير " عن هذا الوجه من أوجه التمييز فيقول: " ان نظرية الظروف الاستثنائية يفترض فيها بداية مخالفة القوانين العادية، فهي دفع في مواجهة

<sup>1</sup> - تميمي نجاة، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003، ص24.

<sup>2</sup> - إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص 118.

<sup>3</sup> - تميمي نجاة، مرجع سابق، ص24.

<sup>4</sup> . بوخميس فؤاد، مرجع سابق، ص32.

<sup>5</sup> . إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص118.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

القانون واعتداء على سلطة المشرع، بينما أعمال السيادة دفع في مواجهة القاضي بسلبه بعض اختصاصاته<sup>1</sup>.

### ثالثا: من حيث خضوع كل منهما لرقابة القضاء

تخضع الأعمال التي تصدرها الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء إلغاء أو التعويض، بحيث يقوم القاضي بمراقبة العمل الذي تم الطعن فيه أمامه في ظل هذه الظروف، واضعا نصب عينه تقديرها، والقدر الذي يتطلبه علاجها من العمل، ومن الطبيعي أن يبحث في الدعوى من الجانب الموضوعي.

أما الوضع يختلف بالنسبة لأعمال السيادة، إذ لا يمكن للقضاء البحث في الدعوى موضوعيا، ومن هنا تقلت أعمال السيادة من رقابة القضاء إلغاء أو تعويضا<sup>2</sup>.

إذن إذا توفرت الشروط الشكلية في الدعوى التي يرفعها الشخص على أساس نظرية الظروف الاستثنائية، فإن القاضي يبحث في الموضوع ليقدر الإلغاء أو عدم الإلغاء، أما بالنسبة للدعوى المرفوعة على أساس نظرية أعمال السيادة، فإن القاضي لا يبحث في موضوعها إذا ما اعتبر أن العمل المطعون فيه ينتمي لفئة أعمال السيادة، ومعنى ذلك أن الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية تبقى خاضعة للرقابة القضائية، على خلاف نظرية أعمال السيادة التي تعتبر استثناء حقيقيا على مبدأ المشروعية، بحيث إن الإدارة لا تخضع في مباشرتها للأعمال السيادة لأية رقابة<sup>3</sup>.

ويترتب عن هذا أن حالة الظروف الاستثنائية أكثر قانونية من نظرية أعمال السيادة التي هي نظرية سياسية.

ويترتب أيضا على هذا أن حصانة أعمال السيادة هي دفع بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول، وهو دفع متعلق بالنظام العام، أما حالة الظروف الاستثنائية فليست لها أي حصانة تمنع القضاء، نظرا لأعمال التي تندرج تحتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> . عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1955، ص135.

<sup>2</sup> . تميمي نجاة، مرجع سابق، ص26.

<sup>3</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص27.

<sup>4</sup> . عثمان خليل، مجلس الدولة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1956، ص181.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### رابعاً - من حيث المجال الزمني:

أن الظروف الاستثنائية هي حالة مؤقتة ولا تطبق إلا عند توفر شروطها التي يملك القضاء التحقق من توافرها، والتي يجب على الإدارة ان تراعيها لسلامة ما تأتية من أعمال في ظلها<sup>1</sup>.

وأما أعمال السيادة نظرية دائمة ليس لها علاقة بظروف معينة أو بوقت معين<sup>2</sup>.

وبالتالي فإن تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية مرهون باستمرار الحالة غير العادية التي تهدد سلامة وأمن الدولة، أما نظرية أعمال السيادة فإن تطبيقها جائز في أي وقت، إذ لا تتوقف أعمالها على ظرف معين<sup>3</sup>.

### خامساً: من حيث الطبيعة

إن نظرية أعمال السيادة هي نظرية سياسية، أما حالة الظروف الاستثنائية فهي قانونية. فإن تقرير نظرية الظروف الاستثنائية يرجع إلى أسباب عملية يمكن التأكد من وجودها أو عدم وجودها التي تتمثل في استحالة أو تعذر مواجهة الأزمة بإتباع القواعد القانونية العادية، أما نظرية أعمال السيادة فإنها ترجع في الغالب إلى أسباب سياسية، مادام أن الأعمال التي تدخل في طائفة أعمال السيادة يغلب عليها الطابع السياسي، ومن هنا فإن نطاق هذه النظرية يختلف من مجتمع لآخر ، وذلك وفقاً للعلاقات القوى التي تسود في المجتمع وموقف القضاء من الصراع بين السلطة والحرية<sup>4</sup>.

### سادساً: من حيث ضمانات الأفراد

بالنسبة لأعمال السيادة لا توجد ضمانات للأفراد سوى أن القاضي هو الذي يكيفها، أما في ظل الظروف الاستثنائية فـضمانات الأفراد متعددة أهمها رقابة القضاء<sup>5</sup>.  
ومنه فإن الضمانات التي يتمتع بها الأفراد خلال الظروف الاستثنائية أقوى من الضمانات التي يتمتع بها الافراد في حالة أعمال السيادة، ففي الظروف الاستثنائية فـالقاضي

<sup>1</sup> . تميمي نجاة، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> . مرجع نفسه، ص 27.

<sup>3</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 27.

<sup>4</sup> . حافظ محمود، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1973، ص 54.

<sup>5</sup> . إبراهيم درويش، مرجع سابق، ص 121.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

حتى ولو سمح للإدارة بمخالفة القواعد القانونية، يقصر ذلك على فترة بقاء الظروف الاستثنائية، مع السماح للأفراد بحق الطعن في الأعمال الصادرة خلال تلك الظروف، أما بالنسبة لأعمال السيادة فإن الضمانة الوحيدة التي يتمتع بها الأفراد تتمثل في أن القاضي هو الذي يكيف عمل الإدارة الذي ادعته بأنه من أعمال السيادة<sup>1</sup>.

وإن الأعمال الصادرة في ظل الظروف الاستثنائية يجوز للأفراد طلب إلغائها، أو طلب التعويض عنها، أما بالنسبة لأعمال السيادة فإنها محصنة تماما من الرقابة القضائية، سواء عن طريق الإلغاء أو عن طريق التعويض، وأيا كان الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية القوة القاهرة

نظرا للجدل الكبير الذي اتخذته نظرية الظروف الاستثنائية والخلط الكبير الذي حدث بينها وبين نظرية القوة القاهرة، فقد ارتئينا التمييز بين هاتين النظريتين ولكن بعد بيان تعريف القوة القاهرة أولا، ثم نوضح أوجه التشابه والاختلاف بين النظريتين.

#### أولا: تعريف القوة القاهرة:

ويقصد بالقوة القاهرة: " كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعة هذا المدين توقعها أو منع حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلقا الوفاء بالتزامه"<sup>3</sup>. كما عرفها بعض الفقه بأنها " حادث غير ممكن توقعه، ويستحيل دفعه، ومن شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا استحالة مطلقة، كقيام حرب غير متوقعة، أو حصول فيضان عال غير متوقع، أو زلزال أو كارثة"<sup>4</sup>.

ويتضح من خلال هذا التعريف ان نظرية القوة القاهرة تتطلب توافر ثلاثة شروط في الحادث حيث يعتبر قوة القاهرة وهذه الشروط هي:  
- أنه لا يمكن توقع الحادث.

<sup>1</sup> . عبد الفتاح ساير داير، مرجع سابق، ص 136.

<sup>2</sup> . نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 28.

<sup>3</sup> . الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، السنة الجامعية 1979-1980، ص 537.

<sup>4</sup> . محمد نجات محمد، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، 2007، ص 397.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

- أنه لا يمكن مقاومة الحادث أو دفعه.

- أن يتسبب الحادث في جعل تنفيذ التزام مستحيلا استحالة مطلقة<sup>1</sup>.

ثانيا: أوجه الشبه بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية القوة القاهرة

### 1- من حيث المنشأ:

قد يكون المنشأ للنظريتين حادث واحد في ذات الوقت، بمعنى أن حادثا واحد ينتج عنه تحقق النظريتين ، فمثلا إذا قامت الحرب ونتج عنها اضطراب للمواصلات في بعض الأماكن فإن تنفيذ الالتزام في حالة التعهد بتزويد مادة أو بضاعة معينة قد أصبح مرهقا للمورد، بمعنى أن المورد يستطيع نقلها ولكن تكلفة أعلى مما اتفق عليها في العقد، في هذه الحالة تعتبر الحرب ظرفا طارئا، أما إذا انقطعت المواصلات كليا لا بسبب الحرب حيث توقف استيراد هذه المادة أو البضاعة توقفا كاملا فيكون محل الالتزام مستحيلا في هذه الحالة، فتعتبر الحرب قوة القاهرة<sup>2</sup>.

### 2 - من حيث عنصر المفاجأة

لا يعتد بأثر القوة القاهرة ولا بالظروف الاستثنائية إلا إذا كان كل منهما غير متوقع وقت إبرام العقد، لا يمكن دفعه فيشترك كلا من الحادثين بأنهما يتحققان عن طريق المفاجأة والحتم<sup>3</sup>.

### 3 - من حيث وقت الاعتداء

يشترط في وقت الأخذ بالنظريتين أن يكون في الفترة اللاحقة على إبرام العقد وقبل التنفيذ، وبالتالي فإن النظريتين لا يمكن تطبيقها قبل إبرام العقد أو في وقت إبرامه أو بعد تنفيذه، لأنه من المتفق عليه فقها وقضاء أن الحادث الذي يقع وقت إبرام العقد أو قبله أو بعد

<sup>1</sup> - عبد الحكم فودة، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014، ص176، 177.

<sup>2</sup> - محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص81.

<sup>3</sup> - الشيخ الفزاري، مرجع سابق، ص 539.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

تنفيذه، ليس له أي أثر قانوني على الالتزام التعاقدية، ومن ثم لا يمكن الاستناد عليه لتطبيق أي نظرية منهما<sup>1</sup>.

ثالثاً: أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة

### 1 - من حيث مدى العلاقة بالنظام العام

نجد أن معظم التشريعات الوضعية لم تساوي في الحكم بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة فيما يتعلق بعلاقتها بالنظام العام، حيث أنه في الوقت التي حظرت فيه تلك القوانين على الأطراف المساس بنظرية الظروف الاستثنائية أو استبعادها، فإنما على عكس ذلك تماماً حين أجازت للأطراف الاتفاق على استبعاد تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية<sup>2</sup>.

### 2 - من حيث إمكانية تنفيذ الالتزام

يترتب على توافر الظروف الاستثنائية أن يكون تنفيذ التزامات العقدية مرهقاً، بحيث يؤدي لخسائر فادحة للمدين ولكن لا يصل الى حد استحالة التنفيذ، أما بالنسبة للظروف القاهرة فإن تنفيذ الالتزام يكون مستحيلاً<sup>3</sup>.

### 3: من حيث النتائج

يترتب على تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية توزيع الأعباء الخارجة عن التعاقد بين الدائن والمدين، بينما يترتب على القوة القاهرة انقضاء الالتزام وترفع عن المدين كافة المسؤولية الناشئة عن عدم التنفيذ ويتحمل الدائن وحده نتائج ذلك<sup>4</sup>.

رابعاً: تنفيذ الالتزامات التعاقدية في زمن فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة.

يعتبر فيروس كورونا من ناحية علم الأوبئة وباء، لكن من ناحية علم القانون فنجد أنه تتوفر فيه جميع المقومات التي تستوجب توافرها في كل من القوة القاهرة والظروف الاستثنائية، ويتضح هذا من خلال اعتبار فيروس كورونا covid19 هو حادث استثنائي، أي انه حادث

<sup>1</sup> - هبة محمد محمود الذيب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية في القانون المدني الفلسطيني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية 2012-2013، ص51.

<sup>2</sup> - الشيخ الفزاري، مرجع سابق، ص540.

<sup>3</sup> - عبد الودود يحي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1994، ص180.

<sup>4</sup> - الشهابي إبراهيم الشراوي، مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، الشارقة، 2014، ص223.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

غير عادي وليس مألوف لدى عامة الناس والمتعاقدين خاصة، فلا يمكن توقعه أو إدراكه من طرف المتعاقدين، ولا يمكن أيضا دفعه أو حتى وجود فرضية دفعه أو القيام بما يلزم لدفعه.

ويعتبر أيضا فيروس كورونا covid19 حادث استثنائي يؤثر على تنفيذ الالتزام التعاقدية إما بشكل يجعل تنفيذه مرهقا على المدين أو يجعل تنفيذه مستحيلا<sup>1</sup>.

### 1 - التمييز بين اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة أم ظرف استثنائي في علاقته بتنفيذ الالتزامات التعاقدية.

يوجد في هذا المجال نظريتين ونجد مفاد النظرية الأولى أنه يمكن اعتبار فيروس كورونا covid19 قوة قاهرة، إذا ما أدى إلى استحالة تنفيذ الالتزام كليا أو جزئيا، ومن ثم يكون فيروس كورونا covid19 سببا لانقضاء الالتزام عملا بمقتضيات الفصلين 335 و336 من قانون الالتزامات والعقود، حيث يحق للمدين في حالة استحالة الكلية بسبب فيروس كورونا covid19 أن يدفع بمقتضيات الفصلين 286 والفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود كي يتم اعفائه من المسؤولية التعاقدية التي يمكن أن تترتب عليه إما في حالة استحالة تنفيذ الالتزام من طرف المدين استحالة جزئية بسبب فيروس كورونا covid19 يبقى للدائن بخصوص الجزء الثاني يقبل بالتنفيذ الجزئي أو طلب فسخ العقد عملا بنص المادة 336 من قانون الالتزامات والعقود.

أما الفرضية الثانية مفادها أن فيروس كورونا يقوم مقام الظروف الطارئة متى أصبح من الصعب تنفيذ الالتزام دون أن تحصل هناك خسارة أو ضرر للمدين، أي تنفيذ الالتزام في ظل وجود فيروس كورونا covid19 أصبح مرهقا ومعسرا دون أن يصل لدرجة استحالة تنفيذه، لأنه إذا وصل لهذه الدرجة انقلب إلى قوة قاهرة<sup>2</sup>.

### 2 - سلطة القضاء في مجال تنفيذ التزامات التعاقدية في ظل جائحة فيروس كورونا.

إن سلطة القاضي وتدخله في تنفيذ الالتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا covid19- تتراوح بين الحظر والتقييد والاطلاق، لذلك القاضي محذور عليه تكييف فيروس كورونا على أنه ظرف طارئ ومن ثم إمكانية تعديله للعقد يتناسب مع الإرهاق الذي

<sup>1</sup> نبيل محمد بوحميدي، عبد المهيم حمزة، الدولة والقانون في زمن جائحة الكورونا، مجلة دولية علمية محكمة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، عدد ماي، الرباط، 2020، ص330.

<sup>2</sup> مرجع نفسه، ص 330، 331.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

أصاب المدين كما تبقى له سلطة مقيدة في أعمال نظرية القوة القاهرة، أي بناء على طلب ممن له مصلحة في الدفع بها، إذا ما توفرت شروطها، كما أن هذه الشروط تكون محل مراجعة من طرف محكمة النقض في إطار الرقابة التي تفرضها السلطة التقديرية لقضاة الموضوع<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني

#### مجال تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية

إن إحترام الإدارة للقواعد القانونية العادية عند قيامها بوظائفها تتناسب مع الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف إستثنائية وجدت الإدارة نفسها ملزمة بالتصرف الذي من شأنه حماية المصلحة العامة من التعرض لأي خطر.

ولقد كانت الجزائر من الدول التي اعترفت رسميا بموجب دساتيره المتتالية ونظامها القانوني بالظروف الإستثنائية، وقد تم تطبيق العديد منها منذ إستقلال الجزائر نتيجة للأزمات السياسية التي مرت بها الفراغات الدستورية التي عرفتھا.<sup>2</sup>

فبالرجوع لدستور 1963 نجد المادة 59 منه تنص على السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية<sup>3</sup> كما كرست المواد من 119 إلى 123 من دستور 1976 حالات الظروف الإستثنائية المتمثلة في حالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الإستثنائية، وحالة الحرب.<sup>4</sup> ونجد النص على نفس هاته الحالات في دستور 1989 في المواد من 6 إلى 589 أما دستور 1996 فذكرها في المواد من 91 إلى 95 منه<sup>6</sup> وأخيرا عاجها التعديل الدستوري لسنة 2016 في المواد 105، 107 و 109 منه.

<sup>1</sup> - نبيل محمد بوحميدي، عبد المهيم حمزة، مرجع سابق، ص 332.

<sup>2</sup> - أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005، ص 17، 18.

<sup>3</sup> - دستور الجزائر لسنة 1963، المؤرخ في 10/03/1963 الجريدة الرسمية رقم 64.

<sup>4</sup> - الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 23 نوفمبر 1976 المتضمن إصدار دستور الجمهورية، الجريدة العدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976.

<sup>5</sup> - مرسوم رئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير، يتعلق بنشر تعديل الدستور، جريدة رسمية، عدد 09، الصادر في أول مارس 1989.

<sup>6</sup> - مرسوم رئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، جريدة رسمية، عدد 76، الصادر في 8/2/1996 المعدل بالقانون 05-19 المؤرخ في 15/11/2008 المتضمن بتعديل الدستور، جريدة رسمية عدد 63 الصادر في 16/11/2008.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

وتشترك هذه الدساتير في أنها جعلت رئيس الجمهورية الجهة الدستورية الوحيدة المختصة بإعلان حالات الظروف الإستثنائية، والذي عليه أن يراعي الإجراءات الشكلية في حالاتها، كما تشترك هذه الدساتير في تحديدها لحالات الظروف الإستثنائية وبيان أحكام كل حالة من الحالات المتمثلة في: حالة الطوارئ، حالة الحصار، الحالة الإستثنائية، وحالة الحرب.<sup>1</sup>

وتبعا لها سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة حالتي الحصار والطوارئ كمطلب أول، والحالة الإستثنائية وحالة الحرب كمطلب ثاني.

### المطلب الأول: حالتي الحصار والطوارئ:

يتمتع رئيس الجمهورية بسلطة الإعلان في جميع حالات الظروف الإستثنائية، ومن بينها حالة الحصار والطوارئ حيث نصت المادة 105 من الدستور الحالي على الحالتين على: " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار، لمدة معينة بعد إجتماع المجلس الأعلى للأمن وإستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لإستيعاب الوضع، ولا يمكن تحديد حالة الطوارئ أو الحصار، إلا موافقة البرلمان المنعقد بغرفتيه المجتمعين معا ".<sup>2</sup>

ومن خلال هذا يتبين للوهلة الأولى أن الطوارئ والحصار هما مصطلحان يعبران عن حالة واحدة، لأن المؤسس الدستوري نص عليهما في آن واحد وربطهما بحالة الضرورة الملحة دون أن يورد تمييز بينهما، وبالتالي لا يظهر لنا الفرق بينهما إلا من خلال دراسة التشريعات الخاصة بكل حالة فيما يأتي من فروع.

### الفرع الأول: تعريف حالة الطوارئ والحصار:

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف كل من حالتي الحصار والطوارئ.

<sup>1</sup> - آمال جبيحة، إبتسام بوحاجب، الرقابة القضائية على تدابير المجلس الإداري، مذكرة المتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية 2018-2019، ص84.

<sup>2</sup> - المادة 105، القانون رقم 16-01، مرجع سابق، ص21.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

أولاً: تعريف حالة الطوارئ:

تعد حالة الطوارئ من أهم الحالات التطبيقية للظروف الاستثنائية، إذ نجد معظم الدول الحديثة ذات النظام السياسي القائم على الديمقراطية مرت بها، ومن بينها الجزائر.<sup>1</sup> أما الفقه فقد اعتبر حالة الطوارئ واجب يرتقب إلى حد الالتزام متى تحققت شروطه بالنسبة للسلطة التنفيذية وليس مجرد رخصة تمنح لها لإستعمالها، لأنها تتخذ في الظروف الصعبة الماسة بأمن وسلامة الدولة التي يكون لها التفوق من حيث الأولوية على حقوق وحريات الأفراد<sup>2</sup>، ورغم اتفاق فقهاء القانون العام المقارن على الغاية التي من أجلها تفرض حالة الطوارئ وهي مواجهة ظروف استثنائية طارئة تمر بها البلاد وتهدد أمن وسلامة البلاد، إلا أنهم لم يتفقوا على وضع تعريف محدد لحالة الطوارئ، فعرّفها الفقيه الفرنسي dlaubadere ديلوبادير بأنها: " نظام إستثنائي للضبط تفرزه فكرة حماية البلاد من الأخطار"<sup>3</sup> كما عرفها الدكتور "مصطفى أبو زيد فهمي" بأنها : " نظام قانوني أعد لمواجهة الظروف الإستثنائية ويقوم مقابل قوانين السلطة الكاملة".<sup>4</sup>

وخلافا لما وجدنا عليه أمر حالة الطوارئ فيما سبق ذكره، فإننا لم نعثر في النظام الجزائري على أي محاولة للتعريف بحالة الطوارئ وبيان المقصود منها، حيث أن من كتبوا وتناولوا بالدراسة نظرية الظروف الإستثنائية، اكتفوا فقط بدراسة النصوص الدستورية التي أقرتها وربما يبرر تصرفهم هذا حقيقة ما علق به البعض قائلا: " إن مفهوم حالة الطوارئ لم يتطور في نظر المشرع، ولم يأخذ أبعاده وشكله النهائي، إذ أن التدابير التي تقتضيها هذه الحالة لم تنظم دفعة واحدة بل تباعا حسب الظروف والحاجة، وحسب ظهورها على مسرح الحوادث".<sup>5</sup>

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن ملاحظة بعض خصائص ومميزات حالة الطوارئ وهي:

<sup>1</sup> - مولودي جلول، حماية الحقوق والحريات أثناء حالة الطوارئ في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2009-2010، ص15.

<sup>2</sup> - سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1990، ص267.

<sup>3</sup> - شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المعقود، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص120.

<sup>4</sup> - إبراهيم مبارك، " القيود الواردة على إختصاصات رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ"، مجلة الدراسات الحقوقية، المركز الجامعي نور البشير، العدد التاسع، البيض، ص198.

<sup>5</sup> - هيثم المالح، "حالة الطوارئ، أثرها على حقوق الإنسان"، مجلة العدالة، العدد السابع، سوريا، أبريل 2003، ص03.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الخاصية الأولى - يعد نظام حالة الطوارئ نظام قانوني يخضع لمبدأ سيادة القانون.

الخاصية الثانية - إن فرض هذا النظام يستند في مواجهة ظروف طارئة وغير عادية.

الخاصية الثالثة - أنه نظام لا يكون إلا بصفة مؤقتة.

الخاصية الرابعة - أن فرض هذا النظام لا يتم إذا كانت هناك طريقة أخرى لمواجهة هذه الظروف.

الخاصية الخامسة - أن يكون الغرض من فرض حالة الطوارئ هو حماية المصالح الوطنية.

الخاصية السادسة - أن ينتهي هذا النظام الإستثنائي بقوة القانون، أي بمجرد زوال الحاجة إليه.<sup>1</sup>

إن إعلان حالة الطوارئ في الجزائر كان بتاريخ 9 فبراير 1992 لمدة سنة على إثر الأحداث التي تبعت إيقاف المسار الانتخابي وظهور سلطة غير دستورية تحاول العمل في إطار الدستور، إذ أن قرار إعلان حالة الطوارئ وقعه رئيس المجلس الأعلى للدولة الذي أهله المدولة رقم 01-9 المؤرخة في 19 جانفي 1992 للإمضاء على كل القرارات التنظيمية والفردية وترأس مجلس الوزراء، وقد تم إعلان حالة الطوارئ لمدة أولى قدرت بـ 12 شهرا، بقيت سارية المفعول للأكثر من 12 سنة متواصلة، نص على ذلك الأمر رقم 01-11 المؤرخ في 23 فبراير 2011 المتضمن رفع حالة الطوارئ.<sup>2</sup>

### ثانيا: تعريف حالة الحصار:

تعرف حالة الحصار بأنها الحالة التي تسمح لرئيس الدولة بأن يقوم بكافة التدابير القانونية والتنظيمية من أجل حماية إستقرار مؤسسات الدولة والحفاظ عليها، وكذا إسترجاع النظام والسير العادي للمرافق العمومية<sup>3</sup>، فهي تدبير من تدابير الضبط الإداري يقرره رئيس الجمهورية بهدف المحافظة على الأمن وإسترجاعه في البلاد.<sup>4</sup>

وظهرت حالة الحصار في معظم الدول من خلال دساتيرها وقوانينها مع الإختلاف في التسمية إذ هناك من الدول من يطلق عليها "الحكم العرفي" كالقانون المصري، والقانون المقارن يميز بين صورتين

<sup>1</sup> - زغودو جغلول، حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، السنة الجامعية 2004-2005، ص12-13.

<sup>2</sup> - فاطمة موساوي، الرقابة على السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية في الأنظمة القانونية الجزائرية والفرنسية والمصرية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص102.

<sup>3</sup> - فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، طبعة الثانية، الجزائر 2006، ص63.

<sup>4</sup> - بوقريط عمر، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، السنة الجامعية 2007-2008، ص27-28.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

لنظام الأحكام العرفية أو حالة الحصار وهما الأحكام العرفية العسكرية التي تظهر في المناطق المحتلة عسكرياً من قبل إحتلال أجنبي، حيث يقوم هذا النظام على تركيز السلطة في يد قائد الحملة العسكرية، أو الأحكام العرفية السياسية وهي نظام يقوم على مجرد السماح للهيئة التنفيذية بسلطات أكثر إتساعاً لعمالها في الظروف العادية نظراً لما يهدد سلامة وأمن الدولة مع بقاء هذه السلطات خاضعة للدستور والقوانين.<sup>1</sup>

وتطبيق على حالة الحصار في الجزائر، فقد تم إقرار الحالة بتاريخ 4 جوان 1991، ورفعت بتاريخ 29 سبتمبر 1991 على اثر الأحداث الأليمة التي شهدتها البلاد اثر إضطراب الجبهة الإسلامية للإنفاد الناجم على موافقة المجلس الشعبي الوطني المنتمي للحزب الحاكم آنذاك وهو جبهة التحرير الوطني على قانونين للإنتخابات وتقييم الدوائر الإنتخابية اللذين وضعاً على مقاس ما يخدم الحزب الحاكم وهو ما أدى في الأخير إلى تعديلها دون مراعاة بمبدأ المساواة في التمثيل بين الدوائر الإنتخابية.<sup>2</sup>

وتم تطبيق حالة الحصار أيضاً في 6 أكتوبر 1988 على اثر أحداث 5 أكتوبر 1988 المشهورة حيث تم إعلانها في الجزائر العاصمة وضواحيها، علمت أن مرسوم إعلانها لم ينشر، حيث أصدرت القيادة العسكرية ثلاث بلاغات عنها، الأول خاص بمنع المظاهرات والتجمعات المهددة للنظام العمومي، والبلاغ الثاني قرر حظر التجول في منتصف الليل والسادسة صباحاً في كل من الجزائر، رويبة، والشرافة، أما البلاغ الثالث قضى بأن حماية الأموال العمومية ستكون بالقوة.<sup>3</sup>

### ثالثاً: شروط إعلان حالي الطوارئ والحصار:

يجب قبل إعلانها توافر شروط شكلية وأخرى موضوعية والمتمثلة كالاتي:

#### 1-الشروط الموضوعية:

وتتجلى في شرط الضرورة الملحة وتحديد المدة.

<sup>1</sup>-عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة بين النظامين الرئاسي والبرلمانية، دار الفكر العربي للطباعة، القاهرة، 1980، ص121.

<sup>2</sup>-آمال جبيحة، إبتسام بوحاجب، مرجع سابق، ص90.

<sup>3</sup>-ابراهيم يامة، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015، ص192-193.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### أ- شرط الضرورة الملحة:

هذا الشرط هو ما ابتدأ به النص الدستوري الجزائري المنظم لحالتي الطوارئ والحصار، ويتجسد في الخطر الذي يهدد سلامة الأشخاص والممتلكات، حيث نصت المادة 105 من الدستور الحالي على: " يقرر رئيس الجمهورية إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار...<sup>1</sup> ويتبين أن رئيس الجمهورية مطالب دستوريا بالالتزام بتقدير الخطر ودرئه وذلك بإعلان حالة الطوارئ أو الحصار بصفته حامي الدستور<sup>2</sup>، وهذا ما يؤكد على أن رئيس الجمهورية ملزم قبل إعلانه لحالة الطوارئ أو الحصار بأن يدرس ويشخص الوضع أولا بطريقة جيدة بناء على القواعد الدستورية العادية المتبعة، كون عنصر الضرورة قيذا جوهريا رغم صعوبة تحديده لأنه ضمانة دستورية لحماية الحريات بصفة عامة.<sup>3</sup>

### ب- شرط تحديد المدة:

يعتبر هذا الشرط بدوره قيذا جوهريا وشرطا أساسيا، فلرئيس الجمهورية كافة الصلاحيات في تقديره، وله سلطة واسعة في إتخاذ الإجراءات والإحتياطات المناسبة حتى لا يكون محل حرج لدى تمديد مدتها والتي لا تكون إلا بموافقة البرلمان بغرفتيه<sup>4</sup> لأنه إذا رفض البرلمان يضطر الرئيس لرفعهما. ونلاحظ أن الدستور الجزائري لم ينص صراحة على ذكر المدة اللازمة وتاريخ بدايتها وكذا نهايتها، وإنما ربط هذه المدة بفكرة إستيعاب الوضع، على عكس المشرع الدستوري الفرنسي نجد أنه حددها بمدة اثني عشر يوما.

وطبقت حالة الطوارئ بالمرسوم الرئاسي رقم 92-44 المؤرخ في 09/12/1992 والذي تنص مادته الأولى على: " تعلن حالة الطوارئ مدة اثنا عشر شهرا على امتداد كامل التراب الوطني ابتداء من 09/12/1992 ويمكن رفعها قبل هذا الميعاد".<sup>5</sup>

### 2- الشروط الشكلية:

تبعاً للشروط الموضوعية هناك شروط شكلية والمتمثلة في:

<sup>1</sup> - المادة 105 من القانون رقم 16-01، مرجع سابق، ص 14.

<sup>2</sup> - ابراهيم مبارك، مرجع سابق، ص 200.

<sup>3</sup> - رقوة وداد، لعاببي سارة، مرجع سابق، ص 14.

<sup>4</sup> - آمال جبيحة، إبتسام بوحاجب، مرجع سابق، ص 92.

<sup>5</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المؤرخ في 09 فيفري 1992، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية، العدد 10، الصادر في 9 فبراير 1992، ص 285.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### أ- اجتماع المجلس الأعلى للأمن:

حسب نص المادة 197 من التعديل الدستوري 2016 "يؤسس مجلس أعلى للأمن يرأسه رئيس الجمهورية مهمته تقديم الآراء إلى رئيس الجمهورية في كل القضايا المتعلقة بالأمن الوطني..."<sup>1</sup>، فإن قرار الرئيس المتعلق بحالتي الطوارئ والحصار، يتوقف إلى حد بعيد على التقارير التي يقدمها له المجلس الأعلى للأمن، لذلك فإن المشرع الدستوري وفق في تقييد سلطة الرئيس في إعلان هذه الحالة بضرورة إنتظار إجتماع المجلس الأعلى للأمن، بحيث أن معرفة درجة خطورة الأوضاع وتحديد الوسيلة المناسبة لمواجهتها تعود إلى الهيئة المكلفة بتسيير الوضع الأمني، وهي المجلس الأعلى للأمن، وإن كان الرئيس يكتفي بإستشارة هذه الهيئة دون أن يكون ملزما بتطبيقها، فقد يتحتم على الرئيس مراعاة الإجراء الشكلي المتمثل في ضرورة مراعاة إجتماع هذه الهيئة الأمنية، قبل إعلان حالتي الطوارئ والحصار، بإعتبار أن الجهاز الأمني مختصا عمليا في قضايا الأمن والدفاع.<sup>2</sup>

### ب- استشارة رئيس غرفتي البرلمان:

إن إتخاذ إجراءات إستثنائية لا يتم في غياب رأي الهيئة المتمثلة للشعب والمتمثلة في البرلمان أو أخذ رأي الهيئة المكلفة بالتشريع، وتعود الحكمة من إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني كون السلطة التشريعية صاحبة الإختصاص فيما يخص التشريع في مجال الحريات العامة لغرض حمايتها خاصة في ظل الحالات الإستثنائية، ثم إن تقدير مدى خطورة الأوضاع وخطورة الإجراء المتخذ في مثل هذه الحالات يجعل إستشارة ممثلي الشعب عن طريق رئيسهم أكثر من ضرورية، فليس من المنطقي تغيب الهيئة المكلفة بتمثيل الشعب وحماية حقوقه.<sup>3</sup>

### ج- استشارة الوزير الأول:

انطلاقا من أن الوزير الأول يعد عضوا أيضا في المجلس الأعلى للأمن فإن إستشارته ضرورية في تقرير احدي الحالتين، بإعتباره المطلع على مختلف الأوضاع والتطورات التي

<sup>1</sup> المادة 197، القانون رقم 16-01، مرجع سابق، ص34.

<sup>2</sup> مصطفى رباحي، الصلاحيات غير العادية لرئيس ج في ظل دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2004-2005، ص18.

<sup>3</sup> محمد علي سديرة، الحالات الإستثنائية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014، ص17-18.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

يعيشها المجتمع، مما يستلزم استشارته في الموضوع لتجنب سوء تقدير المواقف والقرار وتمكينه من اتخاذ الإحتياطات والإجراءات التنسيقية اللازمة إذا استدعت الضرورة تقرير احدى الحالتين.<sup>1</sup>

### د- استشارة المجلس الدستوري:

يمثل رأي رئيس المجلس الدستوري دعما معنوياً وقانونياً في نفس الوقت لرئيس الجمهورية، ودعماً لشرعية تصرفه المتمثل في تقريره، إحدى الحالتين، فهو بمثابة إقرار من أعلى هيئة دستورية بأن أوضاع البلاد أصبحت خطيرة لا يمكن مواجهتها بقواعد القانون العادية، وتقتضي اللجوء إلى الإجراءات الإستثنائية.<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: مدى إمكانية الرقابة القضائية على حالي الطوارئ والحصار:

يترتب على تقرير رئيس الجمهورية لحالة الطوارئ أو حالة الحصار، اتساع سلطات الضبط الإداري، لتشمل المساس بالحقوق والحريات العامة، ومن هنا تبرز أهمية دراسة مدى إمكانية الرقابة القضائية على حالي الطوارئ والحصار، باعتبار الرقابة القضائية تعد أحسن ضماناً لحماية الحقوق والحريات العامة.

ولمعرفة ما إذا كان القاضي الإداري بإمكانه رقابة القرارات والأعمال المتخذة في ظل هذه الظروف، فإنه يتعين علينا أن نتعرض إلى تحديد الطبيعة القانونية للقرار المتعلق بتقرير حالي الطوارئ أو الحصار، وكذلك الطبيعة القانونية للإجراءات الصادرة إستناداً إلى ذلك القرار.<sup>3</sup>

### أولاً: الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالي الطوارئ أو الحصار:

يؤدي تحديد الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالي الطوارئ والحصار إلى معرفة ما إذا كان ذلك القرار يعد قراراً إدارياً خاضعاً لرقابة القاضي الإداري، أو أن ذلك القرار على الرغم من أنه إداري، إلا أنه لا يخضع للرقابة القضائية باعتباره عملاً من أعمال السيادة.<sup>4</sup>

وانطلاقاً من هذا يتطلب منا معرفة موقف كل من الفقه والقضاء من قرار إعلان حالي

الطوارئ والحصار .

<sup>1</sup> - ابراهيم مباركي، مرجع سابق، ص 206.

<sup>2</sup> - أمال جبيحة، ابتسام بوحاجب، مرجع سابق، ص 94.

<sup>3</sup> - حمزة نقاش، مرجع سابق، ص 106.

<sup>4</sup> - مرجع نفسه، ص 107.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### 1- موقف الفقه من قرار إعلان حالتي الطوارئ والحصار:

عرفت مسألة تحديد الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالتي الطوارئ والحصار جدلا فقهيًا، فقد ذهب إتجاه إلى اعتبار ذلك القرار من قبيل أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء، وقد استند أصحاب هذا الرأي على أن حالة الطوارئ أو حالة الحصار هي في الأصل من إختصاص السلطة التشريعية، ومنه فإن رئيس الجمهورية لا يمارس ذلك الإختصاص إلا بصفة مؤقتة، ما دام البرلمان هو صاحب الكلمة الأخيرة في هذا الصدد بحيث يجوز له أن يقر ما قام به رئيس الجمهورية، كما يجوز له أن يلغي العمل به، وكل هذا يترتب عليه عدم إمكانية الطعن فيه أمام القضاء، وحتى لو قلنا بأن القرار المتعلق بإعلان حالة الطوارئ أو حالة الحصار يعد قرارا إداريا، فإنه لا توجد أية مصلحة بين طلب إلغائه، لأن هذا القرار قبل تنفيذه لا يلحق أي ضرر بالأفراد، وبالتالي يستحيل وجود صاحب المصلحة في هذا الطعن والمصلحة هي شرط قبول الدعوى، وهذا الرأي هو السائد في الفقه الجزائري.<sup>1</sup>

وقد ذهب إتجاه آخر، عكس هذا إذ رفض إعتبار قرار إعلان حالتي الطوارئ والحصار من قبيل أعمال السيادة، على أساس أن القرار صادر عن سلطة إدارية وليس عن سلطة تشريعية، وقد استند أصحاب هذا الإتجاه على أن الرقابة البرلمانية، لا تحول دون الرقابة القضائية، إضافة إلى ذلك فإن الإعلان الذي يتم على خلاف ما حددت النصوص يجب ألا يتمتع بالحصانة، فإذا كان إعلان حالة الطوارئ أو الحصار يتم بقانون، فلا يجوز القول بأن هذا الإعلان يفلت من رقابة المجلس الدستوري، وبالمثل مادام أن ذلك الإعلان يتم بقرار إداري، فيجب أن يخضع للرقابة القضائية.<sup>2</sup>

### 2- موقف القضاء من قرار إعلان حالتي الطوارئ والحصار:

بالنسبة لموقف القضاء من قرار اللجوء إلى حالة الطوارئ أو حالة الحصار، فإن الفرصة لم تتح على القضاء الجزائري للإبداء موقفه من هذه المسألة، على الرغم من أن الجزائر عرفت تطبيق هذين النظامين، أما القضاء الفرنسي فإن موقف مجلس الدولة الفرنسي قد تعرض للتطور ذلك أنه قبل منتصف القرن 20، كان ينظر إلى قرار إعلان حالة الحصار على وجه الخصوص، على أنه قرار سيادي أي أنه يخرج عن رقابة القضاء، ولكن تغير هذا

<sup>1</sup> - حمزة نقاش، مرجع سابق، ص 106، 107.

<sup>2</sup> - مرجع نفسه، ص 102.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الموقف إذ لم يعد يعتبر إعلان حالتى الطوارئ والحصار قرار من أعمال السيادة، بل أصبح من القرارات التي يجوز له أن يراقب شرعيتها.<sup>1</sup>

**ثانيا: الطبيعة القانونية للإجراءات الصادرة إستنادا لقرار إعلان حالتى الطوارئ والحصار:**

يكاد يجمع الفقهاء والقضاء في الجزائر وفرنسا على أن الإجراءات الصادرة استنادا إلى قرار إعلان حالتى الطوارئ والحصار تعتبر أعمالا إدارية خاضعة لرقابة القضاء الإداري، سواء عن طريق دعوى الإلغاء، أو دعوى التعويض.

وفي الجزائر فإن النصوص المتعلقة بحالة الطوارئ والحصار، فقد أشارت في بعض الحالات إلى إمكانية الطعن الإداري في الإجراءات الصادرة استنادا إلى قرار إعلان حالة الطوارئ أو الحصار<sup>2</sup>، وإذا كانت تلك النصوص لم تتكلم عن الطعن القضائي في حالة رفضت الطعن الإداري، فإن دعوى الإلغاء لا تحتاج إلى نص لتحريكها، مادام الأمر لا يتعلق بأعمال السيادة<sup>3</sup>، ومن غير المعقول أن يكون الطعن الإداري مقبولا منصوصا عليه، والطعن القضائي غير مقبول، مادام الأمر يتعلق بأعمال لها طبيعة إدارية.

**الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق حالتى الطوارئ والحصار:**

يختلف أثر إعلان الحالات الإستثنائية على الحقوق والحريات العامة للأفراد ضيقا واتساعا حسب الحالة المعلنة، فأثر حالة الطوارئ أخف وأقل صرامة على الحريات العامة من أثر إعلان حالة الحصار التي تعد أكثر صرامة.<sup>4</sup>

**أولا: الآثار الناتجة عن إعلان حالة الطوارئ:**

وتتمثل هذه الآثار في:

**1- آثار حالة الطوارئ على الأمن الفردي:**

نالت حرية الأمن الفردي عناية خاصة سواء من جانب المواثيق الدولية أو الدساتير المختلفة، نظرا لما يترتب على الأمن الفردي من إنعكاسات على المجتمع سواء بالسلب أو

<sup>1</sup> - حمزة نقاش، مرجع سابق، المرجع السابق، ص 104.

<sup>2</sup> - المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991، يتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية رقم 29 الصادر في 12 جوان 1991.

<sup>3</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 110.

<sup>4</sup> - إبراهيم يامة، مرجع سابق، ص 206.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الإيجاب، وتتأثر حرية الأمن الفردي بحالة الطوارئ من جراء الإجراءات والتدابير المتخذة والتي يكون لها إنعكاس مباشر عليها والمتمثلة أساسا في إجراءات الإعتقال الإداري من خلال وضع الأشخاص في مراكز الأمن المنشأة بموجب قانون الطوارئ، وكذا إجراءات الوضع تحت الإقامة الجبرية والمنع من الإقامة.<sup>1</sup>

وفي هذا الخصوص نجد المادة 5 من المرسوم الرئاسي 92-44 تنص على: " يمكن وزير الداخلية والجماعات المحلية أن يأمر بوضع أي شخص يتضح أن نشاطه يشكل خطورة على النظام والأمن العموميين...في مركز أمن محدد..."، وهذا أيضا ما أشارت له المادة 6 من نفس المرسوم.<sup>2</sup>

### أ- آثار حالة الطوارئ على حرية التنقل والإقامة:

جاء في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 92-44 في فقرتها الأولى والثانية على: " تحديد منع مرور الأشخاص والسيارات في أماكن وأوقات معينة، تنظيم نقل المواد الغذائية والسلع ذات الضرورة الأولى وتوزيعها"<sup>3</sup>، حيث لا يقتصر الأمر على الأشخاص، وإنما كذلك الأمر على السلع والمواد الحساسة وكذا الأموال والذي من شأنه أن يمس بحرية التنقل من خلال صعوبة الإجراءات المتبعة أثناء حالة الطوارئ مما قد يحدث إضطرابا في حياة المواطنين.

### ب- آثار حالة الطوارئ على الحرية الفردية:

يكون ذلك من خلال إتخاذ إجراءات تفتيش المساكن والمحلات نهارا أو ليلا، فبالرجوع إلى ما جاء به دستور 2016، وبالضبط في مادته 47 نجد أنه لا تفتيش إلا بمقتضى القانون<sup>4</sup>، وبأمر مكتوب صادر من السلطة القضائية المختصة، ولكن بالنظر إلى نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي 92-44 المؤرخ في 19/02/1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ نجد

<sup>1</sup> مسعودة مقدودة، التوازن بين سلطات الضبط الإداري والحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017، ص 145.

<sup>2</sup> المادة 5-6 المرسوم الرئاسي رقم 92-44، مرجع سابق، ص 285.

<sup>3</sup> ابراهيم يامة، مرجع سابق، ص 209، 210.

<sup>4</sup> المادة 47، القانون رقم 16-01، مرجع سابق، ص 7.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إجازة التفتيش ليلا ونهارا بإعتبار أن الوضع الأمني إستثنائي، وبالتالي لا يستوجب الحصول على رخصة من طرف السلطة القضائية للقيام بالتفتيش.<sup>1</sup>

### 02-آثار حالة الطوارئ على الحريات الجماعية:

وتتمثل هذه الآثار فيما يلي:

#### أ- آثار حالة الطوارئ على حرية الإجتماع:

جاء في نص المادة 07 من المرسوم الرئاسي 92-44 " يؤهل وزير الداخلية والجماعات المحلية والوالي المختص إقليميا، للأمر عن طريق قرار بالإغلاق المؤقت لفاعات العروض الترفيهية، وأماكن الإجتماعات مهما كانت طبيعتها، ويمنع كل مظاهرة يحتفل فيها بالإخلال بالنظام والطمأنينة العمومية.<sup>2</sup> وبهذا اعتبرت هذه المادة عملية الغلق المؤقت إجراء وقائيا يحد تجمعات الأشخاص لتفادي أي صدمات أو صرعات بين الأفراد والجماعات، ولكن شريطة أن يسري الغلق وفقا للقانون دون أن تتعسف السلطة المكلفة بذلك.<sup>3</sup>

#### ب- آثار حالة الطوارئ على المجالس المحلية المنتخبة :

جاء في نص المادة 8 من المرسوم الرئاسي 92-44 : " عندما يعطل العمل الشرعي للسلطات العمومية، أو يعرقل بتصرفات عاقبة مثبتة أو معارضة تعلنها مجالس محلية أو هيئات تنفيذية بلدية تتخذ الحكومة عند الإقتضاء التدابير التي من شأنها تعليق نشاطها أو حلها، وفي هذه الحالة تقوم السلطة الوصية بتعيين مندوبات تنفيذية على مستوى الجماعات الإقليمية المعنية إلى أن تجدد هذه الأخيرة عن طريق الإنتخاب".<sup>4</sup>

#### ثانيا: الآثار الناتجة عن إعلان حالة الحصار:

وتتمثل هذه الآثار في:

#### 1-آثار حالة الحصار على حرية الأمن الفردي:

لا يجوز نهائيا المساس بالحق في الحياة أو التعرض للإنسان في حياته وشخصه، وبالتالي يكون لكل فرد الحق في الأمن الذي يعد من أهم مظاهر الحرية الشخصية، وبهذا

<sup>1</sup> - المادة 6، مرسوم رئاسي 92-44، مرجع سابق، ص 285.

<sup>2</sup> - المادة 7، مرسوم رئاسي 92-44، مرجع سابق، ص 285.

<sup>3</sup> - مسعودة مقدود، مرجع سابق، ص 155.

<sup>4</sup> - المادة 8 مرسوم رئاسي 92-44، مرجع سابق، ص 286.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

يصبح يتمتع بضمانات ضد الإعتقال أو الحبس أو العقوبات التعسفية، وقد حرص المؤسس الدستوري الجزائري على تنبيه حق المواطن في الأمن حيث كفل قداسة الإنسان وسلامته وألزم توقيع الجزاء على مخالفة ذلك<sup>1</sup> وبالرغم من هذا يتم خرق هذه الحريات في حالة الحصار، ومن أهم مظاهر المساس بهاته الحريات أن يخول للسلطة العسكرية صلاحية إتخاذ تدابير الإعتقال الإداري والإخضاع للإقامة الجبرية ضد الأفراد إذا تبين أن نشاطهم يشكل مساسا ظاهرا بأمن الدولة.<sup>2</sup>

### أ- آثار حالة الحصار على حرية التنقل والإقامة:

نصت على هذه الحرية معظم المواثيق الدولية والإقليمية، وبالرجوع إلى المؤسس الدستوري الجزائري، نجد أنه لم يغفل عن صيانة هذه الحرية والمحافظة عليها، فقد أقر حرية الفرد في إختيار مكان إقامته فضلا عن حرية أي شخص في التنقل من منطقة إلى أخرى داخل إقليم الدولة أو خارجها، ولكن في ظل حالة الحصار تفرض على حرية التنقل جميع القيود، ويتم التضييق أو منع مرور الأشخاص أو تجمعهم في الطرق العمومية، أو انشاء مناطق إقامة محددة قانونا، زيادة على هذا تتم تنظيم مرور المواد الغذائية وتوزيعها وكل هذا يكون من طرف وتحت رقابة السلطة العسكرية التي تفرض لها صلاحيات المستندة للسلطة المدنية.<sup>3</sup>

### ب- آثار حالة الحصار على حرية الرأي والتعبير:

نص المؤسس الدستوري صراحة على حرية الرأي بصفة عامة فنصت المادة 42 من التعديل الدستوري 2016 على: " لا مساس بحرمة حرية المعتقد، وحرمة الرأي"<sup>4</sup>، ولكن في حالة الحصار خاصة التي عاشتها الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 91-196 أصدرت السلطة العسكرية المكلفة بإدارة حالة الحصار قرارا منعت به نشر جريدتين، كما فرض إجراءات

<sup>1</sup> - سمية خاضر، "تقييد الحريات العامة في ظل حالة الحصار"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث، دون سنة نشر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، ص98.

<sup>2</sup> - المادة 4، مرسوم رئاسي 91-196، مرجع سابق، ص1.

<sup>3</sup> - سمية خاضر، مرجع سابق، ص99-100.

<sup>4</sup> - المادة 42، القانون 01-16، مرجع سابق، ص10-11.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إستثنائية على الصحافة الأجنبية، وذلك بمنع مجموعة من الصحفيين جاؤوا لتغطية الأحداث الدخول إلى التراب الوطني، وهذه الإجراءات تعتبر إنتهاك ومساس بحرية التعبير والرأي.<sup>1</sup>

2- آثار حالة الحصار الجماعية:

بإعلان حالة الحصار يتم المساس بما تتضمنه الحريات الجماعية ومن بينها ما يلي:

### أ- آثار حالة الحصار على حرية الإجتماع:

تصنف حرية الإجتماع من قبيل حرية التعبير الجماعية التي تندرج في إطار حرية الفكر بمفهومها الواسع، وهذا ما أكده التعديل الدستوري الجزائري لسنة 2016، في مادته 48 المستمدة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948، والعهد الدولي الخاص بالحقوق السياسية والمدنية.<sup>2</sup>

وبالرجوع إلى المادة 7 من المرسوم الرئاسي 91-196 نجدها قد خولت للسلطات العسكرية أن تجري أو أن تكلف من يجري تفتيشات ليلية أو نهارية في المحلات العمومية أو الخاصة، وكذلك داخل المساكن على أن تصنع إصدار المنشورات أو الإجتماعات أو النداءات العمومية التي يعتقد أنها كفيلة بإثارة الفرض وإنعدام الأمن أو إستمرارها.

وتعد هذه الصلاحيات بمثابة قيود على حرية الإجتماعات.<sup>3</sup>

### ب- آثار حالة الحصار على المجالس المنتخبة:

نصت المادة 10 من المرسوم الرئاسي 91-196 المتضمن تقرير حالة الحصار على: " إذا حصل في مجال النظام العام أو في سير المرافق العمومية، إفشال عمل السلطات العمومية القانوني، أو عرقلة بموافق تجميدية مبنية، أو معارضة صريحة من مجالس محلية، أو تنفيذية بلدية منتخبة، تتخذ الحكومة بشأنها تدابير لتوقيفها أو حلها، وفي هذه الحالة تقوم السلطة الوصية بتعيين مندوبيان تنفيذية في مستوى الجماعات الإقليمية المعنية من بين

<sup>1</sup>- نوال رحوي، أثر الظروف الإستثنائية على الحقوق والحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016، ص35.

<sup>2</sup>- مرجع نفسه، ص35.

<sup>3</sup>- خولة عزوز، تأثير سلطات الضبط الإداري على الحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية، 2015-2016، ص114.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الموظفين حيث إلغاء ذلك التوقيف أو شغل مناصبها عن طريق الإنتخابات في الوقت المناسب".<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: حالي الإستثنائية والحرب:

إن الحالة الإستثنائية تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة إختصاصات واسعة جدا، بحيث يمكن أن تتسع لتشمل المساس بالحقوق والحريات العامة، وما دام الأمر كذلك فإن دراسة موضوع مدى إمكانية الرقابة القضائية على الحالة الإستثنائية يعد من المسائل ذات أهمية القصوى مادام أن الرقابة القضائية تعد أحسن ضمانة للحقوق والحريات<sup>2</sup> والحالة الإستثنائية من بين الحالات المنصوص عليها في القوانين وكذلك الدساتير، وتوجد حالة أخرى ألا وهي حالة الحرب وهي الحالة التي يعلنها رئيس الجمهورية عند وجود عدوان خارجي يهدد أمن البلاد سواء وقع فعلا أو يوشك أن يوضع وهذا ما أكدته الدستور<sup>3</sup> وهذا ما يتعين علينا معرفته ومعالجته فيما يأتي من فروع.

### الفرع الأول: الحالة الإستثنائية:

فالحالة الإستثنائية هي التي نظمها المادة 120 من دستور 1976 والمادة 87 من دستور 1989 كما نصت عليه المادة 93 من دستور 1996، وهي مستوحاة من المادة 16 من الدستور الفرنسي لسنة 1958، حيث أن المادة 93 والمادة 16 تمكنان رئيس الجمهورية من ممارسة سلطات واسعة وخطيرة، فتتخذ هذه السلطات جميع الإجراءات لمواجهة الدوافع أو السبل التي أدت إلى تقرير الحالة الإستثنائية، وذلك من أجل الرجوع بالأوضاع الدستورية إلى حالتها العادية.

لهذا كان المؤسس الدستوري جد صريح فيما يخص شروط تقرير الحالة الإستثنائية بدقة<sup>4</sup>، ولمعرفة الحالة الإستثنائية بشكل واضح سنتطرق إلى تعريفها وأسباب إعلان عنها والطبيعة القانونية لقرار اللجوء إليها والصيغة القانونية للإجراءات الصادرة إستنادا لقرار اللجوء إليها.

<sup>1</sup> ادريس بوكرا، الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2004-2005، ص 77.

<sup>2</sup> مراد بدران، مرجع سابق، ص 252.

<sup>3</sup> محمد الصغير بعلي، الوجيز المنازعات في الإدارية، مرجع سابق، ص 21.

<sup>4</sup> رقوة وداد، العائبي سارة، مرجع سابق، ص 25.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

أولاً: تعريف الحالة الإستثنائية:

حسب المادة 93 من دستور 1996 التي تنص على: " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الإستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو إستقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذا الإجراء إلا بعد إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الدستوري والإستماع للمجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء.

تخول الحالة الإستثنائية رئيس الجمهورية أن يتخذ الإجراءات الإستثنائية التي تستوجبها المحافظة على إستقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية يجتمع البرلمان وجوبا.

تنتهي الحالة الإستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها "

كما نلاحظ في الفقرة الأولى منها بأنه لم تعد هناك ضرورة ملحة فحسب، بل أن هناك خطر قريب الوقوع يوشك أن يلحق بالبلاد ويهدد مؤسساتها الدستورية وإستقلالها .

- ولخطورة الآثار السلبية الناتجة عن هذه الحالة التي تهدد حقوق الأفراد، اشترط المؤسس الدستوري وجوب قيام بإجراءات خاصة من أجل تقيدها تتعلق بمواجهة أحداث خارجية لأن الإعلان يؤدي مباشرة إلى عرقلة الأداء العادي لعمل السلطات العامة الدستورية.

كما تمنح هذه الحالة إختصاصات هامة لرئيس الجمهورية تتمثل في تقريره لها بمفرده غير أنه تم التطرق الصريح لجملة من الإجراءات الإستشارية، حيث أن الإستشارة تكون إلزامية من حيث مبدأ طلبها ولكنها إختيارية من حيث الأخذ بنتيجتها.<sup>1</sup>

وما يلاحظ أيضا أن هذه المادة تكمن لرئيس الجمهورية من ممارسة سلطات إستثنائية خطيرة خاصة فيما يخص الحقوق والحريات العامة، فإنها لم تأت إستجابة لموقف سياسي أو فقهي معين حول ضرورة تنظيم الحالة الإستثنائية، ولم تكن أيضا نتيجة مناقشات داخل البرلمان، إن تسرب مثل هذا النص إلى الدستور الجزائري لا يعد وأن يكون مجرد تقليد للمؤسس الدستوري الفرنسي، فقد استوحى المؤسس الدستوري هذا النص من نص المادة 16 من دستور فرنسا 1958 مع وجود بعض الفوارق خاصة وأن تلك المادة قد وجدت منذ هذا الدستور الأول للجمهورية الجزائرية المستقلة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - سعيد بوشعير، مرجع سابق، ص 274.

<sup>2</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 74-75.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إن ما تم إشارة إليه حول صلاحية الرئيس في إعلان الحالة الإستثنائية، فإن هذه الأخيرة تعتبر إجراء غير عادي وغير مألوف يلجأ إلى تقريره رئيس الدولة عند حدوث أوضاع خطيرة تهدد تمدد مؤسسات الدولة وإستقلالها وسلامتها أو وحدتها الترابية، إذن فمفهومها يدور حول وقائع أخطار وقضاء وتوشك أن تقع وتصيب مصالح حيوية في البلاد كالمؤسسات والإستقلال والحريات، تدفع برئيس الجمهورية المخول دستورا بتقدير خطورة الأوضاع لإتخاذ إجراءات.<sup>1</sup>

ثانيا: أسباب إعلان عن الحالة الإستثنائية:

مكنت المادة 107 من الدستور الجزائري لسنة 2016، رئيس الجمهورية من ممارسة سلطات واسعة وخطيرة حيث تصل هذه السلطات إلى إتخاذ كل الإجراءات التي تتطلبها مواجهة الأسباب التي أدت إلى تقرير الحالة الإستثنائية، وذلك بهدف العودة بالأوضاع الدستورية إلى حالتها العادية، تبعا لذلك نجد أن سبب إعلان الحالة الإستثنائية يعود إلى توفر شروط موضوعية وإجرائية المتمثلة فيما يلي:<sup>2</sup>

**1-الشروط الموضوعية:** تتمثل أهم الشروط الاستثنائية فيما يلي:

**الشرط الأول - وجود خطر جسيم وحال.**

**الشرط الثاني - أن يقع الخطر على أحد الموضوعات التي حددها المؤسس الدستوري.**

**الشرط الثالث - تعطل السلطات العامة الدستورية عن أداء وظائفها العادية.**

**2-الشروط الإجرائية:**

لصحة إعلان الحالة إستثنائية بموجب مرسوم رئاسي، يجب التقيد والإلتزام بمجموعة من الإجراءات ضمانا للحريات العامة، وهو ما يتمثل في:

استشارة كل من المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة والمجلس الدستوري والإستماع من خلال عقد إجتماع تحت رئاسة مجلس الأمة والمجلس الدستوري والإستماع من

<sup>1</sup> - رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص39.

<sup>2</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2009، ص21.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

خلال عقد إجتماع تحت رئاسة رئيس الجمهورية إلى كل من المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء بالإضافة إلى إجتماع البرلمان وجوبا.<sup>1</sup>

إن المؤسس الدستوري من خلال شرط الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء كقيد شكلي لتحديد الحالة الإستثنائية، ربما يكمن الفرق بينهما في النتيجة النهائية لكل منهما، فالرأي يجب أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة وبالتالي الوصول إلى الإتفاق على حد معين، بقبول الحالة الإستثنائية أو رفضها، أما الإستماع فليس بالضرورة أن يترتب عليه الوصول إلى نتيجة، وبالتالي لا يشترط الإتفاق حول موضوع تقرير الحالة الإستثنائية أو رفض تقريرها.<sup>2</sup>

أما شرط وجوب إجتماع البرلمان وجوبا وعدم جواز حله في هاته الفترة اتفق الدستوريين الجزائري والموريتاني على ضرورة إجتماع البرلمان دون الحاجة لدعوته للإنعقاد .

إستماع إلى المجلس الأعلى بدلا من الذي يتأسسه رئيس الجمهورية نفسه فقد انفرد الدستور الجزائري بإلزام رئيس الجمهورية بإستشارة هذا المجلس قبل إعلان الحالة الإستثنائية.<sup>3</sup> اشترط المؤسس إستشارة المجلس الدستوري كهيئة مجتمعة، ولا يقتصر على رأي رئيسه فقط كما في حالتي الطوارئ والحصار، وتعد هذه الإستشارة ضمانا وتدعيم لموقف رئيس الجمهورية من الناحية الدستورية أمام المؤسسات الأخرى والأفراد.

وفي الأخير نقول أن جملة الشروط الشكلية إستشارة أو إستماع لمختلف الهيئات هي إختيارية وغير ملزمة من حيث الأخذ بنتائجها، لكنها إلزامية من حيث مبدأ إجرائها وطلبها حيث تتوقف عليها شرعية الشكلية والإجرائية للقرار إعلان الحالة الإستثنائية من طرف رئيس الجمهورية وتعتبر هذه الإجراءات ذات طابع إعلامي من خلال إعلام الهيئات التي حددتها المادة 93 من الدستور.<sup>4</sup>

### ثالثا: الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية:

لتحديد الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية سنتعرض إلى موقف الفقه والقضاء.

<sup>1</sup> - محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص22.

<sup>2</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص83.

<sup>3</sup> - زراق حسين، مرجع سابق، ص45.

<sup>4</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص83-84.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### 1- موقف الفقه:

إن الفقه الجزائري يعتبر قرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية من ضمن أعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضائية لأن رئيس يمارس هذا الاختصاص باعتباره صاحب سيادة، وهو نفس الاتجاه الذي اعتمده الفقه في فرنسا، فقرار إعلان الحالة الإستثنائية وتحديد مدتها وإنهاء العمل بها يعتبر من أعمال السيادة لا يجوز الطعن فيه أمام مجلس الدولة، على أساس أن رئيس الجمهورية يقوم بصفته جهاز سياسيا مستقلا وليس جهاز تنفيذي، ومن أهم هؤلاء الفقهاء "vedel" ولقد استند إلى هذا الإتجاه على أساس أن القرار الذي يمس بالعلاقة بين السلطات العامة لا يخضع للرقابة القضائية، ورئيس الجمهورية عند لجوئه للمادة 16 هو يلعب هنا دور سياسي وليس بصفته سلطة إدارية.<sup>1</sup>

حيث قد ذهب جانب من الفقه الجزائري حيث أضاف أستاذ مراد بدران قائلاً أنه لا بد أن نميز بين حالتين إذا سبب تقرير حالة إستثنائية هو خطر أصيب البرلمان يمنعه من إجتماع مما يستحيل عرضها على البرلمان، فإن تلك أوامر تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية أما إذا تقررت الحالة الإستثنائية لسبب لا يتعلق بالخطر يصيب البرلمان فهذا الأخير عليه أن يجتمع، في هذه الحالة فإن رئيس الجمهورية يكون مخير بين إما لا يعرض تلك الأوامر على البرلمان وتبقى محتفظة بطبيعتها إدارية، وإما أن يعرض تلك أوامر على البرلمان، وهو إحتمال غير وارد من الناحية العملية، في هذه الحالة تصبح تلك أوامر بمثابة تشريعات منذ موافقة البرلمان عليها.<sup>2</sup>

فالأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية هي قرارات إدارية لأنها اتخذت من طرف رئيس الجمهورية، لكن ما لفت إنتباه أن المادة 124 من دستور 1996 لم تلزم هذا الأخير بإيداع الأوامر الصادرة في الحالة الإستثنائية لدى البرلمان، لكن المنطق يوجب على رئيس الجمهورية بإيداعها لأن الأصل أن التشريع يصدر عن البرلمان وإستثناء يحق لرئيس ممارسة هذه الوظيفة عن طريق الأوامر، ومنه يكون للبرلمان حق رقابتها في حالة واحدة إذا لم يكن الخطر الذي

<sup>1</sup> - رقوة وداد، العايبي سارة، مرجع سابق، ص 78.

<sup>2</sup> - ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية لتشريع بأوامر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010/2011، ص 100.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إشترطته المادة 93 من دستور 1996 للإعلان عن الحالة إستثنائية، قد داهم البرلمان ومنعه بالتالي من الإنعقاد.<sup>1</sup>

### 2- موقف القضاء:

إن القضاء الجزائري لم تتح له الفرصة لتحديد التكييف القانوني لقرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية، بالرغم أن هذا النظام طبق في ظل دستور 1963 إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد أبدى رأيه حول التكييف القانوني وذلك في قراره الشهير في قضية *rubin de servens* الصادر في 2 مارس 1962، حيث كان قرار مجلس الدولة فيما يتعلق بقرار اللجوء إلى حالة الإستثنائية، بأن قرار اللجوء إلى المادة 16 قد صدر في أبريل 1961، وذلك بعد الإستشارة الرسمية للوزير الأول ورئيس غرفتي البرلمان وبعد الأخذ برأي المجلس الدستوري، وحيث هذا القرار له طبيعة عمل الحكومة الذي لا يحق لمجلس الدولة تقدير مشروعيته أو مراقبة مدة تطبيقه لذلك قرر مجلس الدولة رفض الطعن.<sup>2</sup>

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الأعمال التي يقوم بها رئيس الجمهورية والتي تدخل في إختصاص السلطة التشريعية حسب ما حصرته المادة 34 من دستور فرنسا، يكون لها طابع التشريع، وبالتالي فهي تفلت من الرقابة، أما الأعمال التي تدخل في المجال التنظيمي أو التنفيذي والتي تدخل في نطاق المادة 37 من الدستور الفرنسي فإنها تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية وبالتالي تخضع لرقابته طبقا للقواعد العامة.

فالأستاذ مراد بدران يلاحظ بشأن القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الذي إعتبر أن القرارات الصادرة عن رئيس الجمهورية استنادا للمادة 16 تخرج من رقابته متى كانت تدخل في مجال التشريع، هو موقف يدعو إلى الدهشة إذ كان من الملائم الإبقاء على الطبيعة الإدارية لتلك القرارات، وإن كانت تتمتع بقوة التشريع.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - ميمونة سعاد، مرجع سابق، ص 100-101.

<sup>2</sup> - نصر الدين بن طيفور، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية، الجزائر والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002-2003، ص 264.

<sup>3</sup> - مراد بدران، مرجع سابق، ص 193.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

يمكن القول بأن التكيف القانوني للأوامر التشريعية يتطلب التمييز بين نوعين من الأوامر النوع الأول يتمثل في الأوامر التي يجب عرضها على البرلمان للموافقة عليها، أما النوع الثاني فهي الأوامر التي يشترط الدستور عرضها على البرلمان، فالنوع الأول، تلك الأوامر تعتبر قرارات إدارية تخضع للرقابة الدستورية والقضائية وذلك من يوم صدورها إلى أن يتم عرضها على البرلمان والموافقة عليها فإذا وافق عليها هذا الأخير تتحول هذه الأوامر من قرارات إدارية إلى قوانين منه تبقى تخضع للرقابة الدستورية وتتحصن عن الرقابة القضائية أما النوع الثاني ما دام البرلمان ليس له حق رقابتها نتيجة عدم إلزام المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية عرضها عليه، تبقى هذه الأوامر قرارات إدارية تخضع للرقابة القضائية وكذا الدستورية.<sup>1</sup>

وما يلاحظ أن الأوامر التشريعية تسقط بمجرد إنتهاء الظرف الإستثنائي فإذا تحققت الغاية وقرر رئيس الجمهورية إنهاء الحالة الإستثنائية فإن هذه الأوامر لم يبقى لها داعي للعمل بها.<sup>2</sup>

**رابعاً: الطبيعة القانونية للإجراءات الصادرة إستناد لقرار اللجوء للحالة إستثنائية:**

في الجزائر بالنسبة لقرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية يبدو أن هناك إتجاهين في الفقه ، يميل الأول إلى اعتبار أن القرارات الصادرة استناداً له تعتبر أعمال حكومة ولا تخضع للرقابة القضائية وهناك إتجاه آخر يرى إمكانية تطبيق نفس الحل الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي والمتمثل في التمييز بين المسائل التي تدخل في مجال التشريع، والتي تفلت من الرقابة القضائية.

بالنسبة للقضاء فقد أقر أن الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية والتي تدخل في المجال التشريعي فإنها تعتبر أعمالاً تشريعية وهو غير مختص بربابتها.<sup>3</sup>

**الفرع الثاني: حالة الحرب:**

حالة الحرب هي من أخطر الحالات على الإطلاق، فإنه بخلاف الحالات السابقة وسع الدستور من صلاحيات رئيس الجمهورية بتولييه لجميع السلطات، ويتم إيقاف العمل بالدستور

<sup>1</sup> - ميمونة سعاد، مرجع سابق، ص 104.

<sup>2</sup> - أحمد بركات، الإختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008، ص 57.

<sup>3</sup> - رقوة وداد، العايبي سارة، مرجع سابق، ص 79.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

وأحكامه طيلة قيام حالة الحرب توقيفا مؤقتا مرتبطا بمدّة قيامها، وهذا يعني أن كل إجراء يتخذه رئيس الجمهورية في تلك الفترة يفرج عن أحكام الدستور حتى ولو تعارض مع مبادئه الأساسية الواردة فيه، كما اشار الدستور إلى ضرورة أن يبقى رئيس الجمهورية في منصبه طيلة فترة الحرب، حتى ولو إنتهت عهده الرئاسية و شغور منصبه بسبب وفاته أو صرفه يتولى تعويض المهمة رئيس مجلس الأمة، والهدف من هذه الحلول التي أتى بها الدستور هو الإبقاء على قيام الدولة ومؤسستها رغم وجود الحرب.<sup>1</sup>

وهذا ما يدفعنا إلى معرفة وفهم جيد لحالة الحرب ومعرفة كل ما يخصها.

### أولا: تعريف حالة الحرب:

تعرف الحرب في القانون الدولي العام على أنها: " صدام بين قوتين مسلحتين لدولتين متنازعتين". كما عرفها رجال القانون بأنها " صراع مسلح بين دولتين أو فريقين من الدول لإنهاء العلاقات السلمية بينهم، أو هي صراع مسلح بين دولتين أو أكثر ينظمه القانون الدولي ويكون الغرض منه هو الدفاع عن المصالح الوطنية للدول المتحاربة " عرفت كذلك بأنها: " الوسيلة النهائية من وسائل الإكراه التي تلجأ إليها الدول لحل منازعتها إن لم تفلح الوسائل السلمية في فض النزاع كالمفاوضات والتدخل الفردي والوسطية والتحقيق والتوفيق والتحكيم ".<sup>2</sup>

وتعرف أيضا " قتال مسلح بين الدول يهدف تغليب وجهة نظر سياسية، وفقا لقواعد تنظيم حالات الحرب، وهي تختلف عن الحرب الأهلية أو الحملات المسلحة ضد الثوار، أو القراصنة بكونها قتالا بين قوات حكومية"، أي أنها تنشأ بين دول ذات سيادة، وهو ما يميزها عن الإضطرابات الداخلية.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - غضبان مبروك، غربي نجاح، " قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالاتي الحصار والطوارئ، ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص22.

<sup>2</sup> - مريشة توفيق، تريعة بسمة، تأثير نظرية الظروف الإستثنائية على ممارسة الحريات العامة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في القانون العام، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2015-2016، ص19.

<sup>3</sup> - حمزة نقاش، مرجع سابق، ص94.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

فيقصد بالحرب حالة وقوع العدوان الفعلي أو وشوك الوقوع المبني على العديد من الضرائب كالتحضيرات العسكرية وحشد الجيوش على الحدود وممارسة بعض الأعمال التخريبية من قوة خارجية، كان لرئيس الجمهورية سلطة إعلان حالة الحرب.<sup>1</sup>

إذا حالة الحرب هي نوع من أنواع الحالات الإستثنائية الخطيرة التي قد تمس البلاد وأمنها وهي أشد خطورة من الحالات السابقة، حيث تكون منظمة وفقا لقواعد القانون الدولي الواردة في ميثاق الأمم المتحدة لكي تكتسي مشروعيتها.

فحالة الحرب تعلن وفق شروط وإجراءات محددة، فهي تمنح لرئيس الجمهورية إختصاصات واسعة التي تمكنه من إتخاذ جميع التدابير الكفيلة بالحفاظ على كيان الدولة وسلامتها.

إذن فحالة الحرب في: " الحالة الحاسمة التي تكون أشد من الحالة الإستثنائية، وبيتي في عدم الإقتصار على أن تكون البلاد مهددة بخطر داهم، وإنما يشترط أن يكون العدوان واقعا أو على وشك الوقوع حسبما نصت عليه الترتيبات الملزمة لميثاق الأمم المتحدة."<sup>2</sup>

### ثانيا: شروط إعلان حالة الحرب:

حالة الحرب تقتضي إعلانها إتباع رئيس الجمهورية إجراءات خاصة ودقيقة، وبالرجوع إلى المادة 95 من دستور 1996 نجدها تنص على شروط يجب التقيد بها عند اللجوء إلى إعلان حالة الحرب منها شروط موضوعية وشروط شكلية.

#### 1- شروط موضوعية:

لإعلان الحرب لابد من توفر المبررات المتمثلة في الضرورة الملحة وعجز وسائل القانون الدولي العادي على مواجهة حالة العدوان وإرتباط الغرض من إعلان الحرب بهدف صد العدوان الخارجي.

#### أ- شرط الضرورة الملحة:

لإعلان حالة الحرب لابد من توفر شروطها وإلا فإنها أصبحت عدوان، أو إعتداء على سيادة دول لم يرخص بها المشرع الدستوري في دستور 1996، بل أنه قيد سلطة الرئيس في إقرارها بالزامية توفر شروط الضرورة الملحة لإعلانها، وقيد هذا الشرط يتمثل في وقوع عدوان

<sup>1</sup> - رقوة وداد، العايبي سارة، مرجع سابق، ص30.

<sup>2</sup> - مريشة توفيق، تريعة بسمه، مرجع سابق، ص20.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

فعلي على البلاد أو إحتمال وقوعه وفقاً ما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، إن الشرط المتعلق بضرورة وجود عدوان فعلي أو قريب الوقوع يقيد سلطة الرئيس في إعلان الحرب بحيث لا يمكنه اللجوء إلى أحكام المادة 96 من الدستور 1996 دون توفر الشرط المتعلق بالعدوان.<sup>1</sup>

### ب- شرط عجز وسائل القانون الدولي العادي على مواجهة حالة العدوان:

رئيس الجمهورية وقبل لجوئه لإعلان حالة الحرب وإستخدام سلطاته الكاملة المخولة له بموجب هذه الحالة، لصد العدوان الخارجي الفعلي، أو الذي يوشك أن يقع، ويمس بسيادة البلاد وإستقلالها أو وحدتها الترابية، يجب عليه أن يلجأ قبل ذلك إلى الطرق السلمية المعروفة في القانون الدولي العام في حل النزاعات كالمفاوضات والوساطات والتحكيم وغيرها من الطرق، وفي حالة ثبوت عجز هذه الطرق السلمية على إحتواء هذه الأزمة المتمثلة في العدوان عندها فقط يجوز لرئيس الجمهورية إعلان حالة الحرب لإيقاف العدوان.<sup>2</sup>

### ج- شرط إرتباط الغرض من إعلان الحرب بهدف صد العدوان الخارجي:

لقد ربط المؤسس الدستوري حالة الحرب بالغرض التالي:

الغرض الاول - صد العدوان الخارجي الواقع.

أو الغرض الثاني - صد العدوان الخارجي الذي يكاد أن يقع.

من دولة أو عدة دول ضد سيادة و إستقلال البلاد ومؤسساتها الدستورية.

وما يمكن إستنتاجه من المادة 96 من الدستور 1996، أن المؤسس الدستوري سمح لرئيس الجمهورية إعلان الحرب إلا في حالة الحرب الدفاعية فقط دون الحرب الهجومية ، وهذا ما يتطابق مع المادة 25 من دستور 1996 ويتطابق كذلك مع نص ميثاق الأمم المتحدة الذي أقر ما يلي: " نحن شعوب الأمم المتحدة وقد أئينا على أنفسنا أن ننقذ الأجيال المقبلة من ويلات الحرب من خلال جيل واحد جلبت على الإنسانية مرتين أحزان يعجز عنها الوصف ".

كما أن المادة 25 تحضر على رئيس الجمهورية اللجوء إلى الحرب الهجومية التي

تمس السيادة المشروعة للشعوب الأخرى وحريرتها.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> - رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 70-71.

<sup>2</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 96-97.

<sup>3</sup> - رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص 72-73.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### 2- شروط الشكلية للإعلان عن حالة الحرب:

زيادة إلى شروط الموضوعية التي حددتها المادة 95 من الدستور، والتي يجب على رئيس الجمهورية الإلتزام بها في إعلان حالة الحرب، فهذه الحالة تعتبر مثال الأفضل لحالات الظروف الإستثنائية لن تتسع سلطات الإدارة بشكل كبير على حساب السلطات الأخرى وقد نظم المشرع الدستوري حالة الحرب بموجب المواد 109-110 و 111 من القانون 01-16 المتضمن التعديل الدستوري 2016، وعلى إعتبار أن رئيس الجمهورية هو القائد الأعلى للقوات المسلحة وذلك وفقا لأحكام المادة 91 من القانون 01-16<sup>1</sup>، فإن المشرع الدستوري سلطة إعلان الحرب وفقا لإجراءات تتمثل في إجتماع مجلس الوزراء والإستماع للمجلس الأعلى للأمن وإستشارة كل من رئيس غرفتي البرلمان ورئيس المجلس الدستوري، كما يقوم رئيس الجمهورية بتوجيه خطاب للأمة وهذه تعتبر شروط شكلية وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

#### أ- إجتماع مجلس الوزراء:

ينعقد مجلس الوزراء بحضور رئيس الجمهورية وهو ما يختلف عن إجتماع الحكومة قبل إعلان حالة الحرب، ويناقش أعضاء هذا المجلس هذا الموضوع وكانوا **وكأنهم** يشتركون حتى بطريقة غير مباشرة في إتخاذ قرار إعلان حالة الحرب بإعتباره من القرارات الكبرى التي تتعلق بمصير الوطن، فهم لا يستطيعون إتخاذ قرار بموجب المناقشة التي تدور داخل المجلس، فالدستور لم يشترط ذلك، بل إكتفى بإجتماع هذا المجلس قبل إعلان حالة الحرب من طرف رئيس الجمهورية.

وفي أخير ما يمكن استخلاصه أن رأي مجلس الوزراء غير ملزم لرئيس الجمهورية للأخذ به.<sup>2</sup>

#### ب- الإستماع إلى المجلس الأعلى للأمن:

يستمع رئيس الجمهورية قبل إعلان حالة الحرب عن إحدى الحالات غير العادية إلى أعضاء المجلس الأعلى للأمن، وذلك لتقديم تقرير مفصل يحلل الواقع الأمني والعسكري، خاصة عند وقوع عدوان يتطلب مواجهته إستخدام المادة 96 وإعلان حالة الحرب فالرئيس ملزم بالإستماع

<sup>1</sup> - المادة 91 و 109 من القانون 01-16، مرجع سابق، ص 11-14.

<sup>2</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 91.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

لأراء شخصيات المجلس ولكن تبقى له الحرية الكاملة في الأخذ أو عدم الأخذ بمضمون تلك الأراء.<sup>1</sup>

### ج- إستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة:

باعتبارهما ممثلين ومشرفان على الهيئات الممثلة للشعب والمراقبة لأعمال السلطة التنفيذية ونظرا للآثار الناتجة عن الحرب خصوصا تلك المتعلقة بالمادة 96 من دستور 1996، أي وفق العمل بالدستور خلال فترة الحرب وهو ما يدل أن لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر رئاسية أو مراسيم خلال هذه الحالة.<sup>2</sup>

إن الغرض من هذه الإستشارة هو إبلاغ البرلمان بقرار الحرب، ويرجع لرئيس الجمهورية سلطة إتخاذ القرار المناسب فهو له الحرية الكاملة في الأخذ أو عدم الأخذ بأرائهم فهو إجراء شكلي فقط دون الأخذ بالنتيجة.<sup>3</sup>

### د- إجتماع البرلمان وجوبا:

يعتبر قيد شكلي وهو بمثابة إجراء إلزامي لغرفتي البرلمان المعنيتين مباشرة بالأوضاع الإستثنائية خاصة عند وقوع عدوان بحيث لا يعقل أن تغيب السلطة التشريعية وتخرج في عطلة بينما تعيش البلاد أخطر ظرف يهدد جميع مؤسسات الدولة .

خلال هذه المرحلة أي عند وقوع حالة الحرب فإن الفقرة الثانية من المادة 95 ألزمت غرفتي البرلمان بالإجتماع الوجوبي والتلقائي لدراسة هذه الوضعية وبالرجوع للتطور الدستوري في الجزائر منذ أول دستور في 1963، فإننا نجد تناول هذه الحالة في المادة 44: " إعلان الحرب من قبل رئيس الجمهورية ويبرم السلم بموافقة المجلس الوطني"، بمعنى لرئيس الجمهورية سلطة إعلان الحرب، لكن قراره هذا مرتبط بموافقة البرلمان وهو نفس الإتجاه المتبع من قبل المشرع الدستوري الفرنسي في مضمون المادة 35 من دستور 1958 التي جعلت إعلان الحرب متوقف على ترخيص البرلمان.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - رياحي مصطفى، مرجع سابق، ص 66.

<sup>2</sup> - رقوة وداد، العايبي سارة، مرجع سابق، ص 29-30.

<sup>3</sup> - حياة زرفط، كهينة حربي، صلاحيات رئيس الجمهورية في النظامين الدستوريين الجزائري والمصري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2017، ص 77-78.

<sup>4</sup> - رياحي مصطفى، مرجع سابق، ص 66.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

إن رئيس الجمهورية ينفرد بقرار إعلان حالة الحرب دون مشاركة فعلية من البرلمان، الذي يكتفي بالإجماع الوجوبي بقوة القانون وممارسة صلاحيته التي تتناسب وظروف الحرب، وعليه فالمؤسس الدستوري لم يخول البرلمان حق المصادقة على نص تشريعي أو ممارسة إختصاص رقابي إذ أن البرلمان لا يستطيع مباشرة سلطاته التي أمدها له الدستور إلى حين إنتهاء حالة الحرب والعودة إلى العمل بالدستور، غير أن موافقة البرلمان ملزمة في حالة توقيع رئيس الجمهورية لإتفاقيات الهدنة ومعاهدات السلم، وقد قيد المؤسس الدستوري رئيس الجمهورية بأخذ رأي المجلس الدستوري فيما يخص الإتفاقيات المتعلقة بهما قبل عرضها على البرلمان المجتمع وجوبا.<sup>1</sup>

### هـ- توجيه الخطاب للأمة وإعلامها بالحرب:

وهو إجراء جديد أضافته المادة 95 من دستور 1996، والمتمثل في وجوب أن يبادر رئيس الجمهورية بتوجيه خطاب للأمة يعلمها بوقوع العدوان الفعلي أو الوشيك وما يجب ملاحظته هو أن تقدير وقت توجيه هذا الخطاب تركه المؤسس الدستوري لرئيس الجمهورية، وبالتالي يمكنه أن يوجه هذا الخطاب إما قبل أو أثناء أو حتى إتخاذ الإجراءات الإستثنائية كي يعتبر خطابه الموجه للأمة تبريراً سياسياً قوياً بالإجراءات والتدابير الإستثنائية التي اتخذها وأصدرها بهدف المحافظة على أمن وسلامة الدولة، ولعل الهدف من الإعلام يرجع إلى تحسيس الأفراد بخطورة الوضع بوجوب إحترام الإجراءات الإستثنائية المعلن عنها والتقيد بها، وحتى لو كان فيها مساس بحرياتهم لا سيما الشخصية منها.<sup>2</sup>

توجيه الخطاب للأمة أمر ضروري لأن حالة الحرب تستتبع نتائج على حريات المواطنين وحياتهم وأموالهم فلا بد من إطلاعهم على الوضع وبالضرورة تقديم مبررات للجوء إلى إعلان هذه الحالة كما جاء في المادة 109 الفقرة الثالثة من التعديل الدستوري 2016<sup>3</sup>، ويترتب على إعلان حالة الحرب بنتائج تتمثل في:

<sup>1</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 92-93.

<sup>2</sup> - غضبان مبروك، غربي نجاح، مرجع سابق، ص 22.

<sup>3</sup> - عز الدين بغدادى، الإختصاص الدستوري لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، مكتبة الوعاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 55.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

النتيجة الأولى - إيقاف العمل بالدستور من قبل الرئيس وهذا ما نصت عليه المادة 110 من تعديل الدستوري الجزائري 2016.

النتيجة الثانية - تولى رئيس الجمهورية جميع السلطات.

النتيجة الثالثة - تمديد العهدة الرئاسية إلى غاية نهاية الحرب.<sup>1</sup>

ثالثا: الآثار المترتبة عن إعلان حالة الحرب:

لقد نظمتها المادتين 110 و111 من التعديل الدستوري الجزائري 2016 وهي:

### 1- توقيف العمل بالدستور:

أثناء الفترة الزمنية التي تكون فيها الحرب يعلق العمل بالدستور وبالنتيجة بتحمل رئيس الجمهورية عبئ جميع السلطات هذا ما جاء في المادة 110 من التعديل الدستوري الجزائري 2016،<sup>2</sup> والهدف من تركيز جميع سلطات في يد الرئيس وذلك للتمكن من إتخاذ إجراءات سريعة في مواجهة العدوان الخارجي وبالتالي التخلي مؤقتا عن مبدأ الفصل بين السلطات، وسبب في ذلك أن حالة الحرب شديدة الخطورة وتفرض منح الديكتاتورية للرئيس لمواجهة، بحيث أن خطر إنحراف السلطة التنفيذية، لا يقارن بخطر الأزمة ذاتها (الحرب) حيث لا يوجد خيار بين الإعتراف بهذه السلطة أو عدم الإعتراف بها، ولذلك يحل تنظيم دكتاتوري في فترات الأزمة ويتقرر لمصلحة السلطة التنفيذية بمقتضاه تركيز سلطات الدولة كلها بأيديها.<sup>3</sup>

### 2- إمكانية تمديد الفترة الرئاسية إلى غاية إنتهاء الحرب:

إن أثناء حدوث حالة الحرب يوقف العمل بالدستور وبذلك يوقف العمل بجميع القوانين العادية بما فيها قانون الإنتخابات وفي حالة إنتهاء عهدة رئيس تمديد عهده إلى غاية إنتهاء الحرب وعودة الشرعية الدستورية، وحكم القانون فالمؤسس الدستوري يمنح لرئيس الجمهورية المنتهية ولايته بأن يتمتع بالشرعية الدستورية طيلة مدة هذه الحرب.

في حالة وفاة الرئيس أو إستقالته أو حدوث مانع آخر فإن صلاحياته تحول إلى رئيس مجلس الأمة، وفي حالة شغور رئاسة الجمهورية ورئاسة مجلس الأمة، فإن رئيس المجلس

<sup>1</sup> محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق، ص23.

<sup>2</sup> حياة زرفط، كهينة حربي، مرجع سابق، ص79.

<sup>3</sup> رباحي مصطفى، مرجع سابق، ص68.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

الدستوري هو الذي يتولى وظائف الدولة، وفي حالتين سابقتين يجب مراعاة الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية أثناء هذه الحالة.

### 3- تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية:

يجمع رئيس الجمهورية في قبضته إختصاصات السلطتين التنفيذية والتشريعية عند قيام حالة الحرب لذا يمكن تسليم له بممارسة جميع الإختصاصات دون أن يكون ملزماً بإتباع أسلوب معين فكل ذلك متروك للسلطة التقديرية بحيث يقرر ما يراه مناسباً من إجراءات وتدابير لإعادة الأوضاع إلى مجراها الطبيعي، وإعادة السير المنتظم لمؤسسات الدولة الدستورية.<sup>1</sup>

### رابعاً: نطاق الرقابة القضائية على حالي الحرب والحالة الإستثنائية:

تعتبر رقابة القضاء فيما يخص حالي الحرب والحالة الإستثنائية رقابة محدودة ليست مطلقة حيث يعلق قرار الإعلان عن هاتين الحالتين من الرقابة القضائية بإعتباره عمل سياسي، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة بعدم إختصاصه برقابة هذا النوع من القرارات في القضية التي من خلالها طعن في مشروعية قرار رئيس الجمهورية الصادر في 3 ماي 1961 بإنشاء محكمة عسكرية تختص بمحاكمة الذين يرتكبون أو يشتركون في إرتكاب الجرائم ضد أمن الدولة أو نظام الجيش، والتي تكون ذات صلة بأحداث الجزائر التي ادت إلى تطبيق المادة 16 من الدستور فأصدر حكمه الشهير في 2 مارس 1962 وما جاء فيه أن قرار رئيس الجمهورية بإنشاء المحكمة العسكرية الخاصة يقع في نطاق الأعمال التشريعية التي عدته المادة 34 من الدستور، وبالتالي فإنه لا يخضع لرقابة كما طبق المجلس هذا المبدأ في عدة أحكام أصدرها بعد ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - نقاش حمزة، مرجع سابق، ص 95.

<sup>2</sup> - محمد حسين عبد العالي، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1991، ص 127.

## الفصل الثاني الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الإستثنائية

### خلاصة الفصل:

ما يمكن إستخلاصه أن نظرية الظروف الإستثنائية تعد من أهم مواضيع القانون الإداري، فهي من المواضيع الشائكة والدقيقة التي يصعب صياغته نظرية شاملة لها وهذه النظرية تختلف عن غيرها من النظريات أخرى المشابهة لها، فهي لا تحقق إلا بتوفر الشروط الشكلية والموضوعية لها، وبالتالي تخضع لنظام قانوني معين تتمتع بموجبه الإدارة بسلطات إستثنائية غير عادية لكنها سلطات بمعنى إحلال مشروعية الإستثنائية محل المشروعية العادية، قمنا بدراسة الرقابة القضائية على هذه الظروف فيما يخص الحالات المنصوص عليها حالة الطوارئ والحصار والحالة الإستثنائية وحالة الحرب فإن تقرير هذه الحالات تمكن رئيس الجمهورية من ممارسة إختصاصات واسعة جداً، لذلك فدراسة موضوع مدى إمكانية الرقابة القضائية على هذه الحالات تعد أحسن ضمانات للحقوق والحريات العامة.

خاتمة

## الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع حدود الرقابة القضائية على مشروعية الأعمال الإدارية الذي تناولناه في فصلين أساسيين تبين أن الإدارة في الظروف العادية تتمتع بسلطات تؤدي إلى تضيق مجال ممارسة الحقوق والحريات الأساسية والتمثلة في أعمال السيادة والسلطة التقديرية للإدارة وذلك بهدف الحفاظ على النظام العام وهنا يظهر دور القاضي الإداري والذي يقوم بالرقابة على الشروط التي تعمل بها الإدارة فهو يراقب الهدف الذي تبتغيه الإدارة المتمثل في المحافظة على المصلحة العامة من أجل التوفيق بين متطلبات النظام العام والحفاظ على الحقوق والحريات الأساسية للأفراد

أما فيما يخص أعمال الإدارة في ظل الظروف الاستثنائية حيث تحل المشروعية الاستثنائية محل المشروعية العادية وهذا ما يدفع بمؤسسات الدولة إلى الخروج على مبادئ الدستور وحكم القانون وأهم ما يميز الظروف الاستثنائية هو لجوء الإدارة إلى استعمال اجراءات لم تكن لتستعملها في الظروف العادية حيث تتسع سلطات الإدارة التقديرية بشكل كبير ويتم تقليص دور القاضي الإداري مقابل انشاء جهات قضائية استثنائية مما يسبب المماس الخطير بالحقوق والحريات وخصوصا ما تتخذه الإدارة المسؤولة عن تسيير تلك الظروف غير العادية من إجراءات تقيد من حقوق وحريات المواطن الأساسية وهذا ما وقع عندما لجأت الحكومة الجزائرية في سنوات التسعينات إلى إعلان حالة الطوارئ حتى يستطيع القاضي الإداري حماية حقوق الأفراد يجب أن يتمتع بالاستقلالية عن السلطة التنفيذية .

ويتبين أن السلطة التقديرية تتميز عن بعض الافكار المشابهة لها أو المتصلة بها كالسلطة المقيدة والاعمال التقديرية بالإضافة الى باقي الاستثناءات الواردة على مبدأ المشروعية أي نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية فقد توصلنا إلى أنها تشترك معها في صدورها عن سلطة واحدة وهي السلطة التنفيذية وأنها جميعها نظريات قضائية لكنها تختلف عنها في جوانب عدة ولعل أهمها أن الأعمال الإدارية في اطار السلطة التقديرية يجوز طلب الغاؤها ، أما بالنسبة لباقي استثناءات مبدأ المشروعية فإنها محصنة تماما من الرقابة القضائية خاصة فيما يتعلق بأعمال السيادة لأنها تتضمن خروجاً صريحاً وإعتداءً صارخاً على القانون بل وتجاهلاً تاماً له وعليه سنعرض أهم النتائج المتوصل إليها وأبرز التوصيات خلال هذا البحث:

**أولاً- النتائج المتحصل عليها: تتمثل فيما يلي:**

1- ان الرقابة القضائية تعتبر أهم أليات المقررة لحماية الحقوق والحريات العامة من إمكانية تعسف الإدارة.

2- تعد الرقابة القضائية سواء في الظروف العادية أو الاستثنائية أقوى ضماناً لحماية مبدأ المشروعية.

- 3- تعد السلطة التقديرية ضرورة لازمة لسد الفراغات التي يمكن أن توجد في النظام القانوني بسبب عدم قدرة المشرع على التنبأ بكل الظروف المحيطة بكل تصرف ملاساته .
- 4- لم يستقر القضاء الإداري الجزائري على اعتماد عيب انحراف بالسلطة بشكل حاسم فهو تارة يأخذ به وبلغى القرارات على أساسه وتارة ينكر وجود هذا العيب بالقرار الإداري .
- 5- إن أعمال الإدارة لسلطتها التقديرية ليس رخصة لها بل هو التزام غايته تحقيق إدارة قادرة على إيجاد الحلول المثلى.
- 6- تعتبر الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة رقابة ملائمة وليس رقابة مشروعية ، ذلك أن هذا النوع من الرقابة يمثل التطور الطبيعي للسياسة القضائية في القانون المقارن وهو ما لم ينتبه اليه جمهور الفقه الذي ظل محبوس داخل إطار المشروعية ورفض الخروج بالرقابة القضائية الى نطاق أوسع يستطيع القضاء فيه إعادة التوازن في العلاقة بين الفرد والإدارة .
- 7- تعتبر نظرية أعمال السيادة والحكومة ثغرة خطيرة في بناء القانون وتشكل تهديدا لمبدأ المشروعية أن هذه النظرية تتضمن خروجاً صريحاً واعتداء صارخاً على القانون .
- 8- أعمال السيادة لا تخضع لرقابة القضائية إذا كان العمل سيادي ( عمل حكومي) أما إذا كان العمل العمل غير سيادي بمعنى عمل إداري فهو يخضع لرقابة القضائية.
- 9- لولا وجود خطر أو حالة شاذة فلولاها لما كانت الظروف الاستثنائية ولولاها ما تعذر أعمال القواعد العادية وبالتالي حاز الخروج عليها لحماية المصلحة العامة المهدة بشتى صورها.
- 10- عدم إعطاء أهمية كبيرة وواسعة لحالة الحرب في التشريع حيث تم تخصيص لها القليل من المواد فقط برغم من حجمها ودرجة خطورتها.
- 11- الشروط الموضوعية للإعلان الحالة الاستثنائية عبارة عن عبارات عامة وفضفاضة تنفقد إلى الدقة والضبط، وهذا مالا يتفق مع ما يجب أن يكون عليه النص الدستوري من وضوح خاصة دستورية.
- 12- أن تطبيق حالة الظروف الاستثنائية يؤدي إلى اتساع صلاحيات الجهاز المكلف بتسيير الحالة الاستثنائية وهنا نتكلم عن السلطة التنفيذية، ويتم ذلك بشكل معتبر وغير مألوف في الظروف العادية، وأن البعض من إجراءات التي لا يجوز للسلطة العمومية اتخاذها في الظروف العادية تصبح جائزة ومبررة في الظروف غير العادية على ألا تتجاوز هذه الأعمال بالطبع القدر اللازم الذي توجبه الظروف المذكورة.

13- يظل مبدأ المشروعية قائما وموجودا في ظل الظروف الاستثنائية مع وقف التنفيذ جزئيا بالنسبة لما يتطلبه مواجهة الظروف الاستثنائية.

14- إن فقهاء القانون الإداري في الجزائر لم يتناولوا دراسة الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية كموضوع مستقل.

**ثانيا: التوصيات المقترحة:** تتمثل فيما يلي:

1- يتوجب تعزيز إستقلالية القضاء بتمكين القاضي الإداري من الوسائل اللازمة لمواجهة تعسف الإدارة بشكل أفضل.

2- أن يتبنى قضاؤنا الإداري موقفا واضحا بشأن أساليب الرقابة التقليدية على السلطة التقديرية للإدارة وأن يساير ركب التطور الذي وصل إليه نظيره الفرنسي في هذا المجال، بحيث يساغ في تطبيقها في كافة المجالات الحديثة التي تخولها الإدارة اليوم.

3- نقترح على مجلس الدولة الجزائري أن يستدرك النقائص التي تعترى عمله بدءا بتحديد العيب الذي يكتنف القرار الإداري بدقة، وتبرير قراراته ومناقشتها، وتبيان الأساليب الذي يستند إليه من بين مصادر القانون الإداري، وإستعمال المصطلحات الدقيقة.

4\_ نوصي بتحديد نوع الاستشارة التي يقوم بها رئيس الجمهورية فيما يخص الحالة الإستثنائية وحالة الحرب وحالة الطوارئ والحصار إذا ما كانت كتابية أم شفاهية.

5\_ نوصي التوسيع في المواد التي تخص الحالات الاستثنائية وعدم حصرها في مادتين فقط.

6\_ نوصي بتقيد سلطة الإدارة ومنعها من التحجج بنظرية أعمال السيادة لتغطية أعمالها الإدارية المخالفة للقانون تحت مسمى بأعمال السيادة ولا يكون ذلك إلا عن طريق إيراد نص تشريعي صريح يحددها ويضيق من نطاقها إلى اقتض الأمر.

7\_ نوصي بالعمل على توعية المواطنين بأنه في حالة إمتناع الإداري عن إصدار قرارات الضبط الإداري يجوز مقاضاتها، وأن ذلك لا يعود لسلطتها التقديرية، لأنها هي المسؤولة عن الحفاظ على النظام العام.

8\_ نوصي في حالة ترجمة نص قانوني ترجمته بمعناه الصحيح القانوني ولا يترجم لغويا وتضيق المعنى القانوني.

9- الإسراع في إصدار القانون العضوي المتعلق بحالة الطوارئ والحصار، المحال إليه طبقا للمادة 92 من دستور سنة 1996 والتي تقابلها المادة 106 من التعديل الدستوري لسنة 2016 في الجزائر.

قائمة

المصادر والمراجع

### أولاً- المصادر

#### I- الدستور :

- 01- دستور الجمهورية الجزائرية لسنة 1963، المؤرخ في 10/03/1963 الجريدة الرسمية رقم 64.
- 02 دستور الجمهورية الجزائرية، الأمر رقم 76-97 المؤرخ في 23 نوفمبر 1976، الجريدة العدد 94، الصادر في 24 نوفمبر 1976.
- 03- دستور الجمهورية الجزائرية ، مرسوم رئاسي رقم 89-18، المؤرخ في 28 فبراير، يتعلق بنشر تعديل الدستور، جريدة رسمية، عدد09، الصادر في أول مارس 1989.
- 04- دستور الجمهورية الجزائرية، مرسوم رئاسي رقم 96-138 مؤرخ في 26 رجب عام 1417، الموافق 7 ديسمبر 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور، المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، الجريدة الرسمية، العدد 76، المؤرخة في: 8 ديسمبر 1996.
- 04- تعديل الدستوري الجزائري 2016، رقم 01/16، المؤرخ في 27 جمادى الأولى 1437، الموافق 07/03/2016، ج ر ، عدد14، المؤرخة في 07 مارس 2016.

#### II- النصوص القانونية:

- 01- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، عدد21، مؤرخة في 23/04/2008.
- 02- الامر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006، الجريدة الرسمية، العدد2006،46.
- 03- مرسوم رئاسي رقم 02-403 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002، يحدد صلاحية وزارة الشؤون الخارجية، جريدة رسمية، عدد 79، مؤرخة في 01 ديسمبر 2002، لسنة2002.
- 04- المرسوم الرئاسي 02-403، المتضمن تحديد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية.
- 05- المرسوم الرئاسي رقم 92-44، المؤرخ في 09 فيفري 1992، يتضمن إعلان حالة الطوارئ، جريدة رسمية، العدد10، الصادر في 9 فبراير 1992.
- 06- المرسوم الرئاسي رقم 91-196 المؤرخ في 4 جوان 1991، يتضمن تقرير حالة الحصار، الجريدة الرسمية رقم 29 الصادر في 12 جوان 1991.

### ثانياً - المراجع:

#### I- الكتب

- 01- ابراهيم عبد العزيز شيحا، الوسيط في مبادئ واحكام القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999.
- 02- إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، دون الطبعة، لبنان، دون سنة النشر.
- 03- حافظ محمود، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، مصر، د.ط، 1973.
- 04- حمد عمر حمد، السلطة التقديرية للإدارة ومدى رقابة القضاء عليها، أكاديمية نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، 2003.
- 05- حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء في ظل القانون، الإجراءات المدنية والإدارية الجديدة، دار هومة للنشر، الجزائر، دون سنة النشر.
- 06- حمدي ياسين عكاشة، القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.
- 07- خالد سمارة الزغبى، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، عمان، 1999.
- 08- رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المتطورة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي للحد من سلطة الإدارة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربي، دون سنة نشر.
- 09- زكي محمود النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
- 10- زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، جامعة دمشق، 1979.
- 11- سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996.
- 12- سامي جمال الدين، دعاوى الإدارية والإجراءات أمام القضاء الإداري، الكتاب الأول، دعاوى الإلغاء، منشأة الناشر المعارف، الإسكندرية، 1991.
- 13- سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- 14- سامي جمال الدين، القضاء الإداري والرقابة على أعمال الإدارة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، دون سنة النشر.
- 15- سامي جمال الدين، القضاء الإداري (دراسة مقارنة)، مؤسسة نورس الدولية للنشر والتوزيع، الإسكندرية، 2003.
- 16- سامي جمال الدين، قضاء الملائمة والسلطة التقديرية للإدارة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2014.
- 17- سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، دار النهضة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1990.
- 18- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1966.
- 19- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة السادسة، مطبعة جامعة عين الشمس، 1991.
- 20- سليمان محمد الطماوي، القانون الإداري، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، مصر، دون سنة نشر.

- 21- سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، بدون دار النشر، سنة 1978.
- 22- سليمان محمد الطماوي، نظرية التعسف في استعمال السلطة، الطبعة الثالثة، ملتزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، 1978.
- 24- شطاب كمال، حقوق الإنسان في الجزائر بين الحقيقة الدستورية والواقع المعقود، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005.
- 25- الشهابي إبراهيم الشرفاوي، مصادر الالتزام في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الآفاق المشرقة ناشرون، الطبعة الرابعة، الشارقة، 2014.
- 26- صلاح يوسف عبد العليم، أثر القضاء الإداري على النشاط الإداري للدولة، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2008
- 27- طعيمة الجرف مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
- 28- طلبة عبد الله، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، الطبعة الخامسة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، 1996
- 29- عبد الجليل محمد، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والانظمة القانونية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، دون سنة نشر.
- 30- عبد الحكم فودة، أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2014.
- 31- عبد العزيز خليفة، الأسس العامة للقرارات الإدارية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008.
- 32- عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1955.
- 33- عبد الله بوقفة، الدستور الجزائري ( نشأة، تعريف، فقها)، دار الهدى، الجزائر، 2005.
- 34- عبد الناصر عبد الله ابو سمهدانة، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2014.
- 35- عبد الودود يحي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1994.
- 36- عثمان خليل، مجلس الدولة، دار الفكر العربي، دون طبعة، القاهرة، 1956.
- 37- عز الدين بغدادي، الإختصاص الدستوري لكل من رئيس الجمهورية ورئيس الحكومة، مكتبة الوعاء القانونية، الطبعة الأولى، 2009.
- 38- عصام نعمة إسماعيل ، الطبيعة القانونية للقرارات الإداري - دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 39- علي خطار شطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2004.
- 40- علي عبد الفتاح محمد، القضاء الإداري مبدأ المشروعية دعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2009.
- 41- عمار بوضياف، القرار الإداري، دراسة تشريعية قضائية فقهية، الطبعة الأولى، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- 42- عمار بوضياف، المرجع في المنازعة الإدارية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

- 43- عمار عوابدي، النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 44- عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 1999.
- 46- عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية ومقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 47- عمر حلمي فهمي، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة بين النظامين الرئاسي والبرلمانية، دار الفكر العربي للطباعة، د.ط، القاهرة، 1980.
- 48- عمر محمد شوكي، القضاء الإداري، الطبعة الأولى، مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- 50- فوزي أوصديق، النظام الدستوري الجزائري ووسائل التعبير المؤسساتي، طبعة الثانية، الجزائر 2006.
- 51- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء مجلس الدولة، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 52- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، منشأة المعارف، د.ط، الإسكندرية، 2000.
- 53- محمد السناري، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، د.ط، القاهرة، 1998.
- 54- محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، دار المعارف للطباعة والنشر، القاهرة، دون سنة نشر.
- 55- محمد الصغير بعلي، المحاكم الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، د.ط، عنابة.
- 56- محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 57- محمد الصغير بعلي، الوسيط في المنازعات الإدارية طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار النشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر، 2009.
- 58- محمد حسين عبد العالي، الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة، 1991.
- 59- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- 60- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.
- 61- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 1989.
- 62- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 63- محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، القاهرة، دون سنة نشر.
- 64- محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارات الإدارية، مطبعة عاطف، 1974.
- 65- محمد نجدات المحمد، ضمان العقد في الفقه الإسلامي، دار المكتبي، دمشق، 2007.
- 66- محمود محمد حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، دار النهضة العربية، 1993.
- 67- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، 2007.
- 68- محي الدين القيسي، القانون الإداري العام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2007.
- 69- مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية، دار المطبوعات الجامعية،

- الإسكندرية، 2008.
- 70- مسعود شيهوب، المبادئ العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999.
- 71- نذير اوهاب، السلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، د.ط، 1412 هـ .
- 72- نواف كنعان، القضاء الإداري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع والدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2002.
- 73- يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.

## II- الرسائل والمذكرات الجامعية

### أ- أطروحات الدكتوراه:

- 01- الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، الإسكندرية، السنة الجامعية 1979-1980.
- 02- ابراهيم يامة، لوائح الضبط الإداري بين الحفاظ على النظام العام وضمان الحريات العامة، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، الجزائر، السنة الجامعية 2014-2015.
- 03- بوشير محند أمقران، عن انتقاء السلطة القضائية في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، ، تيزي وزو، السنة الجامعية 2005-2006.
- 04- خليفي محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقايد ، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.
- 05- سكاكني باية، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، السنة الجامعية 2012-2011.
- 06- علام لياس، الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة والرقابة القضائية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018.
- 07- فاطمة موساوي، الرقابة على السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية في الأنظمة القانونية الجزائرية والفرنسية والمصرية، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
- 08- قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، رسالة دكتوراه، قسم الحقوق كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابي بكر بالقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012.
- 09- كمون حسين، المركز الممتاز للإدارة في المنازعة الإدارية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه فالعلوم، تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2018.
- 10- مباركي إبراهيم، الرقابة القضائية على اعمال الإدارة في القانون الجزائري(دراسة مقارنة)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو، السنة الجامعية 2017-2018.

- 11- مسعودة مقدودة، التوازن بين سلطات الضبط الإداري والحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، تخصص قانون إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، الجزائر، السنة الجامعية 2016-2017.
- 12- نصر الدين بن طيفور، السلطات الإستثنائية لرئيس الجمهورية، الجزائر والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، رسالة دكتوراه دولة، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002-2003.

### ب- رسائل الماجستير :

- 01- العتيبي محمد مفرح، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، السنة الجامعية 2010-2011.
- 02- أحمد بركات، الإختصاصات التشريعية لرئيس الجمهورية في النظام الدستوري الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2007-2008.
- 03- أحمد سحنين، الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2004-2005.
- 04- ادريس بوكرا، الحريات العامة في ظل الظروف الإستثنائية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية: 2004-2005.
- 05- بشير صلاح العاوور، سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة الأزهر، غزة، 2013.
- 06- بوقريط عمر، الرقابة القضائية على تدابير الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، السنة الجامعية 2007-2008.
- 07- تقيدة عبد الرحمان، نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانون الجزائري، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة عنابة، السنة الجامعية 1989-1990.
- 08- تميمي نجاه، حالة الظروف الاستثنائية وتطبيقاتها في الدستور، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2002-2003.
- 09- حاتم رشيد عبد المجيد فتياي، مسؤولية الدولة عن اعمال السيادة دراسة مقارنة، أطروحة استكمالية لنيل متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في القانون العام، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2017-2018.
- 10- حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانونين الدستوري والإداري وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة لنيل شهادة الماجستير، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالة، السنة الجامعية 2005-2006.
- 11- رزايقية عبد اللطيف، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الوادي، السنة الجامعية 2013-2014.
- 12- زغود جغلول، حالة الطوارئ وحقوق الإنسان، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الدولي لحقوق الإنسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بومرداس، السنة الجامعية 2004-2005.

- 13- سلام عبد الحميد محمد زنكة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، رسالة استكماليه لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الإداري، قسم القانون، كلية القانون والسياسة ، المانيا، 2008.
- 14- عباس إسماعيل، مسؤولية الإدارة عن القرارات الغير المشروعة في القانون العام، مذكرة لنيل شهادة الماجستير. كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الوادي، السنة الجامعية 2014-2015.
- 15- فادي جميل علاونة، مبدأ المشروعية في القانون الإداري وضمانات تحقيقه، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة ماجستير، كلية دراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، السنة الجامعية 2010-2011.
- 16- قروف جمال، الرقابة القضائية على أعمال الضبط الإداري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة باجي مختار، قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، عنابة، السنة الجامعية 2006-2007.
- 17- قريمس إسماعيل، محل دعوى الإلغاء دراسة في التشريع والقضاء الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، تخصص قانون الإدارة عامة، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، السنة الجامعية 2012-2013
- 18- لطفاوي محمد عبد الباسط، دراسة تحليلية لمضمون السلطة التقديرية، ومدى خضوعها للرقابة القضائية مذكرة لنيل شهادة الماجستير، قانون عام، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر، تلمسان، دفعة 2015-2016.
- 19- محمد علي سديرة، الحالات الإستثنائية في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2013-2014.
- 20- مصطفى رباحي، الصلاحيات غير العادية لرئيس ج في ظل دستور 1996، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون عام، كلية الحقوق ، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2004-2005.
- 21- مولودي جلول، حماية الحقوق والحريات أثناء حالة الطوارئ في النظام الدستوري الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، السنة الجامعية 2009-2010.
- 22- ميمونة سعاد، الطبيعة القانونية لتشريع بأوامر، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2010/2011.
- 23- نقاش حمزة، الظروف الاستثنائية والرقابة القضائية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، القانون العام، فرع الإدارة العامة وإقليمية القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2009-2010.
- 24- نويري سامية، الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2012-2013.
- 25- هبة محمد محمود الذيب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية في القانون المدني الفلسطيني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر، غزة، السنة الجامعية 2012-2013.

ج- مذكرات الماجستير:

- 01- آمال جبيحة، إبتسام بوحاجب، الرقابة القضائية على تدابير المجلس الإداري، مذكرة المتطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 قالمة، السنة الجامعية 2018-2019.
- 02- بوخميس فؤاد، تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، تخصص إدارة ومالية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، السنة الجامعية 2015-2016.
- 03- حياة زرفط، كهينة حربي، صلاحيات رئيس الجمهورية في النظامين الدستوريين الجزائري والمصري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص دولة ومؤسسات، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية 2016/2017.
- 04- خولة عزوز، تأثير سلطات الضبط الإداري على الحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم والسياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية، 2015-2016.
- 05- رقوة وداد، العايبي سارة، عمل المؤسسات الدستورية في ظل الظروف الاستثنائية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2013-2014.
- 06- زراق حسين، تشريع الضرورة في دساتير دول المغرب العربي، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق بودواو، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، السنة الجامعية 2015-2016.
- 07- علي جعفري، حسان سباعي، أعمال السيادة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة الماجستير، تخصص الشريعة والقانون، قسم العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم والإسلامية، جامعة أحمد راية، أدرار، السنة الجامعية 2016-2017.
- 08- قادة دنون إبراهيم، مقومات مشروعية القرار الإداري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، قسم الادب العربي كلية الادب العربي والفنون، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2014-2015.
- 09- لحوارش ياسين، زغلامي رمزي، دعوى القضاء الكامل ( دعوى التعويض)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون عام، قسم العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، السنة الجامعية 2014-2015.
- 10- مبروكي عبد الحكيم، المسؤولية الإدارية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماجستير، تخصص القانون الإداري، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، السنة الجامعية 2013-2014.
- 11- مريشة توفيق، تريعة بسمة، تأثير نظرية الظروف الإستثنائية على ممارسة الحريات العامة، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماجستير في القانون العام، تخصص الدولة والمؤسسات العمومية، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، السنة الجامعية 2015-2016.
- 12- مريم خدير، الرقابة القضائية على اعمال السيادة في النظام القضائي الجزائري، مذكرة تكميلية لنيل شهادة

الماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، السنة الجامعية 2015-2016.

13- نوال رحوي، أثر الظروف الإستثنائية على الحقوق والحريات العامة، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون عام معمق، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2015-2016.

### د- المجالات القضائية:

- 01- المحكمة العليا الغرفة الإدارية، قرار رقم 36473، بتاريخ 1984/01/07، مجلة قضائية، عدد4، سنة 1993.
- 02- حسين فريجة، السلطة التقديرية واجتهاد القاضي الإداري، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثاني، بسكرة، الجزائر، 2005.
- 03 قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، ملف رقم 36473 الصادر بتاريخ: 1984/01/07، المجلة القضائية، عدد 4، الجزائر، 1989.
- 04- قرار المحكمة العليا، الغرفة الإدارية، ملف رقم 1240168 بتاريخ 1990/07/28، المجلة القضائية، العدد الأول، الجزائر، 1992.
- 05- قرار رقم 119341 المؤرخ في 1995/10/24، المجلة القضائية لسنة 1996، العدد1.
- 06- قرار رقم 740051 المؤرخ في 2009/04/1، مجلة المحكمة العليا لسنة 2009، العدد1.
- 07- قرار مجلس الدولة الجزائر رقم 169417 الصادر بتاريخ 1998/07/17، مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002.
- 08- وزارة العدل، "صلاحيات القاضي على ضوء التطبيقات القضائية الغرفة الإدارية للمحكمة العليا"، نشرة القضاة، العدد54، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 1999.

### III- الإجتهاادات القضائية:

- 01- قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا رقم 42917 الصادر بتاريخ 1985/06/15، العدد 04، قسم المستندات والنشر بالمحكمة العليا، 1989.
- 02- قرار رقم 36473 مؤرخ في 1984/01/07، العدد 02، 1995.

### IV- المقالات العلمية

- 01- إسماعيل جابوري، "نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري"، مجلة دفاتر سياسية والقانون عدد 14، 2016.
- 02- إبراهيم درويش، "نظرية الظروف الاستثنائية"، مجلة إدارة قضايا الحكومية، العدد4، ديسمبر 1996.
- 03- إبراهيم مباركي، "القيود الواردة على إختصاصات رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ"، مجلة الدراسات الحقوقية، المركز الجامعي نور البشير، العدد التاسع، البيض.

- 04- رضاني فاطمة الزهراء، أعمال السيادة انتقاص من قيمة المعيار الموضوعي المعتمد لتحديد مدلول الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، العدد 5، الجزائر، 2015
- 05- غضبان مبروك، غربي نجاح، " قراءة تحليلية للنصوص القانونية المنظمة لحالتي الحصار والطوارئ، ومدى تأثيرهما على الحقوق والحريات في الجزائر"، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 06- الفحلة مديحة، "نظرية الظروف الاستثنائية على النظام العام والتزام حماية الحقوق والحريات الأساسية"، مجلة المفكر، العدد الرابع عشر، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 07- سمية خاضر، "تقييد الحريات العامة في ظل حالة الحصار"، مجلة القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، المجلد الثاني، العدد الثالث، دون سنة نشر، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم.
- 08 محمد هاملي، "نظرية أعمال السيادة وموقف القضاء الجزائري والمقارن منها"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد4، الجزائر، 2018.
- 09- محمد واصل، مقال بعنوان "أعمال السيادة والاختصاص القضائي"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الأول، العدد الثاني، 2006.
- 10- مسعود شيهوب، إمتيازات الإدارة أمام القضاء، مجلة الفكر القانوني، العدد4، 1987.
- 11- نبيل محمد بوحميدي، عبد المهيم حمزة، الدولة والقانون في زمن جائحة الكورونا، مجلة دولية علمية محكمة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، عدد ماي، الرباط، 2020.
- 12- هيثم المالح، "حالة الطوارئ أثرها على حقوق الإنسان"، مجلة العدالة، العدد السابع، سوريا، أبريل 2003
- 13- فريدة ابركان، رقابة القاضي الإداري على السلطة التقديرية للإدارة، مجلة مجلس الدولة، العدد1، الجزائر، 2001.

### V- البحوث المتخصصة

- 01- مقني بن عمار ، بحث متخصص حول " أعمال السيادة كاستثناء عن إختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية "، جامعة ابن خلدون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت، السنة الجامعية 2012-2013.

### IV- المراجع باللغة الأجنبية:

- 01- 25 colloque de droit européen, pouvoir discrétionnaire de l'administration et problèmes de responsabilité, oxford ( royaume- uni) .27-28 september 1995.
- 02- Martine Lombard, droit administratif,dalloz,2edition,paris,1998.
- 03- vedel (geoges), droit administratif, Thémis, P.U.F, paris, 982.

# الفهرس

## الفهرس

الصفحة	
1	مقدمة
<b>الفصل الأول: الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف العادية</b>	
10	<b>المبحث الأول: السلطة التقديرية للإدارة</b>
10	المطلب الأول: مفهوم السلطة التقديرية للإدارة.
11	الفرع الأول: مدلول السلطة التقديرية للإدارة
11	أولاً: تعريف السلطة التقديرية للإدارة
15	ثانياً: تمييز السلطة التقديرية عن السلطة المقيدة للإدارة:
18	الفرع الثاني: الأساس القانوني للسلطة التقديرية للإدارة
18	أولاً: النظرية السلبية:
19	ثانياً: النظرية الإيجابية
20	الفرع الثالث: حدود السلطة التقديرية للإدارة
21	أولاً: الحدود الخارجية للسلطة التقديرية
22	ثانياً: الحدود الداخلية للسلطة التقديرية
25	<b>المطلب الثاني: الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة:</b>
25	الفرع الأول: مفهوم الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة
25	أولاً: تعريف الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة
26	ثانياً: خصائص الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة
27	الفرع الثاني: النظام القانوني للرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
27	أولاً: أساليب الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
31	ثانياً: أدوات الرقابة القضائية على السلطة التقديرية للإدارة.
39	<b>المبحث الثاني: أعمال السيادة.</b>
39	المطلب الأول: مفهوم نظرية أعمال السيادة.
40	الفرع الأول: تعريف نظرية أعمال السيادة.
40	أولاً: التعريف الفقهي.

42	ثانيا: التعريف القضائي
42	الفرع الثاني : أساس نظرية اعمال السيادة.
43	الفرع الثالث: معايير تمييز أعمال السيادة عن أعمال الإدارة.
43	أولا: معيار الباعث السياسي
44	ثانيا: معيار طبيعة العمل أو موضوعه.
45	ثالثا: معيار القائمة القضائية
46	رابعا: المعيار الحديث:
47	الفرع الرابع: موقف القضاء الجزائري والمشرع من نظرية أعمال السيادة
47	أولا: موقف القضاء الجزائري من نظرية أعمال السيادة.
49	ثانيا: موقف المشرع الجزائري من نظرية أعمال السيادة
50	المطلب الثاني: نطاق الرقابة القضائية على أعمال السيادة
51	الفرع الأول: حدود الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بعلاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية
55	الفرع الثاني: حدود الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بالعلاقات الدولية
55	أولا: الرقابة القضائية على الأعمال التي يقوم بها ممثلو الدولة.
57	ثانيا: الرقابة القضائية على الأعمال المتصلة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية.
60	الفرع الثالث: انعدام ضمانات حماية المتقاضي من أعمال السيادة في الجزائر
61	أولا: عدم تقرير تعويض عن الاضرار الناجمة عن اعمال السيادة.
62	ثانيا: مرونة أعمال السيادة وصعوبة حصرها.
63	خاتمة الفصل الأول
<b>الفصل الثاني : الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية في الظروف الاستثنائية</b>	
66	المبحث الأول: مضمون نظرية الظروف الاستثنائية
67	المطلب الأول: مدلول نظرية الظروف الاستثنائية
67	الفرع الأول: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية.
67	أولا: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الاستثنائية.
70	ثانيا: التعريف القضائي لنظرية الظروف الاستثنائية
72	ثالثا: التعريف التشريعي لنظرية الظروف الاستثنائية
74	الفرع الثاني: شروط نظرية الظروف الاستثنائية.
74	أولا: الشروط الموضوعية

76	ثانيا: استحالة مواجهة الظروف الاستثنائية
76	ثالثا: أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة
77	رابعا: الشروط الشكلية
77	الفرع الثالث: علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة والاستعجال.
78	أولا : علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بنظرية الضرورة
80	ثانيا- علاقة نظرية الظروف الاستثنائية بالاستعجال.
81	المطلب الثاني: تمييز الظروف الاستثنائية عن غيرها من الظروف المشابهة.
82	الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية السلطة التقديرية
82	أولا: من حيث احترام دائرة الاختصاص:
82	ثانيا: من حيث مدى خضوع كل منهما لرقابة القضاء.
83	ثالثا: من حيث مخالفة مبدأ المشروعية
83	رابعا: من حيث المجال الزمني:
83	الفرع الثاني: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية أعمال السيادة
84	أولا: من حيث الأساس
84	ثانيا: من حيث مخالفة مبدأ المشروعية
85	ثالثا: من حيث خضوع كل منهما لرقابة القضاء
86	رابعا - من حيث المجال الزمني:
86	خامسا: من حيث الطبيعة
86	سادسا: من حيث ضمانات الأفراد
87	الفرع الثالث: تمييز نظرية الظروف الاستثنائية عن نظرية القوة القاهرة
87	أولا: تعريف القوة القاهرة
88	ثانيا: أوجه الشبه بين نظرية الظروف الاستثنائية ونظرية القوة القاهرة
89	ثالثا: أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة والقوة القاهرة
89	رابعا: تنفيذ الالتزامات التعاقدية في زمن فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة.
91	المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الإستثنائية
92	المطلب الأول: حالي الحصار والطوارئ
92	الفرع الأول: تعريف حالة الطوارئ والحصار
93	أولا: تعريف حالة الطوارئ

94	ثانيا: تعريف حالة الحصار
95	ثالثا: شروط إعلان حالي الطوارئ والحصار
98	الفرع الثاني: مدى إمكانية الرقابة القضائية على حالي الطوارئ والحصار
98	أولا: الطبيعة القانونية لقرار إعلان حالي الطوارئ أو الحصار
100	ثانيا: الطبيعة القانونية للإجراءات الصادرة إستنادا لقرار إعلان حالي الطوارئ والحصار
100	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تطبيق حالي الطوارئ والحصار
100	أولا: الآثار الناتجة عن إعلان حالة الطوارئ
102	ثانيا: الآثار الناتجة عن إعلان حالة الحصار
105	المطلب الثاني: حالي الإستثنائية والحرب
105	الفرع الأول: الحالة الإستثنائية
106	أولا: تعريف الحالة الإستثنائية
107	ثانيا: أسباب إعلان عن الحالة الإستثنائية
108	ثالثا: الطبيعة القانونية لقرار اللجوء إلى الحالة الإستثنائية
111	رابعا: الطبيعة القانونية للإجراءات الصادرة إستناد لقرار اللجوء للحالة إستثنائية
111	الفرع الثاني: حالة الحرب
112	أولا: تعريف حالة الحرب
113	ثاني120: شروط إعلان حالة الحرب
118	ثالثا: الآثار المترتبة عن إعلان حالة الحرب
119	رابعا: نطاق الرقابة القضائية على حالي الحرب والحالة الإستثنائية
120	خلاصة الفصل
122	الخاتمة
126	قائمة المصادر والمراجع
137	الفهرس
141	ملخص المذكرة

الملخص:

إن الرقابة القضائية على تصرفات الإدارة لم تكن على درجة واحدة، بل تتسع وتضيق بحسب الركن الذي يمارس عليه القاضي الإداري رقابته، فيتمتع هذا الأخير برقابة واسعة في مجال أركان المقيدة المقيدة في القرار الإداري، بينما تضيق رقابته إلى حد ما في مجال أركان التقديرية، أما أعمال السيادة هي طائفة من أعمال سلطة التنفيذية التي تخرج عن رقابة القضاء بجميع صورها ومظهرها لأنها تمنح قرارات الإدارة حصانة تامة إتجاه رقابة القضاء، بينما نظرية الظروف الإستثنائية فيختلف نطاق الرقابة القضائية من حالة إلى أخرى ، ففي ظل حالتها حصار والطوارئ هي رقابة واسعة تعتبر رقابة محدودة في حالة الحرب والحالة الإستثنائية.

### **Abstract:**

The judicial control over the behavior of the administration was not at one level, but expanded and narrowed according to the pillar on which the administrative judge exercises his control, so that the latter enjoys wide control in the field of the restricted elements of the administrative decision, while his control narrows somewhat in the area of the elements of discretion. Actions of sovereignty are a group of actions of the executive authority that deviate from judicial oversight in all its forms and manifestations because it gives management decisions complete immunity towards judicial oversight, while the theory of exceptional circumstances varies the scope of judicial oversight from one case to another, and in light of the two states of siege and emergency, it is a wide oversight that is considered limited oversight. In case of war and exceptional situation.