

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الجيلالي ليابس بسيدي بلعباس
كلية الحقوق والعلوم السياسية (19 مارس 1962)

مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه

فرع: القانون العام المقارن

تخصص: القانون العام

تحت إشراف الأستاذ الدكتور:

بوزيان مكلل

إعداد الطالب:

خالد سرباح

لجنة المناقشة

السيد: كراجي مصطفى	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسا
السيد: بوزيان مكلل	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد: تشوار الجيلالي	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	عضوا مناقشا
السيد: زروق العربي	أستاذ محاضر قسم أ	جامعة الشلف	عضوا مناقشا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قال تعالى

وَلْتَسألنَّ عَمَّا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ

صدق الله العظيم

سورة النحل آية 93

قال رسول الله

كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ

صدق رسول الله

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين الذي وفقني لإنجاز هذا العمل، والصلاة والسلام على نبينا وحبينا وقدوتنا محمد رسول الله خاتم الأنبياء والمرسلين.

أتقدم بعظيم الشكر وجميل العرفان وسمو الإمتنان لمن غمرني بالفضل واختصني بالنصح إلى المشرف الأستاذ الدكتور بوزيان مكلل لما أولاه من إرشاد وتوجيه لإخراج هذه الأطروحة.

ويطيب لي أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الدكتور زروق العربي على مساعدته وتوجيهاته التي حظيت بها طيلة مساري الجامعي.

والشكر موصول إلى الأستاذ الدكتور كراجي مصطفى عميد كلية الحقوق لإرشاده وحرصه على إنجاح البحث العلمي.

كما لا يفوتني أن أشكر الأستاذة الفاضلة الدكتورة صورية الشايب على تقديمها لي يد العون والمساعدة.

كما أتقدم بالشكر والتقدير لأعضاء لجنة المناقشة وإلى كل من ساعدني على إنجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

خالد

إِهْدَاء

إلى من تعجز الكلمات أن توفي حقها
ثم إلى من تعجز الأرقام أن تحصي فضلها
ثم إلى من كانت الجنة تحت أقدامها
أمي الشريفة بنت الشريف الغالية ملاكي في الحياة، دعائها سر
نجاحي وحنانها بلسم جراحي. أطال الله في عمرها.

إلى من كلفه الله بالهبة والوقار، إلى من أحمل اسمه بكل افتخار،
أرجو الله أن يسكنه فسيح جنانه ويتغمده برحمته ويرزقه خيرا من كل
الثمار. والدي المجاهد أسد الونشريس رحمه الله.

إلى زوجتي وابنتي ألاء

إلى عائلتي الكبيرة إخوة وأخوات

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

د.ت.ن.	دون تاريخ النشر
د.م.ج.	ديوان المطبوعات الجامعية.
ج.ر.ج.ج.	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
ص.	الصفحة.
ط.	الطبعة.
ج.	الجزء.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- C.E. Conseil D'Etat
T.C. Tribunal des conflits
OP. CIT. Ouvrage Précédemment Cité.
P.P. De la Page... à la page
P.U.F. Presses Universitaires De France
L.G.D.J. Librairie générale de droit et de jurisprudence.
R.D.P. Revue du droit public
Rec. Recueil
D. Dalloz.
P. Page

ثالثاً: باللغة الانجليزية

- S.C. u.k .supreme court of United kingdom.
D.C. decided cases
P. Page
V. against

مقدمة

مقدمة

إن الدولة الحديثة قائمة على فكرة المسؤولية، و التي بدورها هي ضمانة و تطبيق لفكرة الدولة القانونية و مبدأ الشرعية، فالقاعدة العامة تقتضي وجود المسؤولية حيث توجد السلطة فمن دون سلطة لا توجد مسؤولية، و من دون مسؤولية لا توجد سلطة و من دون هذا و ذلك لا يوجد نشاط إداري.

و بتزايد مجالات تدخل الدولة في الحياة السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية، تبرز أهمية وجود سلطة عامة تتمتع بامتيازات أو وسائل وسلطات استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، تلبي حاجات عامة خدمة للصالح العام، لهذا تقوم الإدارة بالعديد من الأعمال الإدارية المتنوعة التي تستهدف تحقيق المنفعة العامة، و اعتماد الأفراد في تنظيم حياتهم اليومية على ما تقدمه المرافق العامة من خدمات، كالخدمة الأمنية و الصحة و القضاء.

وبعد أن كان الاجتهاد يرى في مسؤولية السلطة العامة استثناء للقاعدة التي هي عدم مسؤوليتها، أصبح الاجتهاد الحديث يرى في عدم مسؤولية السلطة الاستثناء، خاصة ما حدث في بداية القرن العشرين، و تحولات الفكر السياسي الذي نقل فكرة السيادة من شخص الملك إلى الدولة أو الشعب، حيث أصبحت هناك إمكانية لمساءلة الدولة أمام القضاء عما أحدثته من أضرار بالمواطنين.

إن خضوع السلطة العامة إلى القانون و خضوع الفرد إلى القانون و بالتالي خضوع كليهما إلى رقابة القضاء هو تجسيد لفكرة الدولة القانونية، و الذي يعني تطابق جميع الأعمال القائمة في الدولة مع القانون إلا أن الواقع العملي يؤكد أن السلطة العامة في بعض الأحيان تخرج عن إطار الشرعية لتحقيق أهداف مشروعة في حالة الظروف الاستثنائية التي تمر به الدولة، بهدف حماية الأفراد و المحافظة على حقوقهم في توفير الأمن و الاستقرار، كما أن هناك أعمال قانونية غير خاضعة للرقابة القضائية حتى ولو كانت تمس حقوق وحرية الأفراد أو تتعارض مع المصلحة العامة، حيث تظهر ضرورة التوفيق بين متطلبات السلطة و متطلبات الحرية و هو أمر بالغ الأهمية لأن رجحان السلطة على الحرية، تؤدي إلى هضم حقوق الأفراد و رجحان الحرية على السلطة، تؤدي إلى فقدان هيبة الدولة، و من هنا فإن الحل المنشود هو خلق توازن بين السلطة والحرية في إطار ما يعرف بمبدأ المشروعية.

أهمية الموضوع:

ومن هذا المنطلق تكمن أهمية الموضوع حيث نحاول من خلال هذه الدراسة الكشف عن مفهوم تتغنى به حكومات دول العالم قاطبة اسمه سيادة القانون، إلا أن الواقع يؤكد لنا وجود طائفة من الأعمال نقلت من الرقابة القضائية وذلك بإطلاق يد السلطة التنفيذية والسماح لها في كثير من الأحيان الاعتداء على حقوق وحرية الأفراد مع بعض التباين في التطبيق بين النظام اللاتيني الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى، وحقيقة يأتي هذا العمل لتبيان خطورة أعمال السيادة وخروجها الصارخ عن مبدأ المشروعية، وتسلب السلطة التنفيذية

أهداف البحث:

نهىف من دراسة مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن إلى استبيان الاختلافات الأساسية والجوهرية بين كل من النظامين القانونيين، النظام القانونى اللاتينى الجرمانى والنظام القانونى الأنجلوسكسونى، في إطار تحديد نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم، وذلك وفق الأهداف الآتية:

- دراسة معمقة للنظام القانونى اللاتينى الجرمانى و النظام القانونى الأنجلوسكسونى، من خلال إبراز موقع أعمال السيادة و نظرية الظروف الاستثنائية في النظام القانونى اللاتينى الجرمانى و النظام القانونى الأنجلوسكسونى.
- تحديد نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم في كلا النظامين القانونيين، واستقراء رأى الفقه وموقف القضاء من خلال آخر ما أقره مجلس الدولة الفرنسى والمحكمة العليا البريطانية في تحميل السلطة العامة المسؤولية.
- الانفتاح نحو أنظمة قانونية مقارنة من خلال دراسة النظام القانونى الأنجلوسكسونى حيث تكاد تتعدم المراجع و الدراسات القانونية المتخصصة باللغة العربية خاصة أن هذا الأخير تنتهجه دول عظمى تقود العالم.
- تحليل النتائج واستكمال متطلبات البحث ومعالجة مختلف الجوانب القانونية المرتبطة بموضوع الدراسة، مع تحديد عوامل الامتياز في كل نظام و استخراج أو إيجاد ما هو الأفضل للنظام القانونى الجزائرى.

المنهج المتبع في البحث:

- المنهج التاريخي: وهو ضروري لدراسة أصل كل من نظرية السيادة و نظرية الظروف الاستثنائية وتطورها في فرنسا (مهد النشأة القضائية للنظرية)، وكذلك أصلها في بريطانيا، ومصر والجزائر.
- المنهج التحليلي: اعتمدنا عليه في تحليل أهم الأحكام والقرارات القضائية خاصة الحديثة منها، بالإضافة إلى تحليل بعض مواقف الفقه والقضاء على ضوء نظرية أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية.
- المنهج المقارن : من خلال عملية الموازنة و المقاربة بين نظامين قانونيين رئيسيين (النظام القانوني اللاتيني الجرمانى بقيادة فرنسا و النظام القانوني الأنجلوسكسونى بقيادة إنجلترا)

إشكالية الدراسة:

وعليه يمكن طرح الإشكالية التالية ما مدى مساءلة السلطة العامة وفق نظرية السيادة في ظل الأنظمة القانونية المعاصرة ؟

وارتأينا قبل الإجابة على الإشكالية ضرورة ضبط وتحديد بعض المفاهيم القانونية لحصر مجال الدراسة الموسوم ب: مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن.

بداية نقول أن السلطة العامة في حقيقة الأمر، سلطة واحدة تقوم على مجموعة من الوظائف، وظيفة تنفيذية، ووظيفة تشريعية و وظيفة قضائية، إلا أن مجال البحث ينحصر في السلطة التنفيذية باعتبارها الأكثر احتكاكا بالأفراد ومساسا بحقوقهم وحررياتهم، حيث تقوم هذه الأخيرة وفي إطار إعطاء حركية لنشاط الدولة بممارسة مجموعة من الأعمال، أعمال بصفقتها سلطة إدارة وأعمال بصفقتها سلطة حكم، والتي هي مقصد بحثنا من خلال تحديد نطاق مساءلة السلطة العامة عند إفلات هذه الأعمال من الرقابة القضائية.

و لمصطلح المسؤولية في القانون العام عدة معان فمنها المسؤولية السياسية، المسؤولية الجنائية، المسؤولية الإدارية، المسؤولية المدنية والمسؤولية التأديبية، وعليه سوف تنحصر دراستنا على المسؤولية الإدارية للسلطة العامة، إذ أنها تقوم على أساس المسؤولية بخطأ أو المسؤولية بدون خطأ وهي محور بالدراسة.

كما يوجد في العصر الحديث مجموعتين أساسيتين من الأنظمة القانونية تتقاسمها كثير من بلاد العالم على غرار النظام اللاتيني الجرمانى بقيادة فرنسا، والنظام الأنجلوسكسونى بقيادة بريطانيا ونحاول فى هذا البحث تسليط الضوء على هذه الأعمال فى ظل هذه الأنظمة القانونية.

و لدراسة الموضوع والإجابة على الإشكالية تبيننا التقسيم الثنائى حيث خصصنا الباب الأول: للإطار المفاهيمى والقانونى لفكرة السلطة العامة أما الباب الثانى فتناولنا فيه: نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم، وفق الخطة التالية:

قسمنا الباب الأول المعنون ب: الإطار المفاهيمى و القانونى لفكرة السلطة العامة إلى فصلين حيث تطرقنا فى فصله الأول إلى ماهية فكرة السلطة العامة من الجانب السىادى، من خلال تحديد مصطلح السلطة العامة وتبيان مصدرها وعناصرها ومدلولها فى الفقه القانونى و الفقه السىاسى و الفقه الدينى مع دراسة السلطة الواقعية لأهمية الآثار التى تترتب على ممارستها قانوناً.

ثم البحث عن موقع فكرة السيادة فى أعمال السلطة العامة حيث نجيب على عدة تساؤلات، حول مدلول فكرة السيادة ومن هو صاحب الحق وفق المذاهب القديمة والحديثة، ونخلص إلى تبيان العلاقة بين السيادة وأعمال السلطة العامة.

وأخيراً نتطرق إلى فكرة السلطة العامة فى القانون المقارن وأخص بالذكر كل من النظام اللاتينى الجرمانى حيث يرتكز على السلطات المركزية و المحلية و بمفهوم آخر يشمل الأشخاص الإقليمية العامة فى الدولة، و كذلك الأشخاص العامة المرفقية و كذلك التطرق لمفهوم الموظف العام و التكيف القانونى لعلاقة الموظف العام بالدولة باعتبار أن الموظف يمثل الأداة البشرية لتجسيد فكرة السلطة العامة وتحقيق أهدافها.

و على النقيض تماماً نبحت فكرة السلطة العامة فى النظام الأنجلوسكسونى حيث تنقسم إلى إدارة مركزية و إدارة محلية كما أن ملامح النظام السىاسى الإنجليزى من الناحية الدستورية يشهد التحام كامل بين السياسة وإدارة الدولة بالإضافة إلى إبراز موقع التاج فى القانون الإنجليزى وعلاقته بالإدارة و نطاق مسؤوليته .

أما الفصل الثانى جاء بعنوان المعايير لتحديد مجال فكرة السلطة العامة، وباعتبار أن السيادة ذات مفهوم نسبى و مضمون متحرك اختلف الفقه و القضاء فى تحديد معيار فاصل لحصر مجال السلطة العامة فتعددت المبررات التى أخذوا بها.

وفي حقيقة الأمر نميز في هذا المجال المراد تحديده بين معينين للسلطة العامة:

أولاً: المعنى الواسع للسلطة العامة باعتبارها سلطة واحدة لا تتجزأ، والتي من خلالها نتطرق إلى تحديد المجال الذي تمارس فيه السلطة العامة اختصاصاتها بموجب امتيازات استثنائية حيث تعلق إرادتها فوق إرادة الأفراد، وهذا المفهوم ينطبق على الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء والقانون (النظام اللاتيني الجرمانى) و المجال الذي تمارس فيه السلطة العامة صلاحياتها باعتبارها شخص معنوي عادي، وهي ذات القواعد التي يخضع لها الأفراد، وذلك سواء من حيث نشاطها أو منازعاتها وكذلك الشأن بالنسبة للجهات القضائية المختصة بالفصل فيه، وهذا المفهوم ينطبق على الدول التي تأخذ بنظام وحدة القانون والقضاء (النظام الأنجلوسكسوني).

ثانياً: المعنى الضيق للسلطة العامة باعتبارها مجموعة من السلطات تتكون من سلطة تنفيذية و سلطة تشريعية و سلطة قضائية، حيث أنه في غالب الأحيان يتولى المؤسس الدستوري تنظيم العلاقة بين مختلف السلطات لاسيما السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية و هذا ما يبرر سمو الدستور حيث يشكل الوثيقة الأسمى في الدولة، وبهذا يعتبر الدستور هو الإطار العام الذي يحدد اختصاصات ومجال كل سلطة.

ومن هذا المنطلق، ظهرت ضرورة التفكير في وضع معايير دستورية وقانونية تضع كل سلطة في الإطار المناسب لها، من أجل تفادي الاستبداد و التسلط، خاصة السلطة التنفيذية باعتبارها الأكثر تدخلا في نشاطات الدولة و احتكاكا بالأفراد، و بالتالي وجوب رسم الحدود لممارسة الرقابة عليها خاصة الرقابة القضائية.

ولكن في المقابل تماما نجد في النظام الأنجلوسكسوني وأخص بالذكر القانون الانجليزي لا وجود لتلك المعايير، لسبب بسيط يكمن في عدم وجود دستور، وهذا من بين الأسباب التي تجعل السلطة التشريعية (مجلس العموم و مجلس اللوردات) تعارض فكرة وضع دستور مكتوب. حيث أثبتت التجربة الفرنسية انقلابا قانونيا كبيرا في النظام الدستوري، وكان ذلك بالحد من سلطة البرلمان وتفعيل سلطة الحكومة.

فضلا عن المعايير الفقهية و القضائية التي تساهم في بلورة النظام القانوني وتحديد مجال أعمال السلطة العامة أو أعمال السيادة.

أما الباب الثاني المعنون ب: نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم

قسمناه بدوره إلى فصلين، الأول منه جاء بعنوان نظرية السيادة كمبرر لعدم مسؤولية السلطة العامة حيث تطرقنا في هذا الفصل إلى النظام القانوني لنظرية أعمال السيادة، وكيف تم استبعاد مساءلة السلطة العامة عن أعمال الحكومة في النظام اللاتيني الجرمانى و أخص بالذكر القانون الفرنسى حيث يرى معظم فقهاء القانون العام الفرنسى أن هذه النظرية كانت الثمن الذى قدمه مجلس الدولة لقاء منحه سلطة القضاء البت.

و الآن أصبح الاتجاه الحديث نحو تقليص نظرية الأعمال الحكومية من خلال التضييق من مجال تطبيقها و الانتقاص من عدد أعمال السيادة و التلطيف من آثارها القانونية بالتوسع فى أعمال الرقابة القضائية و تقرير مسؤولية الدولة فى بعض الأحيان عنها، كما نخرج على استبعاد مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة فى كل من مصر والجزائر.

ثم نتطرق إلى نطاق مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة فى النظام الأنجلوسكسونى وأخص بالذكر أعمال الدولة فى القانون الإنجليزى، و صلة القضاء بالإدارة حيث تمتنع المحاكم القضائية فى إنجلترا عن النظر فى طائفة من أعمال السلطة التنفيذية وهذا يتضح جليا فى تحديد مسؤولية التاج و تابعيه حيث كانت هى الأصل إلا أن وردت عدة استثناءات على هذا المبدأ فأصبح لا يطبق على إطلاقه بل فقط المصالح و الجهات الإدارية التى تتعلق بالتاج إتصالا وثيقا و رسميا وبالتالي يمكن مقاضاة الجماعات والمصالح الأخرى. ثم تطور إلى إمكانية مقاضاة التاج بحسب مسؤوليته أو مسؤولية تابعيه التقصيرية حيث أن أساس استبعاد المساءلة يرجع إلى أنه فى القرن السابع عشر كان هناك طائفتان من أعمال التاج لا تخضعان لرقابة القضاء:

الأولى: طائفة الأعمال التى يملك التاج حق إجرائها بموجب سلطانه غير العادى، أداء لواجبه الأول نحو الدولة absolute or extraordinary prerogative حيث شبهت بالسلطة المطلقة (الديكتاتورية).

الثانية: طائفة الأعمال التى يجريها التاج بمقتضى سلطانه العادى المتروك لمطلق حريته و تقديره.

غير أن التاج قد أسرف فى إبداء الدفع بقصد إعفاء تابعيه من المسؤولية فثار الرأى العام لذلك، ثم عملت المحاكم على التضييق من آثار هذه الدفوع بغية المحافظة على حريات الأفراد وحماية حقوقهم، فالمحاكم البريطانية عملت على هدم مزاعم التاج البريطانى و استعماله السلطة المطلقة باسم

الدولة و استقر قضاؤها على أن رعايا التاج البريطاني بل وكل المقيمين بأراضيه يجب أن ينعموا بسيادة القانون العام في كافة العلاقات القانونية سواء في ذلك، تلك القائمة بينهم أو تلك التي تربطهم بالتاج و تابعيه.

و خلصنا إلى موقف الفقه و القضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة وكذلك موقف القضاء الجزائري حول النظرية.

وفي الفصل الثاني الذي جاء بعنوان نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية، فإن لدى السلطة التنفيذية سلطة واسعة نابعة من رعايتها لمصالح المجتمع في الدولة و قد حدد لها المشرع إطار تسيير فيه لتحقيق هذه المصالح في الظروف العادية، غير أنه قد تحدث في بعض الأحيان ظروف غير عادية كالفيضانات، الزلازل، الحروب، والتمرد و هي ملزمة أيضا بمواجهة هذه الظروف، لكن الوسائل و الإجراءات المطبقة في الحالات العادية قد لا تمكنها من مواجهة الحالات الاستثنائية، لذا فقد سمح المشرع والقضاء للسلطة التنفيذية بأن تتحرر من القيود المنصوص عليها في القانون، وإذا دعت الضرورة لذلك من أجل إعادة الحالة إلى طبيعتها و حفاظا على الدولة من زوالها ظهرت في الفقه القانوني نظرية الظروف الاستثنائية.

لذا سوف تركز الدراسة في هذا الفصل حول نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم فيما تواجهه من ظروف غير عادية وذلك من خلال التطرق للنظام القانوني للظروف الاستثنائية في القانون المقارن، ثم البحث عن كيفية مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية وفق النظريات والأسس القديمة والحديثة منها.

و أخيرا نتطرق لموقف الفقه و القضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية من خلال موقف كل من الفقه اللاتيني الجرمانى و الأنجلوسكسونى و كذلك موقف كل من القضاء في النظام اللاتيني الجرمانى (فرنسا و مصر) و القضاء الأنجلوسكسونى (بريطانيا والولايات المتحدة الأمريكية)، ونخلص إلى إبراز موقف القضاء الجزائري حول النظرية، ثم رأي الباحث حول نظرية الظروف الاستثنائية.

وفي النهاية نخلص لأهم النتائج والتوصيات المقترحة.

الباب الأول:

الإطار المفاهيمي و القانوني لفكرة

السيادة

الباب الأول: الإطار المفاهيمي و القانوني لفكرة السيادة

حظيت فكرة السلطة العامة وارتباطها بفكرة السيادة باهتمام المفكرين من فقهاء القانون ورجال الدولة على حد سواء، ومن المعلوم أن السلطة هي حقيقة ثابتة في كل جماعة إنسانية، والجماعة تتحدد بوجود فئتين من الناس، الأولى تحكم وتأمّر وتحدد سلوك الآخرين، والثانية هي ملزمة بالخضوع والطاعة، فالسلطة هي علاقة أمر وطاعة مبنية على أساس مبدأ الشرعية، ومن هنا تتبع الحاجة إلى وجود أساس يبرر تصرفات السلطة اتجاه أولئك الخاضعين لها، ولكن مع تطور الفكر البشري في مختلف الأنظمة القانونية المعاصرة، أصبح لهذه الطاعة ضوابط ونصوص قانونية مبنية على أساس المسؤولية، تحدد من خلالها العلاقة بين الحاكم والمحكوم أو الرئيس والمرؤوس، فالسلطة ليست امتيازاً شخصياً لفرد في جماعة وإنما الدولة هي مستودع السلطة ومصدرها، وهي باقية وإن تغير الأشخاص الممثلين لها.

لهذا كان لا بد قبل مساءلة السلطة العامة عن أعمال تمارسها باعتبارها سلطة حكم، والتي تمثل خروج عن مبدأ المشروعية، وتفلت من رقابة القضاء الإداري أو العادي وتتمتع بالحصانة بجميع صورها أو مظاهرها، سواء في ذلك رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية، البحث أولاً عن ماهية هذا الشخص الذي يمارس السلطة باسم الدولة بهدف حماية المصلحة العامة، وله امتيازات ووسائل استثنائية لا وجود لها عند الأفراد ولا قبل لهم في مواجهتها، وبهذا قد تتعرض حقوقهم وحررياتهم المثبتة في جل دساتير دول العالم، إلى انتهاكات وتجاوزات خطيرة تسبب أضرار يصعب تداركها أو الحق في المطالبة بجبرها، فكيف يمكن لدولة القانون الموازنة بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة وضمان عدم انحراف الشخص العام الممثل للسلطة العامة عن الغاية والهدف الذي من أجله أعطيت له السلطة، وممارسة الحكام للسلطة باسم الشعب يستلزم إخضاعهم في نفس الوقت للمساءلة حتى لا ينجحوا إلى الاستبداد والدكتاتورية، فحيث توجد السلطة لا بد أن توجد المسؤولية المقابلة لها.

لاشك أن تداخل فكرة السيادة مع مضمون أعمال السلطة العامة، أصبغ عليها تلك الحصانة التي تمنع القضاء النظر في بعض أعمالها، رغم التباين بين مفهوم السيادة والسلطة من حيث امتلاك الإرادة وامتلاك التنفيذ، وبين صاحب السلطة و من يمارسها، وأمام هذا الخلط وتعذر فصل فكرة السيادة عن عمل السلطة العامة برز رأيان: الرأي الأول يرى أن السيادة هي السلطة السياسية يجب

أن يستعملان بمعنى واحد، بينما يرى الرأي الثاني أن السيادة صفة للسلطة ليست سوى خاصية من خصائص السلطة السياسية.

فكان من الضروري تحديد موقع نظرية السيادة في أعمال السلطة العامة، وذلك بالتطرق لفكرة السلطة العامة في القانون المقارن (النظام القانوني اللاتيني الجرمانى، و النظام القانونى الأنجلوسكسونى)، و إبراز موقع النظرية فى القانون الجزائرى، مع تبيان عناصر ومصدر السلطة، وتعيين الأشخاص الممنوح لهم امتيازات السلطة العامة وتحليل ودراسة العلاقة القانونية التي تربطهم بالدولة كممثلين لها.

كما نتطرق إلى مختلف المعايير الدستورية والقانونية والمعايير الفقهية والقضائية لحصر مجال فكرة السلطة العامة، ومعرفة نطاق عملها، من أجل تحميلها المسؤولية في حال ما تعدت الحدود المرسومة لها وفق ضوابط وأطر قانونية، خاصة الحدود الفاصلة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، نظرا لسيطرت هذه الأخيرة على المجال التشريعي، وكذلك احتكاك الجهاز التنفيذي بالأفراد قد يشكل انتهاك خطيرا للحقوق و تقييد للحريات.

وعليه سوف نتناول في هذا الباب الإطار المفاهيمي والقانوني لفكرة السيادة، من خلال تقسيمه إلى فصلين وفق الخطة التالية:

الفصل الأول: ماهية فكرة السلطة العامة من الجانب السيادي

المبحث الأول: مفهوم السلطة العامة

المبحث الثاني: موقع فكرة السيادة في أعمال السلطة العامة

المبحث الثالث: فكرة السلطة العامة في القانون المقارن

الفصل الثاني: المعايير لتحديد مجال فكرة السلطة العامة

المبحث الأول: المعايير الدستورية والقانونية

المبحث الثاني: المعايير الفقهية

المبحث الثالث: المعايير القضائية

الفصل الأول:

ماهية فكرة السلطة العامة من الجانب

السيادي

الفصل الأول: ماهية فكرة السلطة العامة من الجانب السيادي

قد شكلت فكرة السلطة العامة بما تثيره من مسائل تتعلق بوجودها وتبريرها، مكانة رئيسية في التفكير الفلسفي والسياسي والقانوني عند الفلاسفة والمفكرين والفقهاء على حد سواء، ومدلول السلطة العامة وجد في كافة المجتمعات وإن اختلفت أسسها.

إن السلطة معيار أساسي من المعايير الهامة للتنظيم، وهي لا تصدر عن التنظيم السياسي فحسب، فهي تكمن في يد كل من يمارسها، ثم إن وجود علاقات اجتماعية تشكل صلة الإنسان بجماعة ما، تملئ عليه بعض الالتزامات والواجبات، وسلسلة من الحقوق في إطار قواعد قانونية، وبذلك تصبح السلطة العامة في الدولة المخولة بسن القوانين وحفظها وتطبيقها ومعاقبة كل من يخالفها، حيث يعتبر الحفاظ على النظام العام خدمة للمصلحة العامة واستمرارية الدولة أهم أهدافها.

ويبقى تعبير السلطة ذات السيادة الأوضح لتبيان العلاقة الوثيقة بين السلطة والسيادة حتى ثار جدل كبير حول المصطلحين، حيث رأى البعض أن السيادة هي السلطة والسلطة هي السيادة، يجب أن يستعملان بمعنى واحد في حين رأى البعض الآخر أن السيادة هي صفة للسلطة ومن ثم لها استقلالها، والحقيقة أن كل من الرأيين متداخلان فالأول يرى السلطة والسيادة شيء واحد لأن السيادة هي سلطة عليا، ويرى الجانب الثاني¹ أن لكل من المصطلحين معناه وهذه حقيقة، فالسلطة "Autorité" والسيادة "Souveraineté"، ولعل هذا الاختلاف سببه هو قوة الارتباط بين المفهومين.

وفي محاولة منا لضبط المفاهيم وتعميق الدراسة وقبل التطرق لمسألة مسؤولية السلطة العامة ارتأينا أولا تحديد مفهوم السلطة العامة، ومصدرها وعناصرها، حيث أفردنا له المبحث الأول، ثم حاولنا البحث عن موقع فكرة السيادة في أعمال السلطة العامة مبرزين تداخل وترابط فكرة السلطة العامة مع فكرة السيادة، من خلال المبحث الثاني، أما المبحث الثالث فتطرقنا إلى فكرة السلطة العامة في القانون المقارن، والذي من خلاله نحدد من هو صاحب السلطة في كل من النظام اللاتيني الجرمانى بقيادة فرنسا ثم مصر، والنظام الأنجلوسكسونى بقيادة بريطانيا، بالإضافة إلى البحث عن فكرة السلطة العامة في النظام القانوني الجزائري.

¹ نادر عبد التواب محمد علام، نظرية السيادة أصولها وتطورها، مذكرة ماجستير في الفلسفة السياسية، كلية الآداب، قسم الفلسفة، جامعة طنطا، مصر، 2004، ص.28.

المبحث الأول: مفهوم السلطة العامة

السلطة العامة مفهوم، يتعين علينا دراسته والتدقيق في مصطلحه، وتفسير الظواهر المصاحبة له، فالسلطة ركنا أساسيا من أركان الدولة، حيث لا يوجد نظام بدون دولة، ولا سلطة بدن نظام، فهذا التمازج بين السلطة والدولة يحتم علينا الغوص في مدلول السلطة العامة، واستخراج عناصرها والبحث عن مصادرها وهذا من خلال المطالب الثلاث، حيث تطرقنا في المطلب الأول إلى تعريف السلطة العامة من زوايا مختلفة، وجاء المطلب الثاني تحت عنوان: عناصر السلطة العامة؛ أما المطلب الثالث حاولنا أن نبرز الأساس الذي تستمد منه السلطة العامة مشروعيتها الإجبار والإلزام والسطوة من خلال مصدر السلطة.

المطلب الأول: تعريف السلطة العامة

لغرض تناول معنى السلطة العامة بشكل واضح ومبسط، قسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع: الأول منه تناول تعريف السلطة لغة واصطلاحا، والثاني تناول معنى السلطة سياسةً، في حين خصص الفرع الثالث لتعريف السلطة العامة من الجانب القانوني.

الفرع الأول: السلطة لغة واصطلاحا

بادئ ذي بدء لابد من تحديد مصطلح السلطة لغة و اصطلاحا، فتطور أي علم من العلوم رهينة تحديد الألفاظ الدالة عليه.

البند الأول: المعنى اللغوي

سلطة، يسلط، تسليطا، فهو مسلط، والمفعول مسلط، سلطه عليه أي مكنه منه وحكمه فيه، وجعل له سلطة عليه¹. وهي الملك والقدرة فيقال سلَّطه عليه بمعنى غلبه عليه، وأطلق عليه القدرة والقهر.²

¹ أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار نشر عالم الكتب، القاهرة، مصر، 2008، ص.1093.

² إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، د م ج ، الجزائر، 1983، ص.20.

لم ترد (السلطة) في القرآن الكريم أو في المعاجم اللغوية العربية القديمة، لهذه اللفظة الصريحة، وإنما وردت بلفظة (سلط) لقوله تعالى "وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَسَلَّطَهُمْ عَلَيْكُمْ"¹، "وَلَكِنَّ اللَّهَ يُسَلِّطُ رُسُلَهُ عَلَىٰ مَنْ يَشَاءُ"² وهذا ينطوي على معنى (الغلبة والقوة والقهر)، هذا المعنى اللغوي لكلمة (سلطان) في اللغة العربية، يقابله في اللغة الإنجليزية لفظ (Power) المأخوذ من الكلمة الفرنسية (Pouvoir)، المنحدر من أصل لاتيني يعني (السطوة في معناها المطلق)؛ أما لفظ (Authority) التي تعني (السلطة) فليس لها مقابل في اللغة العربية.

إن كلمتي (Power) و (Authority) اللتان تترجمان عادة إلى اللغة العربية بمعنى سلطة لا سلطان، والتي تعني في أصلها الأجنبي إما (القوة) أو (القدرة والمكنة والاستطاعة). فإن شمولها على هذين المعنيين يجعل من أصل التعبيرين في اللغة العربية وفي اللغات الأجنبية مختلف³، وعليه فإن استخدام تعبير (سلطات) في اللغة العربية يشير إلى المعنى الأول الوارد في الدلالة اللغوية للكلمة الأجنبية ونعني به (القوة والغلبة والقهر) أي (السطوة بمفهومها المطلق).

أما المعنى الثاني للسلطة الذي ينطوي على دلالة سياسية أو دينية محددة فيقال مثلاً (سلطة سياسية) أو (سلطة دينية) للتعبير عن شكل (القدرة أو المكنة أو الاستطاعة) في الجانب السياسي أو الديني، فإن هذا المعنى للسلطة لم نجد له استخداماً في اللغة العربية بهذا الشكل الصريح، رغم أن ظاهرة (السلطة) وكذلك (السلطان) كانت ملموسة في الحياة السياسية العربية الإسلامية، وإنما وجدت استخدامات اصطلاحية لغوية صريحة أخرى مثل (الإمامة والخلافة) وغيرها.⁴

البند الثاني: المعنى الاصطلاحي

السلطة تعني القوة والتحكم، أو القدرة على السيطرة أو الفعل أو تنفيذ إجراءات على الغير من قبل من هو قادر على ذلك ويتميز على الآخرين بحقه أو قدرته على ذلك.⁵

¹ القرآن الكريم، رواية ورش عن الإمام نافع، سورة النساء، آية 90.

² سورة الحشر، آية 6.

³ عواد عباس الحردان، فقه السلطة عند الطوائف والفرق الإسلامية، ط الأولى، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2012، ص.25.

⁴ المرجع نفسه، ص.ص.26،27.

⁵ محمد أبو سمرة، يوسف أبو سمرة، الإعلام والسلطات الثلاث، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.15.

بما أن السلطة تكمن في دلالتها اللغوية كما - أسلفنا - معنيان:

الأول: بدلالة (الإكراه المادي) المعبر عنها بـ (السلطان) أي القوة والقهر.

والثاني: بدلالة (المشروعية المعنوية) المعبر عنها بـ (السلطة) أي القدرة والمكنة.

فإن جوهر السلطة أضحي يتكون إذاً من عناصر مادية قائمة على فعل القوة المادية، سواء كانت طبيعية أو اقتصادية أو نفوذ، وعناصر غير مادية قائمة على فعل القدرة والمكنة سواء كان طاعة أو هيبة.

وطبقاً لهذا أصبحت السلطة تعني اصطلاحاً فعل الإكراه المادي المشروع ذلك أن السلطة وهي واقعة اجتماعية سياسية تتمثل في قدرتها على إقناع وإخضاع الأكثرية من المجتمع (قبولاً) أو (خضوعاً) بفعل يكفل لها تحقيق أهداف عامة ومشتركة، فإن كان إقناعاً (طوعياً أو قبولاً) كانت الهيئة السياسية (سلطة) لأنها تحظى بتأييد الناس وتعمل وفق أعراف وقوانين (شرعية أو وضعية)، وإن كان إخضاعاً، كانت الهيئة السياسية (سلطاناً) يقوم على القهر وتفرضه القوة دون أعراف وقوانين. وطبقاً لهذا المعنى الاصطلاحي كانت السلطة تعني حق استخدام القوة المشروعة، أما السلطان فهي سطوة القوة من غير حق، وفي الاستخدام العربي الإسلامي لهذا المعنى الاصطلاحي كانت (الإمامة أو الخلافة) تعني السلطة و(الملك أو الجبار) تعني السلطات.

صحيح أن بعض الباحثين قال إن مصطلح (الإمام) استخدم اصطلاحاً في مقام المسؤوليات الدينية لا السياسية، فهو خاص بالسلطة الدينية أكثر مما هو دال على السلطة السياسية، فهو في معناه الاصطلاحي يشير إلى معنى المقدم في الدين والهدى والرشاد والتقوى.

وأن مصطلح (ال خليفة) استخدم اصطلاحاً في مقام المسؤوليات الدنيوية والسياسية لا الدينية فهو خاص بالسلطة الزمنية أكثر مما هو دال على السلطة الدينية.¹ بيد أنهما (أي الإمام والخليفة) يمثلان مصطلح واحد يدل على (رأس الدولة) وصاحب السلطة السياسية وربما السلطتين الدينية والسياسية إلى حد ما.

¹ عواد عباس الحردان، المرجع السابق، ص.30.

وطبقا لهذا برز لدينا في الاستخدامات العربية الإسلامية اصطلاحان اثنان:

الأول: مصطلح (الإمامة والخلافة) بدلالة السلطة.

الثاني: مصطلح (الجبار أو الملك) بدلالة السلطان.

و(الإمامة) مصطلح دال لغويا على معنى القيادة أو الرئاسة فيقال: إمام بمعنى القائد أو الرئيس أو المتبوع أو المقدم¹، أو رئاسة المسلمين و خلافتهم أي الهداية والإرشاد و أهلية لأن يكون المرء قُدوة²، ونتيجة لهذه الاستخدامات اللغوية المتعددة (إمام) فإنه قد يقع إطلاق (الإمام) على متولي الصلاة بأهل المسجد أو على الفقيه، أو حتى على العالم³.

وقد شاع وصف رئاسة الدولة بـ (الإمامة العظمى أو الكبرى) للدلالة على الزعامة السياسية و(الإمامة الصغرى) للدلالة على المتبوع في الصلاة لأهل المسجد، لهذا جاءت الكلمة بقيد الإضافة كقولنا: إمام المسلمين وإمام الجماعة، أما إذا أُطلق اللفظ بدون قيد الإضافة فلا يعني به إلا المتولي لأُمور المسلمين⁴ (ولي الأمر) أو كما يسمى بـ(أمير المؤمنين) وقد وردت لفظة (إمام) وجمعها (أئمة) في القرآن الكريم في عدة مواضع بنفس هذه الدلالات اللغوية، قال تعالى "إِنِّي جَاعِلُكَ لِلنَّاسِ إِمَامًا"⁵، "وَجَعَلْنَاهُمْ أُمَّةً يَهْدُونَ بِأَمْرِنَا"⁶، "فَقَاتِلُوا أُمَّةَ الْكُفْرِ"⁷، "وَجَعَلْنَاهُمْ أُمَّةً وَنَجَعَلْنَاهُمْ الْوَارِثِينَ"⁸، و كذلك ورد لفظ إمام في سورة السجدة (24)، الحجر (79)، يس (12)، هود (17)، الأحقاف (12).

أما الخلافة فهي مصطلح دال لغويا على معنى الاستخلاف أو النيابة عن الغير وهو حلول شخص مكان آخر فيقال خليفة، بمعنى الذي يخلف غيره، و المخلوف الذي يحل الآخرون محله⁹، وقد وردت (الخليفة) وجمعها (خلائف) و(خلفاء) في القرآن الكريم في عدة مواضع وبنفس الدلالات اللغوية، قال تعالى "إِنِّي جَاعِلُ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً"¹⁰، "وَقَالَ مُوسَى لِأَخِيهِ هَارُونَ أَخْلُفْنِي فِي قَوْمِي

¹ مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008، ص.84.

² أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص.120.

³ ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، 1975، ص.90.

⁴ عواد عباس الحردان، المرجع السابق، ص.27.

⁵ سورة البقرة، الآية 124.

⁶ سورة الأنبياء، الآية 73.

⁷ سورة التوبة، الآية 12.

⁸ سورة القصص، الآية 5.

⁹ ابن دريد، جمهرة اللغة، ج الأول، تحقيق منير بعلبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1987، ص.616.

¹⁰ سورة البقرة، الآية 30.

وَأَصْلِحْ وَلَا تَتَّبِعْ سَبِيلَ الْمُفْسِدِينَ"¹، وورد نفس المعنى في سورة (الأنعام 133، 165)، (فاطر 39)، (النور 55).

أما (السلطان) أي الجبار أو الملك العضوض فهو مصطلح دال - لغويًا - على معنى السطوة والجبر والقهر والغلبة، كما أسلفنا القول.

أما لفظة (الجبار) قرين (الملك) التي وردت في القرآن الكريم، قال تعالى " وَقَالَ لَهُمْ نَبِيُّهُمْ إِنَّ اللَّهَ قَدْ بَعَثَ لَكُمْ طَالُوتَ مَلِكًا"²، " وَكَانَ وِرَاءَهُمْ مَلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا"³، " وَإِذَا بَطَشْتُمْ بَطْشَتُمْ جَبَّارِينَ"⁴، وكذلك وردت لفظة الملك في سورة (النمل، آية 34) بمعنى التجبر والقاهر والمتسلط فقد جاءت بنفس هذا المعنى المراد بكلمة (السلطان)، و(الملك) كان يسمى عند العرب (الجبار) لقهره ولجبره.⁵

الفرع الثاني: السلطة العامة سياسةً

السلطة السياسية هي المظهر الذي يستطيع إظهار مفهوم السلطة العامة من خلال ما تملكه من صلاحيات وامتيازات.

البند الأول: ارتباط السلطة العامة السياسية بالسيادة

تعني السيادة، فيقال إن الدولة صاحبة السلطة أي صاحبة السيادة؛⁶ إذن تعتبر السلطة العامة ركنا لازما لقيام الدولة، حيث أن المفهوم يتمحور حول قدرة أو إمكانية تقرير الأمر و النهي من فرد أو طائفة من الناس (الحكام)، يقابله الطاعة والخضوع من قبل المخاطبين بأحكام ترد في شكل أوامر ونواهي.⁷

¹ سورة الأعراف، الآية 142.

² سورة البقرة، الآية 247.

³ سورة الكهف، الآية 79.

⁴ سورة الشعراء، الآية 130.

⁵ محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1996، ص.ص. 100، 102.

⁶ إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص. 20.

⁷ راشد عبد الله آل طه، السلطة العامة ومقاومة طغيانها في النظام الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، شركة فؤاد بعينو للتجليد، بيروت، لبنان، 2012، ص. 52.

البند الثاني: التعريف الفقهي للسلطة العامة السياسية

كما عرف الفقهاء السلطة السياسية بعدة تعريفات أهمها:¹

- 1- هي القدرة على السيطرة التي يمارسها الحاكم أو مجموع الحكام على المحكومين وهي تتمثل في إصدار القواعد القانونية الملزمة للأفراد، وفي إمكانية فرض هذه القواعد على الأفراد باستخدام القوة المادية عند الاقتضاء. (دفرجي موريس)
- 2- هي القوة الناشئة عن الوجدان الاجتماعي والرامية إلى قيادة الجماعة في سعيها وراء الصالح العام، والقدرة على إرغام المحكومين على الامتثال لتوجيهاتها. (جورج بورديو)
- 3- قدرة التصرف الحر التي تباشر بحكم سموها مهمة حكم الناس عن طريق خلق النظام والقانون بصفة مستمرة. (هوريو موريس)
- 4- ويعرفها (فليب برو)، " بأنها قوة ظاهرة تتساقب في أشكال الحق".
- 5- يعرفها الدكتور راشد عبد الله سعيد، أن مفهوم السلطة السياسية يتمحور حول قدرة أو إمكانية تقرير الأمر والنهي من فرد أو طائفة من الناس (الحكام)، يقابله الطاعة والخضوع من قبل المخاطبين بأحكام تلك الأوامر والنواهي طوعا أو كرها عند الاقتضاء.

الفرع الثالث: السلطة قانونا

في إطار الدولة القانونية كان لزاما إيجاد التبريرات القانونية التي تؤسس للعلاقة بين السلطة العامة والأفراد من جهة، وبين السلطة العامة و موظفيها من جهة أخرى.

البند الأول: معنى السلطة عموما

تعني إخضاع إرادة شخص لإرادة شخص قانوني آخر، أي أنها علاقة قانونية بين إرادتين إحداهما خاضعة والأخرى متفوقة وتسمو عليها.²

¹ راغب جبريل خميس، راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، الأزارطية، الإسكندرية، 2011، ص.168.

² إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.20.

البند الثاني: معنى السلطة إداريا

إن السلطة الإدارية يقصد بها الموظفون الذين يعملون باسم الدولة أو باسم الأشخاص العامة الأخرى، ويستخدمون سلطاتها وامتيازاتها الضخمة، كما يقصد بها النشاط الذي يمارسه هؤلاء العاملون في الإدارة العامة¹

إذن السلطة تعني الحق في إصدار الأمر أو القدرة الشرعية لشخص ما، حيث يضع برنامجا شروطا معينة ليصبح الأمر سلطوي وهي:

1- تفهم المستلم للسلطة المفوضة له.

2- الإيمان بأن الأمر المفوض ينسجم مع الأهداف المطلوبة.

3- الإيمان من قبل مستلم السلطة أن الأمر المفوض ينسجم أيضا مع مصلحته الخاصة.

4- أن الشخص مستلم الأمر المفوض له قادر ذهنيا وعلميا على الالتزام بهذا الأمر.²

سبق القول أن سلطة الحاكم كانت شخصية ومطلقة، ولكن تطبيقا لنظرية تأسيس السلطة انفصلت السلطة عن شخصية الحاكم فأصبحت الدولة هي صاحبة السلطة و بالتالي هي صاحبة الإرادة المتفوقة التي تخضع لها إرادة أي شخص آخر في العلاقات القانونية، كما أنه تطبيقا لمبدأ الشرعية أصبح الحاكمون و المحكومون خاضعين للقانون، وبذلك ينصرف معنى السلطة في المجتمعات الدولية الحديثة إلى تلك السلطة القانونية التي تنفرد بها الدولة كشخص معنوي عام بعيدا عن شخصيات حكامها، و تترتب على فهم السلطة بهذا المعنى القانوني، آثار هامة من وجهة نظر القانون العام، تتلخص فيما يلي:

(أ) أن تبقى المعاهدات و الاتفاقات الدولية التي تبرمها الدولة سارية بالرغم من زوال الأشخاص الذين وقعوها، ملوكا كانوا أو رؤساء دول أو موظفين عموميين أو مكلفين بخدمة عامة.

(ب) إن تغيير نظام الحكم لا يمنع من استمرار نفاذ القوانين بالبلاد أو تنفيذ الأحكام القضائية الصادرة في ظل حكومة سابقة.

(ج) إن السلطة المشروعة هي التي تستند إلى رضا المحكومين و قبولهم، بعكس السلطة الواقعية (السلطة الفعلية) التي لا تستند في وجودها إلى سند دستوري سابق لقيامها.

¹ بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص.20.

² مهدي زويلف، أساسيات في الإدارة، الطبعة الأولى، دار الفكر ناشرون وموزعون، عمان، الأردن، 1998، ص.58.

(د) إن السلطة القانونية هي التي تقوم على مبدأ خضوع الدولة للقانون أي سيادة مبدأ الشرعية، بخلاف السلطة المطلقة التي تستند إلى شخصية الحاكم الذي لا يخضع للقانون.

(هـ) إن التلازم بين مشروعية السلطة وقانونيتها ليس حتمياً : فقد يكون الحاكم منتخبا فسلطته مشروعة ولكنه لا يخضع للقانون و لا حدود لسلطاته فتكون سلطته غير قانونية. وقد يحدث العكس بأن تغتصب الحكومة الفعلية الحكم من السلطة الشرعية وبذا تكون سلطتها غير مشروعة، و لكنها في نفس الوقت تحترم القوانين و تخضع لها فتكون سلطتها قانونية.¹

المطلب الثاني: عناصر السلطة العامة

ينطوي تعريف السلطة العامة على ثلاثة عناصر أساسية يأتي ذكرها من خلال الفروع الآتية: (الفرع الأول) الاختصاص، (الفرع الثاني) و الالتزام، (الفرع الثالث) والعمل العام.

الفرع الأول: الاختصاص

قبل التطرق لمختلف عناصر السلطة العامة الأخرى، يتعين علينا البحث عن وجود عنصر الاختصاص لإضفاء الشرعية على عمل والتزامات السلطة.

البند الأول: الاختصاص في ظل السلطة المشروعة

ويعرف بأنه القدرة أو المكنة المخولة لشخص أو جهة إدارية بممارسة عمل معين، ويشبه الفقه فكرة الاختصاص في القانون العام بفكرة الأهلية في القانون الخاص لتعلقهما بالقدرة على مباشرة تصرف قانوني معين،² حيث تختص السلطة التنفيذية وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات بإدارة شؤون الدولة العامة والمحافظة على النظام العام، فلا تتحقق هذه الوظيفة إلا من خلال طبيعة العمل الذي تقوم به، فهي تمارس عملها لتحقيق الأهداف التي خصصت لها بموجب القواعد القانونية التي تضمن لها تحقيق تلك الأهداف، وتسهل عليها إنجاز المهام المنوطة بها.³

¹ ثروت بدوي، النظم السياسية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964، ص.21.

² علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.117.

³ فواز خلف عليان الدروبي، مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها وعلاقتها بأعمال السيادة في النظام الديمقراطي (دراسة مقارنة الأردن، مصر، فرنسا)، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، الأردن، 2010، ص.14.

البند الثاني: الاختصاص في ظل السلطة الواقعية

يتصور قيام السلطة الواقعية أي وجود السلطة الفعلية في حالتين: الأولى قيام الحكومة الفعلية و الثانية الاحتلال بسبب الحرب.

أولاً- الحكومة الفعلية:

الحكومة الفعلية هي التي تتمكن بوسائل غير مشروعة من الحل محل الحكومة الشرعية وتمارس وظائفها بدون تفويض شرعي، وبهذا الوضع يقوم نظام قانوني تستند قواعده إلى مجرد القوى المادية التي تحمي وجوده الفعلي فإذا سقطت تلك الحكومة الفعلية و استعادت الحكومة الشرعية وضعها القانوني ثار البحث عن قيمة الوقائع القانونية التي صدرت عن الحكومة الفعلية، و الرأي الراجح أن النظام القانوني الشرعي يجب أن يعترف بالقيمة القانونية لبعض تلك الوقائع لسبب بسيط واضح هو أنه لا يمكن محو واقعة وجود الحكومة الفعلية أو إلغاء جميع النتائج المترتبة على وجودها.

و لإيضاح ذلك نسوق مثالين مما حدث في كل من فرنسا و إيطاليا :

فحكومة فيشي التي حكمت فرنسا فيما بين سنة 1940 و سنة 1944 ، حدث بعد تحرير فرنسا من الاحتلال النازي أن صدر مرسوم Ordonnance¹ بتاريخ 1944/8/9 يتضمن إعادة تنظيم السلطات الجمهورية في فرنسا، و ينص على أن حكومة فيشي لم تكن إلا حكومة فعلية وبالتالي فإن الموظفين الذين استخدمتهم لم يكونوا إلا موظفين فعليين Fonctionnaires de fait، و يترتب على ذلك اعتبار سلطاتهم غير شرعية وكذلك اعتبار كل ما قاموا به من قبض وحبس وتفتيش أعمالاً غير قانونية. إلا أن العقل لم يقبل النتائج التي تترتب على تنفيذ هذا المرسوم لسببين: أولهما كثرة تلك الوقائع وتعددتها على مدى أربع سنوات، وثانيهما ضرورة الأخذ في الاعتبار بحسن نية هؤلاء الموظفين الذين مارسوا تلك الإجراءات.

ولذلك صدر مرسوم آخر في 1944/11/28 عالج تلك الحالات الاستثنائية بنص استثنائي، يقضي بإباحة الأعمال التي قام بها الموظفون العموميون تنفيذاً لأوامر رؤسائهم، متى كانت مطابقة لنص المادة 327 من قانون العقوبات الفرنسي².

¹ Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.

² Roger MERLE et André VITU, Traité De Droit Criminel, éd cujas, Paris 1967, N° 324, p.309.

ذكره : إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، ص.23.

¹ إسحاق إبراهيم منذ

وفي إيطاليا قضت محكمة النقض الإيطالية في حكمها الصادر في 19/4/1945، بشأن الإجراءات و الأعمال التي صدرت عن الحكومة الفعلية التي أطلقت على نفسها اسم الجمهورية الاجتماعية، بصدد تنظيم الحياة الإدارية و القضائية في البلاد، بأن الإجراءات و الأعمال التي ليست لها طبيعة سياسية، تحتفظ بقيمتها القانونية ما لم يتقرر صراحة إلغاؤها أو إبطالها. ومعنى ذلك أن الأعمال التي تمت و الإجراءات التي اتخذت بصدد استعمال الحقوق أو ممارسة السلطات في ظل الحكومة الفعلية، تظل مشروعة في مواجهة النظام القانوني الشرعي مادامت غير متعارضة مع أهدافه أو ما لم يتقرر صراحة عدم مشروعيتها.¹

ثانياً - الاحتلال بسبب الحرب:

لا يعتبر الاحتلال بسبب الحرب حالة فعلية محضة، بل ينشئ علاقة قانونية نظمها اتفاقية لاهاي سنة 1899 وسنة 1907، حيث نصت المادة الثالثة على أنه " يتحمل الطرف المتحارب الذي ينتهك أحكام اللائحة المذكورة المسؤولية عن التعويض، ويكون مسؤولاً عن جميع الأفعال التي يرتكبها أشخاص يشكلون جزء من قواته المسلحة"²، و كذلك نظمها اتفاقية جنيف الرابعة سنة 1949.³ وقد اختلف الفقه في تحديد هذه العلاقة، فذهب رأي إلى أن البلد المحتل لا يوجد فيه غير نظام قانوني واحد هو النظام الأصلي الذي يسوده من قبل، أما سلطة الاحتلال فتمارس عملاً فضولياً ممثلة للسلطة الوطنية، ولكن هذا الرأي يصطدم بمبدأ مؤداه أن الأعمال التي تمارسها سلطة الاحتلال تتعارض دائماً مع مصالح البلاد المحتلة، مما لا يمكن معه اعتبارها ممثلة شرعية للسلطة الوطنية ولا وكيلة عنها و بالتالي لا تسري على أعمالها أحكام الفضالة.

وقد ذهب رأي معارض إلى القول بأن النظام القانوني لسلطة الاحتلال هو النظام الوحيد الذي يتمتع بقيمة قانونية على الأرض المحتلة خلال فترة الاحتلال. ولكن هذا الرأي يصطدم أيضاً بحقيقة قانونية مؤداه أن الاحتلال لا يؤدي إلى زوال سيادة الدولة المحتلة زوالاً مطلقاً، ومعنى ذلك أن النظام القانوني للبلاد المحتلة لا يسقط بالاحتلال فهو حقيقة فعالة لا يمكن لسلطة الاحتلال إغفاله أو

¹ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص.20.

² Article :3 « La Partie belligérante qui violerait les dispositions dudit Règlement sera tenue à indemnité, s'il y a lieu. Elle sera responsable de tous actes commis par les personnes faisant partie de sa force armée. »

Convention de la Haye, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe, 18 octobre 1907.

³ Les conventions de Genève, 12 août 1949.

تجاهله، ليس لها أن تباشر من السلطة إلا القدر الضروري اللازم لسلامة قواتها و عملياتها الحربية مع المحافظة على النظام العام و على سلامة السكان.¹

الفرع الثاني: الالتزام

يمكن تناول عنصر الالتزام من خلال التفرقة بين ممارسة السلطة و استعمال الحق من طرف صاحب الاختصاص.

البند الأول: ممارسة السلطة

ففي ممارسة السلطة يلتزم الموظف العام دائما بالقيام بالعمل العام بمجرد إسناد العمل إليه، فهو بذلك أداة الدولة في تحقيق أهدافها وتنفيذ قوانينها ولوائحها وواجهة السلطة العامة مع الجمهور وتمثيلها في كافة أنشطتها²، و يلتزم به المكلف بخدمة عامة بمجرد قبوله المهمة التي يكلف بها وتترتب المسؤولية دائما على عدم قيام الملتزم بواجبه.

البند الثاني: استعمال الحق

أما في استعمال الحق فإن صاحبه يكون دائما بالخيار في استعماله فلا يلتزم به ولا يسأل على عدم استعماله.

الفرع الثالث: العمل العام

أما العنصر الثالث و هو القيام بعمل عام، فالمقصود به القيام بخدمة عامة، أو القيام على مال عام، أو القيام بهما معا، سواء كان ذلك العمل من شأنه تنظيم الحريات والحقوق و الأموال العامة أو المساس بها.

وبتعبير آخر يمكن القول أن العمل العام له وجهان الأول أداء الخدمة العامة و الثاني القيام على مال عام، و أن العمل العام بوجهيه يمكن أدائه إما بطريقة تنظيمية و إما بطريقة تسلطية، ويمكن تفصيل ذلك فيما يلي:

¹ إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.23.

² حمايتي صباح، الآليات القانونية لمواجهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص تنظيم إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، سنة 2013/2014، ص.1.

البند الأول: أوجه القيام بالعمل العام

للعمل العام عدة أوجه نذكرها كما يلي:

أولاً- أداء الخدمة العامة:

يقصد بها جميع أنواع الخدمات التي تقدمها الدولة للمواطنين في مجالاتها: التشريعية، والقضائية، و التنفيذية بمفهومها الحديث. فتشمل تلك الخدمات، القيام بأعباء السلطة التشريعية التي يمارسها أعضاء المجالس النيابية و الهيئات الشعبية و الجماهيرية سواء كانت عامة أو إقليمية أو محلية، وتلك الخدمات التي يقوم بها أعضاء السلطة القضائية على اختلاف درجاتهم، وكذلك الخدمات التي يتولاها رجال السلطة التنفيذية بكافة فئاتهم في قطاعات الأمن الخارجي والداخلي و الزراعة والتجارة والصناعة والصحة و التموين و التعليم و الشؤون الاجتماعية و غير ذلك من الأعمال التي تقوم بها الوزارات المختلفة و المصالح و الإدارات و الفروع التابعة لها بالأقاليم، ويعتبر من قبيل الخدمات العامة ما تقوم به المؤسسات العامة الاقتصادية بحسب المفهوم الحديث للدولة الاشتراكية الذي يعني أن نشاط الدولة الاقتصادي يدخل في الجانب التنفيذي لوظيفة الدولة¹.

ثانياً- القيام على المال العام:

يقصد به كل عمل من شأنه الاتصال بالمال العام بأي وجه من الوجوه، وقد يكون الاتصال به لتقدير ذلك المال العام كما هو الحال في عمل مأموري الجمارك و مأموري الضرائب عندما يقدرون الرسوم أو الضرائب المستحقة لخزينة الدولة، أو لتحصيل ذلك المال كما هو الحال في عمل الصيارفة المختصين بتحصيل المستحقات أيا كان نوعها، وقد يكون القيام على المال بالمحافظة عليه كما هو الحال في عمل موظفي البنوك العامة، وقد يكون العمل الوظيفي العام هو استغلال ذلك المال وإدارته في أوجه النشاط التي تمارسها الدولة في النواحي الاقتصادية بحسب قوانينها كما هو الحال في عمل موظفي الهيئات و المؤسسات و شركات القطاع العام، وقد يكون نشاط الاتصال بالمال العام هو توزيعه على مستحقيه و مثال ذلك ما يقوم به أمر الصرف في الوزارات والمصالح و الهيئات من صرف الأموال لمستحقيها كرواتب الموظفين واستحقاقات المقاولين و غير ذلك². وعليه فالمال العام

¹ محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص.8.

² إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.30.

يكون مملوكا للدولة أو لأحد الأشخاص الاعتبارية (المعنوية) العامة المحلية أو المرفقية فالأموال المملوكة للأفراد أو الشركات أو الجمعيات الخاصة لا تعد أموالا عامة وإن خصصت للنفع العام.¹

البند الثاني: طرق تأدية العمل العام

لاشك أن تأدية العمل العام يتم بإحدى الطريقتين إحداهما تنظيمية قانونية، تمثل الطريقة الايجابية والعادية، والأخرى تسلطية تمس حقوق وحرقات الأفراد تمثل الطريقة السلبية والاستثنائية في أداء العمل العام.

أولاً- الطريقة التنظيمية للعمل العام:

ويقصد به قيام الموظف العام بعمله العادي في جميع المرافق طبقا للقواعد العامة على الوجه المعتاد في الحياة اليومية، كساعى البريد الذي يوزع الخطابات لأصحابها، ورجل الشرطة الذي يحرس المنازل ليلا، والمحصل الذي يقوم بتحصيل الأموال المحددة سلفا من الملزمين بأدائها، وفي هذه الحالات يبدو الموظف و كأنه لا يمارس سلطة تنظيمية، فهو يقوم بدور الرقابة أو التنفيذ بشأن تلك السلطات التي باشرت الدولة و قررتها بموجب قواعد قانونية نظمت الحريات و الحقوق العامة بالحد منها أو تحديدها منذ زمن سابق، فاستقرت بوضعها القائم في ذهن الجماعة، وبدت السلطة في وضع مستكن لأن من يمارسها ليس له أن يدخل أي تغيير عليها، وليس له إلا حرية اختيار وسيلة المراقبة و التأكد من تنفيذ القانون، ويعبر عن هذا النوع من السلطة بالسلطة المحددة أو أداء الواجب.

كما أن الموظف العام قد يقوم بتأدية العمل العام بوجهيه معا، أي أنه قد يقوم بخدمة عامة وفي نفس الوقت يقوم على مال عام، فموظف السكك الحديدية يقدم للراكب تذكرة لحجز مقعد للسفر بالقطار ليسهل له الانتقال لبلد آخر فهو بذلك يؤدي خدمة عامة، و يقوم في نفس الوقت بتحصيل قيمة التذكرة و بذلك يقوم على مال عام يؤتمن عليه.²

ثانياً- الطريقة التسلطية للعمل العام:

يعني القيام بعمل عام الذي من شأنه تغيير الوضع القائم، وبتعبير آخر أن يكون لمن يمارس السلطة أن يمس الحريات أو الحقوق أو الأموال العامة التي سبق تنظيمها أو تقريرها بعد أن استقرت

¹ حسن جلوب كاظم، ماهية المال العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة النزاهة والشفافية للبحوث والدراسات، هيئة النزاهة (هيئة مستقلة، تخضع لرقابة مجلس النواب)، العراق، 2014، العدد 07، ص.28.

² إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص.31.

في الأذهان باعتبارها أمورا عادية، و تفسير ذلك أن ممارسة السلطة في جانبها التنظيمي إنما تعني استعمال الدولة لسيادتها في تنظيم استعمال أفراد المجتمع لحياتهم وحقوقهم العامة لكيلا تتعارض تلك الحريات و الحقوق في المجتمع الواحد، في حين أن ممارسة السلطة في جانبها التسلطي تعني استخدام الدولة سلطة القهر *pouvoir de contrainte* في المساس بتلك الحقوق أو الحريات التي سبق تنظيمها لتحقيق غرضين أولهما منع الاعتداء على مصالح أولى بالرعاية يحميها القانون وثانيهما المحافظة على كيان المجتمع ذاته بتحقيق سيادة النظام فيه.

ويقصد بتعبير المساس هنا، الاعتداء بدرجاته المختلفة التي يمكن حصرها في خمس وهي: تحديد الحقوق و الحريات العامة، و الحد منها، و تقييدها، و الاعتداء عليها، والقضاء عليها، و كذلك الحال فيما يخص بالقيام على مال عام.

ومن أمثلة تحديد الحريات، إلزام المارة بالسير على جانبي الطريق و عبور الطريق من المكان المخصص لعبور المشاة أو عن طريق نفق أو ممر علوي بعد أن كان السير و العبور مباحين في أي مكان من الطريق، و من أمثلة الحد من الحقوق و الحريات إلزام قائد السيارات بالمرور في اتجاه واحد أو منع المرور في شارع معين لأن به منزلا آيلا للسقوط،¹ و من أمثلة تقييد الحريات، الاستيقاف و القبض، و من أمثلة الاعتداء على الحقوق العامة الحبس والسجن، و من أمثلة القضاء على الحقوق، الحكم بالإعدام على أحد الناس فهو قضاء على حقه في الحياة، و يعني المساس بالمال العام التصرف فيه، و مثال ذلك موظف الشؤون الاجتماعية الذي يوزع المال على المنكوبين في الكوارث طبقا لسلطته التقديرية، و كما هو الحال في إعدام الخيول و الحيوانات المملوكة للدولة في حالة إصابتها أو مرضها، و إعدام بعض السلع التي آلت ملكيتها إلى الدولة عن طريق المصادرة كما هو الحال في المواد المخدرة، و إعدام أوراق النقد التي أصبحت غير قابلة للتداول، و هذا الجانب من السلطة² هو الجانب التسلطي من العمل الوظيفي الذي يعبر عنه بالسلطة التقديرية.

و بعد إيضاح جانبي العمل الوظيفي، يتبين أنهما ليسا منفصلين فرجل الشرطة الذي ينظم حركة المرور في أحد الميادين يقوم بالجانب التنظيمي من عمله، ولكنه حين يلزم قائد السيارة بالسير

¹ إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.32.

² حيث عرف الفقيه ماكس فيبر السلطة بأنها (القدرة على فرض طاعة الأوامر) ذكره: أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، 2008، العدد 02، المجلد 24. ص.348.

في اتجاه واحد من الطريق أو يمنعه من السير في طريق معين فهو يحدد حرية التنقل أو يحد منها وبالتالي يمارس الجانب التسلطي لوظيفته العامة، وما يقال على رجل المرور يصدق على كثيرين من الموظفين العموميين حين يمارسون السلطة بجانبها التنظيمي و التسلطي.

و بهذا ننتهي إلى قول أن السلطة تملكها الدولة دائما بصفتها شخصا معنويا مستقلا عن الحاكمين و المحكومين، و يمارسها نيابة عن الدولة دائما الموظفون العموميون و من في حكمهم وهم أشخاص طبيعيين متغيرون و زائلون، و مصدرها دائما القانون بمعناه الواسع، و مناطها دائما القيام بعمل عام، و قد يكون في صورة خدمة عامة أو في صورة القيام على مال عام¹ أو في صورتين معا، إما بصدد تنظيم الحريات و الحقوق و الأموال العامة أو بصدد المساس بها في حدود القانون أو بصدد التنظيم و المساس معا، ومظهر السلطة دائما هو استخدام القوة عند اللزوم، تلك القوة العسكرية التي تنفرد الدولة باحتكارها.²

المطلب الثالث: مصدر السلطة العامة

يقول الفقيه (جوسران) أن الحق والسلطة كلاهما فرعان لشجرة واحدة جذعها الامتيازات المحددة التي يعترف بها المجتمع لبعض الأشخاص للمحافظة على نظامه العام³.

بصدد التمييز بين الحق و السلطة، تبين لنا أن مصدرهما التاريخي يرجع إلى ما كان لرب الأسرة من سلطة مطلقة في العصور القديمة و في القانون الروماني وما كان لتلك السلطة الشخصية من تحكم مطلق أعمى. ولكن التطور القانوني على مر العصور قد أضعف حدة العلاقة الرئاسية في مجال العلاقات القانونية. فقد الأب سلطته العمياء و زال الرق إلى غير رجعة، ونظم القانون حدود علاقة التبعية بين العامل و رب العمل، وأصبح لصاحب الإرادة الخاضعة أن يعترض على ما يجريه صاحب الإرادة المتفوقة بحجة مخالفته للقانون⁴ سواء كان من قام بهذا الإجراء موظفا عاما أو من كان

¹ ظهر بهذا الصدد اتجاهين حول أحقية ملكية الدولة للمال العام. اتجاه ينكر ملكية الدولة للأموال العامة ومن أبرز مؤيديه (دوجي وجييز وبرودون)، واتجاه آخر يرى أنصاره (هوريو) أن حق الدولة على المال العام أكبر من أن يكون حقا في الإشراف والرقابة، بل هو حق ملكية حقيقية، لا يختلف بطبيعته عن الحق الذي تملكه الدولة على أموالها الخاصة، وقد سارت على هذا الاتجاه أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر.

أشار إليه: حسن جلوب كاظم، المرجع السابق، ص.ص. 40.39.

² إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، المرجع السابق، ص.33.

³ Josserand, L'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de L'Abus des Droits, librairie D, 2^e éd, paris,1939, p.259.

⁴ Pierre A.PAPADATOS, le Problème De L'ordre Reçu En Droit Pénal, Librairie Droz GENEVE 1964, P. 16.

في حكمه. وبذا أصبح القانون هو مصدر السلطات جميعا سواء كان ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر.

الفرع الأول: القانون مصدر مباشر للسلطة العامة

القانون بوجه عام يحمل معنيين، معنى واسع يمكن أن تدرج فيه جميع القواعد المنظمة لسلوكيات وعلاقات الأفراد، ومعنى ضيق يقتصر على المبادرة التشريعية فقط.

البند الأول: القانون بمعناه الواسع مصدر للسلطة العامة

في التشريعات الحديثة هو المصدر الوحيد للسلطة، ونعني به مجموعة القواعد التي تنظم سلوك وعلاقات الأشخاص في المجتمع على وجه ملزم¹ سواء كانت هذه القواعد مكتوبة أم غير مكتوبة، وذلك دون اعتبار لمصدر هذه القواعد حتى ولو كان سماويا، أي يستوي أن يكون مصدر هذه القواعد التشريع الذي تضعه السلطة المختصة في الدولة، أو أن يكون مصدرها أحد مصادر القانون المعترف بها رسميا كمبادئ الشريعة الإسلامية والعرف² وسواء كان نصا دستوريا³ أو قانونيا⁴ أو قرارا جمهوريا أو وزاريا أو لائحة، أو قاعدة تنظيمية.

ولذا جرى التعبير عن القانون المطبق فعلا في بلد معين وفي زمن معين بـ "القانون الوضعي" فإذا أضيفت كلمة "الوضعي" إلى كلمة "القانون" فإن معنى هذا الاصطلاح حينئذ يقصد به مجموعة

¹ حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية العامة للقانون)، الطبعة التاسعة، د م ج، الجزائر، 2008، ص.19.

² محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.15.

³ المادة 5 من الدستور الفرنسي 1958 المعدل في 2008 تنص: (يسهر رئيس الجمهورية على احترام الدستور، يكفل الرئيس، من خلال تحكيمه، حسن سير عمل السلطات العامة واستمرارية الدولة)

نص المادة 4 من دستور جمهورية مصر العربية سنة 2014 المعدل والمتمم كما يلي: (السيادة للشعب وحدة، يمارسها ويحميها، وهو مصدر السلطات، ويصون وحدته الوطنية التي تقوم على مبادئ المساواة والعدل وتكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، وذلك على الوجه المبين في الدستور). وجاء في نص المادة 139 من الدستور المصري لعام 2014 أن: (رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة، ورئيس السلطة التنفيذية، يرضى مصالح الشعب ويحافظ على استقلال الوطن ووحدة أراضيه وسلامتها، ويلتزم بأحكام الدستور ويباشر اختصاصاته على النحو المبين به).

المادة 91 من دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تعديل مارس 2016 تنص على: (يضطلع رئيس الجمهورية، بالإضافة إلى السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور، بالسلطات والصلاحيات الآتية....)

⁴ تنص المادة 102 من القانون رقم 109 لسنة 1971 بشأن هيئة الشرطة على ما يأتي: لرجل الشرطة استعمال القوة بالقدر اللازم لأداء واجبه إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة لأداء هذا الواجب

القواعد القانونية السارية في بلد معين وفي زمن معين. فالقانون الوضعي الجزائري الحالي يشمل مجموعة القواعد القانونية المعمول بها الآن في الجزائر، وذلك بصرف النظر عن مصدرها. فالمقصود بصفة "الوضعية" هنا هو توافر الصفة الايجابية لقواعد القانون عن طريق ما يصحبها في التطبيق من إجبار مادي تملكه السلطة العامة.¹

ومما يجدر ذكره أن التعليمات الصادرة بناء على قانون تأخذ حكم القاعدة القانونية من حيث اعتبارها مصدرا لاستعمال السلطة مادامت مستكملة لعناصرها القانونية.

البند الثاني: القانون بمعناه الضيق مصدر للسلطة العامة

ويقصد به التشريع أو القانون المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية كأن يقال قانون الجامعات، وبالتالي لا ينصرف لفظ القانون إلى الضوابط القانونية غير التشريعية كالضوابط العرفية والقضائية²، مع أن الأصوب والأدق أن تستعمل كلمة التشريع على القواعد التي تحكم هذه المسائل (قانون الشهر العقاري، قانون المحاماة...) فيقال تشريع المحاماة وتشريع الشهر العقاري، ذلك أن الفرق بين القانون والتشريع واضح، وعليه نقول إن كل تشريع يعتبر قانونا؛ ولكن ليس كل قانون يعتبر تشريعا³.

الفرع الثاني: القانون مصدر غير مباشر للسلطة العامة

الأحكام القضائية، والأعمال المادية، والأعمال القانونية تعتبر أسسا لممارسة السلطة.

البند الأول: الأحكام القضائية مصدر غير مباشر للسلطة العامة

الأحكام القضائية هو كل ما تصدره المحكمة أثناء نظرها الدعوى وحتى صدور الحكم فيها، فيكون الحكم هو القرار الأخير في الدعوى⁴. ويعرفه الأستاذ يحيى بكوش " بأنه كل قرار يصدر في إطار القوانين الإجرائية من طرف هيئة قضائية منصبة بصفة شرعية من شأنه عادة إنهاء الخصومة و أن يضع حدا للنزاع."

¹ محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص.15.

² حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2014، ص.15.

³ محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص.16.

⁴ عمر محمود نوفل، الآثار المترتب على الأحكام القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، 2009، ص.9.

أما الحكم بالمعنى الضيق، فيقصد به ما تصدره المحاكم الابتدائية وحدها من قرارات، وتخرج عن هذه التسمية الأحكام الصادرة عن المجالس القضائية والمحكمة العليا ومجلس الدولة¹، مثال صدور حكم قضائي بات بإعدام شخص يكون واجب النفاذ ويصلح أساسا لممارسة رجال السلطة العامة لسلطاتهم في تنفيذ ذلك الحكم.

البند الثاني: الأعمال القانونية مصدر غير مباشر للسلطة العامة

صدور الأمر بالإحضار وكما يدل عليه اسمه "إحضار واقتياد بالقوة فورا" عند عدم امتثال المتهم للحضور الطوعي أمام قاضي التحقيق، فأمر (مذكرة) الإحضار هو أمر بالمثل الإجمالي يتضمن الإلزام والقسر، فمن كان محلا له ينبغي أن يمثل له بمجرد تسليمه نسخة منه من قبل المكلف بتبليغه²، وهذا عمل قانوني ويصلح أساسا لاستخدام السلطة في ضبطه وإحضاره، حسب نص المادة 110 الفقرة 2 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري³.

الفرع الثالث: الوقائع المادية كمصدر استثنائي للسلطة العامة

تنقسم الأعمال المادية بدورها إلى أعمال مادية إرادية حيث تكون إرادة الفرد سببا في نشوءها وأعمال مادية غير إرادية لا علاقة للفرد بنشأتها.

¹ بوقرة إسماعيل، آثار حكم الإلغاء وإشكالات تنفيذه، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012، العدد 14، ص.549.

² عمارة فوزي، قاضي التحقيق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010/2009، ص.261.

³ الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج، العدد 48، السنة 03، الصادرة في 10 يونيو 1966. ص.ص.622-697. الفقرة الثانية" ويبلغ ذلك الأمر وينفذ بمعرفة أحد ضباط أو أعوان الضبط القضائي أو أحد أعوان القوة العمومية الذي يتعين عليه عرضه على المتهم وتسليمه نسخة منه".

للإشارة: صدر القانون رقم 18-06، المؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج العدد 34، السنة 55، الصادرة في 10 يونيو 2018، ص.ص.04-10. وقبل ذلك عدل بالقانون رقم 17-07، المؤرخ في 27 مارس 2017، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1968، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج، العدد 20، السنة 54، الصادرة في 29 مارس 2017، ص.ص.05-17. (لم تعدل المادة 110 المشار إليها أعلاه)

البند الأول: الوقائع المادية الإرادية

تعتبر الوقائع المادية هي تلك الوقائع المنسوبة للإنسان، أي من فعله هو أو غيره¹، و تنقسم الوقائع المادية الإرادية إلى قسمين أساسيين هما الفعل الضار و الفعل النافع:

أولاً- الفعل الضار:

يعتبر الفعل الضار عمل غير مشروع يترتب عن حدوثه قيام مسؤولية مرتكب الفعل الضار، ومثال ذلك ارتكاب شخص لجناية، عمل مادي ويصلح أساسا لاستعمال السلطة في القبض عليه وتفتيشه وتفتيش مسكنه إذا استدعى الحال.

ثانيا- الفعل النافع:

يعتبر الفعل النافع مثله مثل الفعل الضار عمل يستحق التعويض².

البند الثاني: الوقائع الطبيعية

أحيانا تكون الوقائع الطبيعية في ذاتها مصدر مباشر لإنشاء قيام الحقوق بحيث لا تكون لإرادة الأشخاص أي أثر قانوني في وجودها بل ينشأ الحق مباشرة بوقوع حدث من الأحداث الطبيعية لا غير³، وفي نفس الوقت تعتبر مصدر غير مباشر للسلطة العامة مما يستدعي تدخلها، مثال ذلك حوادث السير و الكوارث الطبيعية.

ويرى جانب من الفقهاء أن الأحكام القضائية والأعمال المادية والقانونية في مثل هذه الحالات تعتبر مصادر مباشرة للسلطة، في حين أن القانون يعتبر المصدر غير المباشر لها لأنه ينص على صلاحيتها لتكون أساسا لممارسة السلطة وهو الذي يخول ممارستها بطريقة غير مباشرة.

ولعل الصحيح هو أن القانون بمعناه الواسع هو المصدر الوحيد المباشر للسلطات جميعا إذ أنه هو الذي يقرر ويحدد ويخصص ممارسة السلطة أيا كانت، فإذا اشترط القانون صدور حكم

¹ حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2014، ص.257.

² عجة الجبالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص.509.

³ إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، دم.ج، الجزائر، 2001، ص.308.

قضائي أو إتيان عمل مادي أو وجود عمل قانوني لممارسة سلطة ما، فإنه بذلك يعلق ممارسة السلطة في هذه الحالات على تحقق تلك الشروط.

فالقانون هو المصدر الوحيد للسلطة، أما العرف وأحكام الشريعة الإسلامية فلا تعتبر مصادر لممارسة السلطة رغم اعتبارها مصادر لاستعمال الحق، على النحو السالف ذكره.

المبحث الثاني: موقع فكرة السيادة في أعمال السلطة العامة

الإنسان مدني بطبعه لا يستطيع العيش بمفرده وإنما يميل إلى العيش مع غيره في مجتمع معين يكون الأفراد فيه متساندين متعاضدين، ويترتب على حياة المجتمع نشوء قواعد ملزمة لأفراده نتيجة إقرارهم لها صراحة أو ضمناً لتنظيم مختلف الروابط التي قد تنشأ بينهم، ويكون جزاء مخالفتها لوم وتأنيب الآخرين.

كلما زادت رغبة الأفراد في المحافظة على المجتمع الذي يعيشون فيه، واشتد حرصهم عليه عملوا على إنشاء سلطة عليا مزودة بوسائل القوة والقهر، لتفرض على الجميع احترام قواعد سالفة الذكر لتحقيق أمن المجتمع السياسي الذي أصبحت الدولة مظهره القانوني الحديث. إذ لا يميل الإنسان إلى العيش في أي مجتمع بل يميل إلى العيش في مجتمع منظم، وهذه هي الميزة التي رأى أرسطو أنها تفرق الإنسان عن سائر المخلوقات.¹

ومن ثم يوجد في كل دولة طبقتان من الأفراد، طبقة الحاكمين الذين يملكون سلطة الأمر والنهي والزجر وطبقة المحكومين الذين يطيعونهم عملاً بما للأولين عليهم من سيادة، فما هي هذه السيادة وما مميزاتاها؟

المطلب الأول: فكرة السيادة عموماً

لدراسة موقع فكرة السيادة في أعمال السلطة، كان ولا بد من تحديد فكرة وجذور السيادة أولاً معرجين على خصائصها و مظاهرها، ثم تبيان من هو صاحب السيادة، ليتجلى لنا في الأخير عمق تداخل فكرة السيادة مع مضمون عمل السلطة.

الفرع الأول: تحديد فكرة السيادة

نتطرق أولاً للتعريف اللغوي والاصطلاحي لفكرة السيادة ثم التعريف الفقهي لها في كل من النظام اللاتيني الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى .

¹ Roland Maspétiol , L'Etat devant la personne et la Société, éd sirey, 1948, p.17.

البند الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للسيادة

أولاً- السيادة لغة:

ساد/ساد على/ساد في يسود، سد، سيادة، وسؤددا، فهو سائد وسيد، والمفعول مسود(للمتعدي).

ساد قومه/ساد على قومه: ملك وسيطر، أصبح سيذا وحاكما، أصبح في موضع القوة والتفوق¹.

ثانياً- السيادة اصطلاحاً:

إن كلمة السيادة اصطلاح قانوني مترجم عن كلمة فرنسية souveraineté مشتقة من الأصل اللاتيني supranus ومعناها الأعلى، لذا يطلق البعض على السيادة، السلطة العليا².

البند الثاني: التعريف الفقهي للسيادة

اختلف فقهاء القانون الدولي في تحديد مفهوم السيادة، فذهب بعضهم إلى أنها الملك، و قال آخر الشعب وآخر البرلمان. فكان هناك اختلاف في تحديد تعريف لها فكل فقيه كانت له رؤية خاصة³، ولكن اتفق كل من الفقه اللاتيني الجرمانى و الفقه الانجلوسكسونى على عنصر العلو لمفهوم السيادة وذلك كما يلي:

أولاً- تعريف الفقه الفرنسي للسيادة:

1- عرف الفيلسوف الفرنسي جان بودان " jean bodin " السيادة على أنها: السلطة العليا المعترف بها والمسيطرة على المواطنين و الرعايا دون تقييد قانوني، ماعدا القيود التي تفرضها القوانين الطبيعية والشرائع السماوية. والخاصية الأساسية لهذه السيادة أو السلطة المطلقة في نظر "بودان" تكمن في وضع القوانين أي "سلطة التشريع"⁴

¹ أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ص.1130.

² خديجة غرداين، إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، حالة الدول العربية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014/2015، ص.13.

³ أحمد سي علي، التدخل الإنساني بين القانون الدولي الإنساني والممارسة، دار الأكاديمية، الجزائر، 2010، ص.67.

⁴ أميرة حناشي، مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007/2008، ص.17.

2- يقول ديجي Duguit: إن السيادة حق لصاحبه حيث لم يتم الاتفاق على هذا المفهوم، فهي بذلك تنطوي على مكنة وإرادة لها مميزات الآتية¹:

- هي إرادة عليا (Un pouvoir de volonté commandante) تملك حق الأمر والنهي، تخضع لها كل الإيرادات الأخرى القائمة بداخل الإقليم.
 - هي إرادة مستقلة (Un pouvoir de volonté indépendante) عن كل إرادة أخرى فهي التي تنظم نفسها بنفسها أو كما يقول الألمان هي التي ترسم مدى نشاطها وتوضح وحدها معالمه وحدوده.
 - هي سلطة واحدة (Un pouvoir de volonté un)
 - هي سلطة لا تقبل التجزئة (Un pouvoir de volonté indivisible)
 - وأخيرا إن السيادة حق لا يمكن التصرف فيه و لا يسقط بالتقادم لأنه ملك لشخص معين دون غيره.
- (Un pouvoir inaliénable et imprescriptible)

ثانيا- تعريف الفقه الانجليزي للسيادة:

1- جون أوستن: ففي القرن 19 قال الفقيه الانجليزي أوستن بأن السيادة تقوم على فكرة القانون الطبيعي و مفادها وجود رئيس أعلى في الدولة لا يطيع أحد بل يفرض هو طاعته على الجميع، وهذا الرئيس هو صاحب السيادة في المجتمع و هذا السيد ليس هو الإدارة العامة كما يقول روسو، و لا الشعب أو الناخبين، و ليس بعض المجرّدات مثل الرأي العام أو إرادة الله أو غير ذلك، ولكن شخص محدد و هو السلطة التي ليست موضوعا لأية قيود قانونية.

2- توماس هوبز: عرفها المفكر الانجليزي هوبز فيقول: بأن الإنسان مصلحي و ذاتي التفكير و لا يحافظ على عهده و عقوده و لا يطيع قوانين المجتمع إذا لم ينسجم ذلك مع مصالحه، و من هنا فالصدام بين الفئات الاجتماعية ليس صدفة بل هو تهديد قائم الاحتمال باستمرار، و بالتالي فقد نشأت الحاجة إلى سلطة عليا تستطيع أن تفرض النظام و السلم الاجتماعي على مجموعات قد لا تتجه نحو العيش بسلام و انسجام مع بعضها البعض، و بالتالي فإن سلطة الدولة و سيادتها ضرورية للبقاء، و لا يمكن نقض العقد الاجتماعي الأصيل الذي تضمن التنازل عن الحقوق الطبيعية لصالح الدولة، و لأن الحاجة لمثل هذا التنازل ضرورة مستمرة لضمان السلم الاجتماعي و الحياة الجيدة.²

¹ Léon duguit, leçons de droit public général, éd BOCCARD, 1926, p.116.

² أميرة حناشي، المرجع السابق، ص.18.

ثالثاً - تعريف الفقه العربي للسيادة:

- 1- عرف الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي السيادة بأنها "السلطة الأصلية التي تتبع سائر السلطات الأخرى منها، و هي لا تتبع من أي منها لأنها أصلية"¹.
- 2- الدكتور يحيى الجمل حيث عرف السيادة على أنها: "مرادفاً للسلطة السياسية، أن السيادة تعتبر وصفاً من أوصاف السلطة للدلالة على عدم وجود سلطة أعلى منها"².

الفرع الثاني: جذور فكرة السيادة

إن هذه الفكرة حديثة نسبياً، إذ أنها لم تكن معروفة بمعناها الحديث حتى القرن السادس عشر وحقبة الأمر فإن فكرة السيادة المطلقة نشأت في المجتمع الإقطاعي عندما كانت السلطة الملكية تخوض صراعاً ضارياً ضد رجال الإقطاع، وضد البابا و الإمبراطورية الجرمانية.³

البند الأول: فكرة السيادة في مفهومها التقليدي

أولاً- السيادة في العصر القديم:

- 1- السيادة عند الإغريق: كانوا سباقين إلى إقامة مجتمع سياسي ضمن إطار تنظيمي ثابت، و لقد مهدت الفلسفة اليونانية إلى إقامة نوع من الديمقراطية التي تعد رائدة في التاريخ القديم، وشهدت مدن أثينا، أسبرطة، و غيرها من المدن اليونانية تنظيم علاقاتها مع الدول المجاورة على أساس من الالتزام، و أنشأت قانوناً لحسم الخلافات عن طريق التحكيم، ما يعتبره البعض أول نظام عالمي في التاريخ.
- 2- السيادة عند اليونان: إن مفهوم السيادة لم يكن معروفاً لدى اليونانيين، إذ لا نجد في كتاب "السياسة" الذي وضعه "أرسطو" و عني به بنظرية الدولة، ذكراً للفظ السيادة إلا ثلاث مرات لم تنصرف إلى مناقشتها كمبدأ بذاتها، إنما اكتفت بما هو قائم على أرض الواقع، أي وجود سلطة عليا وسامية داخل الدولة، حيث ذكرها أرسطو في كتابه "السياسة" على أنها سلطة عليا في داخل الدولة رابطاً إياها بالجماعة، أما "أفلاطون" فاعتبر السلطة لصيقة بشخص الحاكم، و رأى البعض الآخر أن

¹ هاشم بن عوض بن أحمد آل إبراهيم، سيادة الدولة بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013، ص.28.

² رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2014/2015، ص.214.

³ عصام العطية، القانون الدولي العام، ط السادسة، المكتبة القانونية، بغداد، 2006، ص.390.

السيادة للقانون و ليست للحاكم، و نظرا لأن اليونان قد تكونت من عدد من الدول المستقلة، فإن مفهوم السيادة-أنداك- كان يعني حق تقرير المصير بالمفهوم الحالي.¹

3- السيادة عند الرومان: عرف الرومانيون القدامى أفكار عن الشعب الحر و الأمة المستقلة، مما يدل على وجود أفكار عن السيادة، و إن لم تكن واضحة في مضمونها ولم يجر استعمالها بذات لفظها، إذ أن السيادة عند الرومان كانت تحت مفهوم الحرية والاستقلال و السلطة، أي أن السيادة كما هي معروفة. إلا أن علماء القانون الروماني قد وضعوا قاعدة بالغة الأهمية في موضوع السيادة، و كان تعريفهم بالدولة المستقلة القائمة خارج الإمبراطورية الرومانية، و جاء ذلك التعريف في موسوعة "جوستيان" على النحو التالي: " أن الشعوب الحرة هي تلك الشعوب التي لا تخضع لإرادة أي شعب آخر".²

ثانيا- السيادة في العصور الوسطى (عهد المسيحية):

إن أهم ما اتسمت به السيادة في العصور الوسطى هو ظهور النصرانية و اعتناق الرومانيين لها، وبالتالي سيطرة المفاهيم المسيحية باعتبارها نظاما مميزا عن الدولة و الصراع القائم بين السلطة الدينية والزمنية، وقد ولدت فكرة السيادة من رحم هذه الظروف و شهدت تحولا في مفهومها، فنظرا للمواجهة الكبيرة التي ظهرت بين السلطة الزمنية ممثلة في الإمبراطورية و سلطة الكنيسة ممثلة في "البابا"، التي أصبحت لها شأن عظيم بعد أن قاسمت الحكام سلطاتهم، ظهر تغيير في مفهوم السلطة حيث أصبحت السلطة الموحدة سلطتين، وسعت كل سلطة للتوسع على حساب الأخرى بغرض امتلاك السلطة والسيادة، و يعتبر العصر الوسيط هو عصر بروز فكرة فصل السلطتين، ثم لاحقا الفصل بين السلطات السيادية الثلاث: التشريعية، التنفيذية، القضائية.³

البند الثاني: فكرة السيادة في مفهومها الحديث

مع بداية القرن السادس عشر، وصلت فكرة الدولة كفكرة قانونية إلى مستوى مقبول من النضج بعد أن ساهمت في ذلك عوامل سياسية و اجتماعية مختلفة، و استطاعت أن تتحرر من رواسب العهد الإقطاعي و أصبحت السيادة ميزة أساسية للدولة، و جزء من شخصيتها، و أخذت فكرة السيادة

¹ رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.ص.202.203.

² كرازيدي إسماعيل، العولمة والسيادة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2003، ص.70.

³ رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.ص.203.204.

المطلقة في الزوال لتحل محلها السيادة المقيدة التي استعرضها الفقيه و الكاتب الاقتصادي الفرنسي "جان بودان" منذ أن كانت فكرة قليلة الاستعمال و الشيع، إلى أن أخذت نصيبها من الشهرة والتقدير، و على الرغم من ذلك نجد أن " بودان " لم يصل بالسيادة إلى الحد الديمقراطي المطلوب حيث استمرت مظهرا من مظاهر السلطة المطلقة.¹

الفرع الثالث: خصائص ومظاهر السيادة

الخصائص هي الصفات اللصيقة بفكرة السيادة وفي الغالب لا تظهر للأفراد، أما مظاهرها هو تجلي تلك الخصائص في الصورة التي تبدو عليها السيادة.

البند الأول: خصائص السيادة

من أهم الخصائص اللصيقة بفكرة السيادة نذكر منها ما يلي:

أولاً- الإطلاق:

صاحب السيادة لا يفرض عليه قانون، بل القانون هو التعبير عن إرادته، وليس لإرادة أجنبية عنه أن تلزمه بالتصرف على نحو معين، لأنه لا توجد إرادة تساويه، إرادته أمرة دائما، وعلاقته بغيره علاقة السيد بالرعية أو المتبوع بالتابع، وعلى الرعية أو التابع تنفيذ ما يصدر عنه من أوامر ليس بسبب مضمونها أو فحواها، ولكن لأنها صادرة عن إرادة هي بطبيعتها أعلى من إرادتهم. يقول روسو: أنه لا يتفق مع طبيعة النظام السياسي نفسه أن يفرض على صاحب السيادة قانون لا يستطيع أن يخالفه أو ينقضه.²

ثانياً- شاملة:

أي الشمولية العمومية على كل الإقليم والسكان، أي أنها تطبق على كل المواطنين في الدولة ومن يقيم على إقليمها باستثناء ما يرد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية كالدبلوماسيين ودور السفارات والقنصليات، وهذا كله بإرادتها وهو ضمن الأعراف الدولية والمجاملات الدولية من أجل ضمان استقرار علاقاتها الخارجية لا أكثر³، وفي الوقت نفسه ليس هناك من ينافسها في الداخل في ممارسة السيادة وفرض الطاعة على المواطنين.⁴

¹ أميرة حناشي، المرجع السابق، ص.23.

² صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1991، ص.8.

³ خديجة غرداين، المرجع السابق، ص.21.

⁴ أحمد سي علي، المرجع السابق. ص.242.

ثالثا - غير قابلة للتنازل:

بما أن السيادة مطلقة، وغير محدودة فلا يجب أن يتنازل عنها أو تنقل إلى دولة أخرى، الدولة ذات السيادة لا تستطيع أن تتنازل عن أي عنصر بدون تفويض نفسها، لأنها إذا تنازلت عنها فقدت ذاتها، فالسلطة مما يمكن نقله، ولكن الإرادة لا يمكن نقلها، فالدولة والسيادة مفهومان متلازمان ومتكاملان لا يجوز التصرف فيهما، كما أنه لا يعد من قبيل التنازل عن السيادة إذا أقدمت الدولة على إبرام اتفاقيات ومعاهدات دولية¹.

رابعا - عدم قابلة للتملك:

فإذا اغتصبها من ليس أهلا لها، وفرض على الناس سلطانه مدة من الزمن طالت هذه المدة أو قصرت، فإنه لا يستطيع أن يدعي شرعية سلطته أو شرعية سيادته مهما طال الأمد، فغصب السيادة سيظل دائما غصبا لا يثبت بالحيازة، ولا يبرره التقادم².

خامسا - لا تجزأ:

أي تجزئة للسيادة يعني القضاء عليها، و إن عدم إمكانية التقسيم أو التجزئة³، تستنتج هذه الخاصية منطقيا من كون أن السيادة مطلقة، وتوزيع السلطات على هيئات وأجهزة الحكومة لا يعني تجزئة السيادة أو قابليتها لذلك، بل يعني توزيع المهام بينها لا أكثر، والنظام الفدرالي لا يعني أبدا تجزئة السيادة بل يعني تحويل اختصاصات لبعض الهيئات المحلية استجابة لاعتبارات متباينة سواء جغرافية أو محلية، ولكن داخل وحدة سياسية واحدة تحت راية دولة واحدة ذات سيادة واحدة⁴.

البند الثاني: مظاهر السيادة

تتجلى مظاهر السيادة في الدولة في مظهرين: المظهر الداخلي و المظهر الخارجي وفق ما يلي:

أولا- المظهر الداخلي للسيادة:

يعني حرية الدولة في التصرف في شؤونها الداخلية، وفي تنظيم مرافقها العامة، وفي فرض سلطانها على كافة ما يوجد على إقليمها من أشخاص وأشياء⁵.

¹ رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.218.

² صلاح الصاوي، المرجع السابق، ص.9.

³ بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، ط الرابعة، د م ج، الجزائر، 2003، ص.91.

⁴ خديجة غرداين، المرجع نفسه، ص.23.

⁵ عصام العطية، المرجع السابق، ص.391.

وعليه يمكن استخلاص خاصيتين من خلال المظهر الداخلي للسيادة و يتمثل في كل من
عمومية الاختصاص وحصرية الاختصاص¹.

ثانياً - المظهر الخارجي للسيادة:

وهو حرية الدولة في إدارة شؤونها الخارجية، وتحديد علاقاتها بسائر الدول الأخرى، وعدم
خضوعها لسلطة أجنبية أخرى².

المطلب الثاني: صاحب الحق (السيادة)

نصادف في هذا المجال كثيراً من المذاهب والنظريات والأسس والمبررات حول من هو
صاحب السيادة أو صاحب الحق فيها، يستند القديم منها إلى وجود حق شخصي Droit personnel
بينما لا يُسلم الحديث منها بوجود مثل هذا الحق.

الفرع الأول: المذاهب القديمة

إن عجز النظريات القديمة في تفسير صاحب الحق أو السيادة وتركيزهم حول الشخص الذي
يستأثر بالسلطة باءت كلها بالفشل رغم قوة نظرية سيادة الأمة، إلا أنه في المقابل ظهرت نظرية أخرى
انطلقت في بحثها في كيفية إخضاع صاحب السلطة للقانون مثله مثل الأفراد ما أدى إلى قبولها في
العصر الحديث.

البند الأول: السيادة حق الأمير

لا شك في أن هذا المذهب يعتبر أقدم الجميع عهداً، ويتلخص في أن الأمير يملك حق الأمر
في الأفراد imperium كما يملك حق التصرف في الأشياء dominium، ولقد نادى به
بودان Bodin وجروسيوس Grotius ولخصه هوبز Hobbes فيما يلي:

" إن الأفراد قد اتفقوا فيما بينهم على التنازل عن كافة حقوقهم إلى شخص معين يصبح عليهم
أميراً، حائزاً للسلطة عليهم مقابل قيامه بالعمل على توطيد أمنهم في الداخل ودفع العدوان الخارجي
عنهم وتعتبر سلطته في هذا الشأن مطلقة غير محدودة ولا يكون الأفراد أحراراً إلا فيما لا يرغب
الأمير في تقييدهم به، وإذا أساء الأمير استعمال هذه السلطة فلن يكون لأحد حق سؤاله أو استجوابه

¹ أمال موساوي، التدخل الدولي لأسباب إنسانية في القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي
والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2012/2011، ص.151.

² رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.222.

لأن إثمه في حق الفرد ليس في الحقيقة إلا إثما من الفرد في حق نفسه، فإن ألحق فعله ضررا لأحد الأفراد لم يكن للمضروب حق مساءلته أو الرجوع عليه وبذلك يصبح الحاكم فوق القانون لأن واضع القانون كما يقول بودان Bodin لا يخضع له (qui établit la loi est au dessus de la loi) وهذا ما لا يمكن التسليم به اليوم¹.

البند الثاني: سيادة الأمة أم سيادة الشعب

إن سيادة الأمة وسيادة الشعب اتفقتا على حق السيادة للأفراد أو المجموعة، واختلفتا حول قابلية السيادة للتجزئة.

أولا- سيادة الأمة:

الأمة عبارة عن مجموعة من الأفراد تستقر على إقليم معين، وتجمع بينهم روابط مشتركة تؤهلهم للعيش معا، وتتمثل هذه الروابط في وحدة الدين، وحدة الجنس (الأبيض، الأسود، الأصفر...) وحدة اللغة، الوحدة الروحية (وحدة المشاعر، والآلام والآمال).

وتتلخص هذه النظرية، في أن السيادة للأمة باعتبارها شخصا مستقلا ومتميزا عن الأفراد المكونين لها، فهي ليست ملكا لأفراد مستقلين، وليس لكل واحد منهم جزء من السيادة، بل السيادة صاحب واحد هو الأمة، التي هي شخص جماعي مستقل عن الأفراد المكونين لها.²

وقد زعم هذه النظرية الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو في كتابه "العقد الاجتماعي"، حيث ذكر بأن "الجسم السياسي يعتبر كجسم حي ومنظم شبيه بالإنسان، إذن فهو أيضا كائن له إرادة، وهذه الإرادة عامة يستخدمها للمحافظة على كل جزء من كيانه"³

ثانيا- السيادة حق الشعب:

إذا كانت السيادة - وفقا للنظرية السابقة - ملكا للأمة، باعتبارها شخصا جماعيا مجردا مستقلا عن الأفراد المكونين لها، وأن هذه السيادة غير قابلة للتقسيم بين أفراد الأمة، وأن أي واحد منهم لا يملك على سبيل الاستثناء جزءا منها، فإن نظرية الشعب تقر بالسيادة للمجموع أيضا، ولكن

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، أعمال السيادة في القانون المصري المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1952، ص.ص.4.3.

² Julien Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2^e éd, éd domat montchrestien, paris V, 1947, p.372.

³ Georges burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, 9^e éd, L G D J, 1962, p.21.

ذكره: رابحي أحسن، الوسيط في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012، ص.73.

دون اعتباره وحدة مستقلة عن الأفراد المكونين له، و إنما النظر إلى هذا المجموع على أنه حاصل جمع كل أفراد شعب الدولة، ومن ثم تكون السيادة لكل فرد فيه، وبهذا تنقسم السيادة بين جميع أفراد الأمة، بحيث يكون لكل فرد جزء منها¹

وقد تعرض روسو لهذا المذهب عند محاولته الإجابة على السؤال الذي وضعه في صدر مؤلفه " لقد ولد الإنسان حرا ومع ذلك فهو مستعبد في كل مكان فكيف كان ذلك؟ لا أعرف، ولكن من يستطيع التذليل على مشروعية هذه الحال؟ إنني آنس في نفسي القدرة للإجابة على هذا السؤال"².

وهكذا يتلخص جوهر نظرية السيادة الشعبية في تجزئة السيادة على أفراد الشعب السياسي في الدول أي جمهور الناخبين بالتساوي بينهم ولذلك، فإن النتائج المترتبة على هذه النظرية تتعارض مع نتائج نظرية سيادة الأمة³.

الفرع الثاني: الحد من المذاهب القديمة

دعت النظريات السابقة إلى القول بأن من خصائص السيادة خضوع المحكومين لها بغير تعويض، وظلت هذه الفكرة سائدة زمنا طويلا رغم خطرها البين على حقوق الأفراد، ورغم تعارضها الشديد مع مبدأ مسؤولية السلطات؛ الأمر الذي دعا المشتغلين بالعلوم السياسية إلى إيجاد ضمانات فعلية تحول دون إساءة استعمالها، فنادى بعضهم بسيادة القانون الطبيعي و نادى آخرون بتحقيق الفصل بين السلطات.

البند الأول: سيادة القانون الطبيعي

قال كثير من الفقهاء إن الفرد يملك بمجرد ولادته حقوقا طبيعية (Droits innés)، وإن ظروف الحياة الاجتماعية تستلزم الانتقاص من مدى استعمالها بموجب قواعد عامة مجردة تسري على الجميع بلا تمييز بين شخص وآخر، وأنه يجب على السلطة الحاكمة عدم المساس بحقوق الإنسان التي تقرها قواعد القانون الطبيعي والتي يوحى بها العقل والعدالة.

¹ محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري (الدولة - الحكومة - الدستور)، المكتبة القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الأزاريطة، مصر، د.ت.ن، ص.20.

² (L'homme est né libre et partout, il est dans les fers. Comment ce changement s'est-il fait. Je l'ignore, qu'est ce qui peut le rend légitime, Je crois pouvoir résoudre cette question). Léon duguit, op.cit. p.130.

³ هاني علي طهراوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ص.53.

وقد رد ديجي على ذلك قائلاً إن الحقوق الشخصية لا تترتب على مجرد الولادة، وإنما تنشأ من حياة الشخص مع غيره، وما دام الحال كذلك يجب ألا تحد نشاط الدول التي تمثل المجتمع.¹

والواقع أن الحق الشخصي لا ينشأ إلا في ظل نظام قانوني ومثل هذا النظام لا يتواءم مع حالة الطبيعة الأولى وإنما ينشأ فقط على إثر قيام مجتمع معين، ولذا فإن القول بخضوع القانون الوضعي للحقوق الطبيعية المزعومة للفرد ليس في الحقيقة إلا لغواً، بل يظهر الحق فقط في فكر الإنسان، والطبيعة لا تنشأ حقوقاً.²

البند الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات

لم تتفق كل الأنظمة القانونية والسياسية على موقف واحد من مبدأ الفصل بين السلطات، بل أن الممارسة السياسية في التعامل مع هذا المبدأ اختلفت من نظام إلى لآخر؛ ففي بريطانيا لا يعترف نظامها الدستوري بمبدأ الفصل بين السلطات، بينما تأخذ الكثير من الدول الليبرالية و أهمها الولايات المتحدة الأمريكية و فرنسا بمبدأ الفصل بين السلطات³، الذي يجد أصله في الفلسفة الإغريقية، حيث أخذ مظهرها سياسياً وأنه ظهر على لسان أفلاطون و أرسطو وتلقفه لوك و روسو و مونتسكيو، وانتقل إلى الميدان التطبيقي على إثر الثورتين الفرنسية والأمريكية⁴.

وفي هذا الصدد كتب مونتسكيو في كتابه روح القوانين "تعلمنا التجربة أن كل من يقبض على دفة الحكم يميل إلى إساءة استعمالها، ويستمر في ميله هذا إلى أن تُفرض عليه تحديدات، ولمنع إساءة استعمال السلطة يجب أن تدار أمور الحكم بطريقة تجعل من سلطة معينة عاملاً لتحديد سلطة أخرى"⁵.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.12.

² Alfred Fouillé, L'idée moderne du droit, 6^e éd, Librairie Hachette et C^{ie}, paris, 1909, p.385. (La nature, ne connait pas le droit et le droit n'apparait que dans la pensée de l'homme).

³ مبارك العتيبي، فصل السلطات في النظامين الكويتي و الأردني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، قسم العلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2013/2012، ص.18.

⁴ فريد علواش، نبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008، العدد 04، ص.225.

⁵ باسم صبحي بشناق، الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري الفلسطيني وأثره في أعمال حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2011، ص.29.

الفرع الثالث: مبدأ سيادة القانون في النظم القانونية المقارنة

سيادة القانون تعني التزام الإدارة و على رأسها السلطة التنفيذية بالقواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية، وفي هذا يعرفها المفكر لويس فاورو L. Favoreu: "بأنها نظام قانوني يهدف إلى تجنب الأوضاع التعسفية بحيث يمكن معه مراقبة تطابق أعمال الحكومة والإدارة مع القواعد القانونية النافذة في الدولة"¹.

البند الأول: مدلول مبدأ سيادة القانون

أولاً- مدلوله في فرنسا:

لم يتوصل ستاهل Staahl إلى رسم الطريق العملي لتحقيق مبدأ المشروعية، إذ لم يناد مثلاً بضرورة إخضاع الصلات القانونية التي تربط الدولة بالأفراد لرقابة القضاء، وإن مثل هذه الرقابة تستلزم إنشاء محاكم خاصة. حتى جاء ديجي² وأوضح ذلك فقال:

1) ليس لأي سلطة في الدولة اتخاذ أي قرار يمس حقوق الأفراد إلا في الحدود المرسومة بالقانون.
2) يجب إنشاء هيئة عليا داخل الدولة يجمع أعضاؤها بين الاستقلال التام والحيطة المطلقة يكون من اختصاصها النظر في كافة الطلبات التي يقدمها لها الأفراد بإلغاء القرارات التي يرون مخالفتها للقانون.

هذا هو مؤدى مبدأ الشرعية (principe de légalité) الذي فطن القديم إلى ضرورته لتأكيدهم من جدية الضمان الذي تهيئه لهم القاعدة القانونية، كوسيلة للحد من استبداد الولاة وظلمهم والتي ساعدت المبادئ الديمقراطية الحديثة على نشره وتعميمه حتى صار من المسلم به اليوم قولاً وعملاً، ولكن كيف يمكن تعليل هذا المذهب؟ نصادف هنا نظريات ثلاثاً نجملها في ما يلي:

ثانياً- مدلوله في إنجلترا The Rule of law :

لم تعمل المذاهب القديمة على بسط سلطان القانون لاتخاذها الحق الشخصي أساساً لسيادة الدولة، ففي إنجلترا كانت السيادة للتاج ثم آلت أخيراً إلى البرلمان الذي يملك وحده سلطة سن القوانين.

¹ غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الأغواط، دار الخلدونية، الجزائر، 2015، ص.105.

² Léon duguit, op cit, p.275.

ولقد لخص دايسي¹ Dicey هذا المبدأ في الأوجه الثلاث الآتية:

(1) إن سيادة القانون تتنافى مع وجود سلطات استبدادية أو تحكيمية Arbitrary Power للتاج أو غيره، فالإنجليز يحكمون بالقانون وحده.

(2) إن سيادة القانون تتضمن مساواة الجميع أمامه equality before the Law الحاكمين منهم والمحكومين فيخضع الإنجليز من جميع الطبقات للقانون العام الذي تطبقه محاكم القانون العام Ordinary Law Courts ويستتبع ذلك عدم إخضاع الدولة وموظفيها لمحاكم خاصة لترتيب مسئوليتهم عن أعمال ووظائفهم.

(3) وأخيرا يقصد من عبارة سيادة القانون في إنجلترا أن المبادئ والتقاليد الدستورية لا تعتبر مصدرا لحقوق الأفراد كما هي الحال في معظم الدول وإنما تعتبر نتيجة لمبادئ القانون العام حسبما تفسره المحاكم المختصة بتطبيقه، أي أن الدستور الإنجليزي ليس في الحقيقة إلا نتيجة للمبادئ التي تستخلصها المحاكم عند قيامها بتطبيق القانون العام.²

ثالثا - في ألمانيا Reschstaat:

ويرى الفقهاء الألمان أن الدولة الحديثة هي التي تعمل على تدعيم القانون فتلتزم بقواعده في جميع تصرفاتها وقد لخص ستاهل Stahl هذا المبدأ فقال:

" يجب أن تكون الدولة دولة قانون، فذلك ما يتفق وروح العصر الحديث، ومن ثم يتعين على الدولة عند تأدية وظائفها التوسل بالوسائل التي رسمها القانون لها والتزام الحدود التي فرضها عليها، كما يجب عليها من جهة أخرى توضيح الدائرة التي يكون للأفراد حرية مزاولة نشاطهم فيها، وباختصار يجب عليها العمل على احترام القوانين وعدم مخالفتها."

" ويجب عليها من جهة أخرى الابتعاد عن كل ضغط على حرية الأفراد ومعتقداتهم في غير الأحوال التي أجازها القانون، على أن يكون ذلك بدافع من الضرورة القصوى ابتغاء تحديد حقوق الفرد وحمايته من عبث الآخرين."

¹ ديسي Dicey، قانون الدستور Law of the Constitution، لندن، سنة 1950، ص.ص. 202، 203.

ذكره: محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.14.

² The principles of private Law with us been by the action of the courts and Parliament so extended as to determine the Position of the Crown and of its servants, thus the constitution is the result of the ordinary Law of the land.

" ولا تقضي هذه الفكرة قصر عمل الدولة على تدعيم سلطان القانون وحماية حقوق الأفراد فقط دون قيامها بنشاط إداري رئيسي، لأن لفظ دولة القانون لا ينصب على طبيعة عمل الدولة والغرض الذي تنشده من ورائه، بل ينصب فقط على كيفية مزاوله ذلك العمل وطرق تحقيقه ".¹

البند الثاني: مبررات مبدأ سيادة القانون

أسهب الفقه في إيجاد مبررات سيادة القانون نلخص أهمها:

أولاً- مذهب التضامن الاجتماعي duguit:

ينبذ "ديجي" الفكرة القائلة بأن الدولة شخص ذو سيادة ليجعل منها مجموعة من الأفراد يقطنون إقليمًا معينًا يحكم قويمهم ضعيفهم، فالقول بوجود شخص معنوي يسمى الدولة تنسب إليه تصرفات الحاكمين ليس إلا أمرًا وهميًا لا يتفق مع الواقع.

فحقوق الأفراد عنده ليست سلطة ناشئة عن إرادة، إنما هي حقوق وضعية تفرضها ظروف المجتمع الذي يعيش فيه. فالقيود التي ترد على حرية الأفراد ونشاطهم ليست نتيجة قانون إلهي أو طبيعي إنما نتيجة لحياة المجتمع تتفق مع الغاية منها، ومن ثم فهي تتغير باختلاف الزمان والمكان ويخضع لها الحاكمون قبل المحكومين.

" فالدولة ليست إلا حدثًا اجتماعيًا Fait social يكون سلطات الحاكمين فيها مشروعًا إذا يقصد به تقوية روح التضامن بين أفراد المجتمع والتمكين لسلطان القانون بينهم، وكل تبرير آخر لسيادتهم كقولهم بوجود حق إلهي أو ما أشبه أمر يجب استبعاده كلية.

ويرى ديغي أن لسلطة الحاكمين قيودًا ينحصر في عاطفة شعورهم بالواجب (sentiment du devoir) نحو مواطنيهم كبيرهم وصغيرهم قويمهم وضعيفهم، لهذا المذهب فضل إظهار القانون كعمل مستقل عن فكرة الدولة لأنه في الحقيقة أسبق منها نشأة وأسمى منزلة، واعتباره التضامن الاجتماعي مصدرًا لكل قاعدة قانونية ولكنه يلتبس في واقع الأمر بالفكرة القديمة القائلة بأن سلطة الولاة يجب أن تتخذ لها حدًا من القواعد التي يوحى بها القانون الطبيعي.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.15. نقله عن: بحث هوجو كراب (Hugo Krabbe) الفكرة الحديثة للدولة في مجموعة أبحاث المجتمع العلمي للقانون الدولي ص.513 وما بعدها.

ثانياً - دولة القانون لكراب **Rechtsstaat**:

لا يميز كراب بين سلطان الدولة وسلطان القانون لأنهما في نظره شيء واحد وليست الدولة عنده إلا مظهراً للعلاقات القانونية الدائمة داخل المجتمع الذي تمثله فتصبح الأمة دولة إذا نظمت فيها الحياة القانونية، ولا تختلف دولة عن أخرى إلا بالوسيلة التي يزن بها القانون مختلف النواحي، إذ بهذه الوسيلة أو تلك نجد أنفسنا أمام نظام قانوني مختلف وبالتالي أمام دولة مختلفة".

ومصدر القانون يوجد في ملكتنا الداخلية التي ندرك بها مدى حاجتنا للقواعد القانونية التي تنظم المجتمع، وليس في إرادة شخص حقيقي أو وهمي فبين هذه الملكات توجد ملكة الشعور بالقانون (La conscience du droit ou sentiment juridique) التي تولد القانون بصفة مستمرة دون توقف على إرادة الحاكمين لأنها مستقلة تماماً عنها، لما لها من كيان خاص شأنها في ذلك شأن ملكة الشعور بالحسن والجمال¹.

فمقياس مشروعية القانون تبعاً لهذا المذهب، توجد في ملكة طبيعية باطنة تختلف باختلاف الأشخاص ولذا قال كراب إن مصدر القانون يكمن في الشعور الغالب للجماعة بمدى ضرورته لها (Conscience dominante du droit la conviction commune d'une communauté en ce qui concerne ce qu'il faut à cette communauté).

وميزة هذا المذهب تتحصر في اعتبار القانون الوضعي نتيجة ملكة كامنة بأفراد المجتمع، وليس نتيجة إرادة شخصية غالبية، أي أنه يجعل القانون مستقلاً عن إرادة الحاكمين والمحكومين على السواء ليصبح السيد الواجب طاعته من الجميع. ولكن عيبه ظاهر الوضوح لاتخاذ عواطف الإنسان مصدراً للقانون باعتباره صوت الشعب من صوت الله، مما يؤدي إلى القول بأن حياة الإنسان إنما تقوم على النزاعات والأهواء.

ثالثاً - مذهب الصالح الاجتماعي لجورج بورديو **G. Burdeau**:

يقول بورديو إن لكل مجتمع غرضاً اجتماعياً *But social* معيناً يسعى إلى تحقيقه هو وبيتيغيه كل فرد لأن ذلك يعود بالفائدة عليه. وينشأ هذا الغرض الاجتماعي من تقابل الإرادات الخاصة بقصد تحقيق الخير العام *Bien commun*، ويتم هذا التقابل عن طريق توارد خواطر أفراد المجتمع وتآلف قلوبهم على تحقيق صالح الجماعة وليس نتيجة عقد اجتماعي كما قال روسو.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص 18.

والصالح العام يقتضي العمل على إعداد بيئة حسنة تلائم حاجات الفرد المختلفة من بيئة ثقافية وسياسية واقتصادية، ومن ثم فهو يتغير باختلاف الزمان والمكان لأن الحاجات سالفة الذكر دائمة التغيير والتبديل.

ولتحقيق الصالح العام لا بد من توافر النظام والعدل (L'ordre et la justice) فالنظام يستلزم تحديد حقوق وواجبات الأفراد تحديدا واضحا ثابتا، ليتسنى لكل فرد منهم مزاوله نشاطه في حدود الدائرة المرسومة له سلفا، ويقوم العدل بتوطيد ما كفله النظام للأفراد من مراكز قانونية ثابتة وذلك بإعطاء كل ذي حق حقه ودفع أجور الآخرين عنه¹.

المطلب الثالث: تداخل فكرة السيادة مع مضمون عمل السلطة

لبيان فكرة السيادة والبحث عن موقعها من أعمال السلطة في القانون العام، نوضح هنا الدور الذي تلعبه السلطة التنفيذية باعتبار أن مجالات نشاطها واسعة لا يمكن حصرها داخل الدولة وخارجها، فنذكر المبررات القانونية التي تتوصل بها في تحقيق مهمتها مع الإشارة إلى المبادئ العامة التي تصدم معها.

الفرع الأول: عمل السلطة العامة

تنقسم أعمال السلطة العامة (ونقصد هنا السلطة التنفيذية) إلى أعمال تتعلق بالإدارة وتباشرها السلطة كأعمال أو كسلطة إدارة وتشمل القرارات الإدارية والأعمال المادية. وأعمال أخرى تباشرها السلطة التنفيذية بوصفها سلطة حكم أو بوصفها حكومة، وتدخل أغلب هذه الأعمال في نطاق أعمال السيادة التي تخرج عن رقابة القضاء، وقد أجمل بارتلمي وظائف السلطة التنفيذية في أنها تمثل الدولة وتمثل الإدارة².

البند الأول: تمثيل الدولة³

إن تمثيل السلطة العامة للدولة يتجسد على المستوى الداخلي والخارجي وفق الآتي:

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.19.

² محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية وفقا لقضاء محاكم النقض والدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2013، ص.97.

³ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.21.

أولاً- في الداخل:

لأن السلطة التشريعية لا يظهر عملها للكافة إلا عن طريق السلطة التنفيذية فهي التي تقوم بتنفيذ القوانين بواسطة الأعمال الفردية التي تجريها كل يوم.

ثانياً- في الخارج:

لأن العمل في الميدان الدبلوماسي يتطلب إقداما وحسن تدبير لا تستطيع سلطة أخرى القيام به، وهي وإن كانت مسؤولة عن تصرفاتها في هذا المقام أمام البرلمان إلا أن رقابته لا تتحقق إلا أخيرا وبذا صار للسلطة التنفيذية في الميدان الدبلوماسي القسط الأوفى من النشاط.

البند الثاني: تمثيل الإدارة

إن من المهام الأساسية للدولة (السلطة التنفيذية) من خلال أجهزتها الإدارية المركزية أو المحلية هي خدمة المواطنين وتحقيق المنفعة العامة، ومن هذا المنطلق فقد عرفت وظائف الدولة تطورات تاريخية هامة فبدأت الدولة تمارس وظائفها المنحصرة في الأمن والدفاع وحل المنازعات عن طريق القضاء وهو ما يسمى بالدولة الحارسة، وبتوسع وظائف الدولة مع التطورات المتعاقبة، وضرورة تدخلها في كثير من المجالات بغرض تحقيق هدفها الأساسي المتمثل في تحقيق المصلحة العامة، وتطورت وظائفها بممارسة مهام جديدة إلى جانب الوظائف التقليدية¹.

الفرع الثاني: أساليب السلطة العامة

إن الامتيازات الاستثنائية التي تتمتع بها السلطة التنفيذية في مواجهة الأفراد، لا مثيل لها في علاقات النشاط الخاص، فهو أسلوب غير مألوف. ولكن في المقابل يجب أن يكون تصرف الإدارة -صاحبة ثوب السلطة- يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، وهذا في حد ذاته يشكل قيودا على صاحب السلطة لا نظير له في علاقات الأفراد. ولاشك أن امتيازات السلطة العامة كثيرة نذكر منها: امتياز التنفيذ المباشر، وقرينة سلامة القرارات الإدارية.

البند الأول: امتيازات التنفيذ المباشر

يقصد بهذا الامتياز قدرة الإدارة على إصدار قرارات بإرادتها المنفردة، قصد إحداث تعديلات في المراكز القانونية للأفراد المخاطبين بها و تكون نافذة في مواجعتهم دون رضاهم، وذلك دون حاجة إلى تدخل القضاء أو اللجوء إليه.

¹ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الإداري، وسائل الإدارة، أعمال الإدارة)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.6.

فامتياز التنفيذ المباشر، والذي يطلق عليه أيضا امتياز المبادأة أو امتياز القرار التنفيذي، يأتي تعبيرا عن الإرادة المنفردة للإدارة، حيث تحدد به هذه الأخيرة حقوق وواجبات الأفراد دون رضاهم، هذه القرارات ملزمة للأفراد الذين يتعين عليهم مراعاة ما ورد بها من قواعد وأحكام، وملزمة أيضا للإدارة التي أصدرتها؛ حيث يتحتم على هذه الأخيرة الامتناع عن مخالفتها طالما ظلت هذه القرارات قائمة لم تلغى.¹

البند الثاني: قرينة الصحة والسلامة لقرارات السلطات العامة

يصدر القرار الإداري متمتعا بقرينة الصحة و السلامة المفترضتين Le privilège du préalable و هذا يعني مشروعية القرار قانونا، و دون أن يتوقف الأمر في ذلك على إقرار من القضاء.

والقرينة تجد أساسها في كون الإدارة، تهدف دوما من وراء أعمالها إلى الصالح العام، فلا يفترض مخالفة القانون في أعمالها، وإنما الصحة والسلامة هما المفترضتين، إلى أن يثبت العكس من طرف من يدعي غير ذلك. إن هذا الامتياز الذي منح للإدارة يجعل هذه الأخيرة تتحمل نتائج التنفيذ فيما لو تبين أن القرار غير مشروع، ويضعها في موضع المساءلة والمطالبة بالتعويض.²

فالقرار الإداري، حسبما ذهبت إلى ذلك المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 1967/12/26، " يفترض فيه أن يكون محمولا على الصحة ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك بفضل ما يحاط به من ضمانات تعيين على ذلك، كحسن اختيار الموظفين الذين يساهمون في إعداده، وفي إصداره، وتسليط الرقابة السياسية عليهم في ذلك، ولأن القرار الإداري قد يجتاز مراحل تمهيدية قبل أن يصبح نهائيا³".

الفرع الثالث: تعذر فصل فكرة السيادة عن عمل السلطة العامة

رغم تناول العديد من كتب القانون هذين المصطلحين كما لو كانا ذا مدلول واحد إلا أنه يوجد فارق بينهما، فمفهوم السيادة أشمل من السلطة، فالسلطة تعني ممارسة السيادة، أو أن حق السيادة هو

¹ حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.65.

² غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه (دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قسدي مرياح، ورقلة، الجزائر، جوان 2013، العدد 09، ص.194.

³ حسين عثمان محمد عثمان، المرجع السابق، ص.67.

مصدر حق السلطة، بينما كلمة سيادة اصطلاح قانوني مترجم من كلمة فرنسية "souveraineté" يعبر عن صفة من له سلطة، لا يستمدها من غير ذاته و لا يشاركه فيها غيره¹.

وأمام هذا الخلط بين السيادة والسلطة برز رأيان: الرأي الأول يرى أن السيادة هي السلطة السياسية، بينما يرى الرأي الثاني السيادة ليست سوى خاصية من خصائص السلطة السياسية وذلك كما يلي.

البند الأول: تطابق فكرة السيادة مع فكرة السلطة

يتزعم هذا الرأي الفقيه "دوجي" - رغم أنه من المنكرين لفكرة السيادة - فهو يرى تطابقاً بين فكرة السلطة والسيادة، ففي الأخير هي "السلطة الأمرة للدولة" معتبراً ذلك بأن السيادة هي إرادة الأمة، و لما كانت الأمة قد انتظمت في دولة، فمن ثم أصبحت السيادة هي سلطة الدولة الأمرة، أولها الحق في إصدار الأوامر إلى كل الأفراد المقيمين على إقليم الدولة.

ويؤيد هذا الرأي الفقيه "Esmien"، فهو يقول أن الدولة هي التشخيص القانوني للأمة، فهي محل السلطة العامة، والذي يقرر وجود الدولة هو سلطة عليا تسمو على إرادات الأفراد في المجتمع، هذه السلطة العليا التي لا توازيها ولا تعلق عليها سلطة أخرى هي ما يسمى بالسيادة².

البند الثاني: السيادة صفة للسلطة

الرأي الثاني ينسب للفقيه "كاري دي ملبرج" فهو يرى أن السيادة هي إحدى خصائص أو صفات سلطة الدولة، أي سلطة الأمر والجزر والنهي لكنها لا تختلط بها لأن لسلطة الدولة معنى ايجابي لما يترتب عليها من مباشرة الحقوق والسلطة، بينما الدولة ذات معنى سلبي يتلخص في عدم الخضوع لسلطة دولة أخرى و عدم وجود سلطة مساوية للدولة من الداخل.

ومن ثم كانت فكرة أن السيادة هي خاصية في السلطة تتلاءم مع هذا الوضع أي يمكن وجود دولة بأركانها الثلاث شعب، إقليم، سلطة سياسية، لكنها لا تتمتع بالسيادة أو تتمتع بجزء من هذه السيادة مثل دولة فلسطين والدولة الصحراوية حالياً³.

¹ علي أبو هاني، تراجع مبدأ سيادة الدولة في ظل النظام الدولي الجديد، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، جامعة المدينة، 2012، العدد 06، ص.9.

² رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.241.

³ رابحي لخضر، المرجع السابق، ص.242.

المبحث الثالث: فكرة السلطة العامة في القانون المقارن

نتطرق في هذا المبحث أولاً لفكرة السلطة العامة في النظام اللاتيني الجرمانى، ثم فكرة السلطة العامة في النظام الأنجلوسكسونى، ونخلص إلى فكرة السلطة العامة وفق القانون الجزائرى، وذلك وفق الآتى:

المطلب الأول: السلطة العامة في النظام اللاتيني الجرمانى (فرنسا و مصر)

يشمل مفهوم السلطات العامة في فرنسا ومصر السلطات المركزية، والمحلية وبمفهوم آخر يشمل الأشخاص الإقليمية العامة في الدولة، وكذلك الأشخاص العامة المرفقية يطلق عليها الهيئات العامة، وسوف نوضح فيما يلى ما يتعلق بكل شخص من الأشخاص الإقليمية والمرفقية العامة من أحكام ونصوص قانونية.

الفرع الأول: الأشخاص الاعتبارية الإقليمية

وهي الأشخاص المعنوية التي يتعلق اختصاصها في نطاق جغرافى معين من الدولة وهي تشمل الدولة والجماعات المحلية.

البند الأول: الدولة

تعد الدولة من أهم الأشخاص المعنوية العامة، والشخصية المعنوية للدولة تعد أحد أركان وجودها، فوجود الدولة معناه وجود شخص قانونى جديد يستأثر بالسلطات ولا يستخدمه إلا لصالح الشخص المعنوي (أى الدولة في مجموعها).

ولقد تعددت الآراء الفقهية إزاء الاعتراف للدولة بالشخصية المعنوية، فقد ذهب فريق من الفقهاء (ديجى، بلانيول، وكلسن) إلى إنكار الشخصية المعنوية بصفة عامة، وإنكار شخصية الدولة بصفة خاصة، فقد ذكر العميد ديجى أن الدولة ما هي إلا حدث وواقعة اجتماعية، وأنها لا تعدو أن تكون مجموعة من الحكام والمحكومين، وأن الأعمال والتصرفات التي يأتيها الحكام في حدود القانون والاختصاص المخول لهم تلتزم بها الجماعة السياسية، وذلك دون الحاجة إلى الاعتماد على فكرة الشخصية المعنوية، ودون مبرر للدعاء بأن الدولة هي التي عملت وتصرفت باسم الجماعة.¹

¹ Léon duguit, Traité de droit constitutionnel, 2^e éd, Tome 1, éd Boccard, paris, 1921, p.395.
(La puissance politique est toujours un fait social de même ordre)

وذهب فريق آخر من الفقهاء¹ إلى الاعتراف بالشخصية المعنوية للدولة، ولكنه قصر الشخصية المعنوية للدولة (أو للأشخاص العامة الأخرى) على دائرة الحقوق المالية والتصرفات التي تندرج في نطاق القانون الخاص، أما امتيازات السلطة العامة فإنها ليست من قبيل الحقوق، بل هي مجرد اختصاصات يمارسها الموظفون في النطاق الذي ترسمه القوانين واللوائح تحقيقاً للصالح العام، وبناء على ذلك فقد نادوا بعدم جواز الاعتراف لهذه الامتيازات بوصف الحقوق، لأن ذلك يتضمن تهديداً لحريات الأفراد، وأن الشخصية المعنوية للدولة يجب أن تنحصر في نطاق أعمالها المادية، والحقوق الشخصية التي تباشرها بذات الأوضاع المقررة للأفراد العاديين.

وكذلك ذهب فريق ثالث من الفقهاء إلى القول بأن للدولة شخصية مزدوجة، فتعتبر الدولة (وكذلك الأشخاص العامة الأخرى) شخصاً معنوياً خاصاً إذا ما تصرفت في حدود الحقوق المالية، أو التصرفات التي ينطبق عليها القانون الخاص، وتعتبر شخصاً معنوياً عاماً إذا مارست حقاً من حقوق السلطة العامة.

وقد كان هذا القول مقيداً لتقرير مسؤولية الدولة في تصرفاتها المالية في وقت كانت القاعدة المقررة فيه هي عدم مسؤولية الدولة. ولكن هذا التصور قد فقد قيمته الآن بعد أن ساد مبدأ مسؤولية الدولة عن أعمالها، كما أنه قد يؤدي إلى نتيجة عكس المقصودة إذ يمكن الاستناد إلى ازدواج شخصية الدولة، لتقرير عدم مسؤولية الدولة باعتبارها شخصياً معنوياً خاصاً عن أعمال الدولة باعتبارها سلطة عامة.

وبصفة عامة فإن الرأي الراجح الآن هو أن للدولة شخصية معنوية واحدة، وأن هذه الشخصية تظهرها كوحدة مستقلة عن الأفراد المكونين لها، ولما كان وجود الدولة معنوياً وليس وجوداً مادياً كالأفراد، فإن الدولة لا تستطيع أن تمارس سلطاتها إلا بواسطة أشخاص آدميين يعتبرون ممثلين لها (أي الشخص المعنوي) ويتصرفون باسمها.²

¹ هوريو، سافيني، ويونار، وسالي، نكرهم: علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ج الأول (التنظيم الإداري)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص.ص. 36.35.

² خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المسؤولية التقصيرية للسلطات العامة في القانون الإنجليزي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005، ص.11.

ولا يغير من وحدة شخصية الدولة تعدد ممثليها أو تغييرهم وحلول آخرين محلهم، فشخصية الدولة هي التي تفسر استمرارها على مر الزمن رغم تعاقب الأجيال.¹

وتختلف الدولة عن غيرها من الأشخاص المعنوية في أنها لا تستمد شخصيتها من جهة أخرى، وإنما تثبت لها هذه الشخصية بمجرد نشوئها، وذلك بعكس الحال بالنسبة للهيئات الأخرى ذات الشخصية المعنوية، حيث إن الهيئات الأخيرة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا بمقتضى القانون الذي تصدره الدولة لهذا الغرض.

وإذا كانت الآراء الفقهية قد استقرت على أن للدولة شخصية معنوية واحدة، فإن ذلك الأمر إنما يصدق بالنسبة للدولة البسيطة، فالدولة البسيطة تكون لها شخصية معنوية واحدة تمارس بمقتضاها جميع حقوقها واختصاصاتها سواء في الداخل أو الخارج.

أما الدولة المركبة وبخاصة الدولة المتحدة اتحادا مركزيا فإن الأمر بالنسبة لها يختلف عن ذلك. فمن المعروف في دولة الاتحاد المركزي أن الدويلات الداخلية في الاتحاد تفقد شخصياتها من الناحية الخارجية ومن ثم نكون أمام دولة واحدة تمثل جميع الدويلات.

ولكن الدويلات تحتفظ بشخصيتها من الناحية الداخلية، وتبرم بمقتضى هذه الشخصية التصرفات التي تدخل في اختصاصها، وعلى ذلك نكون أمام أكثر من شخصية في الدولة ذات الاتحاد المركزي لا شخصية واحدة، وتتعدد تلك الشخصيات بعدد تلك الشخصيات بعدد الدول الداخلة في الاتحاد بالإضافة إلى شخصية دولة الاتحاد ككل، فالدولة ذات الاتحاد المركزي تكون بمثابة شخص تتعدد بعدد الدويلات الداخلة في الاتحاد.²

البند الثاني: الجماعات المحلية

ويقصد بها تلك الوحدات التي تنتشر على إقليم الدولة لتتولى الحكم والإدارة في نطاق مكاني محدد، فلا شك في أن اتساع رقعة الدولة لن يمكن السلطة المركزية من القيام بواجبها في أرجاء الدولة المختلفة، مما يتعين معه إنشاء وحدات محلية تقوم بهذا الدور في أقاليم الدولة تحت إشراف السلطة المركزية أو طبقا لخطة الدولة، فقد نصت المادة 175 من الدستور المصري³ الصادر سنة 2014،

¹ محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار النهضة العربية، مصر، 1983، ص.38.

² خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.12.

³ دستور جمهورية مصر العربية، تعديل 2014.

على أن تقسم الدولة إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، منها المحافظات والمدن والقرى ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية، إذا اقتضت المصلحة ذلك، كما نصت المادة الأولى من قانون الإدارة المحلية المصري¹ على أن الوحدات الإدارية هي المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، ويكون لكل منها الشخصية الاعتبارية، ويتم إنشاء هذه الوحدات وتحديد نطاقها وتغيير أسمائها والغائها على النحو المبين في القانون المذكور.

الجماعات المحلية في فرنسا تشكل مجموعة من السكان يتمركزون في مكان معين داخل الدولة، بهدف إشباع الحاجات العامة لأفرادها، و كل جماعة محلية مختصة، مؤهلة لاتخاذ القرارات والحرص على تنفيذها.

إن المشرع الفرنسي قد ألزم السلطات المحلية بإنشاء وإدارة بعض المرافق، وهي ما تسمى بالمرافق المحلية الإلجبارية كما أعطاه حرية الاختيار في إنشاء مرافق أخرى، في حين تتكفل الدولة بإنشاء مرافق عامة وطنية، ومع صدور قانون رقم 991-2015 المؤرخ في 7 أوت 2015، أصبح للبلدية-ون المحافظات والأقاليم- إمكانية اتخاذ قرارات من خلال إنشاء مرافق عامة تتعدى الصلاحيات الممنوحة لها قانوناً، بشرط توفر مصلحة محلية. وهذا تحت رقابة القاضي الإداري.²

تقسم الوحدات المحلية في فرنسا إلى ثلاث مستويات متدرجة، تكون هذه الوحدات متماثلة، أو ما يعرف بـ "أسلوب وحدة النمط" بمقتضى أحكام الدستور الفرنسي 1958، وبعد مراجعة مارس 2003، وبمقتضى أحكام القانون 82-213 المتضمن حقوق وحرريات البلديات والمحافظات والأقاليم، تتمثل هذه الأقاليم في³:

أولاً- البلديات les communes: تم إنشاءها لأول مرة بقانون 14 ديسمبر 1789 لتمثيل السلطة العامة على مستوى القاعدة كمستوى أول جوارى للمواطن. وعددها ارتفع في 01 جانفي 2017 إلى 36658 بلدية، تسير بنفس الطريقة ما عدا بلدية باريس، ليون، ومارسيليا.

¹ قانون رقم 43، المعلق بنظام الإدارة المحلية المصري، لسنة 1979، (وبعد الاطلاع على القانون رقم 53 سنة 1975) المعدل والمتمم.

² Marie-Christine rouault, Droit administratif et institutions administratives, 3^e éd, éd Larcier, Bruxelles, 2015, p.p.146.147.

³ كاهنة شاطري، تطور اللامركزية الإدارية (فرنسا والجزائر نموذجاً)، مجلة جيل الدراسات السياسية و العلاقات الدولية، لبنان، ديسمبر 2017، العام الثالث، العدد 13، ص.35.

التنظيم الإداري للبلدية مكون أساسا من : المجلس البلدي Le conseil municipal، رئيس البلدية Le maire، نائب أو نواب رئيس البلدية un ou plusieurs adjoints¹.

ثانيا- المحافظات (المديريات) Les départements: وهي وحدات أكبر حجما من البلديات، وتمثل المستوى الثاني للجماعات الإقليمية²، تمخضت عن الثورة الفرنسية، وتم استيعابها بسرعة و بشكل جيد من قبل المجتمع؛ ولكن في حقيقة الأمر أساسها يعود إلى قانون 10 أوت 1871، المعدل خاصة ب قانون 2 مارس 1982، وحاليا يقدر عدد المحافظات بفرنسا 90 مديريةية.

التنظيم الإداري للمحافظة مكون أساسا من: مجلس المحافظة، ورئيس مجلس المحافظة³.

ثالثا- الأقاليم les régions: تمثل المستوى الثالث، وهي الأكبر حجما، عددها الإجمالي حوالي 26، هذه الأقاليم أصبحت جماعات محلية إقليمية بموجب المادة (59) من القانون 82-213. اختصاصات مجالس الأقاليم واسعة تمتد إلى التهيئة المستدامة للإقليم، وحماية البيئة، وتطوير البنية التحتية، وإنشاء مرافق الاقتصادية.

إذن لقد شهدت اللامركزية الفرنسية في الدولة النابليونية عهد الانحطاط، وهذا نظرا للتمهيش الذي عاشته الجماعات المحلية، لكن بعد قانون 1982 أصبحت شخص معنوي من أشخاص القانون العام، كما جاء هذا القانون ليلغي الوصاية الإدارية⁴.

الفرع الثاني: الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية

ويقصد بها تلك الأشخاص التي ينشئها المشرع ويمنحها الشخصية الاعتبارية، للقيام على خدمة أو إدارة مرفق عام قومي أو محلي، ويطلق عليها في مصر المؤسسات العامة أو الهيئات العامة وقد بدأت مصر في إنشاء الهيئات والمؤسسات العامة عقب ثورة يوليو 1952 م فصدر أول قانون شامل للمؤسسات العامة برقم 32 لسنة 1957 م، ضمنه المشرع جميع الأحكام والمبادئ التي تحكم المؤسسات العامة طبقا للنظرية التقليدية المستقرة في فقه القانون الإداري، ولكنه كان يستعمل اصطلاح المؤسسات العامة والهيئات العامة كاصطلاحين مترادفين، وظل هذا الوضع سائدا حتى عام 1963، وهو العام الذي أصدر فيه المشرع قانونين مستقلين خصص أحدهما، وهو القانون رقم 60

¹ Marie-Christine rouault, op. cit, p.p.147.148.

² كاهنة شاطري، المرجع والموضع نفسه.

³ Marie-Christine rouault, Ibid, p.159.

⁴ كاهنة شاطري، المرجع السابق، ص.35.

لسنة 1963 للمؤسسات العامة وجعل الآخر وهو القانون رقم 61 لسنة 1963 م للهيئات العامة ومنذ ذلك الحين أصبح للمؤسسات مجال الذي تعمل فيه الهيئات العامة¹.

البند الأول: المؤسسات العامة

تعرف المؤسسة العامة، بتعريف سلبي لها، فكل شخص عام غير الدولة والجماعات المحلية هو مؤسسة عامة. واعتبر تقرير لمجلس الدولة الفرنسي أن التعريف الإيجابي التقليدي يحتفظ بتماسكه وحقيقته: "المؤسسة العامة شخص معنوي من القانون العام يضطلع بمهمة خاصة ويتمتع باستقلالية إدارية معينة"، إن هذا التعريف يغطي عدة خصائص يمكن تجميعها باعتبار المؤسسة العامة شخصا معنويا من جهة أولى، وشخصا معنويا من القانون العام من جهة ثانية².

وتنشأ المؤسسة العامة لإعطاء فريق متجانس من أشخاص قابلين للتمثيل بتنظيم يستفيد من الشخصية العامة، وهي لا تمارس بالضرورة مرفقا عاما، بيد أن لها بالمعنى الواسع دورا عاما تجاه أعضائها وتجاه الجماعات العامة، ومثالها الرابطة النقابية والغرف المهنية (غرف التجارة والصناعة، وغرف الزراعة)³.

وقد عرف المشرع المصري المؤسسات العامة في القانون المنظم لها بأنها أشخاص اعتبارية تمارس أنشطة صناعية أو تجارية أو زراعية أو مالية أو تعاونية، وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور طبيعة نشاطها بقولها إن المؤسسات العامة في الغالب مرافق عامة اقتصادية أو زراعية أو مالية، مما كان يدخل أصلا في النشاط الخاص، ورأت الدولة أن تتولاها بنفسها عن طريق هذه المؤسسات⁴.

أما الهيئات العامة، فقد عرفها المشرع في القانون المنظم لها بأنها أشخاص اعتبارية تنشأ لإدارة مرفق عام يقوم على مصلحة أو خدمة عامة، وأوضحت المذكرة الإيضاحية للقانون المذكور، طبيعة نشاط هذه الهيئات بقولها إن الهيئات العامة تقوم أصلا بخدمة عامة، ولا تقوم بنشاط مالي أو تجاري أو صناعي.

¹ خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.14.

² جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، ج الثاني، ط الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص.451.

³ جورج فوديل، المرجع السابق، ص.446.

⁴ خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.14.

ولا يزال قانون الهيئات العامة في مصر معمولاً به حتى الآن، أما قانون المؤسسات العامة فقد تم تغييره مرتين عامي: 1966 و 1971، ثم ألغيت المؤسسات العامة كلية بمقتضى القانون رقم 117 لسنة 1975، ثم عاد المشرع وأصدر القانون رقم 97 لسنة 1983، أعاد به المؤسسات العامة الملغاة في شكل ما أسماه هيئات القطاع العام، لتقوم بنفس الدور الذي كانت تقوم به المؤسسات العامة، ونص القانون المذكور على أن تكون لهيئات القطاع العام الشخصية الاعتبارية، ولكن أموالها لا تعتبر من الأموال العامة، وإنما تعتبر من الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة ما لم ينص القانون المنشئ لهيئة معينة على غير ذلك.¹

إن التحولات الاقتصادية في مصر قد أثرت في طبيعة المؤسسات العامة، فحولتها إلى هيئات للقطاع العام، الأمر الذي ترتب عليه تحويلها من أشخاص القانون العام إلى أشخاص القانون الخاص مع ما يترتب على ذلك من نتائج، أهمها في مجال بحثنا عدم اعتبار المنازعات معها من قبيل المنازعات مع الدولة، ولم يبق من أشخاص القانون العام في مجال الأشخاص الاعتبارية المرفقية إلا الهيئات العامة.

ويصعب في الواقع حصر الهيئات العامة التي تتمتع بالشخصية الاعتبارية في مصر، وتعتبر من أشخاص القانون العام في الدولة، فمنها ما يعمل في مجال يشمل إقليم الدولة بأسرها، ومنها ما يعمل في نطاق إقليمي محدد، ومن أمثلة النوع الأول: هيئة قناة السويس، والهيئة العامة للسد العالي، ومن أمثلة النوع الثاني: هيئة النقل العام بالقاهرة، والهيئات العامة لنقل الركاب بالمحافظات.

كما يدخل في عداد الهيئات العامة: الجامعات، والاتحاد العام للغرف وبعض الهيئات الدينية الإسلامية كمشيخة الأزهر الشريف.²

¹ وهو ما حدا بالقضاء سواء العادي أو الإداري أو الدستوري المصري إلى عدم اعتبارها من أشخاص القانون العام مع ما يترتب على ذلك من نتائج بالنسبة إلى موظفيها وعقودها وتمثيلها أمام القضاء، راجع في أحكام محكمة النقض نقض مدني في 17/5/1981 مجموعة النقض 32 ص 1513 نقض مدني في 28/12/1983 م مجموعة النقض 34 ص 1929 نقض 2/3/1997 م مجموعة النقض 48 ص 394 وراجع في أحكام القضاء الإداري على سبيل المثال محكمة القضاء الإداري في 17/2/1971 مجموعة أحكام المحكمة 25 ص 66 المحكمة الإدارية العليا في 11/2/1988 مجموعة أحكام المحكمة 32 ص 1701 المحكمة الإدارية العليا في 25/1/1981 مجموعة أحكام 26 ص 426 و راجع في أحكام المحكمة الدستورية العليا حكمها الصادر في 5/1/1980، ذكرها: خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.15.

² خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع نفسه، ص.16.

البند الثاني: خصائص المؤسسات العامة

من أهم خصائص المؤسسات العامة نذكر ما يلي:

أولاً- ينتج إنشاء المؤسسة العامة عن عمل من القانون العام حيث لا يمكن أن تنشأ المؤسسة العامة، مع التحفظ لجهة الفرضيات التي تم فيها الاعتراف بمؤسسة عامة ناجمة عن مبادرات خاصة (وإنما لا تستبعد القيام بأعمال عامة) بعمل من القانون العام.

ثانياً- يتضمن تنظيم المؤسسة العامة وعملها دائماً حداً أدنى من القانون العام سواء صدر عن الدولة أو جماعة محلية أو المؤسسة العامة نفسها.

و المؤسسة العامة خاضعة دائماً لنظام الوصاية أو الرقابة، وقد يكون هذا النظام قاسياً تقريباً، وهو محدد بالنسبة إلى المؤسسات العامة الإقليمية بالكيفيات المعدة للجماعات الإقليمية، وفي شأن المؤسسات العامة الأخرى يمكن أن تمارس الوصاية أو الرقابة حتى بدون نص.

ثالثاً- الاستفادة من بعض حلول القانون العام، وهذا ينطبق على أعمالها (العقود الإدارية)، وأموالها (ملكية الأموال خاصة المؤسسات العامة الإقليمية)، وأشغالها (اعتبارها أشغالاً عامة لأنها تتجزأ لحسابها أو من قبلها)¹.

الفرع الثالث: الموظف العام

يعتبر الموظف العام أهم وسائل السلطة العامة، فهو يجسد نشاط وأعمال السلطة لذا كان ولا بد التطرق إلى مدلول الموظف العام ثم تكييف العلاقة القانونية التي تربطه بالسلطة العامة.

البند الأول: تعريف الموظف العام

نتناول تعريف الموظف من الجانب التشريعي ثم الفقهي والقضائي وذلك كما يلي:

أولاً- تعريف المشرع للموظف العام:

صدر في فرنسا أول قانون ينظم الوظيفة العمومية سنة 1946 بموجب قانون 19 أكتوبر 1946، والذي نص في مادته الأولى: "يطبق هذا القانون على الأشخاص الذين يعينون في وظيفة دائمة ويكونون مثبتين في درجة في الحكومة في إحدى كوادرات الإدارة المركزية للدولة أو المرافق الخارجية التابعة لها أو المؤسسات العامة للدولة".

¹ جورج فوديل، بيار دلفولفييه، المرجع السابق، ص.ص. 452-456.

حيث تسري أحكامه على الموظفين المدنيين التابعين لإدارات الدولة و المناطق الجهوية والعمالات و البلديات و المؤسسات الإدارية التابعة لها، بعدها صدر قانون 1952/04/28 الذي نص في مادته 477 على أن: " يكون موظفا عاما العمال في الشركات و المؤسسات العامة المثبتين في وظائف دائمة لوقت كامل" حيث اعتمد المشرع في تعريف الموظف العام على معيار التثبيت في الوظيفة العمومية و معيار الديمومة فيها، كما أنه استثنى من ذلك، أعضاء المجالس البرلمانية، القضاة، العسكريون، عمال المؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي و التجاري.

و يعرفه القانون رقم 84-16¹ في مادته الثانية: "يعتبر الموظف من تم تعيينه في وظيفة دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري للدولة أو سلطات إدارية مستقلة أو المرافق العامة التابعة للدولة".

ثانيا- تعريف الموظف العام فقها وقضاء:

نجد أن الفقه والقضاء في القانون المقارن، قد تنازعت فيه عدة نظريات لتعريف الموظف العام، فمن النظريات ذهبت إلى أن الموظفين العموميين هم عمال المرافق العامة، فكل العاملين في المرافق العامة يعتبرون موظفين عموميين، وذهبت نظريات أخرى للقول أن الموظفين العموميين هم الأشخاص الذين يخضعون في علاقتهم بالدولة لقواعد القانون العام.

بينما عرف الأستاذ روجيه جرجوار Roger الموظف العام كالتالي: " هو كل شخص يتقاضى مرتبا من ميزانية الدولة"

"Font partie de la fonction publique toutes les personnes qui perçoivent un traitement prélève directement sur les deniers publics"

و الرأي المرجح والمؤيد فقها وقضاء والذي يعرف الموظف العام " بأنه كل شخص يساهم في خدمة مرفق عام تديره الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، وذلك عن طريق شغله بصفة دائمة منصبا يدخل في التنظيم الإداري لذلك المرفق"².

¹ القانون رقم 84-16 (المادة 02) المؤرخ في 11 جانفي 1984 الخاص بالأحكام الأساسية المتعلقة بالتوظيف العمومي الفرنسي، المعدل بالقانون رقم 2016-483 المؤرخ في 20 أبريل 2016 : le présent titre s'applique aux personnes qui, régies par les dispositions du titre Ier du statut général, ont été nommées dans un emploi permanent a temps complet et titularisé dans un grade hiérarchie des administration de L'Etat, des autorités administrative indépendantes ou des établissements publics de L'Etat.

² بوزيان مكلكل، النظام القانوني للوظيفة العامة (دراسة مقارنة مابين التشريع الجزائري والفرنسي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، 2001-2002، ص.24.

البند الثاني: التكييف القانوني لعلاقة الموظف العام بالسلطة العامة

اختلف الفقه الفرنسي بشأن تكييف العلاقة بين الموظف العام والدولة في التاريخ القديم والوسيط وكانت له مبرراته إلا أنها لم تصمد أمام الانتقادات التي وجهت إليها.

حيث ذهب الفقه الفرنسي وأيده في ذلك بعض أحكام القضاء الفرنسي والمصري، إلى تكييف العلاقة على أنها عقد من عقود القانون الخاص أو عقد في نطاق القانون العام.

وأخيرا ذهب الفقه الحديث وهو الرأي الراجح إلى تكييف العلاقة على أنها علاقة لائحية، فقد عدل مجلس الدولة نهائيا عن تكييف الرابطة بين الموظف والدولة على أساس الفكرة التعاقدية، وأحل مكانها فكرة المركز التنظيمي اللائحي للموظفين، وبهذا المعنى أخذ أيضا المشرع الفرنسي صراحة قانون التوظيف الصادر سنة 1946، وهو ما استقر عليه القضاء في مصر سواء بالنسبة للمحاكم القضائية أو الإدارية وهذا الرأي هو الراجح فقهاً وقضاءً والسائد تشريعاً.

مقتضى هذا الرأي أن علاقة الموظف بالدولة علاقة قانونية، أي أن الموظف يستمد حقوقه وواجباته من النصوص القانونية المنظمة للوظيفة العامة مباشرة سواء كانت تشريعية أو لائحية. من هنا فإن مراكز الموظفين تتحدد على أساس تلك النصوص القانونية العامة، وهي بهذه المثابة تكتسب صفة المراكز القانونية العامة ومن ثم يطلق عليها اسم " المراكز الموضوعية " أو " المراكز التنظيمية " أو " المراكز اللائحية " والأصل في هذه المراكز جواز تعديلها بغير موافقة شاغليها وذلك نزولاً على مقتضيات الصالح العام.¹

المطلب الثاني: فكرة السلطة العامة في النظام الأنجلوسكسوني

إن مفهوم السلطات العامة في النظام الأنجلوسكسوني يختلف عن مفهومها في النظام اللاتيني وهذا ما سيتم توضيحه من خلال التطرق لتركيبية السلطة العام في بريطانيا.

الفرع الأول: السلطات المركزية في القانون الإنجليزي

تعين أجهزة السلطة العامة في بريطانيا بعضها بطريقة ديمقراطية، كمجلس العموم الذي تنتبثق عنه الحكومة؛ وبعضها بشكل وراثي: التاج و بعض أعضاء مجلس اللوردات، إلا أن السلطة الحقيقية

¹ خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.21.

بين أيدي الأجهزة الديمقراطية، أما الأجهزة الأخرى فهي امتداد للماضي أكثر مما هي سلطة حقيقية في الوقت الحاضر¹.

البند الأول: الحكومة

هي أخطر الهيئات لأنها تقوم بتنفيذ كافة القوانين و القرارات التي تخص سياسة الدولة الداخلية والخارجية، وفي النظام البريطاني تختار الملكة رئيس الوزراء من حزب الأغلبية أو بالأحرى تختار زعيم الأغلبية، وهو بدوره يختار وزرائه و يتم تسميتهم من الملكة من الناحية القانونية، وليس للملكة حق التدخل في انتقائهم أو إقالتهم، والوزراء أعضاء في البرلمان، وتضم الوزارة عددا من اللوردات، والوزراء مسؤولون مسؤولية تضامنية أمام البرلمان، وكذلك مسؤولية فردية لكل وزير.

ويتمتع رئيس الوزراء بنفوذ كبير على الوزراء، المتأتي من منصبه الحزبي بوصفه زعيم الأغلبية، وتضم الوزارة كذلك وزراء دولة بدون حقائب وزارية، ومهمتهم تنسيق العمل بين الوزارات المختلفة إضافة إلى وزراء فخريين لا يتمتعون بصفة سياسية، وإلى جانب كل وزير سكرتير برلماني وهو غير وكيل الوزارة، ورئيس الوزراء هو الذي يسمي السكرتير البرلماني بالاتفاق مع الوزير المختص، ولا يشترك الوزراء غير الأعضاء في مجلس الوزراء، الذي يعد قلب الحكومة النابض، ويتولى القيادة الرئيسية في الحكم، ويجتمع في مقر رئيس الوزراء في جلسات أسبوعية².

أولاً - التمييز بين الوزارة والحكومة:

يمكن التمييز بين الحكومة والوزارة أساساً من خلال التشكيل الوزاري، ذلك أن الوزارة هيئة كبيرة الحجم تضم ما بين 60 - 100 شخص، تجمعهم روابط التضامن الحزبي، ويتحملون معا المسؤولية أمام البرلمان، من وزراء وسكرتيري الدولة، وسكرتيرين ثانويين وسكرتيرين برلمانيين.

أما الحكومة (أو الحكومة المصغرة، The cabinet)، فهي النواة الرئيسية للوزارة، وتضم بضعة عشر شخص عادة، وعلى رأسهم الوزير الأول و يليه الوزراء الذين يعينهم وهم: اللورد رئيس المجلس الخاص للتاج، مستشار المالية، سكرتير الدولة للشؤون الخارجية، رئيس مكتب التجارة، اللورد الأول للبحرية ووزراء الدفاع والتربية والشؤون الاجتماعية والزراعة والداخلية والعلاقات مع الكومنولث وشؤون سكوتلاندا وبلاد الغال، ولكن هذا التكوين غير ثابت بل يمكن أن يعدل زيادة أو نقصان،

¹ محمد طي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الطبعة السادسة، ب د ن، بيروت، لبنان، 2009، ص.265.

² عبد الله حسن الجوجو، الأنظمة السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الجامعة المفتوحة، طرابلس، ليبيا، 1996، ص.162.

ويمكن للحكومة أن تختصر في حال الأزمات الكبرى كالحرب مثلا وتتشأ حكومات من خمسة أشخاص أو أكثر قليلا، كما حصل أثناء الحرب العالمية الأولى.¹

هذا وإلى جانب الهيئة الأساسية للحكومة، أنشئت لجان وزارية يتكون كل منها من عدة وزارات، منها الدائمة ومنها المؤقتة وأهمها: لجنة الدفاع الوطني، لجنة الدفاع المدني، لجنة السياسة الاقتصادية، وتجتمع الحكومة المصغرة مرة في الأسبوع في مقر الوزير الأول 10, Downing street؛ كما يتميز عمل الحكومة بالتفاهم، إذ أن التصويت نادر داخلها، لم يحصل منذ 1880، بل أن النقاش يستمر حتى يحصل التوافق.²

ثانيا - التمييز بين الحكومة والإدارة في إنجلترا:

على الرغم من أن لفظي الحكومة والإدارة كثيرا ما يستعملان كمترادفين فإن التمييز بينهما له أهمية كبرى، فالمقصود بكلمة الحكومة الهيئة الحاكمة أو مجموع السلطات العامة في الدولة صاحب السيادة، كما أن الحكومة يقصد بها مجموع الهيئات الحاكمة أو المسيرة للدولة وبذلك تشمل السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية، ولكن الحكومة تستعمل أحيانا في معنى ضيق يقتصر على السلطة التنفيذية، أي السلطة التي تقوم بتنفيذ القوانين وإدارة المرافق العامة.³

والحكومة بمعنى السلطة التنفيذية، تمارس الاختصاص التنفيذي والإداري و هي التي تعنينا في هذا المقام، وهناك ثلاثة عبارات تستعمل للدلالة على الجهات ذات الاختصاص الإداري في النظام الإنجليزي وهذه العبارات هي الحكومة Government، والسلطة التنفيذية Executive والإدارة Administration، وتعني الحكومة أحيانا مجلس الوزراء. وأما تعبير الإدارة فإنه يستعمل أحيانا كتعبير حديث مرادف للسلطة التنفيذية.

ويرى السير (أيفور جننجز Jennings) أن هذا التمييز رغم صعوبته فإنه ممكن في إنجلترا على أساس أن الحكومة المركزية تختلف عن الجهات الإدارية الأخرى في أنها لا تستمد سلطتها من التشريع البرلماني فقط، وإنما تمارس سلطات تنظمها الشريعة العامة الإنجليزية Common Law، وتعترف محاكم القانون بهذه السلطات باعتبارها سلطات قانونية تستند إلى أحكام القانون، إلا أنها تأخذ بعين الاعتبار أن هذه السلطات عرضة للقيود التي ترد عليها القوانين المدونة Slatuks.

¹ محمد طي، المرجع السابق، ص.ص. 181.182.

² المرجع نفسه، ص.182.

³ محمد محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1990، ص.ص. 54-56.

ويرى البعض أن ما جاء به (السير أيفور جننجز) عبارة عن محاولة لتحديد صلاحيات والمهام التي يمارسها رئيس الوزراء والوزراء بصفتهم أعضاء في الحكومة¹، والتي نذكر منها ما يلي²:

- 1- رسم الخطوط العامة للسياسة البريطانية داخليا وخارجيا.
 - 2- مراقبة الإدارة، هذه المراقبة التي تتميز بالجدية والفاعلية.
 - 3- صلاحيات التعيين في المناصب الهامة، ومنح الألقاب ومراكز الشرف.
 - 4- المبادرة المالية، وهذه صلاحية هامة، حيث اكتسبت البرلمانات سلطة الرقابة والإجازة الجبائية، أما الحكومة البريطانية فقد تحررت في هذا المجال بشكل واضح، فهناك قطاع واسع من الاعتمادات لا يخضع لمناقشة البرلمان، المصروفات الملكية والدين العام، ومخصصات القضاة.
- كما أن الإجازة السنوية لجباية الضرائب مازالت إلا فيما يختص بضريبة الدخل، ثم إن سلطة البرلمان في مسألة القروض الحكومية تقتصر على المراقبة الإجمالية، فهو يحدد فقط السقف الذي لا يجوز تجاوزه.

5- التمتع بسلطة واسعة في المجال التشريعي، بسبب كون الأكثرية إلى جانب الحكومة.

ومع استحالة وضع خط يفصل بدقة بين الحكومة والإدارة في إنجلترا، فالوزير في ظل التنظيم السياسي القائم في إنجلترا عضو في البرلمان وفي الحزب الحاكم وفي مجلس الوزراء وهو القائد الإداري في وزارته لأنه يجلس على قمة السلطة فيها، ويتحمل المسؤولية السياسية عن الأعمال الإدارية لوزارته أمام البرلمان.

وبهذا الصدد يقول (اللورد بويل هاندزورث) نائب مستشار جامعة ليدز والوزير المحافظ سابقا: " إن التعاون بين الوزراء ومستشاريهم ومعاونيهم شرط أساسي مسبق للحكومة الجيدة، فدور الوزراء من الناحية السياسية لا يتعارض مع الإدارة الدائمة ولكنه دور متكامل و جوهري وجود الوزير ليس في (ويستمنستر) أو (10 داوننج ستريت) ولكنه بصورة أساسية في الإدارة التي يرأسها وفق النظام السياسي الإنجليزي³.

¹ عمر مرشد الشوبكي، رقابة القضاء على قرارات الإدارة العامة في إنجلترا مع المقارنة في النظام الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1988، ص.19.

² محمد طي، المرجع السابق، ص.ص.258.284.

³ عمر مرشد الشوبكي، المرجع السابق، ص.19.

البند الثاني: التاج

تنفرد بريطانيا على باقي الدول بوضع خاص لسلطة التاج وذلك كما يلي:

أولاً- نظام الحكم:

بريطانيا تحتفظ بالنظام الملكي الوراثي، مع تجريد الملك من كل السلطات إلا أنه يتمتع بنفوذ أدبي كبير، والتاج مؤسسة قانونية ومقر السلطات، وتنتقل ولاية العرش طبقاً للقانون، ويحق للبرلمان أن يعدل قواعد العرش، وقد قام بذلك في فترات مختلفة لاستبعاد بعض فروع الأسرة المالكة.

ثانياً- سلطات التاج:

وتتمثل في سلطات قانونية يطلق عليها الامتيازات الملكية، وهي سلطات تقديرية للملك ويحق للبرلمان تعديلها بحرية ولا يحق للمحاكم مراقبتها، وهذه الحصانة متأتية من المبدأ (إن الملك لا يخطئ)، وتتطوي هذه السلطات على تعيين كبار الموظفين، وتولي قيادة الجيش ودعوة البرلمان إلى الانعقاد وحله وتصديق القوانين وإصدارها وحق اتخاذ قرارات ذات صفة تشريعية في حالة غياب البرلمان. وفي الشؤون الدبلوماسية فإنها تشمل حق إعلان الحرب والسلم وتوقيع الاتفاقيات والاعتراف بالدول، وكل هذه الامتيازات منوطة بالتاج قانوناً أما في الواقع، فإن مجلس الوزراء هو الذي يمارس هذه السلطات بقيادة الوزير الأول، وعلى الملكة أن تختتم فقط على قرارات لم تتخذها. ولا يجتمع الوزراء قط مع الملك وإنما يتم التواصل عن طريق رئيس الوزراء¹.

الفرع الثاني: الأشخاص الاعتبارية المحلية

وهي بدورها تظم إدارات إقليمية لممارسة أعمال السلطة المحلية كما تضم بعض المؤسسات التي يناط بها إدارة أموال خاصة، ويلاحظ أن الإدارات المحلية والمؤسسات العامة، كهيئة الإذاعة البريطانية وهيئة البريد، وهيئة الفحم وهيئة السكك الحديدية ليست جزءاً من التاج بل هي وحدات مستقلة عنه وليس لها حق استخدام امتيازات التاج أو أعمال السيادة أو حجب المستندات وغير ذلك من الامتيازات الممنوحة للتاج.

¹ عبد الله حسن الجوجو، المرجع السابق، ص.164.

وتحظى الوحدات في إنجلترا باستقلال في مواجهة الحكومة المركزية، فعلى الرغم من سلطات الإشراف التي يعهد بها القانون إلى الحكومة المركزية في علاقتها بالوحدات المحلية فإن التقاليد جرت على تدخل الحكومة في أمور المحليات في أضيق نطاق¹.

البند الأول: السلطات العامة المحلية

أولاً- الجماعات المحلية:

السلطات المحلية أشخاص اعتبارية بموجب القانون و لذلك تسمى statutory corporation فهي تستمد وجودها القانوني و اختصاصاتها من القانون المنشئ لها ولقد نصت قوانين الحكم المحلي على منح الخاصية الاعتبارية لكل من مجالس المقاطعات، ومجالس المراكز ومجالس أحياء لندن، ونصت أيضا على تمتع مجالس الأبرشيات والكميونات بالخاصية الاعتبارية، غير أن القانون قد استثنى مجلس الأبرشية و الكميونة من شرط الخاتم، فنص على أنه إذا لم يكن لهذين المجلسين خاتم، فإن قراراته وتصرفاته يتم التوقيع عليها بواسطة عضوين على الأقل من أعضاء المجلس².

ثانياً- اختصاصاتها:

يمكن أن نعرض اختصاصات كل مستوى من هذه المستويات بإيجاز على الوجه التالي:

1- المقاطعات: تنقسم إلى فرعين³

أ- مقاطعة متروبوليتان و عددها 6 : تمارس اختصاصات متشابهة مع مقاطعات غير متروبوليتان و هي:

- التخطيط، و يدخل في ذلك الخطط الهيكلية، و الجزء الأكبر من التنمية، (بالاستشارة مع مجالس المراكز)
- المرافق الوطنية
- الطرق الكبرى، البناء، و التطور، ورقابة المرور، و صيانة أكثر الطرق.

¹ محمد بدران، الحكم المحلي في المملكة المتحدة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991، ص.ص. 37-39.

² خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.294.

³ محمد أحمد إسماعيل، النظام القانوني للجماعات المحلية الإدارية في إنجلترا، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2012، ص.293.

- إضاءة الطرق الكبرى.
 - المرور، و المواقف.
 - تخطيط النقل.
 - المساحات المفتوحة، و المواقف (سلطات متعاونة مع مجالس المركز)
 - حماية المستهلك (الموازين، و المكايل، نصوص التجارة، الغذاء، والعقاقير...الخ).
 - البوليس، الحريق، المتاحف، و المعارض الفنية (بالتعاون مع مجالس المراكز)، تطور المدن (بالتعاون مع مجالس المراكز)
 - المباني الصغرى، المطارات (بالتعاون مع مجالس المراكز).
- ب- مقاطعات غير متروبوليتان و عددها 39 : تنفرد المقاطعات غير المتروبوليتان بعدة اختصاصات و هي :
- التعليم (و يدخل في ذلك، تغيل، و استخدام الشباب)
 - المرافق الاجتماعية الشخصية (الاهتمام بالطفولة، المسنين...الخ)
 - مكاتب
- 2- المراكز: تنقسم المراكز إلى نوعين.
- مراكز في دوائر المتروبوليتان و مراكز في دوائر غير متروبوليتان، و يمارس كلاهما بنفس الاختصاصات المشتركة، ولكن يختلفان في أن مراكز الدوائر المتروبوليتان و هي التعليم، و المرافق الاجتماعية و الشخصية، و المكاتب.
- و يمكن أن نذكر الاختصاصات المشتركة فيما يلي:
- الإسكان، و يدخل في ذلك التزويد، و الإدارة و التنظيم، slum clearance وتطويرها.
 - التخطيط، و يدخل في ذلك تحضير الخطط المحلية ورقابة التطور.
 - صيانة الممرات و الدروب للمشاة.
 - بعض مرافق الطرق (بالتوافق مع خطة النقل للمقاطعة).
 - الصحة البيئية، و يدخل في ذلك (تنقية الهواء، الروائح الكريهة، السخانات).
 - جمع القمامة، تنظيم المباني، المدافن.
 - مساحات مفتوحة، و مواقف (بالتعاون مع مجلس المقاطعة) .
 - مطارات، (بالتعاون مع مجلس المقاطعة) .

- متاحف، و معارض فنية، (بالتعاون مع مجلس المقاطعة).
 - تطوير المدن (بالتعاون مع مجلس المقاطعة).
 - صنع و تحصيل الضرائب المحلية.
 - تصاريح، السينما، و المسارح.
 - تدوين و تسجيل تكاليف الأرض المحلية.
- 3- الأبراشيات:¹

- ليست لها إلا اختصاصات ضئيلة و التي تتعلق بعدة موضوعات كدائق القرية والممرات، وتزويد الأماكن و الساحات العامة و المواقف العامة للموتوسيكلات و الدراجات.
- هذه الاختصاصات تكون للأبراشيات التي لها مجالس أو ليس لها إلا تجمعات للشعب فقط، ويتولى انجاز هذه الاختصاصات في الحالة الأخيرة مجلس المركز.

البند الثاني: المرافق العامة

أولاً- مدلول المؤسسات العامة:

المرافق العامة أو المؤسسات العامة في انجلترا هي تلك المشاريع التي تتولاها إدارة مستقلة و متميزة عن الدولة، و تكفل بها إشباع الحاجات العامة و هدفها هو تحقيق النفع العام لا مجرد تحقيق الربح، و هذه المرافق متعددة الأغراض، فمنها ما يعنى بالشؤون الاقتصادية، ومنها ما يعنى بالشؤون الاجتماعية، وأخرى مهمتها تنظيمية حيث تشرف على قطاع معين من الشركات الخاصة.

و تتميز هذه المرافق العامة بالاستقلال من حيث إدارة شؤونها، و ذلك يرجع إلى طبيعة الأعمال نفسها التي تتولاها هذه المرافق، إذ تتجافى تلك الطبيعة مع النظام الحكومي لما تتطلبه من سرعة في تصريف شؤونها يعجز عن تحقيقها ذلك النظام التقليدي، و يطلق على هذه المرافق في انجلترا public corporation.

و بجانب تلك المرافق العامة توجد المرافق الخاصة و هي مجموعة من الأموال يديرها أفراد عاديون، و هدفها الأساسي هو في المقام الأول مجرد الربح و يطلق عليها المؤسسات الخاصة private enterprises.²

¹ محمد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص.295.

² محمد بدران، الحكم المحلي في المملكة المتحدة، المرجع السابق، ص.667.

ثانياً - مساءلة الأشخاص الاعتبارية:

القاعدة العامة التي تحكم هذه المرافق عامها وخاصها في القانون الانجليزي هي -على عكس الدولة- مساءلتها عن الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها تابعوها، لا فرق في ذلك بين ما كان منها يهدف إلى تحقيق الربح أو ما كان يقصد تحقيق منافع عامة، وقد تقررت تلك المساءلة في قضايا عدة. و قد امتدت مساءلة الأشخاص الاعتبارية العامة و الخاصة حتى شملت الأفعال المشروعة التي تتطلب توافر سوء النية في حين كان القضاء قديماً يميل إلى عدم المساءلة في مثل هذه الحالة، إذ يرى أن الشخص الاعتباري في الواقع مجرد من الإرادة و بالتالي لا يمكن مساءلته عن تلك الأفعال الخاطئة و التي يجب أن تقتصر المساءلة عنها على شخص من ارتكبها حيث يسأل عنها مساءلة شخصية¹.

الفرع الثالث: الموظف العام وفق النظام الانجليزي

إن اختلاف الأنظمة القانونية ينعكس على طبيعة العلاقة بين الموظف والإدارة ولذلك يجب أولاً التطرق لمفهوم الموظف في النظام الأنجلوسكسوني، ثم تحديد طبيعة العلاقة التي تربطه بالسلطة العامة.

البند الأول: مدلول الموظف العام

نتطرق في هذا البند لتعريف الموظف العام من الجانب الفقهي ثم الجانب القضائي.

أولاً- تعريف الفقه الانجليزي للموظف العام:

لتحديد تعريف الفقه الانجليزي للموظف العام يمكن الرجوع إلى تعريف لجنة (Tomlin) للموظف العام في سنة 1936، وطبقاً لهذا التعريف يعتبر خادماً مدنياً civil servants للنتاج غير هؤلاء الذين يتولون مناصب سياسية أو قضائية، المستخدمون بصفة مدنية، ويتناولون - بطريقة مباشرة - أجورهم الكاملة من أموال وافق عليها البرلمان.²

¹ خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.299.

² Daniel le Schak, La fonction publique en Grand P.U.F.Paris 1972, p5.

أشار إليه: خالد بن محمد بن عبد الله العطية، ص.29.

ويبدو من ذلك أن بعض الفئات قد استبعدت من هذا التعريف وهي:

أ- كل خادم مدني لا يتناول أجره من أي بند في بنود الميزانية المركزية (الإدارة المحلية - البوليس - والحيش).

ب- جميع موظفي المؤسسات العامة (المشروعات العامة).

ج- الموظفون الذين يشتغلون بنصف الوقت أو جزءا من الوقت.

وأكد ذلك الفقيه O, Hood Philips بقوله "الموظف المدني هو أحد الموظفين الملكيين، ومنهم من يتبع الحكومة ومنهم من يتبع سلطة التاج وليس هناك تعريف ثابت للموظف الملكي ولكن يمكن القول بصفة عامة أنه من يعنى بمعرفة التاج يقوم بأداء مهام عامة منوطة بالتاج.¹

وذهب رأي آخر على إعطاء مفهوم واسع للموظف العام بقوله "الموظف هو من يشغل وظيفة، وتطلق لفظة وظيفة على العمل، والوظيفة عبارة عن عمل محدد داخل إطار تنظيمي معين ولكن الفقيه Marshall ركز على صفة المرتب، فيرى: إن الموظف العام هو من يتقاضى مرتبه من ميزانية الدولة أو من المخصصات الملكية، أما موظفو التاج الذين يعملون فيما وراء البحار فلهم لوائح خاصة بهم.²

وجدير بالذكر أن القول بأن (التاج) يختص وحده بتعيين وعزل العاملين إنما يعني اختصاص السلطة التنفيذية بذلك نيابة عن التاج.

ثانيا- تعريف القضاء الإنجليزي للموظف العام:

يرى القضاء الانجليزي أن تعيين الموظف يكون بعقد إجارة خدمات، أو عقد عمل فردي فيه حقوق والتزامات للتاج من جهة وللموظف صاحب الشأن من جهة أخرى، ومع ذلك فإن هذا العقد هو عقد خاص إذ أنه لا يرتبط به إلا الموظف في حين أن للتاج عزله حسب مشيئته.³ ويشترط القضاء الانجليزي في الموظف العام توافر بعض الشروط أهمها:

- أن يتم تعيينه من قبل التاج أي السلطة الرئاسية.

- أن يتناول مرتبا شهريا لقاء القيام بأعمال وظيفته.

¹ Dales Beach, The management of people at work, 4th ed, London Macmillan 1975, p 171.

² H.Marshall, The legal relationship between The state and its servants in the common wealth, 1966, p.150.

أشار إليه: خالد بن محمد بن عبد الله العطية، ص.29.

³ Denis Lavy, La responsabilité de la puissance publique et ses agents en Angleterre, thèse, doctorat, paris, 1954, p.45.

فلقد قضت محكمة الاستئناف (مجلس اللوردات) أن شرط سداد الراتب واجب بعد القيام بالأعمال، وفي قضية Lucas V. Lucas التي نظرتها المحكمة سنة 1943، بنى القاضي حكمه على أساس عدم وجود صلة تعاقدية تجيز للموظف أن يلزم التاج بتنفيذه.

وقد اجتهد القضاء الأمريكي في وضع تعريف محدد للموظف العام، فيقول القاضي Breman إن الموظف العام هو كل من يشغل منصبا حكوميا رئاسيا حيث يظهر أمام الناس أنه المصرف للشؤون الحكومية.¹

"Who have or appear to the public to have, substantial responsibility for or control over the conduct of government affairs"

البند الثاني: العلاقة بين الإدارة و الموظف

فيما يخص تكييف العلاقة بين الإدارة والموظف، نتناولها من جانبين، وذلك كما يأتي:

أولا- طبيعة مركز الموظف:

في السابق كان الفقه والقضاء في إنجلترا ينظر إلى تكييف العلاقة بين الإدارة والموظف على أنها علاقة تعاقدية تتخذ صورة الوكالة، والموكل لا يسأل عن أخطاء الوكيل إلا في حدود عقد الوكالة المبرم بينهما، ومن ثم فإن الدولة (الإدارة) لا تسأل عن أعمال موظفيها إذا أخطؤوا ونجم عن أخطائهم ضرر للغير، لأن خطأ الموظف لا يدخل في نطاق عقد الوكالة القائم بينه وبين الدولة وعلى ذلك فإن المسؤولية كانت تقع على عاتق الموظف إذ هو الذي يتحمل تجاوزه حدود الوكالة.

ولكن بعض الفقه الانجليزي يرى أن العلاقة بين التاج والعاملين المدنيين علاقة عقدية ولكن يجوز إنهاؤها في أي وقت، بسبب أو بدون سبب وهذا الوضع مستفاد من أحكام قضائية عديدة.² إن القضاء الإنجليزي غير مستقر على رأي واحد في مسألة ما إذا كان القانون العام يؤيد وجود علاقة تعاقدية بين الموظف الحكومي والتاج، ويتوالي صدور هذه الأحكام أخذت فكرة العقد كأساس للعلاقة بين الموظف والدولة تتحصر. وفي قضية تم تسجيلها لدى المحاكم كان المستأنف قد عين مدرسا في كندا بعقد وبأجر حكومي وبعد سنتين ألغيت الوظيفة وبالتالي أنهيت خدمات المدرس ورفع دعوى يتظلم فيها من قرار إنهاء عقده من جانب واحد وجاء في حيثيات الحكم أن استمرار

¹ Resenblatt V. Bear, 383 U.S.75, 85 (1966)

أشار إليه: خالد بن محمد بن عبد الله العطية، ص.31.

² عبد الرحمن نور جان الأيوبي، القضاء الإداري في العراق، حاضره ومستقبله، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1965، ص.44.

المدرس في عمله أصبح مستحيلا بعد صدور التشريع الذي بمقتضاه أصبح العقد ملغيا بسبب إلغاء الوظيفة ومن ثم ينتهي العقد بانتهاء الوظيفة.

وفي حكم آخر أصدره اللورد (Goddard) جاء فيه يجوز فصل الموظف بقرار ملكي لا يحد من أي اتفاق تعاقدي بأمر الوزير المختص، وبعد صدور هذه الأحكام قرر الفقه الإنجليزي بأن العلاقة بين الموظف والدولة هي علاقة لائحية، ومن هؤلاء الفقهاء على سبيل المثال: الفقيه William A. Robson إذ يقول: ولما كان جهاز الحكم في تنظيمه أساسه السلطة لذلك لا نتوقع أن تكون هناك مساواة في علاقات الدولة بالموظفين وأصبح من المعتاد أن يطلق على العلاقة بين الدولة وموظفيها بأنها علاقة لائحية بمعنى أنه فيما يتعلق بعلاقة العمل فلا ينظر إليها باعتبارها علاقة تعاقدية ولكن تتقرر على أساس الدور السيادي للدولة.¹

وهو ما جاء به قانون إدارة الخدمة المدنية البريطاني حيث نظم إطار العمل العام الذي أصدرته مجالس الخدمة المدنية لعام 1990 وقواعد التوظيف التي أصدرها مفوض الخدمة المدنية، وبموجب قانون أكس، الذي يعرف بخطة (ACAS) حول المطالبة بالعمل المرن، والطرده وفق شروط منها: المقدرة، والسلوك، والعمالة الزائدة، إجازات الأمومة المتزايدة، وفقدان السائق لرخصة قيادته. ويجري العمل به في إنجلترا وولز، كما تم العمل بهذه الخطة في اسكتلندا في أكتوبر 2004.

ثانيا - المركز القانوني للموظف المحلي:

تبدأ العلاقة القانونية بين الموظف المحلي والمجلس المحلي بإبرامه عقد عمل Contract Employment بينهما، وعقد العمل قد يكون فرديا يبرمه المرشح للوظيفة المحلية مع المجلس المحلي، وقد يكون عقدا جماعيا تنوب فيه النقابة عن المرشحين للوظيفة المحلية من المنتمين إليها ويظل هذا العقد مصدر حقوق وواجبات كلا الطرفين.

وعقد عمل Contract Employment في القانون الإنجليزي، عقد من عقود القانون الخاص حتى ولو كان في مجال الوظيفة العامة، تنشأ العلاقة القانونية فيه بين الموظف والمجلس المحلي بتوافق إرادتين، أي بإيجاب وقبول ويتحدد في نصوص العقد كافة المسائل المنفق عليها، ويتم

¹ محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، المرجع السابق، ص.192.

التعيين ليس بالإرادة المنفردة للوحدة المحلية ولكن بقبول الموظف لهذا التعيين وتنتهي الخدمة طبقاً للشروط المتفق عليها في عقد العمل.¹

ويترتب على تكييف العلاقة القانونية بين الموظف المحلي بأنها علاقة تعاقدية.

أ- ألا يفرد المجلس المحلي بوضع القواعد الخاصة بالوظيفة المحلية، سواء من حيث المرتبات أو العلاوات أو التأديب أو الترقيات أو غيرها من الشؤون الوظيفية، بل يشترك ممثلو العاملين في المجالس.

ب- أن يكون الأصل هو المسؤولية الشخصية للموظف المحلي عن الأخطاء التي تقع منه أثناء أو بسبب تأدية وظيفته، إلا أنه يجوز للغير الذي أصابه ضرر من الأفعال الغير المشروعة للموظف العام - إضافة إلى إثارة المسؤولية الشخصية للموظف المحلي- أن يثير مسؤولية المجلس المحلي طبقاً لقواعد المسؤولية البديلة Liability Vicarious أي مسؤولية المتبوع عن أخطاء تابعه.

ج- اختصاص المحاكم العادية بنظر النزاعات التي تثور بشأن عقد العمل، غير أن المشرع قد خرج على تلك القاعدة بأن عقد الاختصاص للجان متخصصة - وهي جهات إدارية ذات اختصاص قضائي - بنظر تلك المنازعات، وتعتبر المحكمة الصناعية Industrial Tribunal المحكمة ذات الاختصاص العام في المنازعات التي تثور بين العمال وأرباب الأعمال.

د- وتطبق هذه المحكمة نصوص القانون المدني وقوانين العمل وغيرها من التشريعات الصادرة عن البرلمان على المنازعات التي ترفع أمامها، لتتنزل حكم القانون على الوقائع المثارة بين الطرفين وتسنّف أحكام هذه المحاكم أمام المحكمة المسماة Tribunal Appeal Employment وقد تستأنف فيما بعد إلى محكمة الاستئناف Appeal Court.²

المطلب الثالث: السلطة العامة في القانون الجزائري

اقتبس المشرع الجزائري الكثير من القواعد القانونية من النظام اللاتيني الجرمانى وخاصة القانون الفرنسي، مع بعض التعديلات مراعاة للخصوصية ووجهة نظر السلطات العامة، وهي تعكس نظام الحكم في الجزائر.

¹ R UPEX, Termination of Employment, The Legal and Financial Implication. 2° éd, Sweet and Maxwell, 1986, p.57. أشار إليه: خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.35.

² خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المرجع السابق، ص.ص.36.37.

الفرع الأول: الأشخاص الاعتبارية الإقليمية

يمكن تقسيم الأشخاص الاعتبارية الإقليمية وفق النظام القانوني الجزائري إلى قسمين رئيسيين أولهما الدولة، والقسم الثاني يتمثل في الجماعات المحلية.

البند الأول: الدولة

وهي أول الأشخاص الاعتبارية على الإطلاق، ولهذا فقد ورد النص عليها في القانون المدني على أن الدولة هي أول الأشخاص الاعتبارية. و الدولة هي الشخص الاعتباري العام الذي تتفرع عنه الأشخاص الاعتبارية الأخرى وهي التي تمنح الشخصية الاعتبارية الخاصة للأفراد و الهيئات الخاصة وتمارس سلطة الإشراف و الرقابة عليها.

و الدولة كونها شخص اعتباري عام تشمل سلطات الدولة الثلاث: السلطة التشريعية والتنفيذية و القضائية باعتبارها شخص قانوني واحد، والتي تعيننا المؤسسة التنفيذية أساس السلطة الإدارية المركزية¹، و تتكون أساسا من رئاسة الجمهورية والوزارة.

أولا- رئاسة الجمهورية:

تعد هذه المؤسسة أهم مؤسسة في الدولة خاصة منها تلك التي تتبنى النظام الرئاسي على غرار الجزائر، وذلك بالنظر لدورها السياسي و الإداري في دائرة السلطة السياسية، وعليه نجد أن الفقه بمختلف مجالاته (السياسي، الإداري، القانوني، الاجتماعي)، يولي هذه المؤسسة أهمية كبرى في دراسته².

و حسب الدستور الجزائري المعدل في 2016 المادة 84: "يجسد رئيس الجمهورية رئيس الدولة وحدة الأمة، وهو حامي الدستور، ويجسد الدولة داخل البلاد و خارجها"، تتجسد له عدة صلاحيات في المجال التشريعي و المجال القضائي ناهيك عن صلاحياته التنفيذية، إضافة إلى صلاحيات ممنوحة لرئيس الجمهورية في الأحوال غير العادية نذكر منها الحالات المنصوص عليها في المواد 105 (حالة الطوارئ أو الحصار)، المادة 107 (حالة الاستثنائية)، المادة 108 (التعبئة

¹ ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط الثانية، مطبعة حسناوي، الجزائر، 2008، ص.99.

² علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، ج الأول (التنظيم الإداري)، المرجع السابق، ص.63.

العامة)، المادة، 109،110 (إعلان الحرب و تجميد العمل بالدستور، و جمع رئيس الجمهورية لكل السلطات)¹ .

ثانيا - الحكومة:

تتجسد بالخصوص في الوزارة الأولى من جهة والوزارة من جهة أخرى.

1- الوزارة الأولى: هي المؤسسة التنفيذية الفعلية، ويرأسها الوزير الأول الذي كان تطلق عليه تسمية رئيس الحكومة قبل التعديل الدستوري 2008، وسبب تغيير التسمية راجع إلى رغبة المؤسس الجزائري في تبني النظام الرئاسي بدلا من النظام الهجين الذي كان يوحي به التنظيم السائد قبل التعديل، إذ أن تسمية رئيس الحكومة من قبيل الأنظمة البرلمانية، ويدل على ثنائية السلطة التنفيذية، وانقسامها بين رئيس الجمهورية و رئيس الحكومة، بينما تسمية الوزير الأول تعني أحادية النظام الذي يكون على رأسه شخصية رئيس الجمهورية فقط.

1- الوزارة: و هي أصدق صورة للصورة الإدارية الممركزة، بحيث تختص الوزارة بعمل إداري بحت، وعلى رأسها الوزير الذي يعد الموظف الأعلى رتبة في الهرم التسلسلي، وتختلف الصلاحيات الإدارية من وزير لآخر بحسب القطاع الذي يرأسه، وتتمثل هذه الصلاحيات في تمثيل الوزارة وممارسة كل الأعمال الإدارية من إصدار للقرارات المختلفة أو إبرام عقود².

البند الثاني: الجماعات المحلية

نقصد بالجماعات المحلية حسب النظام القانوني الجزائري (الولاية والبلدية) المستوحى بدوره من النظام اللاتيني الجرمانى، أو مستنسخ تقريبا من التجربة الفرنسية كما سنوضح ذلك كالاتي:

أولا- الولاية³:

هي الجماعة الإقليمية للدولة و تتمتع بالشخصية المعنوية و الذمة المالية المستقلة و هي أيضا الدائرة الإدارية غير الممركزة للدولة و تشكل بهذه الصفة فضاء لتنفيذ السياسات العمومية التضامنية و التشاورية بين الجماعات الإقليمية و الدولة.

¹ قانون رقم 16-01، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 14، السنة 53، الصادرة في 07 مارس 2016، ص.ص.22،21.

² علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول (التنظيم الإداري)، المرجع السابق، ص،ص.71-75.

³ القانون رقم 12-07، المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، المتعلق بالولاية، ج ر ج ج، العدد 12، السنة 49، الصادرة في 29 فبراير 2012، ص.ص.8،9.

و حسب نص المادة 02 من قانون الولاية 07-12، للولاية هيئتان هما: المجلس الشعبي الولاىى، والوالى¹، حىث ىجسد هذا الأخرى سلطة الدولة على مستوى الولاية.

ثانىا - البلدىة:

تعد البلدىة حسب نص المادة الأولى من قانون 10-11² هى: الجماعة الإقلىمىة القاعدىة للدولة، و تتمتع بالشخصىة المعنوىة و الذمة المالىة المستقلة، و تحدث بموجب القانون، حىث تتشكل البلدىة من هىئتان أساسىتان: المجلس الشعبى البلدى و رىس المجلس الشعبى البلدى، و ىبقى لهذا الأخرى صلاحيات محدودة، فحسب نص المادة 98 ىبقى نفاذ قرارات رىس المجلس الشعبى البلدى مرهون بمصادقة الوالى عىها، بالإضافة إلى سلطة حلول الوالى حسب نص المادة 100³.

من حىث المسؤولىة تتحمل البلدىة ما قد ىترتب عن تصرفات رىسها وهى التى ىقوم به تمثىلا لها، بىنما تتحمل الدولة المسؤولىة عن ما قد ىنجم من أضرار ننتىجة تصرفات رىس البلدىة التى ىقوم بها باعباراه ممثل للدولة ولحسابها⁴.

الفرع الثانى: الأشخاص الاعبارىة العامة المرفقىة (المصلحىة)

وىطلق عىها أىضا اللامركزىة المصلحىة أو المرفقىة، و تنشأ لتحقيق مصالح عامة للأفراد تحت رقابة الدولة أو أحد الأشخاص الاعبارىة التابعة لها، و تسمى هذه الأشخاص بالهىئات أو المؤسسات العمومىة.

وقد لجأ المشرع إلى إنشاء هذه الأشخاص لإدارة المرافق العامة التى تتطلب نوعا من الاستقلال لضمان فاعلىتها و حسن إدارتها، و تختلف هذه الأشخاص عن الأشخاص الاعبارىة

¹ المادة 02 من القانون 07-12 ، السالف الذكر .

² القانون رقم 10-11، المؤرخ فى 22 ىونىو سنة 2011، المتعلق بالبلدىة، ج ر ج ج، العدد 37، السنة 48، الصادرة فى 03 ىولىو 2011، ص.07.

³ المادة 100 من القانون 10-11 السالف الذكر، تنص: "ىمكن الوالى أن ىتخذ بالنسبة لجميع بلدىات الولاية أو بعضها، كل الإجراءات المتعلقة بالحفاظ على الأمن و النظافة و السكنىة العمومىة و دىمومة المرفق العام، عندما لا تقوم السلطات البلدىة بذلك ولا سىما منها التكفل بالعملىات الانتخابىة و الخدمة الوطنىة و الحالة المذنىة".

⁴ شوىح بن عثمان، دور الجماعات الملقىة فى التنىمة الملقىة، دراسة حالة البلدىة ، مذكرة ماجستىر فى القانون العام، كلىة الحقوق و العلوم السىاسىة، جامعة تلمسان، 2010-2011، ص.31.

الإقليمية في أنها مقيدة بالهدف أو الخدمة التي أنشأت من أجل تحقيقها، في حين تكون الأخيرة مقيدة بالحدود الجغرافية للإقليم الذي تمثله.

و حيث أن الأشخاص الاعتبارية المرفقية تهدف إلى تحقيق أغراض متنوعة منها ما هو إداري أو اجتماعي أو اقتصادي، فإن هذا الاختلاف يقود إلى اختلاف أنظمتها القانونية حسب النشاط الذي تتولاه، أما الأشخاص الإقليمية فالقاعدة العامة أنها تتمتع بذات التنظيم القانوني¹، و تنقسم بدورها إلى مؤسسات وطنية وأخرى محلية.

البند الأول: المؤسسات العامة الوطنية

وهي التي تحدثها الدولة و تشرف على تسييرها و لها نشاط يتجاوز حدود مقر الإقليم الولاية.

البند الثاني: المؤسسات المحلية أو الإقليمية

حيث تقوم الهيئات المحلية و البلدية بإنشائها و ذلك عن طريق نظام المداولة و عادة ما يرتبط نشاطها بالتنمية المحلية، فقد جاء في المادة 153² من قانون البلدية لسنة 2011: " يمكن البلدية أن تنشئ مؤسسات عمومية بلدية تتمتع بالشخصية المعنوية والذمة المالية المستقلة من أجل تسيير مصالحها"، وجاء في المادة 146³ من قانون الولاية لسنة 2012 " يمكن للمجلس الشعبي الولائي أن ينشئ مؤسسات عمومية ولائية تتمتع بالشخصية المعنوية و الاستقلال المالي قصد تسيير المصالح العمومية".

الفرع الثالث: الموظف العام

تقريباً يتطابق مفهوم الموظف العام في القانون الجزائري مع القانون الفرنسي، وعليه نتطرق أولاً إلى مدلول الموظف العام ثم مركزه القانوني مع الإدارة.

¹ علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، التنظيم الإداري، ج الأول، المرجع السابق، ص.ص.38-39.

² المادة 153 من قانون 10-11 السالف الذكر.

³ المادة 146 من قانون 07-12 السالف الذكر.

البند الأول: مدلول الموظف العام

ترجع صعوبة تحديد مفهوم الموظف العام إلى الأنظمة الإدارية داخل الدولة الواحدة، حيث من الصعوبة الوصول إلى تعريف واحد ينطبق على الموظفين في جميع الدول، كما أن قواعد القانون الإداري متطورة نتيجة لتطور فلسفة الإدارة و الحكم¹.

أولاً- تعريف الموظف العام في التشريع الجزائري:

شهدت الجزائر صدور أهم ثلاثة تشريعات، بداية من الأمر 66-133 المؤرخ في 02 جوان 1966، ثم المرسوم 85-95 المؤرخ في 23 مارس 1985، و أخيراً الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج ر ج ج 46) الصادرة بتاريخ 16-7-2006.

نجد أن الأمر 66-133 في مادته الأولى² عرف الموظف: " يعتبر موظفين، الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درجة التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة، والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات، والجماعات المحلية، وكذلك المؤسسات و الهيئات العمومية حسب كفايات تحدد بمرسوم.

و استثنى من ذلك القضاة، القائمين بشعائر الدين و أفراد الجيش الوطني الشعبي، كما خص المرسوم وضعية الموظفين المعينين في وظيفة مؤقتة و كذا شروط توظيفهم في الإدارات و المصالح العمومية و الجماعات المحلية و المؤسسات و الهيئات العمومية، كما أنه لا يعطي لهم صفة الموظف.

¹ مهدي رضا، إصلاح الوظيفة العمومية من منظور الأمر 06-03، أطروحة دكتوراه، في الحقوق، قسم القانون العام، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2016/2017، ص، 88.

² الأمر رقم 66-133، المؤرخ في 02 جوان 1966، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر ج ج، العدد 46، السنة 03، الصادرة في 08 يونيو 1966، ص. 547. (آخر تعديل له، الأمر 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر ج ج، العدد 46، السنة 43، الصادرة في 16 يوليو 2006، ص.ص. 03-19.)

نجد الأمر 66-133 ميز بين ثلاث فئات من الأعوان العمومية:

- الموظفين الذين تربطهم بالإدارة علاقة قانونية و تنظيمية
- الأعوان المتعاقدين و هم الخاضعين للقانون العام.
- الأعوان المؤقتين التابعون للقانون الخاص.

و هو ما نجده في القانون الأساسي العام للعمال (78-12)¹ و الذي ألغي بقانون 90-11² الخاص بعلاقات العمل.³

أما بخصوص المرسوم 85-59⁴ المتضمن القانون الأساسي العام لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، الصادر في 23 مارس 1985 الذي تكيف مع قانون 78-12 حيث اعتبر الموظف حسب نص المادة 05: "العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية، تسمية (الموظف) ويكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة"، حيث يشمل القطاع الذي تعمل فيه المؤسسات والإدارات العمومية على المصالح التابعة للدولة، و الجماعات المحلية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها" و أضاف المرسوم إلى القائمة أعوان مجلس المحاسبة و الأعوان الإداريين للمجلس الشعبي الوطني و أعوان الهيئات والمنظمات الجماهيرية لحزب جبهة التحرير الوطني.⁵

أما الأمر 06-03⁶ فنصت المادة 04 منه على أن: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري، الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت

¹ القانون رقم 78-12، المؤرخ في 05 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج ر ج ج، العدد 32، السنة 15، الصادرة في 08 أوت 1978، ص.ص.742-724.

² القانون رقم 90-11، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج، العدد 17، السنة 27، الصادرة في 25 أبريل 1990، ص.ص.576-562.

³ بلعراي عبد الكريم، نعمي توفيق، الحالات القانونية لإنهاء خدمة الموظف العمومي في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة و القانون، العدد 16 جانفي 2017، ص.197.

⁴ مرسوم رقم 85-59، المؤرخ في 23 مارس 1985، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارات والمؤسسات العمومية، ج ر ج ج، العدد 13، السنة 22، الصادرة في 24 مارس 1985، ص.ص.358-333.

⁵ بلعراي عبد الكريم، نعمي توفيق، المرجع السابق، ص.197.

⁶ المادة 4 من الأمر 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر ج، العدد 46، السنة 43، الصادرة في 16 يوليو 2006، ص.4.

الموظف في رتبته" و بهذا نجد أن المشرع حدد صفة الموظف بربطه في التعيين في منصب قار وترسيم في إحدى رتب السلم الخاص بأسلاك الإدارة، إذ نلاحظ أن نص المادة 04 كان حاسما و ذلك من خلال تأكيد بصراحة ووضوح على اعتبار الموظف العام كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري ما يفيد أن الوظيفة لها صفة الاستمرار و الاستقرار¹

ثانيا- الفئات المعنية بالوظيفة العامة:

بعد صدور الأمر 03-06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية حددت المادة الثانية (02) منه الفئات المعنية بهذا القانون و هم: "الموظفون الذين يمارسون نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية و يقصد بالمؤسسات و الإدارات العمومية، المؤسسات العمومية و الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري²، و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي، و كل مؤسسة يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون الأساسي".

إن هذه الرغبة في احتواء أكبر عدد ممكن من الأعوان العموميين و الموظفين في صلب نظام أساسي موحد، لم يمنعه من الاعتراف لبعض الوظائف بخصوصيتها الأمر الذي يجعل أفرادها مرتبطين بأنظمة أساسية متميزة ضرورة حتمية، و بالتالي لا يمكن تطبيق القانون الأساسي عليها ومنه إخراجها عن دائرة تطبيقه وهو ما نص عليه الأمر 03-06 في الفقرة الثالثة من المادة 02³ ب" لا يخضع لأحكام هذا الأمر القضاة والمستخدمون العسكريون و المدنيون للدفاع الوطني و مستخدمو البرلمان"، أي استثناء رجال القضاء وكل المستخدمين العسكريون و المدنيون في الدفاع الوطني و كذا موظفي البرلمان بغرفتيه المجلس الوطني و مجلس الأمة⁴.

¹ عبد الجليل مفتاح، نظرة عامة على القانون الأساسي للوظيفة العمومية، مجلة المنتدى القانوني، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، الجزائر، 2010، العدد 07، ص.10.

² مهدي رضا، المرجع السابق، ص.64.

³ المادة 02 من الأمر 03-06، السالف الذكر.

⁴ مهدي رضا، المرجع نفسه، ص.65.

البند الثاني: علاقة الموظف بالإدارة

نتطرق أولا للمركز القانوني للموظف ثم نخلص لأهم النتائج و ذلك وفق ما يلي:

أولا- المركز القانوني للموظف:

حذا المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي بخصوص المركز التنظيمي و القانوني للموظف تجاه الإدارة، وذلك بحكم التركة القانونية الموروثة غداة الاستقلال وأكدها قانون عام 1966 وصولا إلى القانون الجديد لعام 2006¹، حيث حسم القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الموقف معلنا أن علاقة الموظف بالإدارة أساسها القانون و التنظيم، فليست هي بالعلاقة التعاقدية أين نجد سلطان الإرادة يلعب دوره كما لو كنا في روابط القانون الخاص.

فالمادة 07 من الأمر 06-03² نصت على أن " يكون الموظف في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية"، فلا يستطيع الموظف على هذا الحال اختيار المصلحة التي يعمل فيها، أو اختيار مسؤولة المباشر أو اختيار أجره و تعويضاته، أو اختيار مواقيت العمل والانصراف، أو اختيار فترة العطلة التي تناسبه لوحده، بل هو في موقف تنظيمي يلتزم بالامتثال للتعليمات الإدارية التي تفرضها مقتضيات الخدمة العامة³

ثانيا- النتائج:

من بين الأسباب التي أخذ بها المشرع في تنظيمه للعلاقة التي تربط الموظف بالإدارة بأنها علاقة قانونية أساسية و تنظيمية نذكر ما يلي:

1- منح الموظف ضمانات الاستمرارية في الوظائف: وهذا إذا ما قارنا هذا النوع من العلاقة مع العلاقة التعاقدية، التي لم يأخذ بها المشرع إلا في نطاق ضيق، كما سنبينه في حينه حيث أن نظام العمل بالتعاقد يكتفه الكثير من الغموض و الصعوبات و هو ما يسبب عدم الاستقرار لدى الموظف.

2- خضوع الموظف لقواعد قانونية محددة سلفا: تستطيع الإدارة العامة تعديل مضمون مركز الموظف القانوني، فلها الحق في تعديل هذا المركز و ذلك بإضافة مزايا مقررة مثلا للموظف العام أو بزيادة

¹ سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطوير و التحويل من منظور تسيير الموارد البشرية و أخلاقيات المهنة، د م ج، الجزائر، 2010، ص.103.

² المادة 07 من الأمر 06-03، السالف الذكر.

³ عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري، دراسة في ظل الأمر 06-03 و القوانين الأساسية الخاصة، مدعمة باجتهادات مجلس الدولة، ط الأولى، جسر للنشر و التوزيع، الجزائر، 2015، ص. 106.

التزاماته الوظيفية دون أن تنتظر موافقة الموظف، بل لا يمكن للموظف الاحتجاج بالحقوق المكتسبة حتى ولو كانت التعديلات لاحقة على تاريخ التعيين، لأن جميع عناصر الحياة المهنية بدءاً من التوظيف إلى الحقوق والواجبات تكون مقررة سلفاً و معدة و بإرادة الإدارة وحدها و مقننة في قوانين تشريعية و تنظيمية.

3- اختصاص القضاء الإداري في النزاعات الوظيفية: إن الموظف العام يشغل مركز تنظيمي وبالتالي المنازعات المتعلقة به والتي تثار هي منازعات إدارية، تخضع لاختصاص القضاء الإداري و بالتالي فإن الموظف العام بإمكانه رفع دعوة تجاوز السلطة ضد قرارات الإدارة و الطعن في أي قرار إداري تتخذه الإدارة، إذا كان يخالف القوانين و الأنظمة المحددة لمركز الموظف العام، و يمكنه أيضاً حق رفع دعوى الإلغاء ضد القرارات الإدارية و المنازعات الغير مشروعة لأن الرابطة القانونية الأساسية من روابط القانون العام يختص القضاء الإداري بالفصل فيها.

و تتجلى أهمية الرقابة القضائية على القرارات التأديبية في أنها تمثل ضماناً مهمة للموظف تكمل الضمانات التأديبية الأخرى، سواء كانت سابقة أو بعد صدور القرار التأديبي، كما أن التظلم الإداري إلى السلطة صاحبة التعيين قد لا تسعف الموظف ولا تحقق الضمان المنشود، فرقابة القاضي الإداري في النظام التأديبي تحقق مبدأ التوازن بين الفاعلية و الضمان.¹

¹ مهدي رضا، المرجع السابق، ص.ص.96.95.

الفصل الثاني:

المعايير لتحديد مجال فكرة السلطة

العامّة

الفصل الثاني: المعايير لتحديد مجال فكرة السلطة العامة

إن دول القضاء الموحد لا تحتاج لمثل هذه المعايير على الإطلاق، والسبب بسيط وهو عدم وجود قانون إداري أو قضاء إداري لديها حتى نبحت في تحديد اختصاصاته، أما في دول القضاء المزدوج فإن الأمر يتطلب التمييز بين الدول التي تجعل اختصاص القضاء الإداري محددًا على سبيل الحصر، وتلك التي تجعله صاحب الولاية العامة بنظر المنازعات الإدارية، لكن في ظل نظام القضاء الإداري صاحب الولاية العامة في المنازعات الإدارية، تبرز أهمية وجود معايير لتحديد اختصاصات هذا القضاء وتمييزها عن تلك التي تدخل في القضاء العادي.

إلا أن تحديد مجال السلطة العامة، خاصة السلطة التنفيذية ومعرفة نطاق عملها وفق معايير وضوابط قانونية، ما يؤدي بنا إلى تحميلها المسؤولية في حال ما تعدت الحدود المرسومة لها، ولاشك أن جميع دول العالم تتفق على ضرورة وضع حدود تفصل بين أعمال السلطة التشريعية و أعمال السلطة التنفيذية، من جهة، نظرا لسيطرة هذه الأخيرة على المجال التشريعي، و من جهة أخرى، احتكاكها المباشر بالأفراد يمثل خطرا على الحقوق والحريات، خاصة في ظل قضاء ضعيف أو موجه اتسمت به الدول السائرة في طريق النمو.

كما أن الفقه قد حاول إيجاد معايير كأساس للقانون الإداري، لتحديد اختصاص القضاء الإداري الذي يطبق هذا القانون، وبالتالي حصر نشاط السلطة العامة و إقرار مسؤوليتها عن أعمالها الضارة بالأفراد وإخضاعها للرقابة الكاملة للقاضي الإداري، إلا أنه عجز في توحيد آراء الفقهاء حول معيار واحد.

وكذلك أسهم القضاء بدوره في تحديد مجال فكرة السلطة العامة من خلال إيجاد معايير قضائية، للفرقة بين أعمال السيادة التي تخرج عن رقابة القضاء من جهة والأعمال الإدارية الخاضعة لرقابته من جهة أخرى.

وعليه ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، الأول منه خصصناه لدراسة المعايير الدستورية والقانونية الفاصلة بين مجال التنفيذ ومجال التشريع، والثاني ذكرنا أهم المعايير التي جاء بها الفقه للتمييز بين العمل العادي والعمل السلطوي للسلطة العامة، أما المبحث الثالث فتطرقتنا للمعايير التي اجتهد القضاء في بلورتها من خلال إخراج أو إدخال بعض أعمال السلطة العامة تحت رقابته.

المبحث الأول: المعايير الدستورية و القانونية

تعتبر المعايير الدستورية و القانونية المحددة لمجال كل من التشريع و التنظيم، الأساس المعتمد في تحديد الطريقة التي يتم بها توزيع مجالات الاختصاص بين السلطتين التشريعية و التنفيذية طبقا للأحكام الدستورية التي تتولى تنظيم السلطات العامة، و هي طريقة ترتبط أساسا بنوع العلاقة بين السلطتين التشريعية والتنفيذية، فأهمية رسم الحدود الفاصلة بينهما لا تقف عند مضمون ضيق، وإنما تمتد أبعادها إلى مسائل متشعبة و مفاهيم واسعة بالغة الأهمية.

كان يمثل مجال التشريع في السابق الأصل العام، أين كان يحق للبرلمان سن القوانين في جميع المواضيع التي يراها مناسبة، أما مجال التنظيم فكان يمثل الاستثناء وهو يختص في تنفيذ هذه القوانين فقط، غير أن دستور فرنسا لسنة 1958 أحدث انقلابا في هذا النظام عندما حصر مجال التشريع في مواضيع محددة، تاركا البقية لما أصبح يعرف "بالتنظيم المستقل" الذي أصبح هو صاحب الولاية العامة في سن القوانين، بينما أصبح التشريع هو الاستثناء¹.

المطلب الأول: تقنية حصر المجال التشريعي

تعتبر مسألة تحديد اختصاصات كل من السلطتين التشريعية و التنظيمية من أهم محاور الدراسات الفقهية في القانون الدستوري، خاصة بعد صدور الدستور الفرنسي لسنة 1958 و ما أحدثته من مستجدات على هذا الصعيد، حيث أنه أصبح يشكل نموذجا جديدا استوحيت منه العديد من الدول أسس نظامها، لاسيما في ذلك الجانب المتعلق بطريقة تنظيم اختصاصات السلطات العامة.

واعتمد هذا النموذج على طريقة فريدة ورائدة، تتمثل في إطلاق مجال التنظيم و حصر مجال التشريع كتقنية دستورية جديدة تمثل صلب المعيار الدستوري الأساسي الفاصل بين المجالين².

¹ Pierre le mire, la loi et le règlement, articles 34,37 et 41 de la constitution de 1958, droit constitutionnel et institutions politiques, documents d'études n° 1-08, éd juris-classeurs, 1994, p.3.

² نبيلة لدرع، مجال التشريع و مجال التنظيم في النظام الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، الجزائر، سنة 2013/2014، ص.12.

الفرع الأول: منشأ تقنية حصر المجال التشريعي

لاشك أن أي انحصار أو تعاضم لدور البرلمان في المجال التشريعي عبر دراسة مختلف النظم القانونية، مرجعه التاريخ وما صاحبه من أحداث قد تقيد صلاحياته على خطى التجربة الفرنسية، أو تزيد من سلطاته على ضوء التجربة الانجليزية.

البند الأول: سلطة وسيادة البرلمان في صنع القانون

لقد ساد في فرنسا نظام برلماني قوي بعد الثورة الفرنسية (1789) إذ أعتبر البرلمان هو المعبر عن الإرادة العامة للأمة التي لا تقبل أي تقييد أو رقابة، مما يجعل البرلمان يشرع في أي موضوع أو مادة بشكل مطلق و يعين و يراقب الحكومة في كل كبيرة و صغيرة إلى درجة وصف هذا النظام بالديكتاتورية البرلمانية في كثير من المراحل¹.

ولما كان البرلمان هو الأجدر بتمثيل الأمة آنذاك، أعتبر الوسيلة الوحيدة و المثلى للتعبير عن مبدأ سيادة الأمة؛ هذا الأخير الذي كان مصدر جميع السلطات²، أما السلطة التنفيذية فلا يخرج دورها عن دائرة تنفيذ تلك النصوص، في الحدود و الإطار الذي يرسمه لها البرلمان³، و بهذا تجسد مبدأ الفصل بين السلطات الذي استندت عليه الثورة الفرنسية متأثرة في ذلك بفلسفة و أفكار شارل لوي دي سيكوندا، و القائم على سلطة و سيادة البرلمان في عملية صنع القانون، و اقتصار عمل الحكومة على التنفيذ و التطبيق.

البند الثاني: انحصار سلطة البرلمان في المجال التشريعي

مع مرور الوقت، تحولت البرلمانات إلى سلطات مستبدة و جائرة، كما أنها لم تستطع مجابهة المشاكل و الأزمات و الأضرار التي لحقت بأوروبا خلال فترة المواجهتين العسكريتين الأولى والثانية، و بينهما الأزمة الاقتصادية العالمية (1929)، كما لم تستطع تلبية كل حاجيات و متطلبات المواطنين بسبب تشعب هذه المتطلبات و كثرتها كذلك، وقد كان ذلك بسبب طبيعة العمل البرلماني البطيء في

¹ الأمين الشريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، 2013، الجزائر، العدد 01، ص.9.

² بن دحو نور الدين، السلطة التنظيمية المستقلة كآلية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر، شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2016/2015، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015، ص.3.

³ سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر، 1995، ص.231.

أغلب مراحل وآلياته، و الذي لم يستطع عن طريقها البرلمان من الوقوف و التصدي لكل المشاكل والأزمات و المستجبات السريعة و المعقدة التي تحتاج إلى تدخل سريع ودقيق وتقني من أجل مواكبتها ومجاراتها¹، إلى جانب الصراعات الحزبية التي تغذيها، والتي كانت من الأسباب الرئيسية لسقوط الجمهورية الرابعة².

و كذلك يرجع السبب إلى اعتماد نظام التمثيل النسبي، ففي الفترة ما بين (1946 و 1959) تعاقبت على فرنسا حوالي 27 وزارة بعضها لم يستقر في الحكم سوى بضعة أيام مثل حكومة j-moch التي لم تستمر سوى ثلاثة أيام في الحكم من 1949/10/13 إلى 1949/10/17³، لذلك جاء دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 بهدف التقليل من حجم البرلمان و تقييده بوضع إطار محدد يمارس فيه نشاطه التشريعي و الرقابي، تمثلت أهم معالمه في تحديد أو حصر المجال التشريعي وترك ما عدا ذلك للسلطة التنفيذية، مع إشراك الحكومة في كامل الإجراءات التشريعية داخل البرلمان إلى جانب تحكمها في جدول أعماله و كذلك إخضاع القوانين أو الأنظمة الداخلية لغرف البرلمان إلى رقابة دستورية سابقة، إلى غير ذلك مما عرف "بعقلنة النظام البرلماني"⁴.

الفرع الثاني: مضمون تقنية حصر المجال التشريعي وفق المعيار الدستوري الأساسي

من المتفق عليه أنه من بين الأهداف الرئيسية لوجود دستور، تنظيم العلاقات بين أجهزة الحكم و تحديد مجال الاختصاص الوظيفي المسند لكل سلطة من سلطاتها العامة، بالإضافة إلى دوره التقليدي المتمثل في تحديد حقوق المواطنين وواجباتهم العامة، وهذه الأسباب كلها يطلق عليه مصطلح "القانون الأساسي"⁵، لذا يعتبر ضروري لمتطلبات الدولة الحديثة لأنه يتضمن كافة المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام الحكم، و التي تتحدد بناءا عليها مختلف السلطات العامة و اختصاصاتها، فكل

¹ بن دحو نور الدين، المرجع السابق، ص.ص.4،5.

² الأمين الشريط، المرجع السابق، ص.9.

³ بن مسعود أحمد، مجال و طبيعة اللانحة في الدستور الفرنسي لعام 1958، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، 2013، العدد 18، ص.290.

⁴ الأمين شريط، المرجع نفسه، ص.9.

⁵ محمد نصر مهنا، دراسة تطبيقية في النظام الدستوري و السياسي، ط الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.221.

دستور يتولى بصفة أولية تحديد هيكله الدولة، ثم يجدد الميكانيزمات الملائمة التي تضبط هذه الهيكله، على ضوء ضمان مبدأ السيادة¹.

كما أنه يعد أيضا الوثيقة الأسمى التي تحتل قمة الهرم القانوني، و هي تحوز على هذه الخاصية المتميزة بالنظر إلى طبيعة المواضيع التي تنظمها و التي تكتسي أهمية بالغة لأنها تتعلق بتنظيم السلطات العامة، لذلك يعرف الدستور على أنه الوثيقة المتضمنة لمجمل القواعد الخاصة بتنظيم الدولة، و هو لا يعدل و لا يلغى إلا بإجراءات تختلف عن تلك المتبعة في القوانين العادية²، ولكن أحكامه تقتصر فقط على أمهات المسائل، ولكن المجتمع في حاجة بعد ذلك إلى قواعد تحكم علاقات الناس في حياتهم اليومية، هذه القواعد تصاغ عادة في شكل تشريع³.

وعلى هذا النحو اعتبره هانس كلسن (Hans Kelsen) الأساس الذي يحتوي على القواعد القانونية المختلفة، التي تتناول مبادئ الحكم المتبادل بين أعضاء المجموعة في الدول، كما يمثل أيضا الأطر والفضاءات والمظاهر التي تنظم من خلالها وظائف الدولة، و هو يعد في حد ذاته تنظيما قانونيا أساسيا و ضروريا لا يمكن الإستغناء عنه⁴.

أما كاري دي مالبرق (carré de malberg)، فيكتفي بتعريفه كوثيقة صادرة عن السلطة التأسيسية، و التي لا يمكن تغييرها إلا بالقوة التأسيسية و بإجراءات خاصة، وهو يعتمد في ذلك على المعيار الشكلي دون المادي⁵، و يظهر من هذه التعاريف المتنوعة أنها تتفق كلها حول عامل مشترك واحد و هو اختصاص القواعد الدستورية في تنظيم شكل و مهام السلطات العامة، و بهذا يعتبر الدستور هو الحاسم في وضع القواعد الفاصلة بين صلاحيات كل السلطات، لا سيما التشريعية والتنفيذية.

¹ Didier Mauss, Aborder le droit constitutionnel, 1^{re} éd du seuil, paris, 1998, p.18.

² Jacques moreau, droit public, tome I, théorie générale de l'Etat de droit constitutionnel, droit administratif, 3^e éd Economica, Paris, 1995, p.p, 37.38.

³ عبد القادر قاسم العبد، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2002، ص.19.

⁴ Geneviève koubi et Raphael Romi, Etat-constitution -loi, 1^{re} éd, Litec, paris, 1993, p.72.

⁵ Denys de Bechillon, hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'état, 1^{re} éd, Economica, paris, 1996, p.55.

البند الأول: تقييد مجال السلطة التشريعية

لتوضيح تقييد مجال السلطة التشريعية نستقرأ مختلف الدساتير الجزائرية.

أولاً- دستور 1976:

اتبع الدستور الجزائري لسنة 1976¹ نفس أسلوب الدستور الفرنسي لسنة 1958 في تعامله مع مبدأ الفصل بين مجالي التشريع و التنظيم حيث اعتمد على إطلاق الثاني وتقييد الأول، و هذا ما يظهر جليا من خلال المادتين 51 و 152 والتي تشتمل على ستة وعشرون "26" فقرة تمثل كل واحدة منها موضوعا للإختصاص التشريعي، تضاف إليها بعض المواد المتفرقة، و عددها ستة و عشرون مادة، و هي تتمثل في المواد التالية:

04، 14، 15، 16، 17، 36، 45، 46، 47، 49، 51، 52، 54، 56، 57، 60، 61، 63، 64، 73، 105، 140، 143، 174 و 189.

ويمكننا تصنيف هذا التحديد بأنه تحديد إيجابي لمجال التشريع مقارنة بالتحديد السلبي الذي جاءت به المادة 149، و التي تمنع على النواب أي مبادرة لاقتراح قانون خاص بتخفيض الموارد العامة أو زيادة النفقات العمومية، ما لم يكن مرفقا بتدابير غايتها رفع مداخيل الدولة و توفير مبالغ مالية، و هذا ما يتماشى مع مبدأ احتكار المبادرة بالتشريع من طرف السلطة التنفيذية في المجال المالي.²

ثانياً- دستور 1989³:

أما دستور 1989 فهو يشكل منعطفاً جديداً قلب كيان الحياة السياسية في الجزائر، متأثراً بالأوضاع العالمية الجارية آنذاك، و التي نتجت عن موجة التغيرات التي ضربت العديد من البلدان الاشتراكية بعد سقوط القطب الشيوعي، حيث احتفظ المؤسس الدستوري بنفس المبدأ، إلا أن الوظيفة

¹ أمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 94، السنة 13، الصادرة في 24 نوفمبر 1976، ص.ص. 1292-1326.

² El hadi chalabi, l'Algérie l'état et le droit, 1997-1988, 1^{re} éd, arcantère, 1989, p.53.

³ مرسوم رئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر نص تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 9، السنة 26، الصادرة في 01 مارس 1989، ص.ص. 234-256.

التشريعية عوضت بما يسمى "السلطة التشريعية" طبقا للمادة 92 من الدستور 1989، و جاء هذا تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، ووضعت هذه السلطة في يد هيئة تسمى "المجلس الشعبي الوطني" الذي أسند إليه طبقا للمادة 115 من نفس الدستور جملة من الاختصاصات جاءت شبه مطابقة للمادة 151 من دستور 1976 مع بعض التغييرات الموافقة للتوجه الجديد الحاصل في النظام السياسي للبلاد بالإضافة إلى مواد أخرى وردت في مجال التشريع على سبيل الحصر و عددها 24 مادة وهي: 17، 18، 19، 20، 29، 36، 37، 38، 43، 49، 50، 52، 54، 61، 64، 68، 101، 102، 106، 109، 110، 137، 140، 148، بالإضافة إلى المادة 144 و التي جاءت مطابقة للمادة 149 من دستور 1976 والتي تخص القيد السلبي.

ثالثا- دستور 1996 و التعديل الأخير:

و من جانب آخر يكتسي دستور 1996 هو الآخر أهمية بالغة، إلا أنه لم يحمل أي تغيير على مستوى المبدأ الدستوري الخاص بالفصل بين مجال التشريع و مجال التنظيم، و احتفظ بنفس التقنية و هي إطلاق الثاني و تقييد الأول، معتمدا على المادة 122، التي جاءت بتعداد ثلاثين موضوعا من اختصاص السلطة التشريعية¹، بالإضافة إلى مواد أخرى جاءت في مختلف فصول الدستور و عددها 28 مادة.

و يرى الباحث أن التعديل الأخير للدستور سنة 2016، أبقى على نفس الفكرة فيما يخص إطلاق التنظيم و تقييد التشريع من خلال نص المادة 140، مع نزع الاختصاص المتعلق بالتنظيم القضائي وفقا للمادة 122 الفقرة السادسة من دستور 1996 و كذلك حذف الفقرة 11 من المادة 122² و التي جاءت حول المصادقة على المخطط الوطني، وعليه أصبح تعداد المواد الداخلة في اختصاص السلطة التشريعية 29 مادة. بالإضافة إلى نزع صلاحية إصدار قوانين مرتبطة بالأمن الوطني طبقا لنص المادة 141 من التعديل 2016، حيث أصبح عدد المجالات المخصصة للقوانين العضوية ستة 6 بدلا من سبعة 7 مجالات.

وكذلك تم تغيير طريقة المصادقة على القانون العضوي بالنسبة لأعضاء مجلس الأمة، والتي كانت تشترط ثلاث أرباع $\frac{3}{4}$ في دستور 1996؛ و عدلت إلى اشتراط الأغلبية المطلقة في التعديل

¹ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.18.

² المادة 122 من الدستور الجزائري 1996.

الأخير، بالإضافة إلى مواد أخرى حسب تعديل دستور 2016 و عددها بالإجمال 42 مادة و هي كالتالي: 04، 06، 18، 19، 20، 21، 22، 24، 25، 33، 35، 40، 41، 42، 43، 44، 46، 47، 49، 50، 51، 52، 53، 54، 57، 58، 59، 60، 61، 63، 64، 65، 68، 69، 71، 72، 75، 78، 81، 82، 106، بالإضافة إلى المادة 139 الخاصة بالقيود السلبية والتي تنص على عدم إمكانية قبول أي مقترح قانون، لخفض الموارد العمومية أو زيادة النفقات العمومية دون وضع تدابير مرفقة تستهدف الزيادة في إيرادات الدولة.

و تبقى المادة 188¹ المستحدثة وفق التعديل الأخير حصانة حقيقية في وجه السلطة العامة خاصة التنفيذية باعتبارها الأكثر احتكاكا مع الأفراد وما يترتب عنه من انتهاك للحقوق و الحريات، من خلال إخطار المجلس الدستوري بالدفع بعدم الدستورية بناء على إحالة من المحكمة العليا أو مجلس الدولة

البند الثاني: إطلاق مجال التنظيم للسلطة التنفيذية

وبالمثل كذلك نعكف على دراسة مختلف الدساتير الجزائرية للوقوف على مدى إطلاق مجال التنظيم للسلطة التنفيذية.

أولا- إطلاق مجال السلطة التنفيذية وفق دستور 1976:

منحت المادة 152 ما تبقى من مواضيع إلى المجال التنظيمي الذي يمارسه رئيس الجمهورية، إلى جانب حقه في تنفيذ القوانين و التنظيمات طبقا للفقرة الحادية عشر 11 من المادة 111² من دستور 1976، ومع ذلك لا يمكن تجاهل المواد 119، 120، 121، 122، 123، التي تجيز لرئيس الجمهورية إعلان الحالة الاستثنائية و إمكانية إيقاف العمل بالدستور، باستحواذه على السلطة التنظيمية في كافة المجالات من دون الاعتداد بالتقسيم الذي أورده أحكام الدستور³.

¹ المادة 188 من تعديل الدستور الجزائري 2016.

² المادة 111 من الدستور الجزائري لسنة 1976.

³ نبيلة لدرع ، المرجع السابق، ص.16.

ثانيا- دستور 1989¹:

حيث نصت المادة 116 منه على إسناد السلطة التنظيمية للرئيس في باقي المجالات غير المخصصة للقانون، كما أسندت المادة 81 و الفقرة الثانية من المادة 116 لرئيس الحكومة صلاحيات و اختصاصات في تطبيق القوانين وتنفيذها، وتبقى هيمنة السلطة التنفيذية من خلال سيطرة رئيس الجمهورية على كافة المجالات في الحالات الاستثنائية باتخاذ كافة التدابير من خلال المواد: 86، 87، 89، 90.

ثالثا- دستور 1996 و تعديل 2016²:

منحت المادة 144 من التعديل الدستوري الحالي نفس الصلاحيات الممنوحة في ظل المادة 125 من دستور 1996، وتمثلت في ممارسة رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون.

ومنحت كذلك سلطة تطبيق القوانين للوزير الأول و هو ما يسمى بالتنظيم الفرعي، أما فيما يخص بالحالة الاستثنائية، فاحتفظ رئيس الجمهورية بالاختصاصات الشاملة طبقا للمواد: 91، 92، 105، 107، 108، 109، 110، 111. وفق تعديل 2016 مع الإشارة إلى إبراز تقديم استشارة رئيس مجلس الأمة قبل رئيس المجلس الشعبي الوطني.

و حسب رأي الباحث فيما يتعلق بالجديد الذي أتى به التعديل الدستوري لسنة 2016، توسيع اختصاصات السلطة التنفيذية فيما يتعلق بالوظائف التي يعين فيها رئيس الجمهورية، على غرار المادة 92 وإدراج فقرة رابعة في تعيين رئيس المحكمة العليا بالإضافة إلى وظائف قضائية أخرى، و ما جاء في المادة 137 بإيداع مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي وتهيئة الإقليم و التقسيم الإقليمي مكتب مجلس الأمة دون المجلس الشعبي الوطني، و أكدت المادة 138 تفوق السلطة التنفيذية في المسائل التشريعية حيث أنه في حالة حدوث خلاف بين الغرفتين، يطلب الوزير الأول اجتماع لجنة متساوية الأعضاء للفصل في الموضوع دون تعديل إلا بموافقة الحكومة، و في حالة استمرار الخلاف بين الغرفتين، لدى الحكومة آلية أخرى لتمرير القانون من خلال إمكانية طلب من المجلس الشعبي

¹ دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية 1989، السالف الذكر.

² الدستور الجزائري لسنة 1996 وتعديله في مارس 2016، السالف الذكر.

الوطني الفصل نهائيا و المصادقة على النص الذي أعدته اللجنة المتساوية الأعضاء، و إذا تعذر ذلك بالنص الأخير الذي صوت عليه.

وكذلك إبقاء سلطة رئيس الجمهورية في المصادقة على مشروع قانون المالية المقترح من الحكومة بأمر، في حال عدم المصادقة عليه من طرف البرلمان، و تبقى المادة 142¹ تمثل خرقا صارخا لمبدأ الفصل بين السلطات و استئثار السلطة التنفيذية على مجال التشريع و استقلالية القضاء حيث يشرع رئيس الجمهورية بأوامر في مسائل عاجلة، وكذلك القانون الأساسي للقضاة، والتنظيم القضائي (و الذي سُلِب من اختصاص السلطة التشريعية) و القانون المتعلق بقوانين المالية. بالإضافة لعدم صدور قانون عضوي يؤسس لمحكمة عليا في الدولة تختص بمحاكمة رئيس الجمهورية و الوزير الأول عن الأفعال التي يمكن وصفها بالخيانة العظمى.

و في حالة الحرب يتولى رئيس الجمهورية جميع السلطات، وإذا انتهت المدة الرئاسية لرئيس الجمهورية تمدد وجوبا إلى غاية نهاية الحرب، وفي حالة استقالت رئيس الجمهورية أو وفاته أو حدوث أي مانع آخر، يخول لرئيس مجلس الأمة باعتباره رئيسا للدولة كل الصلاحيات؛ و في حالة اقتران شغور رئاسة الجمهورية و رئاسة مجلس الأمة، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة، وقد أهملت المادة دور رئيس المجلس الشعبي الوطني باعتباره يجسد سيادة الأمة.

كما وردت العديد من المواد التي تجسد عمل السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم و بالتالي خروجها عن دائرة الرقابة القضائية و هي كالتالي²:

- المادة 84 الفقرة 3 يجسد الدولة داخل البلاد و خارجها.

- المادة 91 الفقرة 2 يتولى مسؤولية الدفاع الوطني.

الفقرة 3 يقرر السياسة الخارجية للأمة و يوجهها.

الفقرة 7 له حق إصدار العفو وحق تخفيض العقوبات أو استبدالها.

الفقرة 9 يبرم المعاهدات الدولية و يصادق عليها.

¹ الدستور الجزائري، تعديل مارس 2016، السالف الذكر.

² المرجع نفسه.

- المادة 147 يمكن لرئيس الجمهورية أن يقرر حل المجلس الشعبي الوطني أو إجراءات انتخابات تشريعية قبل أوانها.

- المادة 149 مصادقة رئيس الجمهورية على اتفاقيات الهدنة و معاهدات السلم والتحالف و الإتحاد، و المعاهدات المتعلقة بحدود الدولة، و المعاهدات المتعلقة بقانون الأشخاص و المعاهدات التي تترتب عليها نفقات غير واردة في ميزانية الدولة، والاتفاقات الثنائية أو متعددة الأطراف المتعلقة بمناطق التبادل الحر و بالتكامل الاقتصادي.

- المادة 99 يمارس الوزير الأول، زيادة على السلطات التي تخولها إياه صراحة أحكام أخرى في الدستور:

1. يوزع الصلاحيات بين أعضاء الحكومة.

2. يسهر على تنفيذ القوانين و التنظيمات.

3. يوقع المراسيم التنفيذية.

بالإضافة إلى ضرورة صدور قانون عضوي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما و بين الحكومة، وهذا لإخضاع النص التشريعي لمراقبة مطابقة النص مع الدستور، المادة 132¹.

وعليه يأتي تأسيس المجالس الدستورية لإخضاع القانون، أي قرارات البرلمان للقواعد العليا التي ينشئها الدستور، و تأسيس المجلس الدستوري الجزائري يأتي في نفس السياق، إذ أن حقيقة عمله هي رقابة تطبيق القواعد الأساسية لضمان صحة العمل البرلماني².

الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى المجال التشريعي

إن المؤسس الدستوري الفرنسي لسنة 1958 هو أول من فكر في الحد من سلطة البرلمان، تاركا وراءه تعليقات و انتقادات لازالت تلاحقه إلى غاية الساعة رغم كل الحجج والدفع التي احتج بها مؤيدوه.

¹ الدستور الجزائري، تعديل مارس 2016، السالف الذكر.

² محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري، أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، الجزائر، جوان 2011، العدد 05، ص.330.

فالأستاذ ميشال دوبيري (Michel Debré)، رئيس اللجنة الاستشارية المكلف بإعداد دستور 1958 ووزير العدل حافظ الأختام أثناء تلك الفترة، دافع على هذه الفكرة بشدة مؤكدا عليها قائلا "إننا بصدد عقلنة النظام البرلماني و ليس الإنقاص من قيمة البرلمان"¹.

أما الأستاذ ريمو جانو (raymond janot)، فقد أرجع الأمر إلى وجود توتر بين صعوبة الإجراءات المطلوبة- و يقصد بها الإجراءات التشريعية - وبين المتطلبات الواجب إرضائها، و يقصد بها التحولات التي تتطلب رد فعل سريع²، و بين مؤيد ومعارض لتقييد سلطة البرلمان حيث يظهر الأمر أكثر أهمية من كل هذا، وهو تبني فكرة جديدة يتولد عنها مبدأ دستوري جديد، تضمنه تقنية الفصل بين مجالي التشريع و التنظيم بتقييد الأول و إطلاق الثاني.

و رغم حداثة النظام الجزائري، فقد عرف مجموعة من الدساتير المتعاقبة اختلفت التحليلات بشأنها، فلدينا دستور 1963، دستور 1976، دستور 1989، و دستور 1996، و تعديل 2002، 2008، و مؤخرا تعديل 2016³.

و الشيء الملاحظ أن دستور 1989 كان دستور جديدا بأتم المعاني، لأنه يمثل قطيعة مع دستور 1976 في شكله و فحواه، إلا أن الوثيقة الدستورية التي تتضمنه تنص على أنه مجرد تعديل لدستور 1976⁴.

البند الأول: الأسباب المباشرة لحصر المجال التشريعي

منذ اعتناق المؤسس الدستوري الجزائري للمنهج القاضي بتقييد مجال التشريع وإطلاق مجال التنظيم ابتداء من دستور 1976، ثار جدل كبير في أوساط المحللين المهتمين بالنظام الدستوري الجزائري.

فالأستاذ سعيد بوشعير يرى أن كل من دستور 1976 و دستور 1989 وحتى دستور 1996، لم يحددا مجال التشريع على سبيل الحصر، و إنما ما ورد فيهما كان على سبيل المثال، مرتكزا في ذلك على العبارة الواردة في المادة 151 من دستور 1976 و المادة 115 من دستور 1989، كما أنه لو كان يريد المؤسس الدستوري التحديد على سبيل الحصر لاستعمل عبارة "المجالات المذكورة في

¹ Louis favoreu et Loïc Philip, des grandes décisions du conseil constitutionnel, 3^e éd, éd D, paris, 1995, p.67.

² Ibid, p.68.

³ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص. 27.

⁴ الدستور الجزائري لسنة 1976.

هذه المادة " أو عبارة " في المجالات الآتية" أو عبارة " إلى جانب المواد التالية " فإن المجلس الشعبي الوطني يشرع في المواضيع التالية. أما الفقرة الثانية منها، فتتص على " تدخل كذلك في مجال القانون"، وهذا دليل على وجود مجالات أخرى خاصة بالتشريع إلى جانب ما ذكرته المادة 115، كما يدعم رأيه بالفقرة الثانية من نفس المادة 92 التي تنص على أنه "السيادة في إعداد القانون و التصويت عليه" مما يفيد بأن اختصاصات السلطة التشريعية غير محصورة بموجب المادة 115¹.

وكذلك الأستاذ محفوظ لعشب يعتبر أن الدستور لم يحصر المجال التشريعي في عبارة " ويدخل كذلك في مجال القانون"، وإنما ذلك يعتبر تعداد للمواد التي تدخل بطبيعتها في مجال القانون².

وحسب رأي الباحث فإن صياغة المادة المذكورة في دستور 1989 تغيرت على النحو التالي في كل من الدستور 1996 و حتى تعديل 2016 حيث نصت المادة 122 من دستور 1996 والمادة 140 من تعديل 2016 على ما يلي " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور و كذلك في المجالات الآتية " وكذلك المادة 123 من دستور 1996 والمادة 141 من تعديل 2016 حيث تنص: " إضافة إلى المجالات المخصصة للقوانين العضوية بموجب الدستور يشرع البرلمان بقوانين عضوية في المجالات الآتية" وهذه الصياغة دليل على حصر المجال التشريعي مخالفة لرأي كل من الأستاذين سعيد بوشعير و محفوظ لعشب، وهذا ما أكده المجلس الدستوري في أحد آرائه بقوله " اعتبارا أن المؤسس الدستوري و تكريسا لمبدأ الفصل بين السلطات، خول المشرع صلاحية التشريع في المجالات المخصصة له حصرا في الدستور، دون أن يتعدها إلى المجالات التنظيمية المخصصة للسلطة التنفيذية³.

أما عن وجود عدة مواد تنص على اختصاصات السلطة التشريعية، فهذا لا يعني إطلاقا فكرة " عدم حصر" بل يقصد منه حصر مواضيع مجال التشريع في عدة مواد، مما يسمح لنا بالقول أن مجال التشريع محصور و مقيد في مادة رئيسية، و أيضا في مواد أخرى مبعثرة بين مواد الدستور⁴.

¹ سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، ط الثالثة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1997، ص.ص.362.363.

² محفوظ لعشب، التجربة الدستورية الجزائرية، ط الثانية، د م ج ، الجزائر، 2000، ص.75.

³ رأي رقم 01/01، ق، ع/م د/04، المؤرخ في 05 فبراير 2004، المتعلق بمراقبة القانون العضوي، المعدل و المتمم للأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور، ج ر ج، عدد 09، المؤرخ في 11 فبراير 2004، ص.ص.16-20.

⁴ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.ص.32.33.

وهذا التعبير كان سببا في طرح إشكالية مفهوم التقييد و الحصر فالدساتير الجزائرية منذ دستور 1976 إلى غاية تعديل 2016، اعتمدت على تقييد مجال التشريع وحصره و إطلاق مجال التنظيم و هذا يدل على أن المعايير الدستورية وسعت مجال السلطة التنفيذية على حساب مجال السلطة التشريعية .

وهذا ينطبق على المادة 34 من دستور فرنسا لسنة 1958، حيث يركز اختصاص المشرع عليها بإضافة مواد أخرى على أساس التواصل بين العديد من الأحكام الدستورية بصفة حصرية¹.

البند الثاني: الأسباب غير المباشرة لحصر المجال التشريعي

يرجع العديد من الفقهاء القانونيين أسباب ظهور فكرة تقييد مجال التشريع وإطلاق مجال التنظيم إلى الظروف التاريخية و السياسية التي عرفتها فرنسا قبل ظهور دستور 1958، و تشترك معها أيضا أسباب خاصة بالكفاءة و التخصص الفني و التقني، حيث عانت فرنسا في ظل الجمهورية الثالثة و الرابعة من صراعات الأحزاب التي كان البرلمان فضاء لها، لذلك خطط الجنرال ديغول (degaulle) مصمم الجمهورية الخامسة، لتأسيس حكومة قوية و برلمان ضعيف، متخذا العبرة من الأزمة الفرنسية بعد الحرب العالمية الثانية، أين انغمس البرلمان في صراع الأحزاب رغم الدمار والخراب، عوض التفكير في حل للخروج من الأزمة آنذاك².

كما يرجعه البعض إلى أسباب قانونية تتمثل في:

1. تعذر قيام التشريعات بتنظيم كافة التفاصيل الهامة.
2. ضرورة تماشي مع الظروف و المتطلبات الطارئة و المستعجلة.
3. تسهيل اعتماد مبدأ اللامركزية³.

كما أن تعقد المشاكل، وما يقتضيه ذلك من تدخل الأداة التنفيذية لسد الثغرات التي يتسبب فيها نقص الخبرة الفنية لدى النواب، دفع برجال القانون و علماء السياسة إلى الإقرار بتراجع دور البرلمان، و ضرورة انتهاج أسلوب العقلنة البرلمانية¹.

¹ Vincent tchen, domaine respectif de la loi et du règlement, documents d'études, fasc 106 jour du 17 mai 2001, n° 08-2001, éd juris-classeur 2001, p.10.

² إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجديد المتحدة، الإسكندرية، 2002، مصر، ص.365.

³ أيمن محمد حسن الشريف، الأزواج الوظيفي و العضوي بين السلطتين التشريعية و التنفيذية في الأنظمة المعاصرة، دراسة تحليلية ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 2005، ص.218.

وفي الجزائر، يعرف النشاط البرلماني نوعا من الإهمال من طرف النواب، وسجل في هذا الصدد غيابهم المتكرر في الجلسات البرلمانية، بالإضافة إلى ضعف التدخلات البرلمانية خاصة على مستوى المناقشة، وغالبا ما يكتفون بطرح الأسئلة فقط و نستخلص من تقنية حصر المجال التشريعي، توسع نطاق مجال السلطة التنفيذية وهذا ما يؤدي إلى توسيع في السلطة و بالتالي يجب توسيع نطاق المسؤولية.

المطلب الثاني: التقنيات التكميلية الفاصلة بين مجال التشريع و التنظيم

تعتبر تقنية حصر المجال التشريعي، أو ما يسمى بالتوزيع الأساسي ضامنة التمييز بين مجال التشريع و التنظيم بصورة واضحة و مباشرة، بل تعبر عن أساس وجود القاعدة الدستورية، فرغم أن الكثير من الفقهاء يشيد بفكرة تقييد مجال التشريع و إطلاق مجال التنظيم كتقنية أساسية لتوزيع الاختصاصات بين السلطتين التشريعية و التنفيذية، وكمظهر من مظاهر التطور الدستوري، إلا أن هذا الأمر ليس بهذه البساطة، بل على العكس من ذلك فهو يطرح العديد من الإشكالات و الصعوبات على المستويين النظري والعلمي².

و نظرا لهذه الإشكالات، تأتي التقنيات التكميلية لتعزيز هذا الفصل الدستوري، وتحدد مجال كل سلطة، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يعتمد عليها، مخالفا النظام الفرنسي الذي ابتكرها أو استمدها من النظام الأنجلوسكسوني متأثر بالتجربة الإنجليزية، خاصة فيما يتعلق بالأوامر التفويضية.

ونقصد بالمعيار الدستوري التكميلي مجموع التقنيات الدستورية الأخرى غير المباشرة التي تنص عليها بعض المواد الدستورية، وهي تتدخل في الفصل بين مجالين التشريع و التنظيم من دون أن يكون هذا الموضوع هو الأساس الذي وجدت من أجله³.

و في هذا الصدد يقول الأستاذ كابيتان (rené capitant) "إذا أحصت المادة 34 للمواد المكونة لمجال القانون بطريقة حصرية، وإذا نصت المادة 37 على ما هو من اختصاص السلطة التنظيمية، فإنه لا ينتج عن هذين النصين التمييز الكامل و القطعي بين المجالين كما تبينه القراءة

¹ فدوى مرابط، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، المغرب، 2004، ص.164.

² Philippe Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, 12^e éd, delta, L G D J, paris, 2000, p.528.

³ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.56.

السطحية التي يمكن إجراؤها عليها، لهذا يجب تفسير هاتين القاعدتين على ضوء المادة 41 من الدستور¹.

ومن هنا يتبين لنا بأن القيام بحصر المواضيع التشريعية في جملة من المواد لا يكفي لوضع الفصل بين التشريع و التنظيم، لذلك لمسنا أن المؤسس الدستوري الفرنسي اقتنع بأنه لا يستطيع إقامة فصل بين المجالين بصفة مطلقة من خلال تحديده لمجال التشريع و إطلاق مجال التنظيم، ولاستحالة تحقيق التفرقة بهذه الطريقة ابتكر وسيلة دستورية لتدعيم رسم الحدود بينهما بشكل منسجم و متناسق، مستعينا في ذلك بالمؤسسات الدستورية الأخرى كالمجلس الدستوري ومجلس الدولة.

و في المقابل نجد أن المؤسس الدستوري الجزائري لم يستعين بهذه التقنيات الخاصة بتوزيع الاختصاصات المكمل للمعيار الدستوري الأساسي.

و تتمثل هذه التقنيات فيما سيأتي ذكره.

الفرع الأول: تقنية الدفع بعدم الاختصاص

تأتي تقنية الدفع بعدم القبول كضمانة أخرى لصالح السلطة التنفيذية، في إطار ما يسمى بعقلنة البرلمان، لكن في حقيق الأمر تعبر هذه التقنية عن مدى هيمنة الحكومة على صناعة القرار.

البند الأول: مدلول تقنية الدفع بعدم الاختصاص

تعتبر هذه الفكرة من ابتكار المؤسس الدستوري الفرنسي سنة 1958، و تسمى أيضا الدفع بعدم القبول، وقد جاءت كإجراء تكميلي لتوزيع الاختصاصات بين مجالي التشريع و التنظيم، و تعد حسب المادة 41 من دستور 1958 وسيلة في يد الحكومة لتجميد أي تدخل من طرف البرلمان خارج اختصاصاته المحددة في الدستور.

لذلك يمثل هذا الإجراء حماية لمجال السلطة التنفيذية، فهو يجيز للحكومة الاعتراض على أي نص ترى أنه يدخل في مجال اختصاصها أثناء مختلف مراحل تبني أي اقتراح نص جديد أو تعديل خاص بهذا النص، و يكون هذا الإجراء شفهيًا أو مكتوبًا، يقدمه ممثل الحكومة المكلف بالمناقشات، ويوجهه إلى رئيس المجلس الذي يكون على مستواه النص التشريعي، و في حالة وجود نزاع بين

¹ Louis Favoreu et Loïc Phillip, le domaine de la loi et le domaine du règlement, 1^{re} éd, Economica, 1978, p.98.

الحكومة و هذا المجلس، يرفع الأمر إلى المجلس الدستوري للبت فيه، و عندما يعلن الصفة التنظيمية في حقه، لا يصبح هنالك أي مانع من تعديله بموجب تنظيم.

أما في حالة سكوت الحكومة و عدم استعمالها لهذا السلاح، فإن النص المصوت عليه لا يكتسي الصفة التشريعية إلا من الناحية الشكلية، حيث أن مضمونه يبقى تنظيميا بحكم وروده خارج المجال التنظيمي¹.

واختلف الفقهاء في فرنسا حول تحديد طبيعة هذا الإجراء، لكنهم اتفقوا في مجملهم على أنه أداة دستورية لتعزيز الفصل بين مجال كل من التشريع و التنظيم، كما أكد محافظ الحكومة ريموند جانو (Raymond Janot) في الكلمة التي ألقاها أثناء مناقشة مشروع دستور 1958 أمام الجمعية العامة لمجلس الدولة في 28 أوت 1958 قائلا: "لقد ظهر للحكومة أنه من الضروري أن تحدد مجال القانون، و من الضروري وضع ميكانيزم يضمن عدم وصول القانون إلى أبعد من حدوده، وإذا ما تجاوزها تستطيع الحكومة صدّه".

و يعني ذلك أنه إذا ما تضمن الدستور تعداد للمواد التشريعية، فيجب بالضرورة أن يتضمن أيضا أحكاما تضمن بقاء السلطة التشريعية في حدود هذا التعداد، و ذلك لا يمكن تحقيقه إلا بمنح أداة دستورية تسمح للسلطة التنفيذية التي تعتبر السلطة المنافسة للسلطة التشريعية، لأداء دور الحارس على البرلمان حتى لا يتعدى حدوده، من أجل ضمان سلامة مجاله من أي تجاوز².

غير أن التجربة الدستورية الفرنسية أثبتت بأن الحكومة لم تلجأ إلى تقنية الدفع بعدم القبول كلما تطلب الأمر منها ذلك، بل على العكس تغاضت و سكتت على العديد من التجاوزات من طرف البرلمان، حتى ذهب بعض رجال القانون إلى القول بأنها تتواطأ في العديد من الحالات لخدمة حساباتها السياسية، خاصة و أنه لا توجد أية قاعدة دستورية تجبرها على الالتزام بضرورة حماية مجالها التنظيمي باستعمال الدفع بعدم القبول. وأكثر من ذلك، ثبت أيضا تورط الحكومة الفرنسية في تحدي الفصل الدستوري بين المجالين التشريعي و التنظيمي، من خلال إقدامها على تقديم مشاريع أو تعديلات يكون مضمونها تنظيمي، خاصة في ظل أي حضر دستوري يمنعها من القيام بذلك³.

¹ Louis Favoreu et Loic Phillip, op.cit, p.p.98,99.

² نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.60.

³ Céline Vintzel, Les armes du gouvernement dans la procédure législative, Etude comparée, Allemagne, France, Italie, thèse de Doctorat en droit public, Université de Paris, Panthéon Sorbonne, 4 décembre 2009, p.340.

البند الثاني: امتناع السلطة التنفيذية عن استخدام تقنية الدفع بعدم الاختصاص

و تتلخص أسباب امتناع الحكومة عن استعمال هذه التقنية، فيما يلي:

أولاً- السبب التاريخي:

عدم استعمال إجراء الدفع بعدم القبول في فرنسا، يتمثل في الدواعي الحقيقية من الاعتماد على حصر السلطة التشريعية، الذي جاء في الأصل من أجل الانتقام من الوضع الذي كان سائد قبل 1958، عندما عم انعدام الاستقرار السياسي بسبب تسلط البرلمان بالضغط على السلطة التنفيذية، فكان من الضروري التفكير في إعطاء هذه السلطة وسيلة ضغط على البرلمان¹.

و مع أن ذلك لا يتماشى أحيانا مع السياسة المعيارية (la politique Normative) إلا أن اتساع تدخل المشرع في مجال التنظيم يسهل عمل الحكومة، لأنها قد ترى بأنه من الأفضل معالجة كافة المسائل المترابطة في جوانبها الأساسية و في تفاصيلها الدقيقة في نص واحد، حتى و إن كانت ذات طبيعة تنظيمية.

إضافة إلى تعمدها أحيانا تضمين نصوص تشريعية لأحكام تنظيمية هروبا من المنازعات الإدارية و رقابة مجلس الدولة عليها، بالتالي ضمان تحصين أحكام تنظيمية غير مشروعة بإضفاء الصفة التشريعية عليها، فالحكومة و البرلمان في هذه الحالة يكونان على اتفاق على هذه المسألة مما يجسد ما يسمى بفكرة الهروب القانوني (l'évasion juridique) فتستعمل الحكومة بذلك القانون كناقلة معيارية (Un véhicule normatif) لحل مشاكل السياسة البرلمانية بأكثر سرعة و مرونة².

ثانياً- السبب العملي:

نظرا لوجود أغلبية برلمانية مؤيدة من جهة، و رغبة في الحصول على رضا البرلمان و تقادي ردود الأفعال المعارضة في الرأي العام من جهة أخرى، و مراعاة لكل هذه الاعتبارات تتخلى أحيانا الحكومة بمحض إرادتها عن استعمال هذه الآلية³.

¹ Frédérique Ruenda, Le contrôle le l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel, les exemples Français, allemand, espagnol, 1^{re} éd, L G D J, paris, 2000, p. 5.

² Ibid , p. 6. 7.

³ مريد أحمد عبد الرحمان حسن، التوازن بين السلطتين التشريعية و التنظيمية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، القسم العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2006 ، ص.120.

وعلى العموم، غالبا ما يحدث إجراء الدفع بعدم القبول في الأمور التي تتعلق خصوصا بالاعتداءات التي تكون في شكل تعديلات أو اقتراحات، تنصب أساسا على قوانين المالية، و هذا يعود لتمسك الحكومة بتنظيم كل التفاصيل و الجزئيات المرتبطة بموضوع المالية العامة لما يمثله من مسائل تقنية و دقيقة من جهة، و ما يمثله أيضا من مسائل خطيرة ومصيرية من جهة أخرى، خاصة و أن الحكومة هي دوما المسؤولة عن تنظيم النفقات العامة و الإيرادات العامة اللازمة لتطبيقها لبرنامجها السنوي.

ومن جانب آخر، يبقى الوقت المناسب لهذا الدفع محل إبهام، و السبب في ذلك يعود إلى عدم النص عليه بالتفصيل الكافي، حيث تركه المؤسس الدستوري الفرنسي مفتوحا على كافة الاحتمالات، و بصفة عامة يبقى متاحا منذ إيداع المبادرة بالقانون إلى غاية التصويت عليه أمام المجلس الأول، أما إذا تمت إحالته إلى المجلس الثاني فإنه يصبح غير جائز، و فيما يخص التعديل، فتفقد الحكومة حقها في الدفع بعدم القبول أو عدم الاختصاص بخصوصه بمجرد إحالته على التصويت¹.

ورغم اعتبار الدفع بعدم القبول، أو ما يسمى أيضا الدفع بعدم الاختصاص أو الدفع بالاعتراض كإجراء تكميلي ضروري للفصل بين مجال التشريع و التنظيم، و إن كان استعماله محتشما، إلا أن أساليب تكييفه و طرق تفسيره تعددت و تنوعت حيث وردت عنه التعليقات التالية:

1. إذا كان الهدف من المادة 34 و 37 من الدستور الفرنسي لسنة 1958 هو الحد من مجال التشريع، فالمادة 41 الخاصة بالدفع بعدم القبول أعطت للحكومة إمكانية التدخل لتطبيق و تفعيل قواعد هاتين المادتين، لتدعيم نفس الاتجاه الذي تسير فيه، و هو تضيق الخناق على السلطة التشريعية².

2. تعتبر هذه الآلية وسيلة في يد الحكومة تجعل من الفصل بين مجال السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية مسألة غير قطعية و غير تامة، و بذلك تترك مجالا كبيرا للسلطة التقديرية للجهاز التنفيذي³.

¹ هشام محمد البدري، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1997، ص.159.

² Pierre Avril et Jean Gicquel, le conseil constitutionnel, 4^e éd, Montchrestien, Paris, 1998, p.114.

³ Denis Baranger, Le droit constitutionnel, 3^e éd, collection Que Sais-je, P U F, Paris, 2006, p.92.

و بغرض تفادي أية عراقيل أو مشاكل التي من الممكن أن تتجم عن وجود فصل جامد بين المجالين، يعتمد إلى ترك رواق صغير للسلطة التنفيذية، حيث تمتلك لوحدها تقدير غلقه أو فتحه للدمج بين المجالين التشريعي و التنظيمي حسب الحاجات إلى ذلك، و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على الأهمية السياسية و القانونية التي يتميز بها إجراء الدفع بعدم القبول.

و تبقى هذه التقنية التكميلية دليلا على عدم وجود حدود فاصلة بين مجالي التشريع و التنظيم بصفة قطعية و نهائية، مما يجعل الحاجة إليها أحيانا أمرا غير مستبعدا، و بالتالي تتأكد لنا الفكرة القائلة بوجود حدود مرنة و غير ثابتة، و هي تمثل أيضا دليلا يضاف إلى مصاف الأدلة الأخرى الخاصة بوضع السلطة التشريعية في مجال محصور، و الوقوف في وجه كل الاحتمالات التي يمكن أن تسمح لها بالخروج عن هذا المجال.¹

الفرع الثاني: النصوص ذات الشكل التشريعي

تعد فكرة النصوص ذات الشكل التشريعي هي الأخرى من صنع المؤسس الدستوري الفرنسي، و نص عليها في الفقرة الثانية من المادة 37 من دستور 1958، وهي تعتبر بمثابة الإجراء المكمل الثاني.

البند الأول: مدلول النصوص ذات الشكل التشريعي

كما تدل التسمية فالنصوص ذات الشكل التشريعي هي نصوص تشريعية من الناحية العضوية و الشكلية لأنها صادرة عن البرلمان، وفقا للإجراءات الخاصة و المتبعة في إعداد و تبني القوانين العادية، لكنها ذات مضمون تنظيمي حسب المعيار المادي الذي ينص عليه هذا الدستور، لأنها تخرج عن التعداد المادي الوارد في الأحكام الدستورية.

و هي تتضمن كل القوانين، و الأوامر، و كذا التعديلات المتعلقة بها، التي تعالج موضوعا يدخل في مجال التنظيم، و بهذا الشكل يجوز تغييرها بموجب مرسوم بعد حصولها على موافقة المجلس الدستوري الذي يعلن في حقها الطبيعة التنظيمية بالاستناد إلى المواد الدستورية المتضمنة للمواد الداخلة في مجال التنظيم، أما تلك النصوص التشريعية الصادرة قبل دستور 1958 و التي

¹ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.64.

تحتوي على أحكام تنظيمية طبقا لما يقرره هذا الدستور، فيكفي فيها استشارة مجلس الدولة الذي يثبت أنها ذات طبيعة تنظيمية حتى تتمكن الحكومة من القيام بتعديلها¹.

تعد النصوص ذات الشكل التشريعي نصوصا تشريعية من الناحية الشكلية لأنها صادرة عن البرلمان وفق الشروط و الإجراءات اللازمة، إلا أنها تنظيمية من الناحية المادية لأنها تعالج موضوعا يدخل في مجال التشريع حسبما يقتضيه دستور 1958، وتبقى مهددة بتدخل الحكومة في أية لحظة تراها مناسبة لذلك، حيث تتقدم أمام المجلس الدستوري أو مجلس الدولة لطلب إضفاء الصفة التنظيمية على هذه النصوص حسب الحالة، حتى تتمكن الحكومة من تعديلها، أو إعادة تنظيمها بموجب تنظيم. و قبل فصل المجلس الدستوري أو مجلس الدولة في أمر إنتمائها إلى مجال التنظيم من عدمه، تبقى حائزة لقوة التشريع، و بذلك تكون غير قابلة للطعن طبقا لأحكام المنازعات الإدارية، مما يمنحها الحصانة الكافية ضد الرقابة القضائية الإدارية².

البند الثاني: الغاية من النصوص ذات الشكل التشريعي

إن الغاية من هذا الإجراء هو إعطاء فرصة ثانية للحكومة، إذا ما فاتها وقت إجراء الدفع بعدم الاختصاص و كأنه يمثل تكملة له، فإذا فقدت الحكومة الحق في الإجراء الأول فإنه يوجد في متناولها سلاح دستوري آخر غير مباشر، و هو يمثل وسيلة فعالة لحصر البرلمان في مجاله و حماية مجال التنظيم من كل اعتداء.

و تشكل النصوص ذات الشكل التشريعي وسيلة فعالة في يد الحكومة تستعملها متى فرضتها مقتضيات الأمور التي تخدم مصالحها و حسبما تواتيها من ظروف، بعيدا عن السعي إلى الفصل الحقيقي بين المجالين التشريعي و التنظيمي، مما يعطيها دوما الخيار في المشاركة في رسم الحدود الدستورية بصفة فعلية، لأن هذا الأمر خاضع لرغبتها، حيث أنها إذا ما استعملت هذه التقنية فإنها تحافظ على المجال التنظيمي، أما في حالة امتناعها عن استعمالها فإنها توسع من المجال التشريعي³.

إن تقنية الدفع بعدم الاختصاص أو القبول و تقنية النصوص ذات الشكل التشريعي تهدفان إلى التضييق من مجال السلطة التشريعية، بل جعلها تحت وصاية السلطة التنفيذية.

¹ Louis Favoreu et loic philipe, Les grandes décisions du conseil constitutionnel, Op.cit, p.p.61.62.

² Pierre Pactet, Institutions politiques, droit constitutionnel, 10^e éd , Masson, Paris,1995, p.58.

³ هشام محمد البديري، المرجع السابق، ص.ص.101، 159.

الفرع الثالث: الأوامر التفويضية

الأوامر هي آلية دستورية تملكها السلطة التنفيذية للتدخل في المواضيع التي خصصها الدستور حصرا للسلطة التشريعية، و يرجع أصلها إلى النظام البريطاني، أما الأنظمة الدستورية العالمية فهي تعرف نوعان من الأوامر أحدها مطلق، و الآخر مشروط بتفويض من السلطة التشريعية¹. فما طبيعتها و أساسها من أجل تحديد دورها في موضوع توزيع الاختصاصات بين السلطين التشريعية و التنفيذية كتقنية دستورية ثانوية إضافية.

البند الأول: مدلول الأوامر التفويضية

التفويض في النظام الفرنسي، هو قيام الحكومة بطلب التشريع في المجالات المخصصة للبرلمان لأسباب معينة تتطلبها ظروف الاستعجال أو السرية أو الابتعاد عن المزايدات الحزبية وغيرها، و ذلك لمدة محددة بمقتضى أوامر تصدر عن مجلس الوزراء بعد استشارة مجلس الدولة، وتكون نافذة ابتداء من تاريخ نشرها، و في الحالة التي تريد فيها الحكومة إستمرار هذه الأوامر، يتعين عليها عرضها على البرلمان لتصدرها في شكل قوانين.

أما النظام الجزائري، فإنه لم يعرف مثل هذا النوع من المعايير القانونية إلا في دستور 1963 و بالضبط في المادة 58 منه، و ذلك عندما يطلب رئيس الجمهورية من المجلس الوطني التشريع بموجب أوامر تفويضية لمدة زمنية محددة، و تتخذ في مجلس الوزراء، حيث يرفع عنها يده بصفة كلية طوال هذه المدة، و يكتفي فقط بمراقبتها سواء بالموافقة عليها أو برفضها، عندما تعرض عليه بصفة إجبارية خلال مدة ثلاثة أشهر الموالية لاتخاذها².

وفي فرنسا قيدت الحكومة في مسألة الأوامر التفويضية، حيث لا يجوز لها اتخاذها إلا من أجل تنفيذ برنامجها الذي يمثل الهدف الأساسي لطلب هذا التفويض، رغم أن المفاهيم المرتبطة بفكرة البرنامج الحكومي تعتبر مفاهيم مطاطة و غير محصورة، كما أنها أيضا غير واضحة³.

¹ حسن مصطفى البحري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، 2008، العدد 01، المجلد 24، ص.428.

² عبد الله بوقفة، الوجيز في القانون الدستور الجزائري، نشأة، فقها، تشريعا، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2005، ص.136.

³ Gilles Champagne, L'essentiel du droit constitutionnel, Les institutions de la v^e République, Tome 2, 3 éd, Galino éditeur, Paris, 2002, p.18.

وجاء النص على الحالات التي يجوز للحكومة أن تطلب من أجلها تفويضا للتشريع بأوامر في الدستور الفرنسي لسنة 1958¹ في جملة من المواد، و هي تتلخص فيما يلي:

1. المادة 38 الخاصة بتنفيذ برنامج الحكومة

2. المادة 47 الخاصة بقانون المالية

3. المادة 32 الخاصة بالمجال الانتخابي

4. المادة 11 الخاصة بالاستفتاء

البند الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية

هناك من يعتقد بأن الأوامر التفويضية تعتبر أعمالا إدارية قبل إقرارها من طرف البرلمان، وذلك بالاعتماد على المعيار الشكلي، و هناك من يضيف عليها الصبغة التشريعية بالاعتماد على المعيار المادي كونها تدخل في المجال المخصص للقانون، خاصة و أن المؤسس الدستوري هو من يعترف لها في غالب الأحيان بهذه الصفة².

و مما لا شك فيه، أنها تبقى عبارة عن قرارات تصدرها السلطة التنفيذية استنادا على ترخيص أو إذن يأخذ شكل تفويض، يمنح لها من طرف المشرع لتعالج بها مواضيع لا يمكن أن تكون إلا محتوى قانون، و في نفس الوقت تتمتع بنفس القوة التي يتمتع بها التشريع بعد المصادقة عليها من طرف السلطة التشريعية.

و يبقى شرط عرضها على البرلمان للتقرير في قبولها أو رفضها أمرا لا بد منه، لأنها تصبح عديمة الأثر القانوني في حالة رفضها، كما أنها يمكن أن تتعرض لنفس المصير في حالة انقضاء أجل التفويض دون عرضها عليها³.

و قد أكد مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته على الطابع التنظيمي للأوامر قبل عرضها على البرلمان، و بذلك تبقى خاضعة لرقابة القضاء الإداري التي يمارسها مجلس الدولة، بينما تكتسب صفة التشريع بمجرد مصادقة البرلمان عليها، ولعل أول قرار أعترف فيه بالطابع التنظيمي للأوامر قبل المصادقة عليها، القرار الخاص بمؤسسة سكك حديد الشرق (Société des chemins

¹ الدستور الفرنسي، تعديل 2008.

² أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد، دور رئيس الدولة في النظام البرلماني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 1996، ص.ص. 228.229.

³ Bernard Chantebout, Droit constitutionnel et sciences politiques, 1^{re} éd, éd Armand Colin, Paris, 1985, p.580.

(de fer de l'Est) في 06 ديسمبر 1907، أين اعتمد مجلس الدولة على المعيار العضوي، حيث اعتبر بأن كل عمل صادر من السلطة التنفيذية هو قرار إداري مهما كان موضوعه، و يخضع بالضرورة لرقابة مجلس الدولة بصفة إلزامية، أما بعد عرضها على المصادقة البرلمانية فإن صفة الأوامر تتغير وتصبح ذات قيمة تشريعية¹.

أما عن النظام الدستوري الجزائري، فإنه خال من فكرة الأوامر التفويضية، وخلافا لما جاء في دستور 1963، عرف نوعا آخر يسمى "الأوامر" التي لا ترتبط أداؤها بأي شرط، حسبما نص على ذلك دستور 1976 في المادة 153 منه و المادة 142 من تعديل 2016، حيث يشرع بموجبها رئيس الجمهورية بأوامر في مسائل عاجلة، وكذلك في الحالة الاستثنائية من دون الحاجة إلى الحصول على تفويض بشأنها، بينما لم ترد الإشارة إطلاقا إلى الأوامر في دستور 1989، و ذلك رغبة من المؤسس الدستوري الجزائري في إحداث قطيعة تامة مع دستور 1976.

المطلب الثالث: القوانين المكملة للدستور و دورها في تحديد مجال التشريع

و التنظيم

يذهب رأي في الفقه الفرنسي، إلى التأكيد على أن الأهمية السياسية لهذا النوع من القوانين تفوق أهميتها القانونية و الدستورية².

و في حقيقة الأمر، تختلف القوانين العضوية على القوانين العادية من جانب المضمون و من جانب الشكل، و هذا ما يكسبها مكانة متميزة بين الدستور و التشريع العادي في ترتيب المعايير القانونية الموجودة ضمن نفس المنظومة القانونية.

هذه المكانة هي التي تعطي لهذا النوع من القوانين طابعا مكملا للدستور فعندما تحيل القاعدة الدستورية موضوع معين إلى قانون عضوي، يتعين على هذا القانون تنظيم ذلك الموضوع في الحدود التي و ضعتها تلك القاعدة الدستورية، و بهذا ينشأ الطابع التكميلي للقوانين العضوية من تحديد النص الدستوري للوظيفة التي كلفها بها، لذلك قد يقتصر دورها أحيانا على تحديد وسائل تطبيق النص الذي

¹ M. Long, p. weil, G. Braibant, p. Délvové, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20^e éd, D, paris, 2015, p.p.97.103.

² Charles sirat, la loi organique et la constitution de 1958, 1^{re} éd , éd D, paris , 1960, p.153.

يتعلق به موضوع الإحالة، مما يرتبط القانون العضوي بمحتوى النص الدستوري الذي ينص على الإحالة إليه، ومنها يرتبط أيضا بإرادة المؤسس الدستوري بصفة أدق¹.

الفرع الأول: مدلول القوانين المكملة للدستور

لا يمكن للقواعد الدستورية أن تتناول جميع المواضيع بالدقة و التفصيل و الوضوح نظرا لعموميتها و اختصارها، لذلك فهي تكتفي بوضع الخطوط العريضة و الأطر العامة التي تمكنها من تجنب الإسهاب و التكرار بالابتعاد عن التفاصيل التي تفقد النص الدستوري سموه، و التي يمكن أن تؤثر سلبا على جانبه الشكلي المتعلق بالتناسق في التحرير، و حسن الصياغة، و الترابط المنطقي بين مختلف الأفكار الواردة فيه، و لتفادي كل هذه السلبيات، عمدت العديد من الدساتير إلى تبني فكرة القوانين العضوية، بهدف إكمال بعض المواضيع التي يعتمد المؤسس الدستوري تناولها بصفة موجزة، حيث تحال باقي التفاصيل المتعلقة بها إلى هذه القوانين العضوية.

لذلك يتوجب علينا إعطاء هذه القوانين و صفا خاصا يختلف عن ذلك الوصف الذي ينطبق على القوانين العادية، وإن كانت صادرة من نفس الهيئة و هي السلطة التشريعية، غير أن الموضوع الذي تتولى تنظيمه، و طريقة إعدادها، و التصويت عليها، يجعل منها قوانين غير عادية². و بهذا يطلق عليها قوانين مكملة للدستور.

البند الأول: تعريف القوانين المكملة للدستور

في بداية الأمر، لقي تعريفها صعوبة كبيرة في أوساط الفقهاء خاصة في ظل غياب تعريف دستوري صريح، لأن أغلب الدساتير التي اتخذت منها وسيلة دستورية لسن القوانين لم تهتم إطلاقا بمحاولة إعطاءها تعريفا دستوريا يغني عن كل جدل و اختلاف.

و مع ذلك، ذهب رأي في الفقه الفرنسي إلى اعتبارها تكملة للنصوص الدستورية لأن أحكامها تتضمن شروط و كيفيات تطبيق هذه النصوص، و من هنا أصبح يقصد بالقوانين العضوية مجموعة من النصوص الدستورية، التي تحتوي قواعدها على أحكام متعلقة بتنظيم السلطات العامة في الدولة³.

¹ عمور فؤاد بركات، القوانين الأساسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة، مصر، 1988، ص.ص.62.63.

² نبيلة لدرج، المرجع السابق، ص.79.

³ عمرو فؤاد بركات، المرجع السابق، ص.80.

وعلى الرغم من أن المؤسس الدستوري الفرنسي تجاهل تعريفها رسمياً، إلا أن تسمية إياها بالقانون المكمل في العبارة الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة 34 من دستور 1958، التي تتمثل في " يحدد و يستكمل بمقتضى قانون عضوي... " كافي لإعطاء تعريف دستوري ضمني لهذا النوع من القوانين¹.

أما المؤسس الدستوري الجزائري و في تعديله الأخير 6 مارس 2016 لاسيما المادة 141، لم يعط تعريفاً أو وصفاً للقوانين المكملة للدستور فجاءت عبارة القوانين العضوية دون تحديد طبيعة الوظيفة الموكلة إليها، حيث لم ينص صراحة على الدور التكميلي للقوانين العضوية، بل اكتفى فقط بسرد المجالات التي يتعين القانون العضوي تنظيمها.

البند الثاني: دوافع نشأة القوانين المكملة للدستور

من المتعارف عليه، أن تسميته القوانين العضوية ظهرت لأول مرة في فرنسا بصفة رسمية في دستور 1948 و كان الغرض منها تكملة القواعد الدستورية، و لكنها لم تعرف مكانتها ووظيفتها التكميلية بصفة صريحة إلا بموجب دستور سنة 1958، أين أصبحت تتمتع بمرتبة قانونية مختلفة عن تلك المرتبة التي تتمتع بها القوانين العادية في المنظومة القانونية الواحدة، كما أصبحت لها و وظيفة دستورية لم تشهدها من قبل.²

إلا أن لهذه النشأة دافع و باعث في الحياة الدستورية، يمكن حصرها فيما يلي:

أن الدساتير أصبحت أقل واقعية و التماساً لواقع الإدارة المحلية لهيئات الدولة، إذ أصبحت مثل هذه النصوص ضرورة لتحديد محتواها³، كذلك أنه في حالة وجود صعوبات ممكنة قصد توازن الرؤى فإن القانون العضوي يكون بمثابة الحل التوفيقى و التحكيمى، وهو ما أشار إليه "Neel" خلال المناقشات التي جرت على مستوى اللجنة الاستشارية الدستورية بفرنسا و التي أقر فيها، "عندما تتضمن مواد لصعوبات خطيرة لم يتم حلها من قبل الحكومة سواء بسبب الاعتراضات من اليمين أو من اليسار، و سواء بسبب عدم إمكانية وجود حل أمثل، كنا سنقول يقرر قانون عضوي للبحث في المسألة"⁴.

¹ نبيلة لدرع، المرجع السابق، ص.80.

² عمرو فؤاد بركات، المرجع السابق، ص.79 .

³ Jean pierre comby, la loi organique dans la constitution, 1958, éd R.D.P, tome I, 105, 1989, p.p.1402.1403.

⁴ سليمة غزلان، فكرة القانون العضوي في دستور 28 نوفمبر 1996، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص.9.

ضف إلى ذلك صرامة الدساتير الفرنسية فقد تم تلطيها تقليديا بواسطة اللجوء إلى نصوص القانون العضوي، قصد تنظيم المؤسسات السياسية المتعلقة بتنظيم و إعادة تهيئة الهيئات السياسية للدولة من خلال تعريفها للقانون العضوي على أنه "مجموعة قوانين تنطوي حول تنظيم السلطات العامة"¹

إن المؤسس الدستوري الجزائري تيقن للدور الناجع لهاته الفئة من القوانين من خلال تنظيمها لمؤسسات الدولة، و تنظيم مجالات يراها المؤسس هامة و استراتيجية باعتبارها امتداد لأحكام الدستور².

و الهدف من اعتناق القوانين العضوية يكمن في تجنب التعديلات المتكررة للقوانين مما ينبئ تهديد الاستقرار القانوني و تسبب العمل التشريعي و ما يترتب من نتائج³، على أساس أن القوانين العضوية لها وظيفتين:

الوظيفة الأولى: تتمثل في تحديد و تطبيق التدابير الدستورية، ذلك أن القانون العضوي يوجد في مرتبة أسمى من القانون العادي، رغم أنهما يصدران من نفس السلطة.

أما الوظيفة الثانية "سياسية":

هدفها الحد من صلاحيات البرلمان، فالمؤسس الدستوري عمل عمدا على تقييد البرلمان حيث أقام حوله سياجا يصعب تجاوزه، فبعد ضبطه لمدة وعدد الدورات البرلمانية و بعد حصره لمجالات تدخل المجلس الشعبي الوطني ووضع مجلس دستوري يراقب أعماله، و ضع حاجزا آخر من خلال تبنيه أسلوب و آلية القانون العضوي⁴.

و يرجع الأستاذ عمار عابدي تبنى المشرع الدستوري الجزائري لفكرة القانون العضوي في النظام الدستوري اعتقادا منه بصحة و سلامة أسس و أهداف و مجالات و وظائف و قيم هذه الفكرة

¹ Hubert amiel, les lois organiques, éd R. d. p, N° 01, 1984, p.406 .

² عمار عباس، محطات بارزة في تطور الدساتير الجزائرية، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، 2013، العدد 02، ص.32.

³ سعيداني لوناسي جبيعة، مكانة القوانين العضوية في النظام القانوني الجزائري، المجلة النقدية للقانون و السياسة، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2010، العدد 01، ص.77.

⁴ عبد المجيد جبار، الرقابة على دستورية القوانين العضوية و رأيا المجلس الدستوري المتعلقان بقانوني الأحزاب السياسية و الانتخابات، مجلة الإدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2000 العدد 02، المجلد 10، ص.51.

الدستورية العبقرية و الأصلية، و لتوظيفها في تدعيم و ترشيد الحركة الدستورية الجديدة لإعادة تأسيس و تنظيم سلطة الدولة المنهارة، بعد ما هزتها الأحداث و التطورات الوطنية و الدولية¹.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للقوانين المكملة للدستور

ينير البحث مسألة مهمة حول قيمة هذه القوانين في مواجهة الدستور، و تبرز أهمية تحديد القيمة القانونية للقوانين المكملة للدستور، لتحديد الدور الذي تساهم به في تطور قواعد القانون الدستوري، ولا ريب أن هذه القيمة تختلف من دولة إلى أخرى حسبما إذا كان الدستور جامدا أم مرنا، كما تتوقف على نوع الإجراءات التي تنشأ و تعدل بموجبها تلك القوانين، و على هذا الأساس، سنعرض القيمة القانونية للقوانين المكملة للدستور، في الدساتير المرنة، ثم الدساتير الجامدة.

البند الأول: قيمة القوانين المكملة في الدستور المرن

الدستور المرن هو الدستور الذي تعدل نصوصه بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، و بنفس الأغلبية اللازمة لتعديل تلك القوانين، و هنا يكون في مقدور السلطة التشريعية أن تعدل أحكام الدستور بإتباع ذات القواعد التي يتم بها تعديل القوانين العادية، و لا شك أن أكثر الدساتير مرونة هي الدساتير العرفية، لأنها كما تكونت عن طريق العرف فإنها تعدل أيضا بمعرفته، و إذا أراد المشرع أن يعدلها فإنه يسلك الإجراءات التشريعية العادية.

و في مثل هذا النوع من الوثائق الدستورية، يمكن للقوانين المكملة للدستور أن تعدل أحكامها طالما أن تلك الدساتير تعدل بإجراءات القوانين العادية، و يترتب على ذلك أنه لا يمكن التمييز من حيث الشكل بين الوثيقة الدستورية و القوانين المكملة للدستور، حيث إن كليهما يتبوأ ذات المكانة التي يحتلها الآخر كمصدر للنظام الدستوري².

و على هذا الأساس فإن القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية في دول الدساتير المرنة، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على تكليف من الدستور لتنظيم السلطات العامة، تحتل ذات المرتبة التي تحتلها الوثيقة الدستورية.

¹ عمار عوابدي، فكرة القانون العضوي و تطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقات الوظيفية بينه و بين الحكومة، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، مارس 2003، العدد2، ص.61.

² حسين جبار النائي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، 2015، العدد 02، ص.393.

البند الثاني: قيمة القوانين المكملة في الدستور الجامد

يعد الدستور جامدا إذا كان لا يمكن تعديله بذات الطريقة التي تعدل بها القوانين العادية، وإنما يتطلب إجراءات أشد تعقيدا و شروطا أكثر صعوبة تحدها الوثيقة الدستورية ذاتها، هادفة من وراء ذلك كفالة نوع من القدسية و الاستقرار لأحكامها، وبذلك لا تجرؤ السلطة التشريعية على التطاول أو النيل من أحكام الدستور.

و إذا كانت القوانين الأساسية أو القوانين المكملة للدستور في تلك البلاد أعلى مرتبة من القانون، إلا أنها تقف عند القيمة القانونية التي تحتلها القوانين العادية، لأن السلطة التشريعية هي التي تضع النوعين من القواعد، و ذلك إذا اتبعت ذات الإجراءات في و وضعها فمن المنطقي أن يكون لها ذات القيمة القانونية، على الرغم من اعتبار القوانين المكملة للدستور مصدرا لقواعد القانون الدستوري أسوة بالقواعد الدستورية، فان هذا لا يعني أنها جميعا في مرتبة واحدة من حيث القوة والقيمة القانونية، و من ثم تكون القوانين المكملة للدستور أقل مرتبة من الدستور، و لذلك فإن البرلمان و إن استطاع أن يتصدى لبعض الموضوعات التي تتعلق بنظام الحكم، إلا أنه لا يستطيع أن يضع قاعدة تخالف أحكام الدستور¹.

الفرع الثالث: الدور التكميلي للقوانين العضوية

إن الدستور كأهم المصادر المحددة لمجال السلطات العامة في الدولة يعتبر الوثيقة التي تحتوي على مجمل الخطوط العريضة التي ينبغي أن تسير عليها هذه السلطات، إلا أنه لا يستطيع الإلمام بكافة القواعد المتعلقة بالبرلمان و باختصاصاته، وكذا بالعلاقات التي تربطه بالسلطات الأخرى لا سيما تلك التي تربطه مع الحكومة، لذلك تشكل القوانين العضوية إلى جانب الأنظمة الداخلية للمجالس النيابية مصادر أخرى للاختصاص البرلماني².

فالقانون العضوي بمقتضى مكانته في هرم تدرج القوانين، يكتسي أهمية خاصة في تكملة الدستور و إتمام ما وجد فيه من نقص، و على هذا الأساس يمكن أن تحتوي قواعده التكميلية على مواضيع جديدة تضاف إلى المجال التشريعي، و هذا ما يجعل منها قواعد إضافية تشارك في توزيع الاختصاصات بين السلطتين التشريعية و التنفيذية.

¹ حسين جبار النائي، المرجع السابق، ص.394.

² Didier mauss, Aborder le droit constitutionnel, 1^{re} éd du seuil, paris, 1998, p.20.

و فيما يخص النظام القانوني الجزائري، فإن التعديل الدستوري الذي بدأ منه الاعتراف بفكرة القانون العضوي لم ينص صراحة على دوره التكميلي، خاصة في موضوع توزيع المجالات بين التشريع والتنظيم، و هو يختلف في ذلك مع نظيره الفرنسي في دستور 1958.

و من جانب آخر، عمل المجلس الدستوري الفرنسي على التأكيد على هذا الدور التكميلي من خلال مختلف اجتهاداته في هذا المجال، حيث سعى إلى تكريس هذا الدور و اعتبره عاملا موسعا للمجال التشريعي، و نستدل في هذا السياق بقراره رقم 234/87 الصادرة في 7 جانفي 1987 المتعلق بقانون المالية الاجتماعي الخاص بالنظام الإجباري في الضمان الاجتماعي، الذي جاء فيه بأن الطابع التكميلي للقوانين العضوية في النظام الفرنسي أمر مفروغ منه، و هذا ما يتطابق مع الإدارة الحقيقية للمؤسس الدستوري الفرنسي¹.

سنحاول إبراز دور القوانين العضوية التي تتضمن تنظيم السلطتين التشريعية و التنفيذية ونقصد العلاقة بين الحكومة و البرلمان، و الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان.

البند الأول: الدور التكميلي للقانون العضوي الفاصل بين مجال الحكومة والبرلمان

في النظام الجزائري، تتحدد العلاقة بين السلطتين التشريعية و التنفيذية على ضوء القانون العضوي رقم 02/99 المنظم للعلاقة بين الحكومة و البرلمان الصادر في 8 مارس 1999. (تم إلغاءه بالقانون العضوي رقم 16-12).

و في أصله، هو عبارة عن مشروع قانون مقدم من طرف الحكومة، تولت فيه هذه الأخيرة تنظيم عمل المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة وكذا العلاقة الوظيفية بينها و بين الحكومة بصفة دقيقة، بشكل لم تترك فيه شيئا للأنظمة الداخلية للمجلسين، و هذا ما يجعل استشارة الحكومة بخصوص هذه الأنظمة بدون معنى².

¹ لدرع نبيلة، المرجع السابق، ص.85.

² الأمين شريط، علاقة الحكومة بالبرلمان، الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة والبرلمان، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، 23 و 24 أكتوبر 2000، العدد 01، ص.25.

و من خلال استقراء مواد القانون العضوي رقم 16-12¹ المحدد للعلاقة الوظيفية بين البرلمان و الحكومة تتجلى مظاهر اختصاصات كل واحد منهما، و بهذا يظهر الدور التكميلي للقانون العضوي في تحديد مجال كل من السلطة التشريعية و السلطة التنفيذية خاصة المادة 4 التي تضيف الفقرة الأخيرة منها صلاحية دعوة البرلمان للانعقاد في دورة غير عادية بموجب مرسوم رئاسي وكذلك:

المادة 15: تشير إلى تحديد الحكومة جدول أعمال الدورة و تحديد جدول أعمال البرلمان يكون تبعاً لترتيب الأولوية الذي تحدده الحكومة.

المادة 16: يمكن للحكومة حين إيداع مشروع قانون أن تؤكد إستعجاليته.

المادة 20: يودع الوزير الأول مشاريع القوانين المتعلقة بالتنظيم المحلي و تهيئة الإقليم والتقييم الإقليمي لدى مكتب مجلس الأمة، و تودع كل المشاريع الأخرى لدى المجلس الشعبي الوطني.

المادة 22: الفقرة الأخيرة التي تؤكد تقييد التشريع وإطلاق التنظيم وفق مواد الدستور " لا يقبل أي اقتراح قانون يكون مخالفاً للشروط المنصوص عليها في الدستور لاسيما المادة 39 منه.

المادة 24: يبلغ إلى الحكومة اقتراح القانون الذي تم قبوله وفقاً لأحكام المادة 22 أعلاه، حيث تبدي الحكومة رأيها لمكتب المجلس الشعبي الوطني أو مكتب مجلس الأمة..."

ولا شك أن الكثير من مواد القانون العضوي رقم 16-12 ينص صراحة على تدخل السلطة التنفيذية مما يوسع مجال التنظيم، رغم ما جاء في تعديل المادة 26 والتي جاءت موافقة للمادة 136 من تعديل دستور 2016² في توسيع صلاحيات الغرفة العليا، من خلال أحقية تقديم اقتراحات التعديلات على مشروع أو اقتراح القوانين المحالة على اللجنة المختصة لدراسته.

و حسب رأي الباحث هذا لا يعني أبداً توسيع في مجال التشريع، إنما هو آلية أخرى تمكن السلطة التنفيذية من تمرير مشاريع قوانين تحت غطاء قبة البرلمان خاصة في ظل تركيبة مجلس الأمة و طريقة تعيين أعضائه، والتي لا تعكس ذلك باستقراء نص المادة 23 "لا يقبل أي مشروع أو

¹ قانون عضوي رقم 16-12، المؤرخ في 25 أوت 2016، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر ج ج، العدد 50، السنة 53، الصادرة في 28 أوت 2016، ص.ص. 55-65.

² المادة 136 من التعديل الدستوري لسنة 2016، السالف الذكر، تنص: "لكل من الوزير الأول والنواب و أعضاء مجلس الأمة حق المبادرة بالقوانين"

اقتراح قانون مضمونه نظير مضمون مشروع أو اقتراح قانون تجري دراسته في البرلمان أو تم رفضه أو سحبه منذ أقل من اثني عشر 12 شهر" وهذه تدرج من باب التقييد الزمني إضافة إلى التقييد المادي و النوعي.

البند الثاني: دور النظام الداخلي لغرفتي البرلمان في تحديد مجال التشريع والتنظيم

بالرجوع إلى التعديل الدستوري الأخير 2016¹، نجد بأنه ينص على الأنظمة الداخلية لغرفتي البرلمان في الفقرة الأخيرة من المادة 132 بمجرد لائحة لا ترتقي لمرتبة القانون، بينما أدرج نظام التعويضات البرلمانية على ضرورة صدور قانون عضوي ينظمها و هذا تقييد آخر عكس ما جاء به تعديل 2008 لدستور 1996.

و من جهة أخرى تنص الفقرة الأخيرة من المادة 186 (تعديل 2008) كما يفصل المجلس الدستوري في مطابقة النظام الداخلي لكل من غرفتي البرلمان للدستور، حسب الإجراءات المذكورة في الفقرة السابقة".

رغم أن النظام الداخلي لغرفتي البرلمان لا يرتقي إلى مصاف القوانين العضوية إلا أنه أخضعه المؤسس الدستوري إلى رقابة المجلس الدستوري حسب الفقرة السابقة أي نفس إجراءات النظر في دستورية القوانين العضوية. وهذا طبقاً لرأي المجلس الدستوري رقم 16/04²، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، حيث أدلى بالرأي التالي: أولاً: أن القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني و مجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينها وبين الحكومة، قد تمت المصادقة عليه طبقاً للمادة 141 (الفقرة 02) من الدستور، ويعد بذلك مطابقاً للدستور.

ثانياً: أن إخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري بخصوص مراقبة مطابقة القانون العضوي للدستور، الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية

¹ قانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، ج ر ج ج العدد 14 الصادرة في 7 مارس 2016، ص.ص. 03-37.

² رأي المجلس الدستوري رقم 04/ر، ق، ع/م د 16/، المؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، ج ر ج ج، العدد 50، السنة 53، الصادرة في 28 أوت 2016، ص.ص. 47-54.

بينها وبين الحكومة، تم تطبيقاً لأحكام الفقرة 2 من المادة 186 من الدستور (ج ر ج ج العدد 14 الصادرة بتاريخ 07 مارس 2016).

و حسب نظرنا، من خلال تحليل مواد القانون العضوي رقم 16-12¹ نجد أن إطلاق مجال التنظيم يتجلى بصورة واضحة حتى داخل قبة البرلمان، و لا شك أن سيطرة السلطة التنفيذية على كثير من المجالات تمثل توسيع كبير لسلطتها، و هذا ما يؤدي إلى توسيع في مسؤوليتها مما يستوجب تحمل تبعات نتائجها.

المبحث الثاني: المعايير الفقهية

تتازعت في تحديد أساس القانون الإداري ومعيار تحديد نطاق تطبيقه و نطاق اختصاص القاضي الإداري، الكثير من النظريات التي سيتم التطرق إليها إجمالاً في المطلب الثالث، وتبقى أهم نظريتين: نظرية المرفق العام ونظرية السلطة، أبرز الاجتهادات الفقهية التي ساهمت في تطور القانون الإداري، وهذا ما سوف نتطرق إليه من خلال المطلب الأول والثاني وفق الآتي:

المطلب الأول: نظرية المرفق العام

يعتبر هذا المعيار من أهم و أكثر المعايير الفقهية التي طبقها القضاء الإداري، حتى ارتبط مفهوم القانون الإداري بالمرفق العام وأصبح يعرف بقانون المرفق العام، إلا أن التطور الحاصل في نشاط الدولة أدى إلى البحث عن معايير أخرى تواكب هذا التطور.

الفرع الأول: مفهوم المرفق العام

تستعمل كلمة المرفق العام في القانون الإداري للدلالة على معنيين: إما للنشاط الذي يصدر عن الدولة أو إحدى هيئاتها، أو تطلق كلمة المرفق العام على الهيئة التي تزاوّل ذلك النشاط².

البند الأول: مدلول المرفق العام

لغرض توضيح مدلول المرفق العام، نتطرق إلى الجانب الشكلي ثم الجانب الموضوعي، ثم نبين عناصره.

¹ قانون عضوي رقم 16-12، السالف الذكر.

² محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الأزراطية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.180.

أولاً- تعريف المرفق العام:

1- الجانب الشكلي: يعرف المرفق العام وفق الجانب الشكلي بأنه الهيئة أو المنظمة التي تنشئها الدولة وتهدف إلى إشباع الحاجات العامة، وتكون تابعة أو جزءاً من التنظيم الإداري في الدولة دون أي اعتبار إلى موضوع النشاط الذي تقوم به هذه الهيئة.

و من ذلك يتبين لنا أن هذا الاتجاه قد ركز على العضو القائم بالمرفق أي الجهاز الإداري للمرفق، وعلى الرابطة العضوية التي ترتبط بين هذا التنظيم و الجهاز الإداري في الدولة. وقد ساد هذا المفهوم في القرن التاسع عشر عندما كان دور الدولة يقتصر على ممارسة الوظائف السيادية، كحفظ الأمن ومنع العدوان الخارجي وتحقيق العدالة، ومن أنصار هذا الاتجاه: هوريو، بونار، رولاند، إذ يتفق هؤلاء على أن المرفق العام، هو المشروع الذي تتولاه السلطات الإدارية بصورة مباشرة أو غير مباشرة وتستهدف منه تقديم الخدمات العامة للأفراد.¹

2- الجانب الموضوعي: يولي أنصار هذا الاتجاه أهمية خاصة لعنصر النشاط نفسه وما ينطوي عليه من نفع عام، وبالتالي يقصد باصطلاح المرفق العام طبقاً لهذا المدلول: الخدمة التي تؤدي للجمهور، أو النشاط الذي يمارس لتحقيق النفع العام وإشباع الحاجات العامة للأفراد.²

و قد ظهر هذا الاتجاه على يد الفقيه الفرنسي "دوجي" الذي يرى أن المرفق العام "هو كل نشاط تقوم به وتنظمه وتراقبه الحكومة، لتحقيق التضامن الاجتماعي و لأن طبيعته لا تساعد على تحقيقه تماماً إلا بتدخل السلطة العامة"، وقد سار على هذا المنوال كل من الفقيه: دولوبادير، فيدل وريفر، إذ أنهم يتفقون بأن المرفق العام هو النشاط الهادف إلى إشباع الحاجات العامة وتحقيق الصالح العام.³

¹ إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، العراق، 2007، العدد2، المجلد 14، ص.168.

² شطناوي علي خاطر، نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990، ص.17.

³ إسماعيل صعصاع البديري، المرجع السابق، ص.170.

3- المعيار المختلط: أثبت كلا المعيارين السابقين محدوديتهما، بحيث لا يمكن النظر إلى مفهوم المرفق العام إلا بجمعهما معاً، لذلك ظهر اتجاه ثالث يجمع بين المعيارين العضوي والموضوعي¹.

ثانياً - عناصر المرفق العام:

حتى نكون أمام مرفق عام، يجب الأخذ بعين الاعتبار مجموعة من العناصر، بداية من عنصر العمومية للمشروع ثم تحديد الهدف المسطر لأجله والجهة التابع له.

1- مشروع عام: أنه مشروع يمارس من قبل الإدارة العامة في الدولة، أو من قبل الأشخاص العامة الأخرى التابعة لها، مباشرة أو من قبل أشخاص آخرين ولكن تحت رقابتها وإشرافها لإشباع حاجات عامة، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة.

2- تحقيق المصلحة العامة: أي أن يكون الهدف من المشروع هو إشباع حاجة مشتركة للجماعة، وإن حاجات الناس متعددة ولا يمكن أن تكون جميعاً محورياً للمرفق العام، ومن ثم فمن المستقر عليه أن تكون الحاجة على قدر الأهمية، وتقدير هذه الأهمية، مرجعه الرأي العام السائد في مكان معين في زمن معين، مع ضرورة أن تتولى الدولة مسؤولية إشباع تلك الحاجة العامة المعينة، تحقيقاً للمصلحة العامة، أي أن يكون الهدف والغرض الأساسي الذي من أجله وجد وخلق المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة.

3- ارتباط المرفق العام بالإدارة: تقدر السلطات العامة نوع النشاط الذي ترى أن من المصلحة أن تجعل منه مرفقاً عاماً، فللسلطات العامة وحدها تقدير المجالات والنشاطات التي ترى أن من المصلحة التدخل فيها، وأخذها على عاتقها أو تحت إشرافها، حتى وإن كانت تلك المجالات من المجالات التي يستطيع الأفراد مزاوله نشاطهم فيها، فالكلمة الحاسمة بالنسبة للمرافق العامة إنما تعود للدولة والأشخاص المعنوية العامة لتأمين المصلحة العامة وحاجات الأفراد عن طريق المرفق العام².

البند الثاني: نشأة نظرية المرفق العام

في عام 1873 عدل القضاء الإداري الفرنسي وكذلك محكمة تنازع الاختصاص عن نظرية أعمال السلطة وأعمال الإدارة، وظهر معيار أو نظرية جديدة هي نظرية المرفق العام Théorie de

¹ عبد السلام السويفان، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012، ص.162.

² محمد بكر حسين، المرجع السابق، ص.181.

service public كأساس للقانون الإداري ولتحديد اختصاص القضاء الإداري الذي يطبق هذا القانون، والحكم الهام الذي كان محل اهتمام الفقه والذي أعلن نظرية المرفق العام¹، هو حكم محكمة تنازع الاختصاص في قضية السيد "بلانكو" Blanco عام 1873²، وقد قرر هذا الحكم الشهير أن مسؤولية الدولة التقصيرية إزاء الأفراد عن الأفعال الضارة التي تصدر عن موظفي وعمال الإدارة في المرفق العامة، هذه المسؤولية لا تخضع لقواعد القانون المدني التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم، وأضاف الحكم أن مسؤولية الدولة (أو الإدارة) تخضع لقواعد خاصة متميزة تجد أساسها في فكرة المرفق العام وضرورات سير المرفق العامة، ويلاحظ مجلس الدولة الفرنسي - قبل حكم "بلانكو" - كان هو نفسه قد أعلن فكرة المرفق العام كأساس للقانون الإداري في حكم أصدره عام 1855³، لكنه لم يجذب اهتمام الفقه وقتها، وبعد حكم "بلانكو" أكد القضاء نظرية المرفق العام في أحكام لاحقة، أهمها حكم مجلس الدولة في قضية ترييه عام 1903⁴. وحكم محكمة تنازع الاختصاص في قضية فيتري، عام 1908⁵.

وتطبيقاً لنظرية المرفق العام، يتحدد نطاق تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري، بكل نشاط تديره الدولة أو تهيمن على إدارته، ويستهدف مباشرة تحقيق النفع العام لجميع المواطنين (المرفق القومية) أو لمواطني إحدى الوحدات المحلية (المرفق المحلية)، مثل مرافق الدفاع والأمن والبريد والسكك الحديدية ومرافق توريد المياه والغاز والكهرباء.

وتتميز هذه النظرية كأساس للقانون الإداري في أنها تميز في نطاق النشاط الإجمالي للدولة والأشخاص المحلية، بين تلك الأنشطة المتصلة مباشرة بالمرافق العامة، والتي يحكمها القانون الإداري والقضاء الإداري في كل نواحيها من حيث تنظيمها ومن حيث القرارات والعقود والأعمال المادية، وبين الأنشطة التي تمارسها الدولة والأشخاص المحلية لتحقيق منفعة مالية خاصة، أي بهدف الربح والإيراد وليس تحقيق المنفعة العامة بصورة مباشرة، مثل الأنشطة المالية الخاصة لإدارة الأعمال الخاصة

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، ج الأول، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2009، ص.82.

² T.C, 8 février 1873, blanco (Rec. 1er supplt 61, David ; D. 1873.3.20, concl. ; S. 1873.3.153, concl.). - M. Long, Et-al, op.cit, p.1.

³ حكم "روتشيلد"، Rothschild بتاريخ 6 ديسمبر 1855، مجموعة أحكام مجلس الدولة الفرنسية لعام 1855،

Rothschild، ص 707. أشار إليه: M. Long, Et-al, op.cit, p.2.

⁴ C.E, 6 février 1903, terrier (Rec. 94, concl. Romieu ; D. 1904.3.65, concl. ; S. 1903.3.25, concl., note Hauriou ; AJ 2003, art. D Costa)

⁵ T.C. : 29 Février 1908, Feutry, Sirey 1908, P.97, Note Hauriou, Concl, Teissier.

أشار إليه: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص.82.

باستغلال الأموال الخاصة للدولة أو الأشخاص المحلية (وليس المال العام)، فتلك الأنشطة المالية الخاصة للإدارة لا يصدق عليها وصف المرفق العام، ومن ثم فهي تخضع للقانون الخاص ولاختصاص القضاء العادي.

وقد كان هناك استثناء محدود الأثر على نظرية المرفق العام يتمثل في الآتي: إن كان الأصل العام أن نشاط الدولة والأشخاص المحلية في إدارتها¹ لجميع المرافق العامة يخضع لأحكام القانون الإداري ولاختصاص القضاء الإداري، إلا أنه على سبيل الاستثناء إذا رأت الإدارة مختارة أن تلجأ أحيانا وفي بعض الأحوال إلى استعمال وسائل القانون الخاص دون وسائل القانون العام، فهنا لا مبرر لتطبيق القانون الإداري ولا يختص القضاء الإداري، ومن ثم تنطبق في هذه الأحوال الاستثنائية قواعد القانون الخاص وتختص محاكم القضاء العادي، ومثال ذلك أن تختار الإدارة أحيانا نظام العقود المدنية لشراء بعض الاحتياجات العاجلة أو أن تستخدم عمالا بعقود خاصة طبقا لقانون العمل الخاص.

وقد أيد جانب من فقهاء القانون العام نظرية المرفق العام، كأساس للقانون الإداري لبناء أحكامه وقواعده وفق مدرسة المرفق العام، ومن أعلامها الكبار الأستاذ ديغي Duguit والأستاذ بونارد Bonnard والأستاذ جيز Jèze.²

الفرع الثاني: المرفق العام أساس النظام القانوني الإداري

الوضع الجديد للسياسة و الناتج عن تغيير علاقة القوة، و الذي بفضلته تحولت الدولة إلى مرفق عام بآتم معنى الكلمة، الأمر الذي أدى حتما إلى تمييز مركز الإدارة العامة عن مركز باقي الأشخاص، و ضرورة إحاطتها بأحكام تتطابق مع تلك المنزلة سواء تعلق الأمر بأعمالها القانونية أو بالمنازعات التي تكون طرفا فيها.

البند الأول: المرفق العام معيار تقسيم النظام القانوني

المرفق العام ليس بمعيار لتمييز الاختصاص القضائي كما أشار إليه بعض الفقهاء، أو معيارا للتمييز بين أحكام القانون العام و القانون الخاص كما أكد على ذلك الأستاذ ليون ديغي، فهو أساس وجود السلطة، وإلا لا داعي لكيانها، فهما الرئيسي التحسين المستمر للدولة كشخص معنوي متكون

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.83.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع والموضع نفسه.

من جانب عضوي وهو الإقليم، من الضروري حمايته و ترقيته حتى يكون للجانب الموضوعي المتمثل في الكتلة البشرية و التي تتحرك و تستقر عليه حياة سعيدة واطمئنان دائم.

حيث أن القاضي الإداري الفرنسي في البداية حدد مسؤولية الدولة على هذا الأساس، أي وجوب محاسبة السلطة على كل عمل يمس هذين الجانبين لأنهما أساس وجودها، فممارسة السيادة تكون على الإقليم برضاء صاحبه أي الشعب، فلا بد إذن على السلطة أن تقوم بالأعمال القانونية بذكاء واحترام، خاصة القضاء وهو أول جهاز عبّر عن التزام احترام هذه الأسس حتى في غياب النصوص القانونية، و عليه فإن القاضي الإداري لم يتردد في إقرار المبادئ العامة الضرورية لتنظيم سير المرافق العامة.¹

البند الثاني: المرفق العام معيار اختصاص القضاء الإداري

بالإضافة إلى اعتباره معيار يميز بين ضرورة تطبيق الأحكام العامة و الأحكام الخاصة، ومساهمته في تحديد الاختصاص القضائي²، فالمرفق العام سمح للدولة بالتدخل في المجال الاقتصادي لحماية الجانب الاجتماعي لفكرة الدولة، أي التزام توفير كل الحاجات للمواطنين، على الرغم من الأخطار التي تميز هذا الميدان.

حوّل المرفق العامة الدولة إلى منافس قوي، تتخذ كل المبادرات الخاصة بتلبية الحاجة العامة، و خاصة عن طريق المرافق العامة التي يتم تسييرها مباشرة من طرف الدولة، و نعني بذلك المنشآت العامة.

حيث أصبح المرفق العام المسير بهذا الأسلوب عبارة عن مؤسسة خاصة تقريبا في خضوعه لعدة أحكام يتم بواسطتها حماية الموظف العام و الإدارة العامة من جهة، وأيضا المستهلك و الغير من جهة أخرى، فالمرفق العام محاط في حياته بعدة تقنيات، من الدستور إلى الأمر الفردي مرورا بالقانون الإداري في الأمور الإدارية، و خاصة منها المبادئ العامة التي نعالجها، و العقوبة التأديبية، و القانون المدني حالة المسؤولية المدنية والإدارية الناتجة عن أعمال الإدارة.³

¹ سيدي محمد بوحفص، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006-2007، ص.177.

² قرار بلانكو 1873، حيث ساهم المرفق العام في تحديد الاختصاص القضائي.

³ سيدي محمد بوحفص، المرجع السابق، ص.177.

الفرع الثالث: أزمة نظرية المرفق العام

لاشك أن نظرية المرفق العام كانت و لمدة نصف قرن الأساس الوحيد للقانون والقضاء الإداري، لكن مع بداية القرن العشرين خاصة بعد الحرب العالمية الأولى، بدأت تظهر أزمة نظرية المرفق العام، التي أثبتت محدوديتها كأساس للقانون الإداري.

البند الأول: أسباب أزمة نظرية المرفق العام

أولاً- نتيجة المشكلات الاقتصادية والاجتماعية التي خلقتها الحرب العالمية الأولى، وتحت وطأة الأفكار والاتجاهات الاشتراكية، بدأت الدولة والهيئات المحلية تنزع عنها رداء المذهب الحر وتتدخل في ميادين النشاط الاقتصادي الذي كان من قبل مقصوراً على نشاط الأفراد ومشروعاتهم الخاصة. وازداد هذا الاتجاه التدخلي في فترة الحرب العالمية الثانية والفترة التي تلتها، وتمخض عن ذلك ظهور وازدياد المرافق العامة التجارية والصناعية التي أنشأتها الدولة والهيئات المحلية، وهي مرافق تزاوّل نشاط إداري بحت.¹

هذا ويلاحظ أن هذا التطور حدث في مصر بقوة عقب حركة التأميمات الكبرى في عام

1961 وظهر شركات القطاع العام.

ثانياً- نتج أيضاً عن ظروف الحربين العالميتين والمشكلات الاجتماعية التي تولدت عنهما على الصعيد الاجتماعي، نتج عن ذلك في فرنسا ظهور مرافق عامة أخرى من نوع جديد: هي المرافق العامة الاجتماعية، ومن أهمها مرافق التأمينات الاجتماعية لعمال الصناعات والمشروعات الخاصة ومرافق التأمينات الاجتماعية للأسرة، هذه المرافق العامة ذات موضوع اجتماعي هو تأمين طبقات اجتماعية تحتاج لحماية اقتصادية واجتماعية.

وأهم ما يميز تلك المرافق الاجتماعية أنها وإن كانت تخضع لرقابة قوية من الدولة ولتنظيم أساسه تشريعي ولائحي، إلا أن إدارتها المباشرة خاصة، يتولاها الأفراد ممثلو العمال وأصحاب الأعمال في إطار شكل قانوني جديد ينتمي للقانون الخاص.²

ويلاحظ أن الوضع في مصر مختلف عن فرنسا في شأن هذه المرافق العامة الاجتماعية، فهذه المرافق الاجتماعية بهذا التنظيم الفريد لا توجد في مصر، وإنما تعتبر التأمينات الاجتماعية

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.64.

² محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.85.

للعمال لديها مرافق عامة إدارية تديرها هيئة عامة تابعة للدولة هي " هيئة التأمينات الاجتماعية" وهي خاضعة لوزارة القوى العاملة.

ثالثا- كذلك من أسباب أزمة نظرية المرفق العام في فرنسا، ظهور مرافق عامة إدارية أي من جنس نشاط الدولة الإداري الأصيل ولكن يدير هذه المرافق العامة الإدارية أشخاص معنوية خاصة، ويتكون أعضاؤها من المهنيين في قطاعات الصناعة أو التجارة أو الزراعة أو الرياضة، وتستهدف هذه المرافق الفريدة ليس لغرض ممارسة هذه المهن، وإنما بهدف تنظيمها على نحو يحمي المصلحة العامة بصورة مباشرة، وهذه المرافق نشأت بقانون أو تطبيقا للقانون وتعمل تحت رقابة الدولة القوية، ولكنها تدار بواسطة أشخاص معنوية خاصة تنتمي للقانون الخاص طبقا لما أقره القضاء. ويلاحظ أن هذه المرافق المشار إليها تختلف في فرنسا عن نقابات المهن الحرة والغرف التجارية التي هي مؤسسات عامة أي من أشخاص القانون العام وليس القانون الخاص حسب الاتجاه السائد.¹

البند الثاني: مظاهر أزمة نظرية المرفق العام

في شأن المرافق العامة التجارية والصناعية وكذلك المرافق العامة الاجتماعية، استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي وكذلك قضاء محكمة تنازع الاختصاص هناك، على أن هذه المرافق برغم أنها تتمتع بوصف المرفق العام، إلا أنها تخضع كقاعدة عامة للقانون الخاص ولاختصاص محاكم القضاء العادي، وذلك في مجموع نشاطها أي في علاقة هذه المرافق بالعاملين فيها وعلاقتها بعملائها المنتفعين بخدماتها.²

¹ يلاحظ أن أحكام مجلس الدولة وأحكام القضاء العادي في مصر لا تعترفان إطلاقا بوجود مرافق عامة مهنية تديرها أشخاص معنوية خاصة، وإنما هي من قبيل المؤسسات الخاصة ذات النفع العام مثل الجمعيات الخيرية، والمرافق العامة المهنية الوحيدة التي يقرها القضاء المصري هي نقابات المهن الحرة والغرف التجارية، التي يعتبرها القضاء من أشخاص القانون العام.

أشار إليه: محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع نفسه، ص.87.

² أنظر على سبيل المثال بالنسبة للمرافق العامة التجارية والصناعية:

-T.C. : 22 Janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain (Rec.91 ; D. 1921.3.1, concl. Matter ; S 1924.3.34, concl.), M. long, Et-al, les grands arrêts, op.cit.p.207.

بالنسبة للمرافق العامة الاجتماعية:

-C.E. : 13 Mai 1938, Caisse Primaire, Aide et Protection, (Rec.417 ; D. 1939.3.65, concl.R. Latournerie, note Pépy ; RD publ. 1938.8.830, concl.,) M. long, op.cit.p.294.

ويلاحظ أن أحكام مجلس الدولة المصري الحديثة استقرت أيضا بالنسبة للمرافق العامة التجارية والصناعية التي تأخذ شكل شركات القطاع العام، أن هذه الشركات أشخاص خاصة، تخضع في نشاطها للقانون الخاص في علاقتها بالعاملين وبعملائها.¹

إن ظاهرة قيام أشخاص معنوية خاصة بإدارة مرافق عامة، أدت إلى إصابة نظرية المرفق العام في عنصر هام من عناصرها، وهو العنصر العضوي، فطبقا للنظرية التقليدية للمرفق العام، المرفق يجب أن يدار عضويا بواسطة شخص إداري عام، والاستثناء الوحيد هو إدارة المرفق بواسطة الملتمزم تحت هيمنة الإدارة، هذا العنصر العضوي انهار طالما أن هناك مرافق عامة تديرها أشخاص خاصة خارج نظام الالتزام، ومما يزيد من أزمة نظرية المرفق العام هنا أن هذه المرافق الإدارية التي يديرها شخص خاص تخضع مع ذلك للقانون الإداري بالنسبة للقرارات الصادرة من الشخص المعنوي الخاص في تنظيم المرفق، فهذه القرارات إدارية مثل قرارات الإدارة العامة.²

وهكذا فقدت نظرية المرفق العام العنصر العضوي الذي كان يميزها، ولم يعد حجر الزاوية في تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري وتحديد اختصاص القضاء الإداري، وبدأ الفقه يبحث عن معيار أو فكرة جديدة يفسر بها هذه التطورات التي لحقت بالحياة العامة والتي انعكست في أحكام مجلس الدولة ومحكمة تنازع الاختصاص.

المطلب الثاني: نظرية السلطة العامة

لاشك أن أزمة المرفق العام، أدى إلى ضرورة إعادة صياغة وتجديد لنظرية السلطة العامة، وفعلا هذا ما فعله العميد هوريو بتقديمه لطرح جديد ورؤيا مغايرة لمعيار السلطة التقليدي، ولكن رغم هذا تعرض بدوره إلى انتقادات الفقه.

¹ محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص.87.

² أنظر حكم مجلس الدولة الفرنسي:

- C.E. : 31 Juillet 1942, Monpeurt, (Rec.239 ; D. 1942.138, concl. Ségaïat, note P.C. ; JCP 1942.II.2046, concl., note P.Laroque ; RD publ. 1943.57, concl., note Bonnard ; S 1942.3.37, concl.), M. long, Et-al, les grands arrêts, op.cit.p.301.

الفرع الأول: السلطة العامة وفق المنظور التقليدي

إن أول من نادى بمعيار السلطة العامة من فقهاء القانون العام في فرنسا في القرن التاسع عشر كل من بارتلمي Barthélemy ولافريير Lafériere ودكروك Ducroq، ويرى هؤلاء الفقهاء أن الإدارة تقوم بصنفين من الأعمال¹، وهي كالتالي:

البند الأول: أعمال السلطة العامة

ومقتضى هذه النظرية أن الدولة وهي تقوم بممارسة نشاطها، تمارس مظاهر السلطة العامة التي تميزها عن بقية الأشخاص القانونية الأخرى، وتبرز مظاهر السلطة العامة بالقدرة على الأمر والنهي وإلزام الأفراد بإرادة الإدارة المنفردة، ولذلك هذا النشاط لا يصلح أن يكون محلاً لتطبيق القانون الخاص، ولا يعقل أن تخضع المنازعات التي تنشأ بصدده للقضاء العادي بل للقضاء الإداري،

ووفقاً لهذا المعيار يكون تحديد نطاق تطبيق القانون الإداري، وتعيين الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات على ضوء طبيعة العمل الصادر من الإدارة، فإذا كان من أعمال السلطة العامة، كان القانون الإداري هو الواجب التطبيق وكان القضاء الإداري هو المختص بنظر المنازعات بصدده هذا العمل.²

البند الثاني: أعمال الإدارة العادية

أما أعمال الإدارة العادية هي التي لا تستخدم فيه سلطاتها العامة³، إنما تقوم بها كما يقوم الأفراد بأعمالهم الخاصة بنفس الأساليب وفي ذات الظروف، ولذلك لا يمكن أن يكون للإدارة امتيازاً خاصاً في هذه الحالة، بل تدخل في علاقاتها مع الآخرين على قدم المساواة وفقاً لأحكام القانون الخاص.⁴

إلا أن نظرية أو فكرة السلطة العامة كمعيار لتمييز القانون الإداري لم تسلم من سهام النقد التي وجهت لها، وتمثلت بما يلي:

¹ مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص.69.

² حمدي القبيلات، القانون الإداري، (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.59.

³ ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.75.

⁴ حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص.59.

1. يصعب في كثير من الحالات التمييز بين ما يعتبر من أعمال السلطة العامة، وما يعتبر من أعمال الإدارة العادية أو المالية، فأصبحنا بحاجة لمعيار لتوضيح المعيار.

2. هناك طائفة من أعمال الإدارة ذات طبيعة مختلطة، أي تتضمن عناصر السلطة العامة والإدارة العادية في آن واحد، كالعقود الإدارية فهي اتفاقيات رضائية قائمة على النقاء إرادتين كالعقود الأخرى، إلا أنها قد تتضمن شروطا غير مألوفة في القانون الخاص مستمدة من فكرة السلطة العامة، كتعديل العقد الإداري بإرادة الإدارة المنفردة وفرض جزاءات على المتعاقد مع الإدارة.

3. تؤدي إلى ازدواج في شخصية الدولة، شخصية الدولة بوصفها سلطة عامة، وشخصية الدولة المالية، وتخضع الأولى للقانون العام والثانية تخضع للقانون الخاص، وهذه نتيجة لا تستند إلى أساس منطقي، فالدولة واحدة ولا يمكن أن تتمتع بشخصيتين قانونيتين في نفس الوقت، وهذا يناقض حقيقة وحدة الدولة.

4. قد يؤدي الأخذ بهذه الفكرة أو المعيار إلى حصر نطاق تطبيق القانون الإداري على الأعمال العمومية للإدارة دون سواها من الأعمال غير العمومية.¹

ونظرا لهذه الانتقادات، قد هجر هذا المعيار في النصف الثاني من القرن التاسع عشر، نظرا لصعوبة تطبيقه عملا ولشدة تضيقه لمجال تطبيق القانون الإداري، وأصبحت صورة معيار السلطة الحديث هي التفرقة بين الإدارة العامة *gestion publique* والإدارة الخاصة *gestion privée*.²

الفرع الثاني: الاتجاه الحديث للسلطة العامة

إزاء ما تعرضت له نظرية السلطة في صورتها الأولى التقليدية من نقد تطورت هذه النظرية واستند أنصارها على أساس آخر غير أساس الشكل الذي استندت إليه النظرية في صورتها الأولى.³

لقد استند أنصار نظرية السلطة في صورتها الجديدة إلى أساس موضوعي في تحديد أعمال السلطة، فذكروا أن طبيعة العمل ذاته وطبيعة الوسائل "الامتيازات" التي يستخدمها من قام بالعمل هما أساس تحديد نطاق القانون الإداري وأساس اختصاص القضاء الإداري، وعلى ذلك يعد العمل إداريا إذا كانت طبيعة العمل تقوم على أساس فكرة السلطة أو إذا ما استخدمت الإدارة بعض الامتيازات المقررة للسلطة العامة.

¹ من هؤلاء الفقهاء « Duguit » دوجي الذي قدر أن الدولة هي مجموعة مرافق عامة يشرف عليها الحكام.

² ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص.75.

³ قرر الفقيه "فيلد" في أوائل الخمسينات من القرن العشرين، بحث وتطوير نظرية السلطة العامة من جديد.

وهكذا ظهرت نظرية السلطة العامة بصورتها الحديثة كأساس للقانون الإداري على يد اثنين من أكبر أساتذة القانون العام في فرنسا هما: عميد مدرسة تولوز موريس هوريو، وتلميذه العميد جورج فيدل.¹

البند الأول: معيار السلطة العامة عند العميد هوريو

إن القانون الإداري هو قانون السلطة العامة، هكذا رأى العميد هوريو في آخر كتاباته ولم يصل عميد تولوز إلى رأيه هذا إلا بعد تفكير طويل في مشاكل القانون الإداري، فقد بدأ في سنة 1899 في كتابه الإدارة الإدارية La gestion administrative يعطي الأولوية للأهداف لا للوسائل، فكانت الأهداف في نظره هي التي تحكم الوسائل و تؤثر فيها، ولكنه عندما عالج نفس هذه المشكلة بحوالي ربع قرن غير رأيه وسار في الاتجاه العكسي.²

حيث حاول هوريو أن يجد السند والحجة لما يذهب إليه بقوله: " في القانون العام الأهداف التي تسعى إليها الدولة ثانوية بالنسبة للوسائل التي تلجأ إليها لتحقيقها، وهذا يؤكد حقيقة مؤداها أن ما تمتع به الإدارة من سلطات تفوق ما تسعى إليه من أهداف"³.

وقد تبدى هذا الرأي بوضوح في المقدمة التي صدر بها كتابه الوجيز في القانون الإداري في طبعته الحادية عشرة، وجعل عنوانها السلطة العامة و المرافق العامة و قال في سطورها الأولى:

أنهما فكرتان أساسيتان في النظام الإداري الفرنسي: المرفق العام هو العمل الذي تسعى الإدارة العامة إلى تنفيذه، و السلطة العامة هي الوسيلة إلى ذلك و بما أن النظرية القانونية لا يمكنها أن تتسع لوضع الفكرتين في نفس المستوى، فإننا يجب أن نختار أيهما تسود، ولكن ما الذي نختاره؟⁴

ويجيب العميد هوريو على هذا التساؤل - بعد ذلك مباشرة - فيقول: إن الفقهاء الذين نظموا القانون الإداري قد أسسوه على السلطة العامة، لقد قاموا بهذا الاختيار بالبداهة، أولاً: لأن مبدأ فصل السلطات الذي أعلنه تشريع الثورة بقوة قد عرى أساس السلطة التنفيذية، ومن ناحية أخرى، فإنه طاعة

¹ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري، ماهية القانون الإداري، التطور الإداري، النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص.108.

² مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، د ت ن، ص.ص.70.71.

³ هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص.108.

⁴ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.71.

لتقاليد الفقهاء في كل العصور فإن فقهاءنا قد حددوا نطاق القانون، ليس في منطقة الأهداف المقصودة و إنما في منطقة السلطات و الحقوق و أن القانون الخاص لا يهتم إلا قليلا بالأهداف التي يقصدها الأفراد، لأن هدفه هو الوسائل التي يستعملها الأفراد و التي تتمثل في الحقوق التي يدعون مزاولتها بما يملكون من سلطان الإرادة، و نفس الشيء يوجد في القانون العام، فإن أهداف الدولة تبدو بالنسبة لها ثانوية، و بالاختصار فإن القانون التقليدي في مقاصده يضع سلطات الإرادة التي هي وسائل العمل قبل الأهداف، و إذا كان الفقهاء الذين نظموا القانون الإداري قد أسسوه على السلطة العامة أليس هناك مكان قد ترك للمرفق العام؟.

إن العميد هوريو لا يتجاهل المرفق العام كله، و لا ينكر وجوده أو أهميته، فنراه في نفس المقدمة يقول:

"إننا مع احتفاظنا للسلطة العامة- في القانون الإداري- بالدور الأول فإنه يجب الاعتراف بأن المرفق العام حتى و هو يوضع في المكان الثاني يلعب دورا هاما، ففكرة المرفق هي التي تؤدي إلى التحديد الذاتي الموضوعي للسلطة العامة".¹

البند الثاني: معيار السلطة العامة عند فيدل *vedel*

تبنى معيار السلطة العامة الفقيه جورج فيدل على أساس دستور عام 1946.² وأدرك أن معيار السلطة العامة له صلة وثيقة بين الإدارة والسلطة التنفيذية، تلك السلطة التي تباشر وظيفتها الإدارية عن طريق الضبط الإداري أو بواسطة المرفق العام، ولذلك عرف الإدارة بأنها استخدام السلطة العامة بواسطة السلطة التنفيذية، وعرف القانون الإداري بأنه مجموعة القواعد المطبقة على نشاط السلطة التنفيذية حين تستخدم أساليب السلطة العامة.³

وقد تلقف العميد "جورج فيدل" فكرة السلطة العامة بشكلها الجديد وعمقها، ونتيجة للانتقادات السابقة حاول هذا الفقيه البحث عن صياغة جديدة لهذه النظرية حيث كان مهتما بالبحث عن الأسس الدستورية للقانون الإداري، والسبب في ذلك أن الدستور يعهد إلى السلطة التنفيذية بمهمة تنفيذ القوانين، هذه المهمة يقصد بها بمعناها الواسع حفظ النظام العام، وضمان سير المرافق العامة، مع أن هذه الوظيفة الإدارية ليست المهمة الوحيدة للسلطة التنفيذية، وعليه فإن الإدارة من أجل قيامها

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.71.

² مصلح ممدوح الصرايرة، المرجع السابق، ص.70.

³ حسين فريجه، شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، ط الثانية، د م ج، الجزائر، 2010، ص.85.

بوظيفتها ومهامها بحاجة إلى وسائل تكفل حسن قيامها بتلك الوظيفة، وهذه الوسائل هي "السلطة العامة"، ولا يقتصر التمتع بها على الإدارة فحسب، وإنما هي امتياز تتمتع به كافة أجهزة الدولة، ذلك أنها امتيازات غير مألوفة في القانون الخاص، كتنفيذ قراراتها جبراً، وسلطتها في نزع الملكية.¹

الفرع الثالث: نظرية السلطة العامة بين التقييد و الإطلاق

إن ما تتمتع به السلطة العامة من امتيازات تجعلها في مركز أسمى من مركز الأفراد، إلا أن هذا لا يعني السلطة المطلقة، وإنما قد ترد عليها جملة من القيود وفق قواعد القانون الإداري.

البند الأول: امتيازات السلطة العامة

تتمثل سلطات وامتيازات الإدارة في: سلطتها في اتخاذ القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، وامتيازاتها في تنفيذ قراراتها جبراً أو مباشرةً عند الاقتضاء ودون إذن من القضاء، وامتيازات في نزع ملكية عقار للمنفعة العمومية عن طريق (الاستملاك).

وامتيازاتها في مجال الضبط الإداري الذي يقوم على تقييد حرية الأفراد بهدف حماية النظام العام حيث لا يمكن للإدارة ممارسته بدون امتيازات وسلطات خاصة لا يستطيع الأفراد استخدامها، فهي تمثل وسيلة الإدارة (البوليسية) لتحقيق أهداف الضبط الإداري.

وامتيازات في مجال حماية التنظيم الإداري والعاملين فيه وأمواله العامة وما تتمتع به من سلطات لتوفير هذه الحماية.²

ومسؤولية الإدارة أيضاً، تتمتع بقواعد خاصة تختلف في كثير من الأحيان عن مسؤولية الفرد إزاء الفرد، وقالت عنها محكمة التنازع الاختصاص في حكم بلانكو عام 1873 أنها "ليست عامة وليست مطلقة"³

¹ هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، عمان، الأردن، ص.108.

ذكره أيضاً: جمال محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، الكتاب الأول، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1993، ص.110.

² نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008. ص.ص.89.90.

³ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص.74.

البند الثاني: القيود الواردة على السلطة العامة

تتمثل القيود والضوابط المفروضة على الإدارة في ممارستها لسلطتها التي تستهدف دائما تحقيق المصلحة العامة في: القيود المفروضة على الإدارة في مجال الوظيفة العامة والتي تشمل تعيين الموظفين وترقيتهم وتأديبهم، والقيود الخاصة بإبرام العقود الإدارية حيث يحدد المشرع قيودا والتزامات خاصة باختيار المتعاقد مع الإدارة وهي قيود والتزامات تختلف في نوعها وحجمها من دولة إلى أخرى، كالأخذ بأسلوب المناقصات والمزايدات، والذي يجعل اختصاص الإدارة في المناقصة اختصاصا مقيدا يجري على قواعد وضعت لصالح الإدارة والأفراد على السواء، ويقصد كفالة احترام مبدأ المساواة بين المناقصين.

والقيود المفروضة على الإدارة في ممارسة سلطتها التقديرية، والتي تتمثل في المبادئ العامة التي وضعها القضاء الإداري للحد من مباشرة الإدارة لحريتها في التقدير حتى لا تغدو سلطة مطلقة من كل قيد حقيقي.¹

المطلب الثالث: المعايير البديلة كأساس للقانون الإداري

نتيجة للأزمة التي تعرضت لها فكرة المرفق العام و الانتقادات الموجهة إلى معيار السلطة العامة، اختلف الفقه حول الأساس الذي يستند إليه القانون الإداري، ونادى بعدة معايير نلخصها كالآتي:

الفرع الأول: المعايير القديمة التي نادى بها الفقه

لا شك أن المعايير القديمة التي نادى بها الفقه في المراحل الأولى لبناء النظام القانوني الإداري، كانت موافقة لحقبة زمنية تبنت الفصل الجامد بين السلطات.

البند الأول: معيار الشخص المعنوي العام

يعد هذا المعيار من أقدم المعايير الذي قدمه الفقه الفرنسي، إذ يعود أساسه إلى قانون 16 أوت سنة 1790 الذي كان يمنع السلطة القضائية من التدخل في أعمال الإدارة، ومضمون هذا المعيار هو أن النزاع يكون إداريا ويخضع لاختصاص القضاء الإداري إذا ما كانت الإدارة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى طرفا في المنازعة، والواضح أن هذا المعيار هو معيار شكلي

¹ نواف كنعان، المرجع السابق، ص.90.

محض إذ أنه يعتمد على وجود أو عدم وجود الشخص المعنوي العام كطرف في النزاع دون البحث عن عوامل أخرى فيه.

ورغم البساطة الظاهرة لهذا المعيار إلا أنه يتضمن صعوبة في كيفية تحديد طبيعة الشخص طرف النزاع، فإذا كان سهل المعرفة في بعض الإدارات التقليدية إلا أنه صعب في أخرى، ولا يخف أن هذا المعيار يوسع كثيرا من اختصاصات القضاء الإداري¹.

البند الثاني: معيار الدولة المدينة

يرتكز هذا المعيار على مبدأ يقضي بأن العمل الذي يستهدف إقرار دين عام على الدولة يجب أن يكون صادرا عن الإدارة، وعلى هذا الأساس يتمتع القضاء العادي النظر في شأنه.

وقد اعتمد القضاء الفرنسي هذا المعيار من أحكام القانون الصادر بتاريخ 8 أوت 1790 والمرسوم الصادر في 26 جويلية 1793 والذي بمقتضاه يعود للسلطة الإدارية وحدها أن تقرر مسؤولية الدولة، ذلك أن إقرار دين على عاتق الدولة صادر عن القضاء العادي، ينطوي على إصدار أمر إلى السلطة التنفيذية، فلا يجوز إذا للمحاكم العادية النظر في مثل هذا العمل بل يكون النظر من اختصاص السلطة الإدارية أو القضاء الإداري².

الفرع الثاني: المعايير الشبيهة بنظرية المرفق العام والسلطة

في حقيقة الأمر لا يوجد فقط معيار السلطة العامة ومعيار المرفق العام كأساس وحيد لاختصاص القضاء، بل نادى الفقه بعدة معايير إلا أنها لم ترق لمصاف النظريتين السابقتين، ويمكن إجمالها فيما يلي:

البند الأول: معيار المنفعة العامة

يرى الفقيه "فالين" الاستعاضة عن فكرة المرافق العامة كأساس للقانون الإداري بفكرة المنفعة العامة، ما دام أن الغاية من ممارسة الوظيفة هي في حقيقة الأمر تحقيق النفع العام، ذلك أن الغاية

¹ عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2012، ص.377.

² حسين فريجه، المرجع السابق، ص.62.

من إنشاء المرافق العامة ومن ممارسة السلطة العامة هي تحقيق المنفعة العامة، وعلى ذلك فإن فكرة النفع العام تعتبر الأساس في تطبيق القانون الإداري وفي اختصاص القضاء الإداري.¹

على أنه يلاحظ أن فكرة النفع العام لا يمكن أن تصلح كمعيار محدد يقوم عليه القانون الإداري حقيقة، و أن غاية النشاط الإداري تحقيق النفع العام، إلا أن هناك نشاط لا يتم جميعه داخل نطاق القانون الإداري، فقد يطبق القانون الخاص على جانب من النشاط الإداري على الرغم من أن غاية هذا الأخير تحقيق المنفعة العامة، كما أن المشروعات الفردية الخاصة قد تسعى من جانبها إلى تحقيق النفع العام ومع ذلك تخضع هذه المشروعات أساسا لأحكام القانون الخاص.²

إلا أن الأستاذ فالين لم يبق مخلصا لهذه الفكرة واعتبرها فيما بعد فكرة واسعة جدا لا تصلح أن تكون أساسا للقانون الإداري.³

البند الثاني: معيار الوسائل القانونية

نادى جانب من الفقه الفرنسي كالأستاذ "دي كوراي" أنه يتعين تحديد نطاق القانون الإداري تبعاً للوسائل القانونية المستعملة في ممارسة الإدارة لنشاطها.

فإذا ما قامت الإدارة في ممارسة نشاطها باستعمال وسائل غير عادية أي غير مألوفة في ميدان القانون الخاص طبقت في هذه الحالة قواعد القانون الإداري، وذلك بغض النظر عن طبيعة المرفق ذاته، أما إذا مارست الإدارة نشاطها بذات الوسائل المألوفة في ميدان القانون الخاص استبعدت في هذه الحالة قواعد القانون الإداري وطبقت بالتالي أحكام القانون الخاص.

يتضح أنه وفقاً لهذا الرأي يتحدد نطاق القانون الإداري بحسب الوسائل التي تستعملها أو تلجأ إليها السلطات الإدارية، فإذا قامت الإدارة باستعمال وسائل القانون العام (أي الوسائل غير المألوفة في القانون الخاص) فإن مثل هذه الأعمال تدخل في نطاق القانون الإداري بغض النظر عن طبيعة المرفق ذاته، أما إذا لجأت الإدارة إلى استعمال وسائل القانون الخاص، حق تطبيق أحكام هذا القانون الأخير.⁴

¹ Marcel waline, Droit Administratif, 8^e éd, Traité Sirey, 1952, P. 93.

أشار إليه: هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص.112.

² هاني علي الطهراوي، المرجع السابق، ص.112.

³ حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص.63.

⁴ هاني علي الطهراوي، المرجع نفسه، ص.113.

الفرع الثالث: المعايير المختلفة

هذه المعايير جاء بها الفقه لتقريب وجهات النظر، وأخذ المزايا واستبعاد الانتقادات الموجهة لمختلف النظريات، وبناء معيار قانوني يكون أقرب لتفسير أساس القانون الإداري.

البند الأول: الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة

يقوم هذا المعيار على أساس الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة، وتقدم فكرة المرفق العام على فكرة السلطة العامة في التطبيق العملي، أي أن الأولوية للمرفق العام، ثم تليه فكرة السلطة العامة بما تتضمنه من استخدام أساليب القانون العام، لسد الفراغ في المجالات التي يعجز المرفق العام عن تغطيتها، إلا أن هناك من الفقه من يرى تقديم السلطة العامة على المرفق العام.

وبحسب هذا المعيار يتحدد نطاق القانون الإداري وتطبق قواعده، إذا كان النزاع متعلقا بنشاط قام به مرفق عام، أو يستهدف خدمة نشاط مرفقي، وتستخدم في هذا النشاط وسائل وأساليب القانون العام.

وقد لقي هذا المعيار قبولا لدى طائفة من الفقه باعتباره أساسا للقانون الإداري، حيث تجنب بعض الانتقادات التي وجهت إلى المعايير السابقة¹.

البند الثاني: معيار الوسائل والأهداف

ذكر الفقيه "ريفيرو" أن أساس القانون الإداري لا يتحدد فقط بواسطة الوسائل القانونية المستعملة، بل يتحدد على أساس الوسائل والأهداف معا.

وعلى ذلك يجب على الإدارة أن تتبع في مباشرة نشاطها وسائل القانون العام أي الوسائل غير العادية وغير المألوفة في أحكام القانون الخاص، كما يجب عليها علاوة على ذلك أن تهدف إلى تحقيق المنفعة العامة.

المبحث الثالث: المعايير القضائية

تبدو أهمية تحديد مجال أعمال السيادة، فيما يترتب عليه من تحديد لنطاق اختصاص ورقابة القضاء الإداري على أعمال الإدارة العامة وقراراتها، ذلك أن السلطة التنفيذية تصدر عنها أعمال

¹ حمدي القبيلات، المرجع السابق، ص.ص. 64.65.

أخرى بخلاف أعمال السيادة، وهي الأعمال الإدارية الخاضعة لرقابة القاضي الإداري إلغاء وتعويضاً،
فما هو معيار التفرقة بين أعمال السيادة والأعمال الإدارية الأخرى¹؟

اختلف القضاء اختلافاً شتى حول المعيار الذي يحدد ويميز أعمال السيادة دون غيرها من
الأعمال الإدارية أو التشريعية أو القضائية، حتى يمكنه من إعمال رقابته على هذه الأعمال، وعليه
تعددت المعايير والمذاهب في هذا الشأن:

المطلب الأول: معيار الباعث السياسي

يعتبر هذا المعيار هو أقدم المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي للتمييز بين أعمال
السيادة وغيرها من الأعمال الأخرى على غرار الأعمال الإدارية.

الفرع الأول: مدلول الباعث السياسي

نتطرق في هذا الفرع أولاً إلى مضمون فكرة الباعث السياسي ثم كيفية نشأته.

البند الأول: مضمون فكرة الباعث السياسي

يعد أقدم المعايير التي عمل بها مجلس الدولة في فرنسا²، ومضمون هذا المعيار هو النظر
إلى الباعث الذي دفع الحكومة إلى إصدار العمل فإذا كان الباعث سياسياً أصبح العمل من أعمال
السيادة. أما إذا لم يكن الباعث سياسياً كان العمل إدارياً ولهذا فإن أعمال السيادة طبقاً لهذا المعيار
هي الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية مدفوعة ببواعث سياسية، فالباعث السياسي هو الذي يحدد
مدى خضوع عمل السلطة التنفيذية أو الحكومة لرقابة القضاء، فإذا كان العمل ذو باعث سياسي عد
من أعمال السيادة ولا يخضع لرقابة القضاء ومن ثم لا تكون الدولة مسؤولة عنه، وعلى العكس إذا لم
يكن الباعث هو الذي دفع السلطة التنفيذية لإصدار العمل سياسياً، فإن هذا العمل لا يعد من قبيل
أعمال السيادة وبالتالي فهو يخضع لرقابة القضاء وتكون الدولة مسؤولة عنه³.

¹ عبد القادر قاسم العيد، المرجع السابق، ص. 381.

² عبد القادر قاسم العيد، المرجع السابق، ص. 382.

³ وحيد فكري رأفت، مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمام القضاء، مجلة القانون والاقتصاد، القاهرة، مارس 1939، العدد
08، ص. 186.

ويظهر بشكل واضح أن هذا المعيار القائم على أساس الدافع السياسي لا يضع حدوداً واضحة لهذه الطائفة من الأعمال، وبناء عليه تستطيع السلطة التنفيذية أن تحول دون عرض القرارات الصادرة عنها على القضاء بحجة الغرض السياسي الذي دفعها لاتخاذها.¹

البند الثاني: نشأة معيار العمل السياسي

كانت بداية ظهور فكرة العمل السياسي في قضاء مجلس الدولة بحكمه الذي أصدره في قضية « Laffitte » سنة 1822²، والتي تتلخص وقائعها في أن المادة 4 من قانون 12 يناير سنة 1816 قد نصت على استبعاد عائلة نابليون بونابرت من فرنسا وحرمانهم من التمتع بالحقوق المدنية فيها، ومن تملك أية أموال أو سندات أو معاشات تقررت لهم على سبيل المنحة كما نصت على إلزامهم في بحر ستة أشهر ببيع الأموال التي يملكونها بعوض.

وكان لماري بولين بونابرت مرتبات استحققت ولم تصرف حتى تاريخ صدور هذا القانون وقد حولت قيمتها إلى بنك لافيت الذي طالب وزير المالية بصرف قيمتها، فقررت الحكومة عدم الصرف، فطعن البنك في قرار الرفض المذكور أما مجلس الدولة فرفض المجلس بدوره نظر الدعوى بناء على أن طلب المدعي يتعلق بمسألة سياسية والحكومة وحدها هي التي تختص بقرار الفصل فيها.³

"considérant que la réclamation du sieur B. Tien à une question politique, dont la décision appartient exclusivement au gouvernement. "

كما أثير الموضوع مرة أخرى بمناسبة قضية Duchesse de saint - leu et d'autres بتاريخ 1828 /12/3⁴ والتي تتلخص وقائعها في أن نابليون اشترط أثناء تنازله عن العرش بمقتضى معاهدة Fontenbleau النص في المعاهدة على تقرير بعض المرتبات لأعضاء أسرته فلما عاد من جزيرة ألبا وجد أن أعضاء أسرته لم يقبضوا لا هذه المرتبات المنصوص عليها في هذه المعاهدة ولا المرتبات التي كانت مقررة لهم بموجب مراسيم قبل تنازله عن العرش في أول أبريل في عام 1814، فاتخذ الإجراءات اللازمة لدفع هذه المرتبات.

¹ عبد الله طلبية، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2015-2016، ص.207.

² أشار إليه: عبد الله طلبية، المرجع السابق، ص.207. C.E. 1-5-1822 Laffitte. Sirey. P.63.

³ محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2009، ص.420.

⁴ أشار إليه: محمد بن براك الفوزان، المرجع والموضع نفسه C.E. 3-15-1828, Duchesse saint-Leu, Rec. P.641.

وبعد مغادرته فرنسا للمرة الثانية امتنعت الحكومة عن تسليمهم هذه المرتبات، فطعن بعضهم أمام المجلس طالبين تسليمها لهم مستنديين إلى المعاهدة المذكورة وإلى المراسيم التي سبق أن منحهم نابليون بمقتضاها هذه المرتبات في التاريخ المذكور، فاستندت الحكومة إلى عدم اختصاص المجلس بنظر هذه الدعاوى بناء على قانون 12 يناير لعام 1816م السالف الذكر بأنه قانون سياسي خاص بأسرة نابليون وأنه في حقيقته عمل يتعلق بالسياسة العليا¹.

وأبرز قرار يجسد هذا الاجتهاد هو ذلك الصادر بتاريخ 1867 في قضية "دوق دومال duc d'Aumale"، وخلصته أن هذا الأخير طعن في صحة القرار الذي قضى بمصادرة نسخ كتابه بعد أن رفضت السلطة الإدارية إعادتها إليه، فاعتبر مجلس الدولة أن في الأمر عملاً سياسياً (un acte politique) غير خاضع لرقابته.

« la saisie d'un ouvrage du duc d'Aumale et le refus de restituer les exemplaires saisis sont considérés comme des actes politique qui ne sont pas de nature a nous êtres déferés pour excès de pouvoir en notre conseil d'Etat par voie contentieuse »²

الفرع الثاني: النتائج المترتبة على أعمال معيار الباعث السياسي

لقد كانت الأحكام الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في العديد من قراراته، تضع فصل بين النزاع الذي يستند إلى أحكام القانون الداخلي، والنزاع الذي يستند إلى العمل الدبلوماسي. وعليه يمكن استخلاص نتائج هذه التفرقة على النحو التالي:

البند الأول: على المستوى الداخلي

لاشك أن الأعمال التي تتخذها الحكومة في مواجهة الأسر المالكة المخلوعة- والتي كان يسميها أحياناً- بالأعمال السياسية، أو أعمال حكومية ذات طابع سياسي أصيل، وأحياناً أخرى يطلق عليها عبارة مسائل سياسية، كانت تخرج عن اختصاص مجلس الدولة والمحاكم القضائية سواء فيما يتعلق بإلغاء هذه الأعمال أو بتفسيرها أو بتنفيذها أو بتحديد آثارها، ولا يختص بالفصل فيها وتقديرها

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.420.

² مصباح وليد عرابي، تطور نظرية الأعمال الحكومية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2013، ص.48.

إلا الحكومة لتطبيق القوانين والمراسيم التي تنظم حقوقهم المدنية في فرنسا وكذلك الإجراءات البوليسية الصادرة للحد من نشاطهم السياسي.¹

البند الثاني: على المستوى الخارجي (الدبلوماسي)²

لابد من أن يكون العمل الحكومي يستند إلى أحكام القانون الداخلي حتى يتم تكييفه على أنه عمل سياسي، أما إذا كان يستند إلى المعاهدات فإن المجلس يقرر عدم اختصاصه بناء على أنه من الأعمال الدبلوماسية، فالمجلس لم يخلط منذ البداية بين العمل الداخلي الذي كان يسميه بالعمل الحكومي أو السياسي وبين العمل الدبلوماسي، وهذه التفرقة واضحة في أحكامه الصادرة في قضية (دوقاديسان) في سنة 1838 وقضية البرنس لويس نابليون سنة 1844، ويؤكد هذه التفرقة مقارنة الحكمين الصادرين في قضية (هيرتز نابليون بونابرت) سنة 1839³ وقضية (فوف جوسين مورات).

الفرع الثالث: نقد معيار الباعث السياسي

تعرض معيار الباعث السياسي للعديد من الانتقادات الحادة التي أوردها الفقه ضد هذا المعيار بشكل عام، وأهم الانتقادات التي برزت أنه معيار يعتبر خطر على حرية الأفراد الشخصية وأمنهم، كما أن هذا المعيار قد انتقد من جهة أنه مخالف للديمقراطية التي هي أساس نظم الحكم الحديثة، وأهم تلك الانتقادات نذكر ما يلي:

¹ أشار إليه: محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، القسم الأول، مبدأ المشروعية وتنظيم القضاء الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997، ص.108.

² محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.422.

³ موضوع الدعوى كان يتعلق باستلام السيدة بونابرت المستحق لها، وقد رفض وزير المالية الإقرار به واستند في هذا الرفض إلى المادة 9 من المعاهدة السابقة، فردت المدعية بأن فرنسا لا حق لها في الاستناد إلى نصوص هذه المعاهدة حيث لم تكن ممثلة فيها فضلا على أن المعاهدة لم تنشر في الجريدة الرسمية وليس لها أصل في أرشيف وزارة الخارجية، وحتى مع التسليم بحق فرنسا في الاستناد إليها فإنها لم تنفذ نصوصها التي تقر لأعضاء أسرة نابليون ببعض الحقوق وخاصة الفقرة الثانية من المادة التاسعة، فرد الوزير على هذه الحجة بأن فرنسا لها الحق في الاستناد إلى نصوص المعاهد لأنها صدقت عليها فيما بعد حينما قبلت الالتزامات التي نصت عليها ونفذت شروطها.

عموما إن قضاء مجلس الدولة الفرنسي دفع بعدم اختصاصه بنظر الدعوى باعتبار أن المسائل المتعلقة بها تتصل بأعمال حكومية ذات طابع سياسي، ولو كان العمل الدبلوماسي هو إحدى صور الأعمال الحكومية، لما كان في حاجة إلى الاستناد إلى قانون 12 يناير وكان قرر أن النزاع يعتبر عملا حكوميا ذا طابع سياسي أصيل، وهذه التفرقة واضحة أيضا في وقائع القضية الثابتة والحكم فيها.

البند الأول: تقييد للحريات والحقوق

يؤدي إلى عدم المساس بالأعمال الإدارية كلما رغبت الحكومة أن تفلت من الرقابة القضائية، إذ أنها تضيف عليها صفة العمل الحكومي أو أعمال السيادة. مما يجعل هذا المعيار يساعد على عدم رقابة شرعية أعمال هي بالذات أكثر ما تكون الحاجة ماسة بشأنها للرقابة والمسؤولية، وهي الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بناء على أفكارها السياسية، وأعمال الدبلوماسيين هي الأكثر مساسا بحرية الأفراد كلما ادعت الحكومة بأنها استهدفت المصلحة العامة للبلاد وحاجات الأمن العام إذ تعتبر هذه العبارات عامة ومرنة مطاطة وتحمل في طياتها الكثير من الأعمال. إذ يصبح هذا المعيار بذلك غير محدد ويستمد قوته من الاستبداد تحت هذه المسميات التي عجز الجميع عن تحديد مدلول دقيق له¹.

البند الثاني: مخالفة المبادئ الديمقراطية

أنتقد هذا المعيار من جهة أنه مخالف للديمقراطية التي هي أساس نظم الحكم الحديثة إذ أنه لا يمكن أن يفسر هذا المعيار إلا بالأفكار العتيقة لمعنى الحكم، ففي العصور القديمة كانت الحكومات مطلقة السلطة، وكان رؤساؤها أصحاب سيادة بكل ما تحمله هذه الكلمة من معاني، وذلك بعكس الوضع السائد بنظم الحكومات الحديثة القائمة على فكرة الديمقراطية، فالسيادة إنما تتركز في الشعب وأما القائمون بالحكم فهم مهما علت مراكزهم لا يتمتعون بسلطات كاملة فليس لهم إلا اختصاصات وفق نصوص الدساتير والقوانين، فإذا تجاوزوا هذه الصلاحيات المحددة فإنما يكونون قد قاموا بأعمال تعسفية أو غصب يخضع في مشروعيته لرقابة القضاء².

لذلك كان من المتوقع هجر معيار الباعث السياسي وهو ما حدث فور انطواء صفحة القضاء المحجوز التي كان يعاني منه مجلس الدولة على النحو السالف الذكر في نشأة نظرية أعمال السيادة. ويمكن القول أن خلاصة الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي تبين أن نظرية الباعث السياسي لم تكن نظرية متكاملة ولم تكن معيارا للأعمال الخارجة عن اختصاص مجلس الدولة، وإنما كان معيارا للعمل السياسي أو الحكومي الخاص بأعضاء الأسرة المالكة المخلوعة فحسب، وأن هذه

¹ ROGER Bonnard, Précis de droit administratif, 4^e éd, L G D J, 1943, P. 142.

أشار إليه: محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.425.

² محمد بن براك الفوزان، المرجع والموضع نفسه.

النظرية قضى عليها نهائيا بعد حكم المجلس في قضية (برنس نابليون) 1875¹، إلا العمل الدبلوماسي والأعمال الدبلوماسية كانت لا تشملها فكرة الباعث السياسي قط.

وقد تأثر القضاء المصري بمعيار الباعث السياسي فأخذ به في بعض أحكامه، بينما نلاحظ أنه يرفض الأخذ به في بعض الأحكام الأخرى، مما يعني أن القضاء المصري كان متناقضا في أحكامه تجاه هذا المعيار، فمثلا هناك العديد من الأحكام التي صدرت ضد هذا المعيار² عن مجلس الدولة المصري بل لا توجد أحكام صادرة من مجلس الدولة المصري آخذة بهذا المعيار وإنما الأحكام التي صدرت بموجب هذا المعيار هي أحكام صادرة من القضاء المدني فقط³.

حيث يتضح من ذلك أن القضاء المدني هو الذي ناقض نفسه تجاه الأخذ بهذا المعيار فتارة تصدر له أحكام ضد المعيار وتارة أخرى يأخذ بهذا المعيار.

المطلب الثاني: معيار طبيعة العمل (المعيار الموضوعي)

نظرا للانتقادات الموجهة لمعيار الباعث السياسي اتجه الفقه والقضاء صوب البحث عن معيار آخر يصلح كأساس للتمييز بين أعمال السيادة وأعمال إدارية أخرى بالنظر إلى موضوعها، لكن ثار خلاف في الفقه القانوني الفرنسي في كيفية التمييز بناء على هذا المعيار، وفي سبيل ذلك ظهرت ثلاث اتجاهات وذلك وفق الآتي:

¹ C.E 19 février 1875, Prince Napoléon, (Rec. 155, concl. David ; D. 1875.3.18, concl.), M.long, op.cit, p.16. حيث طعن الأمير جوزيف نابليون بونابيرت Napoléon Joseph Bonaparte في القرار الصادر عن وزير الدفاع والقاضي بحرمانه من لقب جنرال و استبعاده من قائمة الجنرالات بالجيش، ودفعت الحكومة الدعوى بأن الإجراء المعني عليه يمس أحد أعضاء أسرة نابليون التي زال عرشها وهو ما يعتبر أنه اتخذ طبقا لاعتبارات سياسية ويتنافى مع المادة الأولى من قانون 19 ماي 1834 التي منحت الرتبة العسكرية، إلا أن المجلس أعرض عن هذا التبرير ونظر الدعوى مما يؤكد عدول القضاء الفرنسي كلية عن هذا المعيار.

² فمن الأحكام التي صدرت من مجلس الدولة وترفض الأخذ بمعيار الباعث السياسي الحكم رقم 587 لسنة 5 ق بمجموعة أحكام المجلس الخامسة: 1099 وحكمه رقم 111 لسنة 3 ق بمجموعة أحكامه الثانية: 891 وحكمه رقم 139 لسنة 2 ق بمجموعة أحكامه الرابعة: 402 وغيرها. أشار إليه: محمد الفوزان، المرجع السابق، ص.425 ومن الأحكام التي صدرت من القضاء المدني هذا المعيار حكم محكمة النقض في 1934/3/22 وفي 1934/6/21 وحكم استئناف مصرفي 121932/10 وفي 1946/1/27م وغيرها. أشار إليه: وحيد فكري رأفت. المرجع السابق، ص.277.

³ ومن الأحكام التي أخذت بهذا المعيار محكمة مصر الابتدائية في حكمها في 1935/2/14م وحكم محكمة النقض في 1933/5/4م وحكم محكمة الإسكندرية المستعجلة في 1944/12/27م.

الفرع الأول: طبيعة العمل أساس لتمييز عمل الحكومة

وفقا لهذا الاتجاه فإن مجلس الدولة يميز بين أعمال السيادة عن الأعمال الإدارية بالنظر إلى موضوعها، فما هو مضمون هذا الاتجاه، والنقد الذي تعرض له.

البند الأول: مضمون معيار طبيعة العمل

يقصد بهذا المعيار كميّار - لتحديد ما يدخل في أعمال السيادة أو أعمال الحكومة- أن تكون طبيعة العمل الذاتية- لا البواعث عليه- هي الفيصل في تحديد ما إذا كان هذا العمل من أعمال السيادة أم لا ؟ ويؤدي ذلك إلى القول بأن هناك أعمالا صادرة من السلطة التنفيذية تعتبر بسبب طبيعتها الذاتية وبحكم موضوعها من أعمال السيادة، فما هي إذن هذه الأعمال؟ وكيف تختلف عن الأعمال الإدارية الأخرى التي تقوم بها السلطة التنفيذية؟

لقد وجد الفقه والقضاء ضالتهما المنشودة في الفكرة التي تقوم على التمييز بين الأعمال الإدارية و الأعمال الحكومية التي تقوم بها السلطة التنفيذية. فالسلطة التنفيذية تقوم بوظيفتين مختلفتين أحدهما الوظيفة الحكومية والأخرى الوظيفة الإدارية، والأعمال الصادرة بمقتضى وظيفتها الحكومية أو بوصفها أعمال حكومية تخرج من اختصاص القضاء حيث تخضع لرقابة المجالس النيابية، أما الأعمال الصادرة بناء على الوظيفة الإدارية فهي أعمال إدارية لا تكتسب أية حصانة أمام القضاء¹.

أما هوريو فقد عرّف الوظيفة الحكومية بأنها معالجة الوسائل الاستثنائية التي تهتم بالوحدة السياسية والسهر على المصالح الكبرى الوطنية، بينهما الوظيفة الإدارية تعنى بتصريف الشؤون العادية للجمهور، ثم عاد وعرفها بأن الحكومة تختص بسلامة الوحدة السياسية وحماية المصالح القومية الكبرى بينما تختص الإدارة بسير المرافق العامة².

كما فرق بدوره الأستاذ لافريير laferrière بين الوظيفة الحكومية والإدارية بقوله: مهمة مزدوجة تقع على عاتق السلطة الإدارية، من جهة هي مسؤولة عن تسيير المال العام، وضمان تحصيل المداخيل، عن طريق تحمل الأعباء العامة وإعادة توزيعها لتقديم خدمة عامة، هذا ما يطلق عليه بأعمال التسيير.

¹ محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، المرجع السابق، ص.109.

² محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.427.

ومن جهة أخرى، تتجلى الإدارة بمظهر السلطة، وهي صفة من صفات السلطة التنفيذية، حيث تسهر على تطبيق القانون وسير السلطات العامة في الدولة، وحفظ النظام العام، وهذه الأعمال يطلق عليها أعمال السيادة¹.

البند الثاني: نقد معيار طبيعة العمل

قد أدى هذا الاتجاه في تحديد طبيعة العمل عن طريق وصف العمل أو تحديد نطاقه إلى انتقاده بالغموض والإبهام وعدم الوضوح الكافي لتحديد أعمال الحكومة، مما لا يجوز معه الاعتماد عليه في تحديد أعمال الحكومة، لما يترتب على هذا التحديد من نتيجة خطيرة وهي تحصين العمل ضد رقابة القضاء، وهي نتيجة لا يصح أن نربطها بمعيار مبهم أو غامض².

الفرع الثاني: النصوص القانونية أساس لتحديد الوظيفة الحكومية

ذهب اتجاه آخر من الفقه إلى تحديد الوظيفة الحكومية والإدارية بحسب النصوص القانونية وفق ما يلي:

البند الأول: مدلول النص القانوني المحدد للعمل الحكومي

ذهب ديكروك³ إلى انتقاد الاتجاه السابق الذي يفرق بينهما على أساس الطابع السياسي، حيث يوسع ذلك من دائرة أعمال الحكومة، وأن هذا الرأي يشبه ما يسمى بالضرورة السياسية وأن ذلك يفتح باب السيطرة من جديد، وانتهى إلى أن المعيار الذي يحدد الأعمال الحكومية أو أعمال السيادة عن أعمال الإدارة هي النصوص القانونية، ولكنهم اختلفوا بينهم، فيما يذهب البعض منهم إلى أن معيار التفرقة هي نصوص الدستور الصريحة فقط، حيث تعتبر أعمال حكومية كل الأعمال التي يصدرها رئيس الدولة أو الحكومة طبقاً للاختصاصات التي تمنحها له نصوص الدستور الصريحة ولا يخضع في مباشرتها إلا للرقابة السياسية دون القضائية.

أما الأعمال التي يصدرها تنفيذاً لنصوص قوانين أخرى غير نصوص الدستور فهي تعتبر أعمال إدارية خاضعة للرقابة القضائية.

¹ Edouard Laferrière, traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, tome premier, 2^e éd, Berger-levrault et libraires éditeurs, 1896, p.5.

² سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، (تنظيم السلطة الإدارية والإدارة المحلية- التنظيم القانوني للوظيفة العامة- نظرية العمل الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009، ص.418.

³ Ducrocq,(1829-1913) Doyen de la faculté de droit de Poitiers, professeur de droit administratif et d'économie politique, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats A la cour d'appel, ancien président de la société des antiquaires de l'ouest, officier de l'instruction publique, chevalier de la légion -d'honneur.

فأعمال رئيس الدولة عند ديكروك الصادرة تطبيقاً لهذه النصوص الدستورية لا تتعلق إلا بالقانون الدستوري، بينما سائر أعماله الأخرى الصادرة تطبيقاً للقوانين الأخرى غير الدستورية لا تتعلق إلا بالقانون الإداري، وهذه التفرقة بين الأعمال الحكومية والأعمال الإدارية هي نتيجة للتفرقة بين القانون الدستوري والقانون الإداري ولا يمكن تفاديها أو إنكارها إلا باختفاء التفرقة بين القانون الدستوري والإداري، فالأعمال الحكومية تتميز عن الأعمال الإدارية من حيث طبيعتها القانونية ومن حيث القواعد القانونية التي تحكمها وهذا الاختلاف في الطبيعة القانونية والقاعدة القانونية التي تحكمها ليس مصدره الحكومة، بل يفرض نفسه بسبب الوظيفة الحكومية التي تصدر الأعمال الحكومية لمباشرتها، وإذا كانت الأعمال الحكومية لا تخضع للرقابة القضائية فذلك لعدم وجود قضاء حكومي لأن المادة 9 من قانون مجلس الدولة الفرنسي الصادر في سنة 1872 نصت فقط على اختصاص المجلس بنظر النزاعات الإدارية وطلبات الإلغاء أعمال السلطات الإدارية¹.

البند الثاني: نقد فكرة النصوص القانونية

مما لاشك فيه أن بعض أعمال السيادة تعد تنفيذاً لنصوص دستورية، مثل دعوة البرلمان للانقضاء وفض الدورة البرلمانية، وإعلان حالة الطوارئ، ولكن هناك العديد من الأعمال المعتبرة من أعمال السيادة لا تجد سنداً أو أساساً دستورياً تستند إليه، وبذا لا تعتبر بأي حال من الأحوال تنفيذاً لنص دستوري، لهذا لا يمكن وصف هذه المحاولة بأنها جامعة مانعة.

وفضلاً عن ذلك كله لا يتفق التوجه السابق مع الحكمة من الدساتير والغاية من وضعها، فقد ناضلت الشعوب طويلاً من أجل وضع دساتير مكتوبة لحماية حقوقها وحرّياتها، وعليه تصبح هذه النصوص الدستورية أداة ووسيلة لاستبعاد الرقابة القضائية بدلاً من أن تكون معقلاً لحقوق الأفراد وحصناً لحرّياتهم، لهذا قيل عن هذه المحاولة فاشلة لا تصلح أن تكون معياراً للتمييز بين أعمال السيادة وغيرها من الأعمال الإدارية الأخرى².

¹ Ducrocq, cours de droit administratif, tome 1^{er}, 6^e éd, Ernest Thorin, éditeur, Paris, 1884, p.23-27.

² محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، ج الأول، ط الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص.259.

الفرع الثالث: فكرة الأعمال المختلطة

يتجه جانب من الفقه إلى الأخذ بضابط شكلي آخر في تحديد الأعمال الحكومية، وذلك بالنظر إلى أطراف العلاقة التي صدر بشأنها العمل أو القرار من السلطة التنفيذية.

البند الأول: طبيعة الأعمال المختلطة

وضع مفوض الحكومة "سيليه Célier" هذا المعيار في مطالعته بدعوى "كومبير Gombert".

بموجب هذا المعيار يعتبر العمل الحكومي أنه العمل الذي تتخذه السلطة التنفيذية في علاقاتها مع سلطة لا تخضع لأية رقابة قضائية، مما يعني بشكل أساسي، المشرع أو أية سلطة أجنبية¹.

وتتلخص نظرية "سيليه" في أن الذي يميز أعمال الحكومة هو أنها تصدر عن السلطة التنفيذية بخصوص علاقاتها بسلطة أخرى لا تخضع لرقابة القضاء، ومن هنا تعتبر هذه الأعمال مختلطة أي مشتركة بين سلطتين أو على الأقل موجهة من سلطة إلى أخرى، وتبعاً لذلك فإن الأعمال الصادرة عن السلطة التنفيذية بشأن علاقاتها بالبرلمان، مثل الدعوة إلى إجراء الانتخابات أو دعوة المجلس للانعقاد أو قرار وقف جلساته أو حله، وكذلك الأعمال الصادرة عنها بصدد علاقاتها بسلطة أجنبية، كالاتفاق بدولة أو تبادل السفراء، أو سحبهم أو إعلان الحرب أو عقد الصلح، كل هذه تعتبر أعمال مختلطة وهي ما يسميها الفقه بأعمال الحكومة، نظراً لمساسها بعلاقات الحكومة بغيرها من السلطات العامة أو الهيئات الأجنبية، ونظراً لأن ولاية القضاء الإداري، وهو قضاء وطني وليس دولي، تقتصر على تصرفات السلطة التنفيذية فحسب، بوصفه قاضي السلطة الإدارية دون غيرها، فإن هذه الأعمال المختلطة تخرج عن نطاق اختصاص القضاء الإداري لانتهاء صفة العمل الإداري عنها، ومن ثم لا تصلح أن تكون محلاً للطعن ضدها بالإلغاء أو التعويض².

البند الثاني: نقد معيار العمل المختلط

هذا المعيار لم يسلم من النقد لأنه لم يفسر سوى بعض الأعمال الحكومية دون البعض الآخر من حيث عدم خضوعها لرقابة القضاء، إذ أن ثمة أعمالاً حكومية لا تتعلق بالسلطات الأخرى

¹ مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص. 57.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 420.

كالأعمال الحربية مثلا، كما أن ثمة أعمال تتعلق بسلطة أخرى وتظل مع ذلك خاضعة للرقابة القضائية كالأعمال أو القرارات ذات الصفة التنظيمية¹.

إن الجدل الفقهي الواسع النطاق - سواء في مصر أو فرنسا - حول تحديد هذه الأعمال وطبيعتها، يعود إلى الفهم غير الصحيح لأعمال الحكومة، ومن ثم الخلط بينها وبين العمل الإداري، وبالتالي إقحام بعض الأعمال الإدارية ضمن أعمال الحكومة، مما يؤدي إلى خروجها عن دائرة رقابة القضاء على أعمال الإدارة بغير سند مشروع².

المطلب الثالث: معيار القائمة القضائية:

بسبب فشل المعايير السابقة جميعا في وضع معيار محدد لأعمال الحكومة أو أعمال السيادة، اضطر الفقه الفرنسي للتسليم بضرورة الرجوع إلى أحكام القضاء، وخاصة تلك الصادرة من مجلس الدولة ومحكمة التنازع لحصر الأعمال التي قرر القضاء اعتبارها من أعمال السيادة، وقد سمي هذا المعيار بمعيار القائمة القضائية. وأن هذه الأعمال التي لا يكاد يكون فيها اختلاف بين الفقه والقضاء الفرنسي هي أعمال على المستوى الداخلي المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان، والأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية، والأعمال التي تتصل مباشرة بالحرب، وإجراءات الأمن الداخلية³. وفيما يلي نتعرض بشيء من التفصيل لهذه الطوائف على النحو التالي:

الفرع الأول: أعمال الحكومة على المستوى الداخلي

يعتبر هذا النوع من الأعمال الأكثر اتصالا وعلاقة بالشأن الداخلي، خاصة علاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان، وكذا علاقة رئيس الجمهورية بالحكومة.

البند الأول: الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية مع البرلمان

تتشارك السلطة التنفيذية مع البرلمان في أداء الوظيفة التشريعية، فتملك حق اقتراح القوانين، والتصديق على القوانين التي أقرها البرلمان، والاعتراض عليها، وإصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية، كما تملك اتخاذ العديد من الإجراءات القانونية اللازمة لتكوين البرلمان، كالإرادة الصادرة بإجراء

¹ مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص. 58.

² سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص. 422.

³ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص. 431.

ذكره أيضا: محمود حافظ. القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص. 59.

الانتخابات البرلمانية العامة، وكذلك دعوة البرلمان للانعقاد في الدورات العادية أو الاستثنائية، أو تأجيل الجلسات أو فض الدورات العادية والاستثنائية، وحل البرلمان قبل انتهاء مدته القانونية¹.

البند الثاني: الأعمال المنظمة لعلاقة رئيس الجمهورية مع الحكومة

استقر الاجتهاد على اعتبار الأعمال الصادرة عن رئيس الجمهورية أو رئيس مجلس الوزراء أو الوزراء في علاقاتهم المتبادلة كتسمية أو استقالة أعضاء الحكومة، غير داخلة في اختصاص القضاء الإداري لأنها من عداد الأعمال الحكومية. ومثال ذلك قرار رئيس الجمهورية الفرنسية بتبديل تكوين الحكومة بناء على اقتراح رئيس الحكومة.

« C.E 29 décembre 1999 décision du président de la république modifiant, sur proposition du premier ministre, la composition du gouvernement »²

ومؤخرا ظهر فرع جديد من الأعمال الحكومية في النطاق الداخلي، ألا وهي الأعمال المرتبطة بالمجلس الدستوري، ومثال ذلك، قرار الأمين العام للمجلس الدستوري الذي رفض تعديل محتوى ملاحظات المجلس الدستوري حول الانتخابات التشريعية للعام 2002، الموجودة على موقعه على الانترنت³.

الفرع الثاني: أعمال الحكومة على المستوى الخارجي

تمثل العلاقات الدولية ميدانا خصبا للعمل الحكومي، والتي لا يمكن للقاضي الإداري النظر فيها ومراقبتها، ولعل أهم تلك المجالات توقيع المعاهدات والاتفاقيات، وكذلك أعمال السفراء في إطار الوظيفة الدبلوماسية.

البند الأول: الأعمال الخاصة بإبرام المعاهدات والاتفاقيات

وتشمل هذه الطائفة من الأعمال تلك التي تتصل بعلاقة الدولة بالهيئات أو السلطات الأجنبية، ويدخل في هذا النطاق المعاهدات والاتفاقيات؛ حيث تعتبر جميع الأعمال المتعلقة بإبرامها كالمفاوضات والتوقيع والتصديق عليها من أعمال السيادة، أما الأعمال التنفيذية للمعاهدات والاتفاقيات الدولية فقد أخضعها مجلس الدولة الفرنسي لرقابته إذ أمكن فصلها عن الاتفاقية أو المعاهدة ذاتها،

¹ محمد وليد العبادي، المرجع السابق، ص.262.

² René chapus, Droit administratif général, Tome I^{er}, 15^e éd, Montchrestien, 2001, p.952.

³ C.E 9 nov 2005, Moitry, Lebon 496 ; A.J.D.A 2006. 147, concl. F.Donnat.

أشار إليه: مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.85.

وهو تطور حديث في قضائه. ومن هذه الطائفة أيضا، قرارات الحكومة بضم أقاليم جديدة و قراراتها المتعلقة بحماية رعاياها في الخارج، وقراراتها المتعلقة بإقامة العلاقات السياسية أو قطعها¹.

البند الثاني: الأعمال المتصلة بنشاط الدولة الدبلوماسية

تندرج الأعمال المتصلة بالنشاط الدبلوماسي ضمن أعمال السيادة، لارتباطها المباشر بالعلاقات الدولية و من ذلك، تصرفات ممثلي الدولة في الخارج في نطاق مهمتهم الدبلوماسية، لاسيما ما يتعلق بحماية رعايا الدولة المتواجدين في البلاد الأجنبية كلما كان لهذه الحماية صفة دولية، إذ كانت تؤدي وفق أحكام القانون الدولي إلى تدخل الحكومة أو أحد ممثليها في مواجهة الدولة الأجنبية، بهدف حماية رعاياها أو أموالهم أو مصالحهم، ويستوي في ذلك الامتناع عن التدخل أو ممارسته. ومن أمثلة ذلك²:

- القرار الصادر بتاريخ 2 مارس 1966، الذي ردّ فيه طلب التعويض المقدم من السيدة كرامانسل "Caramencel" التي زعمت أن السلطات الفرنسية لم تؤمن حمايتها كفاية على أثر زلزال أغادير بتاريخ 29 فيفري 1966، فأدى هذا الإهمال إلى نهب محلاتها الثلاث³.
إلا أن القضاء الإداري الفرنسي، استقر على استثناء الأعمال القابلة للانفصال " Actes détachables" عن العلاقات الدبلوماسية أو الاتفاقيات الدولية وإخضاعها لرقابته، من قبيل طلبات تسليم المجرمين بين الحكومة الفرنسية و الحكومات الأجنبية⁴.

الفرع الثالث: الأعمال الاستثنائية المرتبطة بأمن الدولة

هي مجموعة من التدابير تتخذ للحفاظ على الأمن الداخلي للبلاد، وحتى خارجها حفاظا على مصالحها، كما يمكن إعلان الحرب ووقف العمل بالدستور، وتركيز جميع السلطات في يد رئيس الدولة.

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.432.

² مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.99.

³ C.E 2 Mars 1966, Dame Caramensel, A.J. 1966. 349, chronique puissochet et lecat.

أشار إليه: مصباح وليد عرابي، المرجع نفسه، ص.100.

⁴ مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2016، ص.63.

البند الأول: الأعمال المتعلقة مباشرة بالحرب

يعتبر القضاء الفرنسي أن الأعمال التي لها ارتباط مباشر بالحروب هي ضمن طائفة أعمال السيادة، ومثال ذلك قرار إعلان الحرب أو الإجراءات الخاصة بسير العمليات الحربية أو التدابير التي تتخذها الحكومة ضد رعايا الدول الأعداء وقرارات الهدنة وإنهاء الحرب، ويلحق أيضا بأعمال السيادة الأضرار التي تنشأ مباشرة عن أعمال القتال حيث تعتبر نتيجة حتمية لها، إلا أن أية أعمال حربية ليست ذات صلة مباشرة بالعمليات الحربية فإنها تعتبر أعمالا إدارية ومن ثم تخضع لرقابة القضاء إلغاء وتعويضاً حيث لا تكون حينئذ أعمالاً حكومية إذ تكون الدولة مسؤولة بذلك عن تلك الأعمال¹.

ومثال ذلك: قرار السلطات الفرنسية بالسماح للطائرات العسكرية الأمريكية والبريطانية التي أدت مهمات في العراق سنة 2003، بعبور المجال الجوي الفرنسي، يشكل عملاً سيادياً².

البند الثاني: التدابير الخاصة بالأمن الداخلي

يعتبر القضاء الإداري الفرنسي إجراءات الأمن الداخلي في الظروف العادية إجراءات إدارية، وليست من قبيل أعمال السيادة فهي تخضع لرقابة القضاء وبالتالي مسؤولية الدولة، أما إجراءات الأمن الداخلي في الظروف الاستثنائية، فقبل صدور دستور فرنسا عام 1958 ساير مجلس الدولة الفرنسي الاتجاهات الفقهية التي نادى بالتضييق من أعمال السيادة، إذ كان يقضي بخضوع كافة إجراءات الأمن الداخلي في الظروف الاستثنائية لرقابته، إلا أنه بصدور الدستور الفرنسي عام 1958، حيث نصت المادة 16³ منه على أنه: "إذا أصبحت المؤسسات الجمهورية أو استقلال الأمة أو سلامة أراضيها أو تنفيذ تعهداتها الدولية مهددة بخطر جسيم وحال نشأ عنه انقطاع سير السلطات العامة الدستورية المنتظم يتخذ رئيس الجمهورية الإجراءات التي تقتضيها هذه الظروف بعد التشاور رسمياً مع الوزير الأول ورؤساء المجالس النيابية ومع المجلس الدستوري ويخطر الشعب بذلك برسالة، ويجب أن يكون الغرض من هذه الإجراءات هو تمكين السلطات العامة الدستورية من القيام بمهامها وفي أقرب

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.ص. 432.433.

² C.E : 30 décembre 2003, Comité contre la guerre en iraq et autres, Rec Lebon, P.707.

ذكره: مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.108.

³ المادة 16 من الدستور الفرنسي، تعديل 2008.

وقت ممكن ويستشار المجلس الدستوري فيما يخص هذه الإجراءات ويجتمع البرلمان بحكم القانون ولا يجوز حل الجمعية الوطنية أثناء ممارسة هذه السلطات الاستثنائية¹.

من كل ما تقدم يتبين لنا أن نظرية أعمال السيادة، الموضوعة من قبل القضاء الإداري الفرنسي، أضحت حقيقة قانونية بالرغم من كل الانتقادات الفقهية الرامية إلى إنكارها، وإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي إخضاع أعمال الإدارة لرقابة القضاء، فإن بعض تصرفات السلطة الإدارية، قد تحيط بها اعتبارات خاصة تجعل من المصلحة العامة ألا تعرض على القضاء لما يحيط به من علانية و تحقيق. ولكن يقع على عاتق القضاء الإداري ألا يعترف بأعمال السيادة في الظروف العادية إلا في أضيق الحدود، لأن إعفاء مثل هذه التصرفات من كل رقابة قضائية تبقى تبريراته سياسية أكثر منها قانونية².

وحسب رأي الباحث، نقول أن مختلف المعايير السالف ذكرها سواء الفقهية أو القضائية وإن اختلفت في أسسها وغايتها وأهدافها، إنما هي حجج وتبريرات نتيجة لحقيقة قانونية فرضتها حقيقة واقعية، وهي استثناء الوظيفة التنفيذية في الدولة بالسلطة، واتصاف تصرفاتها بمظاهر السلطة العامة، التي تعلق إرادتها فوق إرادة الجميع. فكان من الأولى البحث عن أسس لا لتبرير أعمال السيادة، وإنما أسس لإدانة هذه الأعمال، والتي في كثير من الأحيان تستخدمها السلطة التنفيذية للحفاظ على تفوقها وسموها وكأنها الوصي الوحيد على الشعب بقضائه وبرلمانه.

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.433.

² عبد الله طلبية، المرجع السابق، ص.211.

الباب الثاني:

نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها

سلطة حكم

الباب الثاني: نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم

السلطة والمسؤولية ضابطان أساسيان لكل المقومات التي يبني عليها المجتمع، في كل زمان ومكان مهما اختلفت القواعد القانونية المنظمة لسلوك الأفراد، فلا يمكن فصل أحدهما عن الآخر، والسلطة هي القوة الحقيقية والفعلية لتنفيذ إرادة الدولة، المجسدة في شكل قرارات و أوامر ونواهي صادرة خاصة عن الجهاز التنفيذي تحقيقاً للمصلحة العامة، و تنصب كلها نحو اتجاه واحد يسمى أعمال السلطة العامة.

و إذا كان مبدأ المشروعية يعني توافق تصرفات ونشاطات السلطات العامة في الدولة مع أحكام القانون و مقتضيات تحقيق العدالة وذلك على أساس أنه " حيث تكون السلطة تكون المسؤولية"، وانطلاقاً من فكرة، كما أن للسلطة التنفيذية صلاحيات واسعة وسلطات استثنائية منحها دوراً متميزاً بين بقية سلطات الدولة، فمن البديهي أن تكون هناك رقابة على أعمالها، وكمبدأ عام تفترض الرقابة القضائية على جميع أعمال السلطة العامة دون استثناء، وهذا هو الأصل والأساس لتحقيق التوازن بين السلطة والمسؤولية، ويفترض أيضاً أننا لا ننظر إلى طبيعة التصرف الذي تقوم به السلطة العامة لإقرار المسؤولية من عدمها.

ولاشك أن الدور الذي تضطلع به السلطة التنفيذية في الدولة قائم على وظيفتان: إحداهما إدارية وأخرى حكومية، وبالتالي تنقسم الأعمال التي يقوم بها الجهاز التنفيذي إلى أعمال إدارية تنفيذية لوظيفته الإدارية، وأعمال حكومية أداءً لوظيفته الحكومية أو كسلطة سياسية، وهي ما يطلق عليها "أعمال الحكومة في فرنسا أو أعمال الدولة في إنجلترا أو أعمال السيادة في مصر".

يكاد يجمع الفقه على أن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، تمثل خرقاً لمبدأ المشروعية وخروج صريح عن نطاق سيادة القانون، وهذا ما يشكل آلية خطيرة لزعزعة استقرار مؤسسات الدولة وانهلال الروابط القانونية بين الحاكم والمحكوم وبالتالي هدم دولة القانون، وأعمال السيادة هي مجموعة من الأعمال تقوم بها السلطة التنفيذية وتتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء، إلغاءً أو تعويضاً أو فصلاً للمشروعية، و أكد أن نظرية أعمال السيادة، نظرية غامضة لا تقوم على سند قانوني متين وواضح، ومنطق مقنع يُخاطب به المجتمع، كما أن هذا المفهوم يضيق في الدول ذات الأنظمة العريضة في الديمقراطية التي ترسخ فيها مبدأ سيادة القانون، على غرار بريطانيا، ويتسع في دول أخرى غالبيتها من الدول حديثة العهد مع الديمقراطية أو ما يطلق عليها الدول السائرة في طريق النمو، والتي تنهكها صراعات وتجاذبات وحسابات ضيقة بين مختلف الأطياف السياسية.

إلا أنه بالرغم من ذلك فإن نظرية أعمال الحكومة حقيقة فعلية، وهي تجد مبرراتها في جملة من الاعتبارات الواقعية، أساسها الضرورات السياسية والعملية اللازمة لضمان بقاء الدولة والدفاع عن مصالح الأمة، دون إمكانية إلزام الحكومة الإفصاح عن أسرار وخبايا أجهزة الدولة، استناداً إلى مصلحة عليا أولى بالرعاية والحماية من كل المصالح الفردية.

كما أنه قد تطرأ ظروف غير عادية من مخاطر وأزمات تهدد أمن و سلامة الدولة، مما يستوجب تخويل السلطة العامة ممثلة في الجهاز التنفيذي سلطات استثنائية وغير معهودة لمواجهة المستجدات الغير العادية حفاظا على كيان الدولة، وهذا ما يطلق عليه نظرية الظروف الاستثنائية وهي الأخرى تعد قيد على مبدأ المشروعية كما تستند في وجودها إلى نظرية السيادة، ففي حقيقة الأمر وحسب وجهة نظر بعض الفقهاء وعلى رأسهم الأستاذ جاكلان، أن الأعمال الصادرة استنادا إلى نظرية الظروف الاستثنائية جميعها تعتبر أعمال سيادة، وخطورتها تكمن في أنها تمس بشكل مباشر حقوق وحرية الأفراد.

ورغم أن نظرية الظروف الاستثنائية منصوص عليها في مختلف دساتير الدول، إلا أن إقرار وتطبيق الظرف الاستثنائي يختلف حسب النظام السياسي والنظام القانوني المعتمد، وحسب درجة وعي المواطن داخل كل دولة، وأيا كان الجدل القانوني أو الفقهي حول نظرية أعمال السيادة و نظرية الظروف الاستثنائية فإن من المسلم به أن هناك جملة من الانتهاكات والتعدي على حقوق وحرية أحد أهم أركان الدولة ألا وهو الشعب، مما يستدعي البحث عن التوازن بين السلطة كضرورة لحماية أمن الدولة والمسؤولية كوسيلة لحماية سلامة الأفراد، وهذا الذي نتولى بيانه في هذا الباب المعنون بـ :
مسألة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم، والذي تم تقسيمه إلى فصلين وفق مايلي:

الفصل الأول: نظرية السيادة كمبرر لعدم مسؤولية السلطة العامة

المبحث الأول: مفهوم أعمال السيادة

المبحث الثاني: استبعاد مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة في القانون المقارن

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة

الفصل الأول: نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية

المبحث الأول: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

المبحث الثاني: مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية

الفصل الأول:

نظرية السيادة كمبرر لعدم

مسؤولية السلطة العامة

الفصل الأول: نظرية السيادة كمبرر لعدم مسؤولية السلطة العامة

يقضي مبدأ سيادة القانون، خضوع الأفراد والدولة بكافة سلطاتها ومؤسساتها وإداراتها وموظفيها للقانون المطبق في البلاد، دون أن يكون هناك استثناء من تطبيق القانون، أو تمييز خارج النص القانوني ذاته، أو تنصيب سلطة ما فوق القانون بداعي المصلحة العليا، وهذا ما يصطلح عليه "سيادة حكم القانون" والذي يعتبر مرادف لمبدأ المشروعية، حيث تراقب جميع تصرفات سلطات الدولة كافة، والسلطة التنفيذية خاصة، كما ينتج عن مفهوم سيادة القانون، مبدأ المساواة أمام القانون، حيث يخضع الكل للرقابة بجميع أشكالها، ويبقى القضاء صمام الأمان لتكريس دولة القانون وإخضاع أعمال السلطة العامة لرقابته، إلا أن هناك أعمال اتصفت بصفة السيادة، أخرجت من دائرة الرقابة القضائية.

و من المسلم به أن إخراج أعمال السيادة من دائرة الرقابة القضائية يجعلنا نفرق بين مسألتين أساسيتين، الأولى ممارسة السلطة التنفيذية أعمالها بصفقتها الإدارية، والثانية ممارسة أعمال أخرى بصفقتها الحكومية، فقيامها بالعمل الإداري يعطي للقضاء صلاحية إخضاع تلك الأعمال لرقابته، أما الأعمال التي تقوم بها بصفقتها الحكومية فتكون في منأى عن رقابة القضاء، مما يفسح المجال أمام السلطة التنفيذية ممارسة أعمالها بكل حرية.

لكن بعض تلك الأعمال قد تؤدي إلى الإضرار بحقوق وحرريات الأفراد دون إمكانية مراجعتها أو الطعن فيها إلغاءً أو تعويضاً أو حتى فحص مدى مشروعيتها، حيث تمثل نظرية أعمال السيادة أخطر الاستثناءات على مبدأ المشروعية، إلى حد الذي توصف معه هذه النظرية بأنها وصمة عار في جبين الدولة القانونية، وذلك بإطلاق يد السلطة التنفيذية وتوسيع نطاق أعمالها، مما يشكل تهديداً لمبدأ الفصل بين السلطات، وعليه تتلخص دراستنا في هذا الفصل على تلك الأعمال الخارجة عن القانون والتي تم صبغها بوصف السيادة، مما زادها علو وارتقاء جعلها فوق القوانين ذاتها وفوق إرادة المجتمع ذاته.

وبهذا ارتأينا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث، حيث تطرقنا في أوله إلى مفهوم ومبررات التي قامت عليها أعمال السيادة، ثم أسس استبعاد مسائلة السلطة العامة عن أعمال السيادة في القانون المقارن (المبحث الثاني)، وصولاً إلى موقف الفقه والقضاء المقارن من هذه الأعمال (المبحث الثالث). مع ذكر أهم التطبيقات القضائية الحديثة في هذا الشأن.

المبحث الأول: مفهوم أعمال السيادة

رغم توافق رؤى الفقه في شأن نظرية أعمال السيادة على أنها تمثل شذوذ في المنظومة القانونية لدى جل الدول، إلا أنه كل فقيه يعرفها من خلال الزاوية التي يرتئها هو لإيجاد المسوغ والمبرر لهذه الفكرة المطاطة.

في حين أن القضاء كانت محاولاته تتجلى في منطوق أحكامه. وعليه نستعرض في هذا المبحث مدلول أعمال السيادة فقها وقضاءً وتشريعاً، ثم نعرض إلى تبيان نشأة النظرية في النظام القانوني اللاتيني الجرمانى والنظام الأنجلوسكسونى ونختتمه بمجموعة من المبررات التي صيغت لإضفاء شرعية وهمية لفكرة أعمال السيادة.

المطلب الأول: مدلول أعمال السيادة

نتطرق أولاً إلى مدلول أعمال السيادة لغة واصطلاحاً، وبعدها إلى مدلولها من الناحية الفقهية والقضائية، ثم تعريف المشرع للنظرية، كما ننوه أنه تم التطرق في الفصل الأول من الباب الأول إلى مفهوم السيادة، وحسب رأينا هناك فرق شاسع بين أعمال تتصف بالسيادة، والسيادة في حد ذاتها.

الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لأعمال السيادة

يتم تحديد لفظ أعمال السيادة لغة واصطلاحاً وضبطها يحول دون خلط أو اشتباه، وفق الآتي:

البند الأول: أعمال السيادة لغة

أعمال السيادة في اللغة، تدل على مصطلحين مركبين، الأول (الأعمال) قال الله عز وجل للدلالة على ذلك: (وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا)، سورة التوبة¹، والعامل هو الذي يتولى أمور الرجل في ماله وملكه وعمله، والعمل: المهنة والفعل، والجمع (أعمال)، واستعمل فلان إذا ولي عملاً من أعمال السلطان.

والثاني (السيادة): بمعنى السيد يطلق على الرب والمالك والزوج والرئيس، وقد تم التفصيل فيه في الفصل الأول من الباب الأول.

¹ سورة التوبة، الآية 60.

البند الثاني: أعمال السيادة اصطلاحاً

يقصد بأعمال السيادة، مجموعة أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء، سواء أكانت محاكم إدارية أو عادية، فلا تخضع هذه الأعمال لأي رقابة قضائية سواء أكانت تلك الأعمال صادرة في ظروف عادية أو استثنائية، فهي طائفة من الأعمال تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها ومظاهرها¹.

الفرع الثاني: تعريف أعمال السيادة فقهاً وقضائياً

لقد تعددت التعريفات سواء من جانب الفقه وخاصة الفرنسي، الذي له دور كبير في بلورة وإيجاد بعض مبررات فكرة أعمال السيادة، أو من جانب القضاء وخاصة المصري، الذي كان من المفروض عليه ترك تعريف أعمال السيادة للفقه.

البند الأول: التعريف الفقهي لنظرية أعمال السيادة

رغم تعدد التعريفات الفقهية لنظرية أعمال السيادة إلا أنها تتفق في كونها تمثل إفلات من الرقابة القضائية، وخروج صارخ عن مبدأ المشروعية.

أولاً- معنى أعمال السيادة لدى فقهاء الغرب:

نقصد بفقهاء الغرب كل من الفقه الفرنسي والفقه الانجليزي، وذلك وفق الآتي:

1- الفقه الفرنسي:

أ- الفقيه لافيريير E.Laferrière: تتحصر وظيفة الإدارة في التطبيق اليومي للقوانين، والإشراف على علاقة الأفراد بها، وعلاقات الهيئات الإدارية ببعضها بعضاً.

أما الأعمال الحكومية فيقصد بها تحقيق المصلحة السياسية للجماعة، وسير هيئاتها العامة، والإشراف على علاقاتها مع الدول الأجنبية.

¹ علي خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، ج الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط الأولى، عمان، الأردن، 2004، ص.84.

ب- الفقيه ديلوبيدار " Andre délaubadaire " و الأستاذ قودمي " Yves Gaudmet " هي: «مجموعة من أعمال السلطة التنفيذية التي لا يمكن الطعن فيها أمام القضاء سواء المحاكم الإدارية أو العادية»¹.

ج- الفقيه الأستاذ دباش " Charles Debbach " و فريدريك " Frédéric Colin " بقولهما: "أعمال الحكومة هي أعمال تخرج عن رقابة القضاء الإداري أو العادي فهي لا تخضع لأي رقابة قضائية"².

2- الفقه الانجليزي:

أ- البروفسور " ويد Wade " يعرف أعمال السيادة: بأنه ذلك العمل الذي يصدر عن السلطة التنفيذية بصفته عملاً سياسياً تقوم به تلك السلطة ضمن نطاق علاقتها الخارجية مع دولة أخرى، بما في ذلك العلاقات المتصلة برعايا تلك الدولة إلا إذا كان هؤلاء الرعايا يؤدون واجب الولاء والطاعة للنتاج ولو بشكل مؤقت³.

ثانياً- معنى أعمال السيادة لدى فقهاء العرب:

1- الفقيه سليمان الطماوي:

يُعرفها "عمل يصدر عن السلطة التنفيذية، وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الخارج و الداخل، وتخرج عن رقابة المحاكم متى قرر لها القضاء هذه الصفة"⁴.

2- الفقيه محمود محمد حافظ:

عرف أعمال السيادة بأنها "طائفة من أعمال السلطة التنفيذية، تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها أو مظاهرها سواء في رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية"⁵.

¹ عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط الأولى، عمان، الأردن، 2013، ص.329.

² Debbach Charles, Frédéric Colin, droit administrative, 7^e éd, economica, paris 2002, p.110.

³ عمر مرشد الشوبكي، المرجع السابق، ص.89.

⁴ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية: ط الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2006، ص.115.

⁵ محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري (دراسة مقارنة تطبيقية)، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011، ص.53.

البند الثاني: التعريف القضائي لأعمال السيادة

عكس القضاء الفرنسي، نجد أن كثيرا ما تعرضت أحكام المحاكم المصرية لتعريف أعمال السيادة كلما عرضت عليها دعاوى تتعلق بأعمال الحكومة، بل وأحيانا بمناسبة دعاوى لا تتعلق بالأعمال الحكومية.

ويرى الدكتور عبد الفتاح ساير داير "إن مهمة التعريف إنما تقع على عاتق الفقه وحده، أما القضاء فيجب أن يقتصر دوره على الفصل في المنازعة المعروضة عليه سواء بإضفاء أو عدم إضفاء صفة العمل الحكومي على العمل المطعون فيه، كما يرى أن التعريفات القضائية لها خطورتها، لأنها قد توحى للباحث بأن هذا رأي القضاء، مع أن رأي القضاء لا يستنتج إلا فيما فصل فيه فعلا وأصدر بشأنه حكما".

و من أمثلة ذلك ما جاء في حكم محكمة الإسكندرية المستعجل في 1938/3/24 من أن "الإجماع منعقد حقا على أنه لا رقابة للمحاكم على أوامر الدولة الموسومة بأنها من أعمال السيادة، ولا تضمين للأفراد عن هذه الأعمال ولو جاءت مخالفة للقانون"

وكذلك قول محكمة استئناف مصر في حكمها الصادر في 1932/12/10 "وحيث أنه بناء على هذه الأمثلة، وما يستنتج من أقوال العلماء الذين انتهوا إليها أخيرا هي الأعمال التي خولها النظام الأساسي و القوانين للدولة" ، رغم أنها لم تكن محل إجماع أو اتفاق بين العلماء.

وكذلك حكم المحكمة الابتدائية (استئناف مستعجل) في 1952/3/10 " وحيث أن أعمال السيادة هي كما تواضع عليه الفقه والقضاء، هي الأعمال التي تباشرها الحكومة بمقتضى سلطتها العليا"، وهنا أيضا نلاحظ أنه لم يتواضع لا الفقه ولا القضاء على هذا الرأي.¹ وهذا ما يؤكد قول الدكتور عبد الفتاح ساير والفهم الخاطئ الذي وقع فيه القضاء المصري، بالإضافة إلى نعت بعض الأوصاف على أعمال السيادة لا تطابق الحقيقة.

الفرع الثالث: تعريف المشرع لنظرية أعمال السيادة

بالرغم من أن نظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية، جاءت وليدة جهود القضاء الإداري الفرنسي إلا أن مصدرها في كثير من البلاد هو التشريع على غرار مصر والجزائر.

¹ عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، 1955، ص.ص.333-337.

البند الأول: تعريف التشريع المقارن لأعمال السيادة

ففي مصر، ورد النص على حصانة أعمال السيادة لأول مرة عند تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة 1900، ووضع في تعديل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية سنة 1937، وكان النص يقرر أنه «ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة»¹.

ثم نقل هذا النص حرفياً إلى المادة (18) من قانون نظام القضاء رقم (147) لسنة 1949 وورد النص على حصانة أعمال السيادة في قانون مجلس الدولة لسنة 1949 (م/7) على النحو التالي «الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية، أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة».

و أيضاً قانون مجلس الدولة في المادة 12 من قانون 1955 و المادة 12 من قانون سنة 1959 وكذلك قانون رقم 47 سنة 1972 ومفاده " لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة".²

وكذلك في العراق فقد نص صراحة- على أعمال السيادة لأول مرة في قانون السلطة القضائية رقم 26 لسنة 1963 وذلك في المادة الأولى على أن «ليس للمحاكم أن تنتظر في كل ما يعتبر من أعمال السيادة».

البند الثاني: تعريف المشرع الجزائري لأعمال السيادة

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى أعمال السيادة وتحديدها في القانون كما جاءت به قوانين بعض الدول وإنما عمد إلى تحديد مجال القانون الإداري في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية³ التي تنص على أن المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية، والمادة 801 من ق.ا.م.ا حددت اختصاص المحاكم الإدارية.

¹ وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دار السنهوري، ط الأولى، بغداد، العراق، 2014، ص.63.

² المرجع نفسه، ص.64.

³ القانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، السنة 45، الصادرة في 23 أبريل 2008، ص.ص. 01-95.

وفي نفس السياق حددت المادة 901 وما بعدها اختصاصات مجلس الدولة الذي يؤول إليه النظر في دعاوى الإلغاء والتفسير وتقدير المشروعية في القرارات الإدارية الصادرة عن السلطات المركزية الإدارية، أما المحاكم الإدارية فتتظر في القرارات الصادرة عن الولاية والبلديات. وتبقى الأعمال الموصوفة بالسيادية أو السياسية غير واردة في أي قانون ويعود للقضاء وحده في تقرير ما إذا كان العمل سيادياً أم لا.¹

كما يرى جانب آخر من الفقه، من ضمنهم الأستاذ أحمد محيو، أن المشرع تطرق بصفة غير مباشرة لأعمال السيادة، إذ اعتبر أنه يمكن تكييف بعض القرارات التي يتخذها رئيس الدولة بمقتضى المواد 105، 106، 108، 109 من تعديل الدستور الجزائري 06 مارس 2016، في مجال حالة الطوارئ، أو الحصار، الحالة الاستثنائية، وحالة الحرب بمثابة أعمال حكومة، بحيث أن الطعن ضد هذا النوع من القرارات سيصطدم بعدم قبوله من طرف القاضي.²

وعليه يمكن القول أن أعمال السيادة هي أعمال إدارية تصدر من السلطة التنفيذية، وبالتالي فهي عبارة عن قرارات إدارية صادرة عن الإدارة في أعلى مستوياتها، لكنها ليست بقرارات إدارية عادية، وإنما تتميز بطابع سياسي معين، أي أن طابعهما السياسي يغلب على طابعها الإداري. وترتيب على ذلك ترك المشرع للإدارة حرية مطلقة في اتخاذ مثل هذه القرارات، ومنع المحاكم بجميع أنواعها ودرجاتها من الفصل في الدعاوى المرفوعة بشأنها إلغاءً أو تعويضاً.³

¹ حسين مسعودي، رئيس غرفة بمجلس الدولة الجزائري، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، 11 و12/9/2012، ص.ص. 14-15.

² باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص. 69.

وكذلك اعتبر الأستاذ أحمد محيو أن هناك أعمال أخرى يتخذها رئيس الجمهورية والمنصوص عليها في الدستور، هي بمثابة أعمال حكومة وغير خاضعة لرقابة القاضي الإداري مثل:

- إبرام والمصادقة على المعاهدات (المادة 9/91) من التعديل الدستوري 2016.

- الحق في إصدار العفو (المادة 7/91) من التعديل الدستوري 2016.

- حل المجلس الشعبي الوطني (المادة 147) من التعديل الدستوري 2016.

ذكرها أحمد محيو، ترجمة فايز أنجاق وبيوض خالد، د م ج، الجزائر، 1992، ص. 170.

ملاحظة: نصوص المواد بقية نفسها ولكن تم تعديل أرقام المواد المشار إليها أعلاه حسب تعديل الدستور لسنة 2016.

³ عبد الله رضاني بنيني، نطاق دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، جامعة الزاوية طرابلس، ليبيا، 2015، ص. 77.

ومن ثم يمكن استخلاص خصائص نظرية أعمال السيادة:

أولاً: هو عمل صادر من السلطة التنفيذية

ومن ثم يشابه باقي القرارات الإدارية من حيث المصدر و الطبيعة.

ثانياً: أعمال السيادة تخرج من ولاية القضاء

وهو يخرج من ولاية القضاء بفحص المشروعية وكذلك لا يخضع لدعوى الإلغاء أو دعوى

التعويض وهذا ما يعبر عنه بأنه وصمة عار في جبين المشروعية.¹

المطلب الثاني: نشأة نظرية أعمال السيادة

لاشك أن المتفق عليه فقها أن نظرية أعمال السيادة ذات منشأ قضائي، أي أن القضاء

الفرنسي هو من أوجدها، في حين أن دول مثل مصر والجزائر كان للمشرع الدور البارز في النص

عليها، لكن تبقى جذور فكرة السيادة متصلة بسلطة الحاكم أو الملك أو الإمبراطور التي كانت تخيم

على مجتمعات العصور القديمة.

الفرع الأول: القضاء الفرنسي مهد نظرية أعمال السيادة

يقول الأستاذ الألماني سمند " M.R Smend " إشكالية أعمال الحكومة مطروحة في ألمانيا

كما في فرنسا، لكن يبقى الاختلاف في التفاصيل، حيث تعتبر فرنسا الأرض الكلاسيكية لهذه المشكلة

إلى الحد الذي يمكن في جميع النواحي أن تصاغ بشكل واضح من دراسة تاريخية، إلا أن تطورها في

العمل حتى اليوم قد بلغ فيها درجة من النضوج والوضوح تكفي لإمداد التشريع والقضاء في البلاد

الأجنبية بخير الحلول وأثمانها.²

البند الأول: نظرية أعمال الحكومة في العهد القديم

كان نظام الحكم في هذا العهد استبدادياً مطلقاً، وكان الملك وحده مصدر السلطات فإن عهد

إلى بعض موظفيه بمهمة الفصل بين الناس، فهذا لا يمنعه باعتباره القاضي الأكبر من أن يتدخل في

¹ محمد مفرح العتيبي، المرجع السابق، ص.87.

² R. Smend, les actes de gouvernement, 2^e V. Annuaire de l'institut international de droit public, les presses universitaires de France, paris, 1931, p.192.

"Le problème des actes de gouvernement est, au fond, le même en Allemagne qu'en France. Mais ses détails diffèrent dans les deux pays.

La France est la terre classique de ce problème dans la mesure où il peut, sous tous les rapports, être clairement formulé. Histoire, évolution de la pratique, situation actuelle ; tout est extrêmement clair en notre domaine dans ce pays, et donc susceptible de donner de précieuses indications aux législations et à la pratique étrangère".

أعمالهم فينزح من أيديهم القضايا التي يرى الفصل بنفسه فيها، أو يحملهم على إنكار العدالة بمنعهم من سماع ما يشاء من الدعاوى، ففي ظل مثل هذا النظام من القضاء تصبح جميع أعمال السلطة التنفيذية أعمالاً حكومية ليس للقضاء عليها من سبيل¹.

البند الثاني: أعمال الحكومة بعد عودة الملكية

لم تأتي الثورة الفرنسية و الإمبراطورية الأولى بنظرية أعمال السيادة حيث لم يكن لها أي مبرر في تلك الفترة، فالقاعدة السائدة آنذاك هي عدم مسؤولية الإدارة عن أعمالها، بالإضافة إلى ذلك فإنّ الالتزام التام بمبدأ الفصل بين السلطات كان يمنع القاضي العادي من النظر في كل ما يتعلق بأعمال الإدارة.

ويرجع ظهور هذه النظرية في الأصل لأسباب تاريخية تتعلق بفرنسا، فعقب هزيمة نابليون بونابارت وعودة الملكية إلى فرنسا مع لويس الثامن عشر عام 1815 الذي بعد استعادته لعرش فرنسا، لم يكن المجلس محلاً لرضاه فشنت على هذا المجلس حملات باعتباره من صنع نابليون بونابارت الذي كان قد اختار أعضاء هذا المجلس من أنصاره ومؤيديه.

فلما وجد مجلس الدولة أن النظام الملكي الجديد يرتاب في أمره، ولا ينظر إليه بعين الرضا لأنه من صنائع نابليون عدوّ الملكية، بدأ المجلس ينهج سياسة يهدف من ورائها إلى عدم الاصطدام بالملكية، حتى يبقى على نفسه ويحمي كيانه ويتفادى خطر إقدام النظام الملكي على إلغائه إذا هو حارب تصرفاتها.²

وقد كان النظام الملكي يعمل بكل الوسائل للحد من سلطان المجلس، ومن بين هذه الوسائل فكرة الأعمال الحكومية التي وجدت فيها الحكومة تبريراً لتحسين بعض تصرفاتها من الرقابة القضائية بحيث تكون بمنأى عن الإبطال أو التعويض.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.46.

² إبراهيم عبد العزيز شبحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1996، ص.157.

وقد استسلم مجلس الدولة لاتجاه الحكومة وسلّم بنظريتها وحدّ من سلطاته فرفض مراقبة بعض أعمال السلطة التنفيذية التي لها طابع سياسي، واكتفى بمراقبة أعمال الإدارة الأخرى، «حتى قيل أن نظرية أعمال السيادة كانت الثمن الذي قدمه المجلس لقاء منحه سلطة القضاء المفوض».¹

وقد ظهرت فكرة العمل الحكومي للمرة الأولى في فرنسا في قرار لافيت "Lafitte"²، ولما سقطت الملكية، وعادت الإمبراطورية تغيّر وضع مجلس الدولة إذ استردّ ثقة الحكومة فيه وتوطّد مركزه إذ قرر له المشرع بمقتضى القانون الصادر في 24 أيار سنة 1872 سلطة القضاء المفوض، (la justice déléguée)، حيث أعيد تفويض القضاء الإداري صلاحية البت بالدعاوى المعروضة أمامه بصورة نهائية بفضل ما برهن قضاة مجلس الدولة خلال تلك الفترة على مستوى عال من النزاهة والمصادقية و التجرد في صدور أحكام هذا المجلس.

وبالرغم من هذا التحول في مركز المجلس فإنه أبقى على نظرية الأعمال الحكومية من قبيل الحماية لبعض تصرفات السلطة التنفيذية ذات الصبغة السياسية الهامة.

وقد حدث خلاف بين الفقهاء بخصوص تفسير نص المادة 26³ لأنه جاء مبهماً ولم يذكر الأعمال الحكومية، فالأستاذ De Laubadère رأى أن نص المادة سالفة الذكر يمكن أن يكون الأساس التشريعي الوحيد لنظرية الأعمال الحكومية: "إن تدخل المشرع الفرنسي بموجب القانون الصادر بتاريخ 24 أيار 1872 أكد وجود فئة الأعمال الحكومية، فإذا تناول مجلس الدولة مراجعة موجهة ضد عمل حكومي ولم يتخل عنها من تلقاء نفسه، فلوزراء الحق بسحب الدعوى و برفع النزاع أمام محكمة التنازع"، "هذه الحالة المنصوص عليها في المادة 26 من قانون 24 أيار 1872، لها طابع خاص يضعها خارج النظرية العامة لأحكام التنازع"⁴.

وقد كان الفقيه Waline من بين الفقهاء الذين يرجعون نظرية الأعمال الحكومية في أصلها إلى النص المذكور، ولكنه عدل عن رأيه وذكر أنه كان مخطئاً في تفسيره للنص وأيد الرأي السائد

¹ إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع نفسه، ص.157.

² C.E. 1-5-1822 Laffitte, op.cit, p.63.

³ تنص المادة 26 على ما يلي: "لوزراء الحق في أن يراجعوا محكمة التنازع بشأن القضايا العالقة أمام مجلس الدولة والتي لا تختص بنظرها المحاكم الإدارية".

⁴ André De Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudmet, Droit administratif, 14^e éd, L.G.D.J, Paris, 1996, p.100.

والقائل بأن النظرية هي من عمل القضاء، ابتكرها المجلس لظروف خاصة أحاطت به¹، فيقول فالين في رأيه السابق (الذي عدل عنه):

"ونشير إلى أن هذه النظرية ليس لها سند في التشريع، ومحاولة بعض الفقهاء إسنادها إلى نص المادة (26) من قانون (1872/5/24) الخاص بمجلس الدولة لم تحظ بالتأييد لعدم صلاحية النص ليكون أساساً للنظرية."

ويمكن القول بأن الاعتراف بحصانة الأعمال الحكومية «كان الثمن المدفوع إرادياً، لاستقلال القضاء الإداري في فرنسا»².

ويجدر التذكير بأن مجلس الدولة الفرنسي وكذلك محكمة التنازع، كانا يفضلان عدم استعمال عبارة «أعمال حكومية» بل درجا ابتداء من العام 1822 وحتى العام 1954 على استعمال عبارات مثل: "مسألة سياسية يعود البت بها إلى الحكومة دون سواها"³. أو عبارة «أعمال سياسية»، " Actes politique"، أو عبارة ممارسة السلطة التنفيذية في المواد المتصلة بالحكم.

على أن الفقهاء ومفوضي الحكومة كانوا يفضلون عبارة «الأعمال الحكومية».

إلا أن محكمة التنازع استعملت عبارة «أعمال السيادة» لأول مرة في قرارها الصادر بتاريخ 24 حزيران 1954 عندما قررت أن بعض القرارات التي أحيلت عليها لم تكن تتمتع بصفة الأعمال الحكومية.⁴

الفرع الثاني: المشرع منشئ لأعمال السيادة في مصر

بالرغم من أن نظرية أعمال السيادة هي نظرية قضائية، جاءت وليدة جهود القضاء الإداري الفرنسي إلا أن مصدرها في مصر هو التشريع وليس القضاء.

¹ Marcel, Waline, Droit Administratif, 9^e éd, Sirey, 1963, p 221.

"Ce qui exacte, c'est que cette théorie, purement jurisprudentielle paraît n'avoir en réalité aucune base légale".

² René Chapus, Droit administratif général, Tome 1^{er}, 15^e éd, Montchrestien, Paris, 2001, p.8.

" Elle a été le prix volontairement payé, de l'indépendance de la juridiction administrative."

³ C. E : 1^{er} Mai 1822, Lafitte, op.cit.

⁴ René chapus : « l'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », R. D.P, 1958 II, p.6.

" Il Enonçait que certaines décisions a lui déférées n'avaient pas le caractère de gouvernement"

البند الأول: نشأة أعمال الحكومة في ظل المحاكم المختلطة

ففي مصر، ورد النص على حصانة أعمال السيادة لأول مرة عند تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة سنة 1900 ووضعها في تعديل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية سنة 1937. وكان النص يقرر أنه «ليس للمحاكم أن تنظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة». ثم نقل هذا النص حرفياً إلى المادة (18) من قانون نظام القضاء رقم (147) لسنة 1949. وقد دأب المشرع المصري على النص على حصانة أعمال السيادة في جميع القوانين المنظمة لمجلس الدولة.¹

البند الثاني: إنشاء مجلس الدولة وتبنيه لنظرية أعمال الحكومة

وقد ورد النص على حصانة أعمال السيادة في قانون مجلس الدولة لسنة 1946 (م/6) وفي قانون مجلس الدولة لسنة 1949 (م/7) على النحو الآتي: "لا تقبل الطلبات الآتية: الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلسي البرلمان، وعن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية، أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة". ويلاحظ على هذا النص أنه يورد طائفة من أعمال السيادة لا على سبيل الحصر بل على سبيل المثال. لكن المشرع المصري انتهج مسلكاً آخر في القوانين التالية المنظمة لمجلس الدولة فاستبدل النص السابق بنص آخر مفاده: «لا يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة».² والنص الأخير لا يقيد سلطة القاضي، ويتيح فرصة أكبر للحد من أعمال السيادة والتضييق من دائرتها.

ومن جهة أخرى فقد جرى المشرع، في القانونين الأول و الثاني المنظمين لمجلس الدولة المصري لسنة 1946 ولسنة 1949، على استعمال اصطلاح عدم قبول الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة، بينما حرص في القوانين التالية على استعمال اصطلاح عدم اختصاص مجلس الدولة بنظر تلك الطلبات، ولا شك أن ما انتهى إليه المشرع المصري هو الصحيح، لأن المشكلة التي تثار بشأن أعمال السيادة هي مشكلة الاختصاص أو عدم الاختصاص بنظر الطعون و الدعاوى الموجهة ضد

¹ وسام صبار العاني، المرجع السابق، ص.63.

² ذكرت المادة (12) من قانون سنة 1955، و المادة (12) من قانون 1959، كما تبني النص المذكور، قانون مجلس الدولة المصري رقم (47) لسنة 1972. أشار إليه: وسام صبار العاني، المرجع السابق، ص.63.

طائفة من القرارات والتصرفات التي تصدر من السلطة التنفيذية، وفيما إذا كانت هذه الطعون والدعاوى تدخل في ولاية القضاء أم تخرج منها، في حين أن مشكلة القبول إنما تثور بصدد شروط خارجة عن موضوع الدعوى وسابقة على الفصل في محل النزاع. وقد توسع مجلس الدولة المصري قبل إنشاء المحكمة العليا سنة 1969 في مفهوم أعمال السيادة، فكان يضفي صفة السيادة على كل عمل يعده المشرع كذلك، حتى لو لم تكن طبيعته توحى بذلك، ولعل لتبنيه - آنذاك - لمعيار الباعث السياسي في تحديد أعمال السيادة ما يفسر ذلك.

لكن إنشاء المحكمة العليا، ثم المحكمة الدستورية العليا التي حلت محلها في سنة 1979، قاد إلى تبني معيار طبيعة العمل الذاتية أو الموضوعية في تحديد أعمال السيادة، فكان القضاء الإداري يرفض عد العمل من أعمال السيادة لمجرد أن المشرع قد أضفى عليه هذا الوصف، وبناءً عليه رفض عدة قرارات لرئيس الجمهورية بإحالة الموظفين إلى التقاعد أو الاستيداع أو فصلهم بغير الطريق التأديبي من أعمال السيادة بالرغم من نص المشرع على عدها كذلك.¹

الفرع الثالث: التطور التاريخي لأعمال الدولة في إنجلترا

إن الانجليز هم أول الشعوب التي خطت باتجاه الديمقراطية، وترجع جذور أعمال الدولة إلى ما قبل القرن السابع عشر، حيث حصن الملك جميع أعماله من الرقابة، وكنتيجة طغيان واستبداد الملك وعدم قدرة الأفراد على مراجعة أوامر وقرارات الملك، جاءت الثورة المجيدة، التي أفقدته العرش، وقيدت أعمال خلفه المنصب من قبل الثوار وأبرز دور البرلمان كسلطة أعلى في البلاد.

البند الأول: فكرة أعمال الدولة قبل ثورة 1688

ترجع فكرة أعمال الدولة إلى القرن السابع عشر حيث كان هناك طائفتان من أعمال التاج لا تخضعان لرقابة القضاء.

¹ وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري في مصر: "ينبغي اللجوء بشأن ما أصدره رئيس الجمهورية استناداً إلى المادة (74) من الدستور إلى المعيار السائد فقهاً وقضائياً في التمييز بين أعمال السيادة و أعمال الإدارة وهو معيار طبيعة العمل المتخذ، وبحسب هذا المعيار فإن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة، فإذا كانت صادرة منها باعتبارها حكومة كانت أعمال سيادة، أما إذا كانت صادرة منها باعتبارها (إدارة) كانت أعمالاً إدارية، وإن الأعمال الأخيرة لا يغير من طبيعتها (الإدارية) استناد رئيس الجمهورية في إصدارها إلى المادة (74).

أولاً: طائفة الأعمال التي يملك التاج حق إجرائها بموجب سلطانه غير العادي أداء لواجبه الأول نحو الدولة، من سهر على مصالحها العليا ومحافظة عليها من الانهيار، absolute or extraordinary prerogative وقد شبهه هلم Hallam هذه السلطة بالسلطة المطلقة (الديكتاتورية) التي كان يتمتع بها مجلس الشيوخ في عهد الرومان.

الثانية: طائفة الأعمال التي يجريها التاج بمقتضى سلطانه العادي المتروك لمطلق حريته وتقديره ordinary prerogative.¹

كانت هاتان الطائفتان تشتركان معا في إفلاتهما من رقابة القضاء وإن خضعت كل منهما لنظام قانوني خاص، فبالنسبة للطائفة الأولى كان يتعين على القاضي البريطاني في حالة الدفع بعدم اختصاصه بنظر الدعوى لتعلقها بمصالح الدولة، التخلي فورا وبغير تمحيص عن نظرها باعتبارها داخلة في اختصاص محاكم أخرى، فكأن السلطة التنفيذية كانت تستطيع اتخاذ ما يناسبها من إجراءات غير مشروعة وتدابير استبدادية مهما بلغت جسامة الأضرار التي تصيب الأفراد منها دون أن تسأل عن ذلك قضائيا لمجرد القول بأنها ارتكبت باسم الدولة، بينما الحال لم يكن كذلك بالنسبة للطائفة الثانية من الأعمال، فلو دفع الموظف المدعى عليه بأنه قد تصرف في حدود السلطان العادي للتاج لما تخلى القاضي عن نظر الدعوى الموجهة إليه بقوة القانون، إنما يجب عليه أولا التحقق من صحة هذا الدفع لمعرفة ما إذا كان الموظف قد تصرف فعلا في حدود السلطات الموضحة حالاته على سبيل الحصر في القانون، فإن استبان له صحة الدفع قضى بعدم اختصاصه وإلا فصل في موضوع الدعوى.²

يقول مور H.Moore: " فبعض أعمال السلطة التنفيذية كالعلاقات الخارجية ومعاملة الأجانب وحكم المستعمرات وتسيير دفة الحرب لا تخضع لسلطان القضاء رغم احتمال مساسها بحقوق الأفراد، وأساس ذلك السلطة العليا المطلقة للتاج، فأساسه على الأقل هو حصانة موظفيه بالنسبة للأعمال التي يأمرهم بها أو التي يقرهم عليها".³

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.34.

² المرجع نفسه، ص.35.

³ Moore, Harrison, Act of state in English law, éd Murray, London, 1906,p.32.

وتأييد لهذا الرأي، قرار الحكم الشهير الصادر في قضية وزير الهند ضد كاماتشي بوى سوهويا¹ سنة 1859 " أن المفاوضات التي تجري بين الدول المستقلة تنظمها قوانين مغايرة لتلك التي تقوم المحاكم الوطنية بتطبيقها في بلادها ومن ثم لا تستطيع هذه المحاكم الفصل فيها أو جعل حكمها نافذا "، ولذلك تقضي المحاكم البريطانية بعدم اختصاصها كلما احتاجت القضايا المعروضة عليها لتطبيق قانون آخر غير القانون العام.

البند الثاني: فكرة أعمال الدولة بعد ثورة 1688

على إثر الثورة التي قامت في إنجلترا سنة 1688، جنح قضاة الإنجليز إلى الحد من سلطة الملك ومنع تدخله في إدارة القضاء فحاربوا امتيازاته القديمة بكافة الطرق القانونية حتى أخضعوها جميعا لرقابتهم.

وقد توج عملهم في هذا السبيل بالحكم الصادر في قضية انتيك ضد كارنجتون سنة 1765 Entich V Carrington الذي قضى برفض الدفع بعدم الاختصاص تطبيقا لفكرة عمل الدولة كما كانت سائدة في ذلك الحين، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن المدعي اتهم ثلاثة من الموظفين بالتعدي على حرمة منزله ودخولهم فيه بلا وجه حق، فدفع هؤلاء الدعوى بأنهم فعلوا ذلك بناء على أمر صادر من أحد الوزراء بتفتيش منزل المدعي، لسرعة ضبط ما به من منشورات ثورية تتضمن اتهامات خطيرة للتاج وللمجلس البرلمان، وقد برر الوزير قيامه بهذا العمل بمصالح الدولة العليا.

وقد اعتمد الحكم في رفض الأخذ بهذا الدفع إلى أن الباعث السياسي الذي أوحى إلى الوزير تصرفه ليس من شأنه أن يصحح أمر تفتيش باطل صدر من جهة غير مختصة، كما أنه ليس من شأنه رفع المسؤولية عن رجال السلطة التنفيذية في جريمة التعدي التي يتضرر المدعي منها.²

أي أن هذا الحكم يؤكد حق القاضي الإنجليزي في فحص أعمال الموظفين العموميين التي يدفع بعدم اختصاصه بنظرها رغم تبريرها بمصالح الدولة.

¹ Secretary of state for India – V – Kamachee Boye Sohoba.

أشار إليهما: محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.36.

² أصدر هذا الحكم القاضي Lord Camden وها هو نص عبارته ذات الشأن بالإنجليزية:

« With respect to the plea of State necessity, or a distinction that has been aimed at between state offenses and others, the common law does not understand that kind of reasoning, nor do our books take notice of any such distinction ».

أشار إليه: محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.37. حيث ذكره مؤلف: Constitutional Law, Wade

ط الثالثة، سنة 1945، ص،127.

إلا أن القضاء البريطاني قد أجاز الدفع بعدم الاختصاص المبني على فكرة عمل الدولة في قضية بيرون ضد دنمان سنة 1848 Buron V Denman في الظروف الآتية:
" أحرق دنمان الضابط بالبحرية البريطانية مبنى مقام على أحد الشواطئ الإفريقية التي يتردد عليها تجار الرقيق فرجع مالكة بيرون الإسباني دعوى يطالبه فيها بتعويض الضرر الذي أصابه نتيجة إحراقه مبناه، فدفع دنمان بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى لتأسيسها على عمل الدولة أجازته التاج بعد ارتكابه".

وقد قبل القاضي هذا الدفع لأن عمل الضابط قد تم خارج الإمبراطورية البريطانية إضراراً بشخص لا ينتفع من سيادة القانون الإنجليزي، تحقيقاً لهذا المبدأ الذي نادى القضاء البريطاني به منذ زمن بعيد¹.

المطلب الثالث: مبررات أعمال السيادة:

لاشك أن نشأة أعمال السيادة لها خلفيات تبررها، فهناك من أرجعها إلى القانون وآخرون إلى السياسية، كما أن هناك جانب من الفقه دور في تبرير هذه الأعمال.

الفرع الأول: مبررات قانونية

رأى جانب من الفقه أن حصانة أعمال السيادة تستند إلى مبررات قانونية منها ما يلي:

البند الأول: تحول مجلس الدولة إلى نظام القضاء البات

ما صاحب تحول مجلس الدولة الفرنسي من نظام القضاء المقيد إلى نظام القضاء البات، بعد صدور تشريع 24 مايو سنة 1872 والذي نص في المادة 26 منه على حق الوزراء في أن يرفعوا إلى محكمة التنازع القضايا المقدمة لمجلس الدولة والتي لا يختص بها القضاء الإداري، وفسر الفقه المقصود بالقضايا التي تطرح على محكمة التنازع من قبل الوزراء بأنها تلك التي تتعلق بأعمال السيادة² وقد أيدت محكمة التنازع³ هذا التفسير.

لكن هذا التفسير لم يسلم من النقد فالهدف من النص الوارد في تشريع 24 مايو هو حماية القضاء العادي من اعتداء مجلس الدولة على اختصاصه هذا من جهة.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.41.

² Julien la Ferrière, Manuel de Droit Constitutionnel, Tome II, 1947, P 3.

³ حكم محكمة التنازع في القضية، الصادر في 2 فبراير 1952. المجموعة ص.652.

ومن جهة ثانية فإن المقصود بالقضايا التي لا ينظرها القضاء الإداري هي التي تدخل في ولاية القضاء العادي.¹

البند الثاني: أعمال السيادة أعمال مختلطة

يرتكز هذا المبرر على أن أعمال السيادة هي أعمال مختلطة، فلا تصدر عن السلطة التنفيذية بمفردها و إنما تشترك فيه سلطات أخرى مثل البرلمان، و لا يملك القضاء إسباغ رقابته إلا على أعمال السلطة التنفيذية فقط.

ولم يسلم هذا المبرر أيضا من النقد، فالواقع أن هناك أعمال السيادة تصدر عن السلطة التنفيذية وحدها²، كما أن هذا المبرر لا يعطي تفسيراً مقنعاً لرقابة القضاء على بعض الأعمال المختلطة مثل اللوائح.

الفرع الثاني: مبررات فقهية

لقد حاول بعض الفقهاء الذين تعمقوا في دراسة النظرية، إيجاد المبرر الذي تستند إليه نظرية الأعمال الحكومية إلا أنهم لم يجمعوا على أساس واحد فتعددت المبررات التي أخذوا بها وفقا لما يلي:

البند الأول: مناورة قام بها مجلس الدولة

العميد هوريو « Hauriou » يعتبر أن هذه النظرية تقوم على أساس اتفاق ضمني بين السلطة التنفيذية و السلطة القضائية، من مؤداه قبول السلطة التنفيذية التنازل عن امتيازاتها و الخضوع في تصرفاتها لرقابة مجلس الدولة شرط أن تحتفظ بالمقابل بجزء من الأعمال التي تشكل ما يعرف بالأعمال الحكومية و التي تتمتع بالحصانة القضائية المطلقة، وتكون معفاة من رقابة القضاء أياً تكن صورة الرقابة.³

وهكذا اتخذ مجلس الدولة من تلك النظرية التي ابتدعها وسيلة للحفاظ على كيانه، وصمام أمان يكفل حمايته مما كان معرضاً له، ومهدداً به من جانب السلطة التنفيذية.

أما الفقيه رينيه شابو « René Chapus »⁴ فيعتبر من جهته أن مبرر نظرية الأعمال الحكومية يكمن في انتهاج مجلس الدولة "السياسة تكتيكية" قام المجلس بموجبها بمحض إرادته بوضع

¹ محمد عبد حافظ هريدي، المرجع السابق، ص.49.

² Auby et Drago, op. Cit, P 76.

³ M. Hauriou, Précis de droit administratif, 12^e éd, P. 418.

⁴ René Chapus : « L'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », Op. Cit. P.8.

حدّ لسلطاته فيما يتعلق ببعض المسائل حتى يتمكن بالمقابل أن يمارس رقابته بكل حرية على الأعمال أو المسائل الأخرى.

ولكن في النهاية يبدو وعلى الأرجح، أن الدافع الذي يحمل القاضي على إيجاد نظرية الأعمال الحكومية هو حرصه على تنفيذ أحكامه من قبل السلطة، وقد رأى مجلس الدولة أن توسيع صلاحياته حتى تتناول بعض القضايا سيحمل السلطة على عدم تنفيذ قراراته ومخالفة قوة القضية المحكمة، بالإضافة إلى خشيته من عدم التمكن من إخضاع "الهيئة أو العضو السياسي لحكم القانون".

البند الثاني: ضرورة التمييز بين وظائف السلطة التنفيذية

إن مفوض الحكومة « Célier »¹ في مطالعته في المراجعة المقدمة من « Gombert »، أخذ بفكرة العمل المختلط لعدم إخضاع الأعمال الحكومية لرقابة القضاء الإداري، فقد اعتبر أن الأعمال الحكومية هي الأعمال التي لا تجريها الإدارة وحدها بل بالتعاون مع البرلمان أو مع دولة أجنبية. بمعنى أن إخضاع الإدارة لمراقبة القضاء يستوجب أيضا إخضاع أجهزة غير إدارية له كالبرلمان، مما يتناقض ومبدأ فصل السلطات.

أما لافيريير « Laferrière » و « Duez »² فقد اعتمدا التمييز بين الأعمال التي تصدر عن السلطة التنفيذية وذكروا أن هذه السلطة تمارس في الواقع وظيفتين مختلفتين، وظيفة حكومية غير خاضعة للرقابة من أية جهة قضائية ووظيفة إدارية خاضعة لرقابة مجلس الدولة. ونظرا لعدم دقه هذا المعيار فقد تم التخلي عنه إذ يصعب وضع حدّ بين وظيفتي السلطة التنفيذية حيث تختلط هذه الأعمال ببعضها.

فالأسباب الفعلية لإعمال نظرية الأعمال الحكومية، تكمن في أن القاضي الإداري يحجم عن التدخل في العلاقات بين السلطة التشريعية و الإدارة، أو في العمل السياسي الذي يعتبر ميزة تقليدية تستقل بها الحكومة، خشية أن يعيق عملها أو أن لا يتمكن من إخضاع العمل الحكومي للقانون.

والحقيقة إن نظرية الأعمال الحكومية ساعدت فعلاً على توسيع دائرة اختصاص المحاكم، إذ أنها بإقرارها أن للحكومة حق الاستثناء بأعمال محدودة معينة غير قابلة للنقد و الطعن أمام السلطات القضائية الإدارية، هو ما دفع الحكومة أن تقبل بأن تكون سائر أعمالها الأخرى قابلة للنقد و الطعن،

¹ M. Célier, Conclusion sur C. E. Fr. Ass. 28 Mars 1947, Gombert, sirey 1947 – III – 389.

² Paul Duez, les actes de gouvernement, Sirey, Paris, 1935, P.32.

ولو لم تكن الحكومة على يقين من أن هناك فئة من أعمالها غير خاضعة لرقابة مجلس الشورى لكانت تتنازع الاختصاص في نقد جميع أعمال السلطة العامة.¹

و اعتبر Mestre أن الأعمال الحكومية تشكل "فئة وظيفية ils forment une Catégorie fonctionnelle ذات مفهوم نسبي ومضمون متحرك"².

ولكن نقول حسب رأينا أنه مهما تعددت الآراء الفقهية باستحضارها لمبررات قانونية مفسرة لها، تظل نظرية أعمال السيادة "وصمة عار" على جبين مبدأ المشروعية، حيث يظهر عدم جدواها. وفي اعتقادنا أن النظرية المذكورة غير قابلة للتبرير من الناحية القانونية، و تعد نتيجة للصراع بين السياسة و القانون، واستثناء حقيقي على مبدأ المشروعية.

الفرع الأول: مبررات سياسية

تلمس البعض سندا للنظرية في الصبغة السياسية لأعمال السيادة، ومن هنا كان إجماع القضاء عن التدخل في الخصومات ذات المضمون السياسي أو عزوفه عن الزج بنفسه في علاقة السلطة التنفيذية بالسلطة التشريعية، والتي تتسم بقدر من الصراعات السياسية. وبعبارة موجزة رغبة القضاء في النأي عن «مستقع السياسة».³

البند الأول: الباعث السياسي

قد ساعدت أحكام القضاء الأولى على هذه الصبغة حيث كانت تعتمد في تمييز أعمال السيادة على معيار الباعث السياسي، كما كان القضاء يبرر حصانة بعض أعمال الإدارة ضد الرقابة القضائية بمبرر الصبغة السياسية الواضحة.

وقد رأى العميد ليون ديجي وجوب الإقلاع عن نظرية أعمال السيادة، وضرورة التفرقة بين ما يعد عملا سياسيا وما يعد من أعمال الحكومة، وفضل أن تقتصر الحصانة من الرقابة القضائية على الأعمال السياسية التي تصدر من الحكومة بصفتها جهازاً سياسياً إذ لا يوجد في النظم القانونية ما يسمح للقضاء بمراقبة الأعمال السياسية.⁴

¹ مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.40.

² Achille Mestre, le conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration, L.G.D.J, paris, 1974, p.121.

³ محمد مرغني خيرى، القضاء الإداري، السالف الذكر، ص.6.

⁴ Léon duguít, Traité de droit constitutionnel, la théorie générale de l'Etat (suite et fin) 2° éd, Tome 3, éd Boccard, paris,1923, p.685.

البند الثاني: الضرورة السياسية

وهي التي تلقى قبولاً وتتلقى بدرجة قوية من الإقناع، ومؤداها أن أعمال السيادة تعد استجابة لفكرة الضرورات السياسية و العملية التي يستلزمها الدفاع الشرعي عن الدولة وسلامة الشعب، ويتطلب الحرص على الصالح العام والمحافظة على سلامة الدولة، عدم إرغام السلطة التنفيذية على الجهر بتفاصيلها و أسبابها وليس في مقدور القضاء أن يخضع تلك الأعمال لسيادة القانون.

ومن جانبه تفهم القضاء مدلول الضرورات العملية و أطلق يد السلطة التنفيذية في العلاقات ذات الطابع العسكري أو الدبلوماسي، و التي يتوقف عليها مصير الجماعة بأسرها وتدخل فيها الدولة كلها كطرف واحد مع الغير، ولم ير داعياً لإضافة قيود قضائية على ممارسة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها في هذا المجال مادامت هي المسؤولة عنها أمام الشعب و هي التي تقدر اعتبارات الملائمة السياسية في ممارسة هذه الأعمال¹.

المبحث الثاني: استبعاد مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة في

القانون المقارن

نقتصر في هذا الفصل على دراسة أعمال الحكومة " في القانون الفرنسي " وأعمال الدولة "في القانون الانجليزي " باعتبارها النظريتين المقابلتين لنظرية أعمال السيادة وللتين تتقاسمها تشريعات الدولة المختلفة على غرار مصر والجزائر، مبرزين أساس عدم المساءلة في كل من الأنظمة القانونية، مع ذكر التوجهات الحديثة التي تضيق من نطاق تطبيق أعمال السيادة.

المطلب الأول: عدم مساءلة السلطة عن أعمال الحكومة في القانون

الفرنسي

كما هو معروف فأساس نظرية أعمال السيادة في فرنسا هو القضاء، إلا أن صورتها الأولى كان يشوبها الغموض نظراً لعمومية معيار الباعث السياسي الذي أتخذ كأساس للنظرية، ما أدى إلى توسع نطاق أعمال الحكومة، وفي ظل هجر القضاء الحديث لهذا المعيار، برزت توجهات جديدة تساهم في تقليص والحد من آثار نظرية أعمال الحكومة.

¹ داود عبد الرزاق الباز، مبدأ المشروعية وقضاء المسؤولية الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016، ص.64.

الفرع الأول: أساس عدم المساءلة عن الأعمال الحكومية

ثار جدل كبير حول الأساس القانوني لنظرية أعمال الحكومة، فرغم ابتكار مجلس الدولة الفرنسي للنظرية، إلا أن هناك جانب من الفقه رأى أن النص التشريعي هو أساس أعمال الحكومة.

البند الأول: النص التشريعي

اتخذ معظم الشراح الفرنسيين المادة 26 من القانون الصادر في 34 مايو سنة 1872 أساساً قانونياً لنظرية أعمال الحكومة المسلم بها قضائياً في فرنسا ونصها كما يلي:

" للوزراء الحق في أن يرفعوا إلى محكمة تنازع الاختصاص القضايا المقدمة لمجلس الدولة والتي لا يختص بنظرها القضاء الإداري ومع ذلك فليس لهؤلاء الالتجاء إلى المحكمة المذكورة إلا بعد رفض مجلس الدولة التماسهم الذي يرسل إليه أولاً بقصد التخلي عن نظرها ¹."

فالقضايا المقدمة لمجلس الدولة والتي لا يختص القضاء الإداري بنظرها هي تلك التي تستند إلى أعمال حكومية، سيما وأن المادة 26 سألقة الذكر قد نُقلت حرفياً عن نص المادة 47 من القانون الصادر في 3 مارس 1849، وهذه كانت تعني يقيناً أعمال السيادة ويستفاد ذلك من شرح مقررها فيفيان Vivien أمام الهيئة التشريعية التي كانت قائمة في ذلك الحين.

" إن هذه المادة تنشئ طريقاً للطعن لا غنى عنه إذ بدونه يصبح القضاء الإداري كثير المخاطر، فاختصاص القضاء الإداري غير واضح تماماً؛ فضلاً عن أن هناك حقوقاً لا يرتب المساس بها أي سبيل للطعن فيها أمام القضاء، إذ قد يتخذ الوزراء في الدولة النيابية بقصد حماية مصالح الدولة العليا بعض الإجراءات التي قد تضر بحقوق الأفراد فلا يسألون عن ذلك إلا أم الجهات السياسية، أما تقرير مسؤوليتهم عن هذه الإجراءات أمام القضاء الإداري ففيه تعطيل وشل هذه الأعمال التي يقصد بها تحقيق الصالح العام، كما يكون من شأنه خلق سلطة جديدة في الدولة تهدد سائر السلطات، ومن ذلك التدابير المتعلقة بالأمن العام والأعمال الدبلوماسية مثلاً والذي يعتبر إخضاعها لتقدير القضاء أمراً من الخطورة بمكان."

¹ هذا هو نص المادة:

« Les ministres ont droit de revendiquer devant le Tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas aux tribunaux administratifs – Toutefois, ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande en revendication qui doit être préalablement communiquée ».

غير أن هذا التفسير لم يرق في نظر خصوم هذه النظرية فقالوا بأن المقصود بالقضايا المقدمة لمجلس الدولة والتي لا يختص القضاء الإداري بنظرها هي القضايا والمنازعات التي تدخل في اختصاص المحاكم القضائية، أي أن المشرع قد قصد من وراء نص المادة سالف الذكر حماية القضاء العادي من محاولة القضاء الإداري التعدي على اختصاصاته فإن حاول مجلس الدولة الفصل في قضية يختص القضاء العادي بنظرها أمكن وقفه عند حده ومنعه من ذلك بطريق الدفع بعدم اختصاصه، فإن رضخ فيها وإلا حق للحكومة رفع الأمر إلى محكمة تنازع الاختصاص.

ونظراً لأن المادة 26 من قانون 24 مايو سنة 1872 لم توضح قط موضع التنفيذ فقد رأى هؤلاء الرجوع إلى الأعمال التحضيرية التي سبقت المادة 47 التي نقلت عنها، ومقابلة التصريحات التي أدلى بها أديلو بارو Odilt Barrot وزير العدل عندئذ بما ورد في تقرير فيفيان عنها، إذ هاجم الوزير الأعمال التي تخرج عن رقابة القضاء استناداً إلى مصالح الدولة التي اقتضتها.¹

غير أن أقوال الوزير ليست قاطعة في هذا الخصوص فقد يكون قد قصد من ورائها مهاجمة الأعمال التي تصدر من الجهات الإدارية بمقتضى سلطتها التقديرية أو الرغبة في إبداء رأيه الخاص في نظرية العمل الحكومي دون أن ينفي طرحها ظاهرياً.²

ومهما كان التفسير الصحيح لنص المادة 26 سالف الذكر، فإن المسلم به في فرنسا هو أن مجلس الدولة يتمتع هناك في حالات خاصة من نظر بعض الدعاوى التي ترفع إليه ويرى أن أساسها هو العمل الحكومي.

البند الثاني: أحكام القضاء

سنستعرض هنا القضايا الهامة التي تعبر عن وجهة نظر القضاء الفرنسي في عدم مساءلة السلطة العامة.

أولاً- قضية الدوق دورليان (Aff. Duc D'Orléans) 18 يونيو سنة 1852):

التي تتلخص وقائعها في أن الملك لويس فليب قد وهب أبناءه الأحياء بتاريخ 7 أغسطس سنة 1830 جميع أمواله الثابتة والمنقولة، ليتخلص من ضمها إلى أملاك الدولة الخاصة، تطبيقاً للنص

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.51.

² Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique, reproduction de la seconde éd parue en 1938, éd D, 2012, p.p.243-246.

الخاص بضم جميع أموال الملك إليها فلما، تفتنت الحكومة إلى عمله هذا أصدرت بتاريخ 22 يناير سنة 1852 مرسوما يقضي برد الأموال الموهوبة إلى الدولة؛ كما أصدرت في 27 مارس من السنة نفسها مرسوما آخر يخول لوزير المالية التصرف في جزء منها. ولما توجه الموظفون المختصون للاستيلاء على الأموال سالفة الذكر بالقوة، لجأ ورثة لويس فليب إلى القضاء لرد تلك الأموال إليهم وعند البدء في نظر الدعوى طلب محافظ السين من المحكمة التخلي عن نظرها لعدم اختصاصها Déclinatoire d'incompétence، لأن الأموال موضوع النزاع هي نفسها موضوع الهيئة المؤرخة 7 أغسطس سنة 1830 والتي تم الاستيلاء عليها بطريقة قانونية تنفيذا للمرسومين الصادرين في 22 يناير و27 مارس من عام 1852 والذي يعتبر كل منهما عملا حكوميا ليس للمحكمة التعرض لهما. ولما رفضت المحكمة الأخذ بهذا النظر رفع المحافظ الأمر إلى مجلس الدولة منازعا في اختصاصها للسبب السابق فأيد المجلس وجه النظر هذه باعتباره أن المرسوم الصادر بتاريخ 22 يناير سنة 1852 يعد عملا حكوميا ليس لجهة القضاء التعرض له.¹

ثانيا - قضية الدوك دومال Aff. Duc D'Aumale (9 مايو سنة 1867):

وتتلخص وقائعها في أن الأمير نابليون هاجم أسرة البربون في مجلس الشيوخ هجوما عنيفا، فوضع الدوق دومال (وهو الابن الرابع للمالك لويس فليب) مؤلفا صغيرا عنوانه " خطاب عن تاريخ فرنسا " حوى بعض الانتقادات الموجهة لحكومة نابليون الثالث القائمة في ذلك الحين، وعندئذ قام البوليس بضبط جميع نسخ المؤلف تحت يد الناشر له " ميشيل ليفي " بناء على أمر وزير الداخلية، فطعن الناشر والدوق في هذا القرار بطريق دعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة الذي قضى بعدم اختصاصه بنظر الطعن بحجة أن قرار المصادرة المطعون فيه عمل سياسي² Acte politique.

الفرع الثاني: التضييق من مجال نظرية أعمال الحكومة

نظرا لأن مجلس الدولة الفرنسي غير مقيد في قضائه كما أسلفنا بنصوص معينة فقد صار بإمكانه تطبيق نظرية أعمال الحكومة تطبيقا معقولا تقتضيه الظروف التي تحيط به، وهو اليوم يميل إلى الحد من سلطان هذه النظرية بواسطة إحدى هاتين الطريقتين:

¹ أشار إليها: محمد هريدي، المرجع السابق، ص.52. Aff. Duc D'Orléans.

² أشار إليها: محمد هريدي، المرجع السابق، ص.52. Aff. Due D'Aumale.

البند الأول: الأعمال التي يمتنع القضاء النظر فيها

قام مجلس الدولة بالتضييق من أعمال الحكومة وفق مجالات تم تحديدها كما يلي:

وتشمل الأعمال المنظمة لعلاقات السلطة التنفيذية بمجلس البرلمان والقوانين الاستثنائية فبالنسبة لهذه الأخيرة تقدم قضاء مجلس الدولة فيها تقدماً كبيراً فلم يعد يدخل في حظيرة الأعمال الحكومية إلا المرسوم الصادر بإعلان الظرف الاستثنائي، أما التدابير التي تتخذ تنفيذاً لها فتعتبر اليوم أعمالاً إدارية خاضعة لرقابة القضاء ومع ذلك يتحرز مجلس الدولة كثيراً في شأنها خشية اصطدامه بالسلطة القائمة على إجراءاتها.

وعلى العكس لم يحقق المجلس أي تقدم بالنسبة للأعمال الأولى - وقد رأى الفقيه دويز Duez أن هذا الموقف يتغير حتماً إذا خول المشرع المحاكم سلطة التحقق من دستورية القوانين التي يصدرها، فحينئذ يتحرر القضاء من الخوف الذي يساوره كلما دفع بعدم اختصاصه بنظر عمل من أعمال السلطة التنفيذية بحجة صبغته الحكومية.

كما أن المراسيم الخاصة بدعوة الناخبين للانتخاب لن تعتبر أعمالاً حكومية إذا عهد المشرع إلى المحاكم بسلطة الفصل في صحة نيابة أعضاء البرلمان إذ يكون للقضاء عندئذ حق فحص مشروعيتها تلك المراسيم دون خوف من تضارب أحكامه مع سلطات البرلمان.

ولكن المشرع الفرنسي لم يخط أي خطوة في هذا السبيل فالدستور الفرنسي الصادر في 27 أكتوبر سنة 1946 لم يخول المحاكم أيًا من هاتين السلطتين ومن ثم بات من العسير على مجلس الدولة العدول عن موقفه في هذا الشأن، كما يرى أن الأعمال الدبلوماسية هي المجال الحيوي للعمل الحكومي. وقد جاء دستور الجمهورية الرابعة سالف الذكر مؤكداً لهذه النظرة فقضت المادة 28 منه¹ بأن " المعاهدات السياسية التي يتم التصديق عليها ونشرها في حدود الدستور، تفوق قوتها قوة القوانين الداخلية فنصوصها لا تلغى ولا تعدل ولا يوقف تنفيذها إلا بعد تبليغ ذلك إلى الدولة صاحبة الشأن تبليغاً صحيحاً"، أي أن المعاهدة تصبح نافذة في فرنسا بمجرد التصديق عليها ونشرها دون حاجة إلى قانون خاص يصدر بذلك، ومن ثم لم يعد في استطاعة مجلس الدولة أن ينظر إلى المعاهدة من

¹ « Les traités diplomatiques régulièrement ratifiés et publiés, ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, leurs dispositions ne peuvent être abrogées, modifiées ou suspendues, qu'à la suite d'une dénonciation régulière, notifiée par voie diplomatique ».

زاويتين مختلفتين فيرى في المعاهدة نفسها عملا دوليا وبالتالي حكوميا، بينما يرى في الإجراءات التي تتخذها الحكومة توصلا لتطبيقها أعمالا إدارية تخضع لرقابته.¹

البند الثاني: الأعمال التي يمتنع القضاء عن نظرها لإفساح المجال أمام الحكومة

استطاع مجلس الدولة في هذا المقام التقدم بسهولة وبسر فكثير من الأعمال التي كان يعتبرها في الماضي أعمالا حكومية صارت اليوم في نظره أعمالا إدارية خاضعة لرقابته، فمثلا لم يعد المرسوم الصادر من رئيس الدولة بالعفو عن العقوبة منذ الحكم الصادر في قضية جومبير Gombert (28 مارس 1947) غير خاضع للرقابة باعتباره عملا مختلط، في حين أن مجلس الدولة هيئة إدارية قضائية جزء من السلطة التنفيذية، لا يمكنه أن يخضع لرقابته أي عمل أو قرار ما لم تكن السلطة التنفيذية المعني الوحيد به.²

كما أن تقدمه كان أكثره وضوحا بالنسبة للأعمال التي تتخذ في الداخل تنفيذا لمعاهدة دولية، أو التي تتخذ تنفيذا لحق الدولة في مراقبة رعاياها في الخارج، وكذلك بالنسبة للأحكام الحربية التي تقع خارج الإقليم الفرنسي ويلحق المواطنين ضرر منها.

ففي جميع هذه الأحوال استطاع مجلس الدولة التخلص من الفكرة التقليدية التي كانت تدفعه إلى عدم رقابة هذه الأعمال بحجة حرية العمل الواجب توفيرها للحكومة.

ففي قضية روزيير Rouzier: التي تتلخص في أن المدعي طلب أثناء إقامته بمدينة Port-au-Prince من ممثل فرنسا لدى جمهورية Haite تزويجه من مطلقة فرفض بحجة أن اتخاذ مثل هذا الإجراء قد يثير الأهالي لتحريمه قانونا لديهم، فتضرر المدعي من ذلك وطلب من محكمة السين المدنية إلزام ممثل دولته بأن يدفع تعويضا مناسبا عن الضرر الذي أصابه من جراء امتناعه عن إجراء زواج لا يحرمه القانون الفرنسي، ولكن محافظ السين طلب من المحكمة المدنية التخلي عن نظر الدعوى لعدم الاختصاص بحجة أن موقف المدعي عليه كان وليد اعتبارات دبلوماسية بحتة، ولكن المحكمة رفضت الأخذ بهذا النظر وعندئذ رفع المحافظ الأمر إلى محكمة تنازع الاختصاص التي أيدت وجهة نظر المحكمة بقولها إن العمل لا يعتبر دبلوماسيا لمجرد صدوره من أحد رجال السلك السياسي بل يجب أن تكون العبرة في ذلك بطبيعة العمل نفسه.

¹ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص. 58.

² أشار إليه: مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص. 57. C.E 28 mars 1947, Gombert, S. 1947.

كما لجأ مجلس الدولة إلى تمييز المعاهدة عن التدابير التي تتخذها الحكومة بقصد وضعها موضع التنفيذ في داخل الإقليم، فمثل هذه التدابير لم تعد لها في نظره صفة الأعمال الحكومية لأن هذه تنفرد بها المعاهدات نفسها.

وفي قضية بوجاد¹ Poujade: مثلاً ذكر المجلس أن امتناع الحكومة عن تسليم شخص معين المبلغ الذي قدمته لها إحدى الدول الأجنبية لتسليمه إليه كتعويض عما أصابه من ضرر معين، يعتبر عملاً إدارياً، أما إذا كان المبلغ الذي قدمته الدولة الأجنبية قد سلم إلى الحكومة قصد توزيعه على أشخاص عديدين غير معينين فهنا يتمتع القضاء عن مراقبة التوزيع الذي تقوم به.

الفرع الثالث: التوجهات الحديثة لإقرار مسؤولية السلطة العامة عن أعمال الحكومة

ساهم مبدأ سيادة القانون، وتطور المجتمعات الديمقراطية في تحول اجتهادات مجلس الدولة نحو إقرار مسؤولية السلطة العامة على بعض أعمالها و خاصة التعويض على بعض الأعمال الأخرى، تخفيفاً من الآثار السلبية على حقوق وحرية الأفراد.

البند الأول: الإجراءات القابلة للانفصال

لم يكتف القضاء الإداري الفرنسي في السياسة التي اتبعتها للتضييق من نطاق أعمال السيادة ومداها، في العدول عن اعتبار البعض منها قرارات إدارية عادية تخضع للرقابة القضائية إلغاءً وتعويضاً. وتعود جذور تبني مجلس الدولة لنظرية الأعمال المنفصلة إلى سنة 1905 في قرار ماتين² Martin، بمناسبة مراجعة شخص ثالث طعنا بعمل منفصل عن العقد فشكّل هذا القرار مناسبة لنشأة نظرية الأعمال المنفصلة، كما عدل منذ عام 1953 عن اعتبار مرسوم إعلان حالة الأحكام العرفية عملاً من أعمال السيادة، وعليه فقد اجتهد مجلس الدولة الفرنسي اجتهاداً جديداً يستهدف تحقيق الغاية نفسها، وهي تضييق نطاق أعمال السيادة ومداها، وتجلّى هذا الاجتهاد فيما

¹ مجلس الدولة 23 ديسمبر سنة 1904 مجموعة 873. أشار إليه: محمد هريدي، المرجع السابق، ص.58.
² C.E, 4 aout 1905, Martin, Rec, p.749.

أشار إليه : مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.141.

أطلق عليه الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، ويعد هذا الاجتهاد أحد تطبيقات نظرية الأعمال القابلة للانفصال.¹

أولاً- معيار الإجراءات القابلة للانفصال:

لم يحاول مجلس الدولة الفرنسي تحديد أسباب نظرية الإجراءات القابلة للانفصال، فلم يضع معياراً محدداً يقيد لاحقاً، لكن الفقه حاول استخلاص بعض المعايير من الأحكام القضائية التي أصدرها مجلس الدولة الفرنسي:

1- طبيعة الإجراء الإداري المتخذ: ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أن الإجراء القابل للانفصال هو الإجراء الذي يتجه صوب النظام الدولي وليس الداخلي.

2- مدى ارتباط الإجراء الإداري بعمل السيادة: حيث تعد إجراءات تنفيذ المعاهدات الدولية من الإجراءات القابلة للانفصال إذا كانت لا تتعلق بعلاقة الدولة بالدولة الأجنبية أو إذا كانت تثير مسألة من صميم القانون الداخلي، هكذا تعتبر الإجراءات الإدارية من أعمال السيادة أو من الأعمال القابلة للانفصال حسب مدى تعلقها بعلاقة الدولة بالدولة الأجنبية أو حسب مدى إثارتها مسألة تعد من صميم القانون الداخلي.

3- مدى استقلالية الإدارة في اتخاذ الإجراء: نكون بصدد إجراء من الإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، إذا كانت الحكومة الوطنية تتمتع بجانب من الاستقلال في اختيار الوسائل التي يتم بمقتضاها تنفيذ التزاماتها الدولية، وكان لديها حرية المبادرة في اختيار الوسائل التي توفي بمقتضاها بالالتزامات الملقاة على كاهلها.²

ثانياً- تطبيقات نظرية الأعمال المنفصلة:

فبعد أن كانت بداية هذا المفهوم في مجال العقود الإدارية، انتقل تدريجياً إلى مجالات أخرى سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي.

¹ علي خاطر شطناوي، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2000، العدد 6، المجلد 27، ص.7.

² علي خاطر شطناوي، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، المرجع السابق، ص.8.

1- تطبيقات نظرية الأعمال المنفصلة داخليا: أهم قرار صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 21 أكتوبر 1988¹، في نطاق العلاقات بين الحكومة والبرلمان، كما أن مجلس الدولة الفرنسي اعتبر بأن مرسوم تكليف أحد النواب بمهمة لدى إحدى الإدارات أو لصالحها هو قرار منفصل عن علاقة السلطتين التشريعية والتنفيذية كما هي منظمة في الدستور²، حيث لا يشكل أي تأثير على سير العمل البرلماني.

2- تطبيقات نظرية الأعمال المنفصلة على مستوى العلاقات الدولية: عمد مجلس الدولة إلى الحد من مساوئ نظرية الأعمال الحكومية عن طريق تطبيقه لنظرية الأعمال المنفصلة بالنسبة للعلاقات الدولية، بحيث فرق بين الأعمال التي يمكن فصلها عن الاتفاق الدولي والعلاقات الدولية، وبين الأعمال التي لا يمكن فصلها³ والبعض اعتبر بأن بعض الأعمال رغم ارتباطها بالعلاقات الدولية، إلا أنه يمكن فصلها لتظهر مثل القرارات الإدارية الداخلية، حيث يمكن مخصصتها قضائيا.

"Certains actes, alors même qu'ils intéressent les relations internationales s'en détachent suffisamment pour apparaître comme des décisions administratives internes, susceptibles de faire l'objet d'un débat contentieux".⁴

و من أهم تطبيقات النظرية نذكر⁵:

- القرار بمنح الإذن لبناء قنصلية جمهورية الفيتنام الشعبية في باريس⁶
- القرار الصادر عن السلطات الفرنسية و القاضي بالسماح لمحطة إذاعية أجنبية بوضع الجهاز الخاص ببث برامجها الإذاعية، في الإقليم الفرنسي، هكذا قرار منفصل عن العلاقات بين فرنسا وإمارة Monaco⁷
- تدابير الشرطة المتخذة من أجل حماية دبلوماسي أجنبي.¹

¹ تتلخص وقائع القضية : أن رئيس الحكومة كلف عضوا في البرلمان القيام بمهمة ذات طابع إداري مفادها إجراء دراسة تتعلق بالمجموعات الدينية المعروفة باسم Eglise de scientologie de paris ووضع تقرير مفصل لها، وبعد إجراء الدراسة ورفع التقرير إليه اتخذ رئيس الحكومة قرارا بنشر التقرير المذكور، وبتتيجة الطعن بالقرار صدر عن مجلس الدولة الحكم الذي اعتبر فيه أن هذا القرار لا يشكل عملا حكوميا لأنه لا يمس العلاقات السياسية بين الحكومة والبرلمان، بل اعتبره قرارا إداريا نافذا وضارا.

² C.E, 25 septembre 1998 .

أشار إليه: مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.145.

³ مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.146.

⁴ Vedel Georges, Delvolvé Pierre, Droit administratif, Tome I, Thémis, droit public, P.U.F, Paris, 1992, P.309.

⁵ مصباح وليد عرابي، المرجع نفسه، ص.149.

⁶ C.E, 22 décembre 1978

⁷ C.E sect.17 décembre 1982, soc. radio monte carlo,

البند الثاني: إقرار مسؤولية الحكومة والتعويض على بعض أعمالها

إن مجلس الدولة الفرنسي قد استطاع في أواخر القرن الماضي بناء مسؤولية السلطات العامة على أساس آخر، غير الخطأ الشخصي الذي تقوم عليه المسؤولية العامة المأخوذ بها في القانون المدني. ولذلك لم يجد مجلس الدولة حرجا في القضاء بتعويض المضرورين من الأعمال الحكومية لأنه مثل هذه الحالة لا يراقب الحكومة في نشاطها ولا يعرقل أعمالها، إنما يعمل فقط على رفع الظلم عن كاهل الأفراد بتعويضهم عن الأضرار التي تصيبهم من أعمال اقتضتها المصلحة العامة تحقيقا لمبادئ العدالة.

ففي قضية كوتياس Couitéas²: رأى مجلس الدولة الحكم للمدعي بتعويض لقاء الضرر الذي أصابه من امتناع الحكومة عن تنفيذ حكم نهائي صدر لصالحه بتسليم أراضي الواقعة بتونس بحجة الخوف من ثورة السكان هناك.

وقد جاء حكمه " بما أن الضرر الناتج من امتناع الحكومة عن تنفيذ الحكم الصادر للمدعي غير محدود المدة والمدى ومن ثم لا يتعين على المدعي أن يتحمل عبئه بمفرده ويجب على القاضي في هذه الحالة تحديد النقطة التي يجوز عنها إضافة عبء مثل هذا الضرر على عاتق المجتمع، وبما أن حرمان المدعي كلية من الانتفاع بحقوقه لأمد غير محدود قد اتخذ في سبيل الصالح العام ومن ثم يحق له عدلا المطالبة بتعويض نقدي عن الضرر الذي لحقه منه".

أي أن مجلس الدولة يرى رغم تسليمه بعدم وجود خطأ من جانب الحكومة، أن الضرر الذي أصاب المدعي ضرر استثنائي استلزمه المحافظة على الأمن العام في دولة محمية فيجب عدلا تعويضه منه. فيتضح من هذا الحكم الذي يعتبر سابقة هامة في تاريخ القضاء الفرنسي أن تأسيس مسؤولية السلطة العامة على فكرة الغنم بالغرم هو وحده الكفيل بإرضاء الحكومة بعدم التعرض لأعمالها من جهة، وتحقيق العدالة بتعويض الأفراد عن الأضرار التي تلحقهم نتيجة أعمالهم من جهة أخرى.

¹ C.E, Sect, 29 avril 1987.

² C.E, 30 novembre 1923, Couitéa, (Rec, 789 ; D. 1923.3.59, concl. Rivet ; RD publ. 1924.75 et 208, concl., note Jèze ; S. 1923.3.57, note hauriou, DA 1998, n° 10, p.4, art. Andriant simbazovina ; RFDA 2013.1012, art. Seiller ; AJ 2014.1821, art. Jacuemet-Gauché). M. long, les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p.225.

« Considérant que a privation de jouissance totale et sans limitation de durée résultant pour le requérant de la mesure prise à son égard, lui a imposé, dans l'intérêt général, un préjudice pour lequel il est fondé à demander une réparation pécuniaire ».

المطلب الثاني: عدم مساءلة السلطة عن أعمال الدولة في القانون الانجليزي

تمتع المحاكم القضائية في إنجلترا عن نظر طائفة من أعمال السلطة التنفيذية يطلق عليها اسم " أعمال الدولة " ونرى قبل دراسة هذه الأعمال، الإشارة إلى الخطوط الرئيسية للصلات القائمة بين القضاء والإدارة هناك.

الفرع الأول: أعمال الدولة في القانون الانجليزي ACTS OF STATE

فكرة عمل الدولة القائمة الآن في القانون الإنجليزي، ليست في الحقيقة إلا أثرا للمزاعم التي ادعاها التاج البريطاني طوال القرنين السادس والسابع عشر لتأييد سلطته المطلقة التي كان يرى استعمالها باسم الدولة من وقت لآخر تحقيقاً لأغراضه المختلفة، وقد عملت المحاكم البريطانية على هدم تلك المزاعم بجرأتها النادرة، فاستقر قضاؤها على رعايا التاج البريطاني بل وكل المقيمين بأراضيه يجب أن ينعموا بسيادة القانون العام في كافة العلاقات القانونية، سواء تلك القائمة بينهم أو تلك التي تربطهم بالتاج وتابعيه، وللمحاكم وحدها حق تقرير متى يكون الشخص موالياً للتاج، فيقرر بأن الإقليم الذي اتخذ عمل الدولة فيه إقليم بريطاني أو غير بريطاني وبأن الشخص الذي أصابه الضرر منه جدير بحماية القوانين الإنجليزية أو غير جدير.

وهكذا وبفضل القضاء السديد وحده لم يعد في مقدور أي هيئة في إنجلترا غير البرلمان سلطة المساس بحقوق الرعايا الإنجليز حقيقة أو حكماً وبذا أصبحت دولتهم بفضل حكمة قضاتها ونفاذ بصيرتهم مثلاً حياً " لدولة القانون " " Etat de droit " بعد أن كانت كما صوّرها لنا هوبز Hobbes المثل الحي للحكم الاستبدادي المطلق أي لدولة البوليس " Etat de Police ".

البند الأول: نطاق أعمال الدولة في القانون الإنجليزي

تواجه فكرة عمل الدولة في بريطانيا خلافاً في الفقه والقضاء وقد لجأ الباحثون هناك توصلاً للحد من آثار هذه الفكرة إلى وضع قائمة بالمواد التي يمكن إثارتها في دائرتها. ولكن هذه القائمة غير مجمع عليها من الفقهاء فهي تختلف باختلافهم كما أن البعض منهم ذهب إلى حد إدماج الأعمال التي يملك التاج اتخاذها بموجب سلطته التقديرية فيها.

فالقائمة التي وضعها مور في كتابه " عمل الدولة في القانون الإنجليزي " تتضمن¹:

¹ عمر محمد مرشد الشوكي، المرجع السابق، ص. 88.

- 1- الأعمال التي تتخذها مختلف الوزارات لإدارة الشؤون السياسية العليا التي تختص بها، إذ لا يملك القضاء النظر فيها لتعلقها بالنظام الأساسي للدولة.
- 2- بعض الأعمال التي يتخذها التاج في المستعمرات وسائر الممتلكات البريطانية عملاً بحق سيادته عليها.
- 3- إعلان قانون الأحكام العرفية أو الاستثنائية.
- 4- الأعمال المتصلة بإبرام المعاهدات وتنفيذ نصوصها.
- 5- بعض الأعمال التي يتخذها موظفوا التاج إضراراً بحقوق بعض الأجانب التي يرى القضاء اعتبارها " أعمال الدولة ".
- 6- المسائل المتعلقة بحقوق الدولة والتزاماتها المترتبة على ضم إقليم معين إليها وكذلك المسائل ذات الطابع الدولي.

وقد اعتمد ويد Wade هذه القائمة ثم أضاف إليها كافة الأعمال التي يحق للتاج اتخاذها في حدود سلطته التقديرية كحقه في حل البرلمان وفي منح الرتب والنياشين.

ومن جهة أخرى يميل بعض الفقهاء إلى القول بأن أعمال الدولة لم تعد تشمل في القانون الإنجليزي غير الأعمال التي يحق للتاج اتخاذها في إدارة شؤون الدولة الخارجية، فقال امدن Emden " إن عمل الدولة يطلق اليوم على أعمال السلطة التنفيذية ذات الطابع الدولي، فنقلت لهذا السبب من كل رقابة قضائية، وبغير ذلك كانت تعتبر أعمالاً ضارة أو خاطئة يختص القضاء بنظرها لتقرير مسؤولية فاعليها¹."

البند الثاني: أساس استبعاد أعمال الدولة عن رقابة القضاء

درج فقهاء الإنجليزي على التسليم بقيام هذه الأعمال دون ذكر للأسباب الداعية إلى عدم خضوعها لرقابة المحاكم، حيث جاء في قرار اللورد Coleridge بمناسبة قضية Rustomjee v the 1876 Queens² من خلال تفاوض الملكة حول تنفيذ اتفاقية، فإن قراراتها لا تخضع لرقابة القانون الداخلي و لا يمكن فحص أعمالها من قبل محاكمها الخاصة.

¹ راجع بحث Gordon وكذلك مؤلف الأستاذين Keir and Lawson - "Cases in constitutionatlaw" ط الثانية، سنة 1933، ص 298. أشار إليه: عمر محمد مرشد الشويكي، المرجع السابق، ص 88.

² وتتلخص وقائع القضية في مطالبة أحد المتضررين من الملكة توزيع التعويضات المتحصل عليها من الحكومة الصينية جراء تحمل مسؤوليتها عن الأضرار التي لحقت برعايا انجليز.

"En négociant le traité qu'en l'exécutant, elle se trouve (la reine) au-dessus du contrôle du droit interne et ses actes ne peuvent pas être examinés par ses propre tribunaux."

ويخلص Constantinoff إلى القول " أن الأفراد لا يمكنهم رفع دعوى ضد التاج للحصول على تعويضات تحصلت عليها بريطانيا جراء أضرار أصابت مواطنيها لدى دولة أجنبية بمناسبة اتفاقية دولية"¹.

ولكن رأي لوتريخت Lauterpacht أن الوضع القانوني الخاص بعمل الدولة يمليه علينا الباعث السياسي الذي دفع صاحبه إلى اتخاذه فيجعل منه عملاً سياسياً لا يختص القضاء بنظره إذ بواسطة هذا اللفظ " عمل الدولة " يمكن التمييز في القانون الداخلي بين العمل القانوني أو القضائي من جهة والعمل السياسي من جهة أخرى.²

أي أن لوتريخت يأخذ بفكرة العمل السياسي للتمييز بين أعمال السلطة التنفيذية الخارجة عن رقابة القضاء وأعمالها الخاضعة لها، وبذلك يقترب لوتريخت بعمل الدولة من العمل الحكومي القائم في القانون الفرنسي، ولكن بعد صدور قانون الإجراءات الملكية 1947 اختلف الوضع وذلك كما يلي:

أولاً- الوضع قبل صدور قانون سنة 1947: القاعدة التي كانت سائدة في النظام القانوني الإنجليزي، هي قاعدة أن الملك لا يخطئ the king can do not wrong ومن ثم فهو لا يقر الخطأ و لا يسمح به، وكانت هذه القاعدة من بقايا النظام الإقطاعي، حيث كانت المحاكم تعتبر محاكم الملك، والقضاة قضاته، فلا يجوز محاكمة الملك أمام محاكمه، وبناء على ذلك فإن موظفي الحكومة المركزية كانوا محصنين ضد أي إجراء من إجراءات التقاضي، إلا إذا أذن الملك وكان الإجراء المتبع، هو أن يلجأ الشخص الذي أصابه الضرر من جراء تصرف معين أثناء تأدية وظيفته إلى القضاء مقاضياً الموظف بصفته الشخصية، وبالرغم من أن الدعوى هنا تعتبر شخصية، إلا أنه لا بد من الحصول على إذن مسبق من " التاج " لرفع هذه الدعوى، ويصدر هذا الإذن عادة على نمط معين هو، دع الحق ينفذ " let right be done " هذا وقد جرت العادة أن تتحمل الدولة ما يحكم به على موظفيها نتيجة ما يرتكبونه من أخطاء أثناء تأديتهم لعملهم.³

¹ Jean Constantinoff, le recours contre l'administration dans la législation et la jurisprudence anglaise, Librairie de Jurisprudence ancienne et Moderne, 1931, p.p.85-87.

² عمر محمد مرشد الشوبكي، المرجع السابق، ص.90.

³ Jean Constantinoff, op.cit, p.p.94-96.

ثانيا- **الوضع بعد صدور قانون سنة 1947:** صدر هذا القانون في ديسمبر سنة 1947 وبدأ تنفيذه في أول يناير سنة 1948 ومن أهم أحكامه، تقرير مبدأ مسؤولية الدولة عن أخطاء موظفيها، وعلاقة الدولة بهؤلاء الموظفين، كما تناول القانون الإجراءات و الإثبات في مواجهة "التاج".

وقد علق "جنجز" على مسؤولية الدولة بقوله: إن عبارة "التاج" لا تعني الملك أو الملكة، ولكنها تعني الوزراء، و موظفي الحكومة المركزية، لأن هؤلاء يؤدون أعمالهم باسم الملك، وبذلك تكون معظم تصرفات الإدارة المركزية و كأنها تصرفات الملك، وهي الفئة التي كانت تشملها الحصانة قبل صدور قانون سنة 1947، ثم أقام القانون بعد ذلك أسس مسؤولية الدولة عن أعمال موظفيها، على نفس الأسس التي تقوم عليها مسؤولية الأشخاص الطبيعيين العاديين الكاملية الأهلية.

ومن أمثلة مسؤولية الدولة: المسؤولية عن أعمال الموظفين و الهيئات، فقد أقر القانون مسؤولية الدولة عنها وأجاز للمواطن العادي الذي يصيبه ضرر رفع دعوى ضد الدولة، كما أقام القانون على الدولة مسؤولية قانونية إذا هي أضرت بالموظف العام نتيجة خطأ من جانبها، بعد أن كانت الدولة غير مسؤولة عن جبر الضرر الناتج عن مزاولتها لإدارة مرافقها العامة وأملاكها، و التعويض عنه إلا بمحض إرادتها واختيارها، أصبح الوضع في ظل قانون سنة 1947 محددًا لمسؤولية الدولة، مثله مثل الأفراد العاديين إذا هي تسببت في الأضرار.

ويرى "ريد" أن تحولاً أساسياً قد حدث في قضاء مجلس اللوردات بعد قضية الغواصة سنة 1939، وهي القضية التي رفضت فيها المحكمة حجب بعض المستندات بحجة السرية، وأقرت أحقيتها في الفصل فيما إذا كانت مقتضيات العدالة تقتض السرية.

مما تقدم يتضح أن المركزية "التاج" في بريطانيا تتمتع ببعض المزايا في مواجهة الأفراد العاديين، ولكنها لا ترق إلى درجة الدفع بأعمال السيادة في النظم الأخرى، ذلك الدفع الذي لا يوجد في إنجلترا، باستثناء ما يتعلق بالأعمال التي تقع خارج الأراضي البريطانية.

الفرع الثاني: مساءلة السلطة عن أعمال الدولة داخل بريطانيا

عندما تتخذ السلطة التنفيذية قرار يتعلق بأعمال السيادة في بريطانيا، فإن الدفع بأعمال السيادة لا يمكن الأخذ به إلا في حالات محدودة جداً، غير أن هذا الدفع لا يمكن قبوله في مواجهة مواطن بريطاني أو أجنبي ينتمي لدولة صديقة ويقوم على أرض بريطانية، وبالتالي يؤدي واجب الطاعة للتاج.¹

¹ Garner, J.F, Administrative Law, Butterworths, 5th Ed, London, 1979, p.p.309.310.

البند الأول: أعمال الدولة في مواجهة بريطاني على أرض بريطانية

يمثل حالة البريطاني على أرض بريطانية ما حدث في قضية (ووكر ضد بيرد) سنة 1892، وتتلخص وقائع هذه القضية أن بريطانيا وفرنسا عقدتا اتفاقا لتنظيم صيد نوع من السمك يسمى جراد البحر "LOBESTER" في جزيرة نيوفاوندلاند Terre Neuve Newfoundland، منعنا بموجبه إنشاء أي مصنع جديد لهذه الغاية دون اتفاق الدولتين المشترك، وحدث أن قام مواطن بريطاني وهو المدعي في هذه القضية بإقامة مصنع له هناك مخالفا بذلك نصوص الاتفاق المعقودة بين الدولتين. أما المدعى عليه ضابطا لسفينة حربية استولى بموجب الأوامر المعطاة له من وزارة البحرية على المصنع الذي أقامه المدعي، إذن فالمدعي في هذه القضية بريطاني أقام مصنعه على أرض خاضعة للتاج، لهذا فشلت محاولة التاج في تبرير عمل الاستيلاء بأنه عمل من أعمال السيادة تنفيذا لأوامر الوزارة، وتم دفع التعويض للمدعي استنادا إلى الضرر الذي لحق بممتلكاته بسبب ما قام به موظف التاج المسؤول شخصيا على إحداث هذا الضرر¹.

البند الثاني: أعمال الدولة في مواجهة أجنبي على أرض بريطانية

هنا يجب التفرقة بين الأجنبي التابع لدولة صديقة والأجنبي التابع لدولة معادية وذلك كالاتي:

أولا- أعمال الدولة ضد أجنبي لدولة صديقة ويقوم على أرض بريطانية :

إن حالة الأجنبي الذي ينتمي لدولة صديقة ويقوم في بريطانيا تتمثل في قضية (جونستون ضد بيدر Johnston V pedlar)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن الشرطة ألقت القبض على مواطن من الولايات المتحدة الأمريكية في "دبلن" عندما كانت تابعة لبريطانيا بسبب تعاطيه العمل في نوع من المنسوجات القطنية "Drilling" دون تصريح، واستولت على الشيك وعلى النقود التي وجدت معها، فأقام هذا الأمريكي دعوى لاسترداد نقوده، وهنا دفعت الحكومة بأن الاستيلاء كان عملا من أعمال السيادة، غير أن المحكمة لم تأخذ بهذا الدفع وقررت أن الدفع بأعمال السيادة لا يحتج به على أرض بريطانية مواجهة مواطن ينتمي لدولة صديقة².

والحقيقة أن هذه القضية، بالإضافة إلى جنسية المدعي، حسب التقاليد البريطانية تبين التزام الدولة بضمان تطبيق قوانينها على أرضها بغض النظر عن الدفع بأعمال السيادة.

أشار إليه: عمر محمد مرشد الشويكي، المرجع السابق، ص.94.

¹ Wade, H.W.R, Administrative Law, 4th Ed, Clarendon press, Oxford, 1977, P.647

² Johnston V. pedlar, 1921, 2. A.C.262

ثانياً-أعمال الدولة ضد أجنبي ينتمي لدولة معادية ويقوم على أرض بريطانية:

إذا كان الأجنبي الذي يقيم في بريطانيا ينتمي إلى دولة معادية فإن الأمر يختلف تماماً، فتقبل المحكمة الدفع بأعمال السيادة في مواجهته وتحصن قرار الإدارة بهذا الشأن.

وحالة الأجنبي الذي ينتمي لدولة معادية ويقوم في بريطانيا تتمثل بشكل واضح في قضية (الملك ضد بوتريل في الدعوى المقامة من طرف كويتشمنستير). وتتلخص وقائع هذه القضية أن المدعي كان مواطناً ألمانيا يعيش في إنجلترا منذ سنة 1928 دون أن يتجنس، ثم أُلقي القبض عليه وأُعتقل بأمر من وزير الداخلية أثناء الحرب العالمية الثانية، وعندما طالب هذا الألماني باستصدار أمر إحضار بهدف إطلاق سراحه على أساس أن حالة الحرب قد انتهت وأن ألمانيا النازية لم تعد موجودة كدولة، رفضت المحكمة طلبه وقبلت شهادة الوزير كدليل قطعي لأن اعتقال التاج لعدو أجنبي يعتبر عملاً من أعمال السيادة¹.

الفرع الثالث: مساءلة السلطة عن أعمال الدولة التي تتم خارج بريطانيا

إن أعمال السيادة التي تتم على أرض أجنبية تشمل حالتين، هما حالة الأجنبي على أرض أجنبية وحالة البريطاني الذي يقيم على أرض تابعة لدولة أجنبية.

البند الأول: حالة الأجنبي على أرض أجنبية

تتمثل حالة الأجنبي على أرض أجنبية في قضية (بيرون ضد دنمان) سنة 1848، وتتلخص وقائع هذه القضية أنه أثناء الحملة البحرية للقضاء على تجارة العبيد، أمر قبطان إحدى السفن بإطلاق النار على محجر للأرقاء Barracoon يمتلكه تاجر إسباني في الساحل الغربي لإفريقيا التي لم تكن أرض بريطانية في ذلك الوقت، وحرر بعمله هذا العبيد الذين كانوا في المحجر. وكان لدى قبطان تلك السفينة أوامر عامة بمحاربة تجارة العبيد، لذلك وافق التاج على هذا العمل وأقره بعد وقوعه. وبذلك اعتبرته المحكمة عملاً من أعمال السيادة لا يدخل ضمن اختصاصها وخسر التاجر الإسباني دعواه وأضافت المحكمة أن عمل السيادة يمكن أن يصرح به التاج بصورة مسبقة كما يمكن أن يوافق عليه ويقره بعد القيام به².

¹ Hoodphillips, Paul Jackson, constitutional And Administrative law, Sweet & Maxwell, 6th Ed, London, 1978, p.284.

-R.V. Bottrill EX P, Kuechenmeister, 1947, K.B.41.

ذكره: عمر محمد مرشد الشويكي، المرجع السابق، ص.94.

² Buron V Denman, 1848, 2 EX,197

وبهذا الصدد يقول Sir J.Fitz james Stephen في كتابه تاريخ القانون الجنائي: "إن عمل السيادة هو عمل ضار بأحد الأشخاص أو بممتلكاته من غير رعايا صاحبة الجلالة، يقوم به ممثليها المدنيين أو العسكريين إما بناء على تصريح مسبق أو بناء على موافقة لاحقة بعد القيام بالعمل" وتأسيساً على ذلك فإن محاكم القانون تقبل الدفع بأعمال السيادة في مواجهة الأجنبي فيما يتعلق بالعمل الذي يتم على أرض أجنبية¹.

البند الثاني: حالة البريطاني الذي يقيم على أرض أجنبية

تتمثل حالة بريطاني الذي يقيم على أرض أجنبية في قضية نيسان ضد النائب العام سنة 1970، وتتلخص وقائع هذه القضية أن المدعي وهو أحد الرعايا البريطانيين لفندق قبرص، وهي جمهورية مستقلة داخل الكومنولث البريطاني و ليست من ممتلكات صاحبة الجلالة، وبناء على طلب من حكومة قبرص و اتفاق كل من حكومة المملكة المتحدة وحكومة قبرص تحركت قوات بريطانيا إلى قبرص بصفتها قوات هدنة لإعادة النظام وإحلال السلام في الجزيرة على اثر الحرب الأهلية التي نشبت بين الطائفتين اليونانية والتركية، و أثناء وجود قوات حفظ السلام في قبرص استولت على الفندق الذي يديره، وشغلته لعدة أشهر، وبعد ذلك استمرت القوات البريطانية في إشغال الفندق لفترة أخرى كجزء من قوات حفظ السلام التابعة للأمم المتحدة، وذلك بناء على توصية من مجلس الأمن الدولي و موافقة حكومة قبرص.

وهنا رفع صاحب الشأن دعوى ضد التاج في انجلترا طالبا التعويض عن الأضرار التي لحقت بمحتويات الفندق، على أساس ما قامت به القوات البريطانية كان ممارسة لعمل مستمد من امتيازات التاج، و أن التاج ملزم بدفع التعويض اللازم جبرا للضرر الذي ألحقته القوات البريطانية بممتلكات المدعي².

وقد نوقشت هذه القضية بالاستناد إلى مسألة أولية أثارها الحكومة، و هي أن ما قامت به كان عملاً من أعمال السيادة، إلا أن مجلس اللوردات لم يقبل هذا الدفع و قرر أن ما قامت به القوات البريطانية يخضع لرقابة القضاء، ثم أضاف أنه بالرغم من أن الاتفاق بين الحكومة البريطانية

Salmond, Hueston, P.402

أشار إليه: عمر محمد مرشد الشويكي، المرجع نفسه، ص.95.

¹ Keir, D.L, Lawson, F.H, Bentley, D.j, Case in constitutional law, ELBS, oxford university press, 6th Ed, 1979,p.158

De Smith, S.A, constitutional & Administrative law, England-Middles ex Penguin Book LTD, 3rd Ed, 1977, reprinted, 1979,p.135.

² Hoodphillips, paul jackson, op .cit,p,286

وحكومة قبرص، و إرسال قوات حفظ السلام المشار إليها يعتبر عملا من أعمال السيادة، إلا أنه لا يجوز اعتبار أي عمل يقع على الأفراد وعلى ممتلكاتهم بمناسبة تنفيذ أعمال السيادة عملا من هذه الأعمال، و يرى اللورد في هذه القضية أنه لا يجوز الدفع بعمل من أعمال السيادة في مواجهة المواطن البريطاني حتى و لو كان مقيما خارج بريطانيا، ثم خلص مجلس اللوردات إلى أنه لا يجوز الاستيلاء على ممتلكات مواطن بريطاني و إتلافها دون دفع تعويض عادل و إن كان يعيش خارج بريطانيا¹.

المطلب الثالث: عدم مساءلة السلطة عن أعمال السيادة في القانون المصري

نتطرق في هذا المطلب أولا إلى أساس عدم المساءلة عن أعمال السيادة في القانون المصري و ذلك في ظل القضاء الموحد ثم القضاء المزدوج.

الفرع الأول: أساس عدم المساءلة عن أعمال السيادة

قد تم تأسيس نظرية أعمال السيادة في مصر على أساس تشريعي يتمثل في نصوص صريحة وردت في القوانين التي تنظم الجهات القضائية، وذلك بهدف التخلص من رقابة القضاء لبعض القرارات و إعفائها من قيد الخضوع للقانون².

البند الأول: في ظل القضاء الموحد

حيث أنه و قبل نشوء مجلس الدولة و الأخذ بنظام القضاء المزدوج، كانت المحاكم المختلطة ممنوعة بنصوص صريحة من الفصل في أعمال السيادة، وذلك بمقتضى تعديل تشريعي خاص في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و لائحة ترتيب المحاكم الأهلية³.

و عند إنشاء المحاكم المختلطة في عام 1876، وردت لائحة الترتيب فيها خالية من أي إشارة إلى أعمال السيادة، و هكذا الحال بالنسبة للائحة الترتيب الخاصة بالمحاكم الأهلية و التي

¹ Nissan v , att.gen , supra

Wade, E C S, & Bradley, op, cit, p, 320.

أشار إليه : عمر الشوبكي، المرجع السابق، ص96.

² إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.45.

³ عبد الوهاب محمد رفعت، المرجع السابق، ص.226.

أنشأت في عام 1883، وبالرغم من ذلك فقد أقرت المحاكم الأهلية بطائفة أعمال السيادة، أما المحاكم المختلطة فقد تعرضت لبعض أعمال السيادة وقضت بالتعويض عنها كالأعمال الإدارية العادية¹.

إلا أنه قد تم تعديل لائحة ترتيب المحاكم المختلطة في عام 1900، و أيضا تم تعديل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية في عام 1937، وقد جاء التعديل في كلتا اللائحتين متضمنا حصانة أعمال السيادة، و ذلك بالنص بأنه ليس للمحاكم أن تنتظر بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في أعمال السيادة². و الملاحظة من هذه النصوص التشريعية في كلتا اللائحتين أنها لم تتطرق إلى ماهية السيادة، وهو ما جعل الباب مفتوحا للبحث حول معيار صحيح و واضح لهذه الأعمال، وبالتالي إلقاء العبء على الفقه و القضاء لتحديد أعمال السيادة³.

البند الثاني: في ظل القضاء المزدوج

مع نشوء مجلس الدولة في مصر، تنبه المشرع المصري و أورد صور لأعمال السيادة في القانون المنشئ لمجلس الدولة رقم (12) لسنة 1946، و التي أشارت المادة السادسة منه إلى أنه " لا تقبل الطلبات المقدمة عن القرارات المتعلقة بالأعمال المنظمة لعلاقة الحكومة بمجلس البرلمان و عن التدابير الخاصة بالأمن الداخلي و الخارجي للدولة، وعن العلاقات السياسية أو المسائل الخاصة بالأعمال الحربية، وعلى العموم سائر الطلبات المتعلقة بعمل من أعمال السيادة."

وباستقراء نص المادة السابقة، يتضح أن المشرع المصري قد ذكر طائفة من أعمال السيادة على سبيل المثال و ليس الحصر، إذ أنه عمم في نهاية النص على حصانة شاملة لأي عمل من أعمال السيادة⁴.

لقد تعرض هذا النص للانتقادات من قبل بعض أعضاء مجلس الشعب في مصر، إذ طالبوا بالاختصار على إعلان المبدأ في ذاته و دون الحاجة إلى ضرب أمثلة، كما أثار حفيظتهم مسألة التدابير الخاصة بالأمن الداخلي و الخارجي للدولة، لما لهذه العبارة من اتساع بحيث يُخشى أن تستتر خلفها الحكومة لتضفي صفة عمل السيادة على أعمال الإدارة العادية، وبالتالي طالبوا بأن يكون

¹ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، 1967، ص.425.

² محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع السابق، ص.64.

³ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976، ص.92.

⁴ محمود حافظ، القضاء الإداري، المرجع نفسه، ص.64.

القضاء هو المرجع في تحديد أعمال السيادة، إذ أن التعداد على سبيل المثال ليس عمل المشرع، بل هو عمل الفقه، ومع تسليم المشرع بأن تحديد أعمال السيادة من اختصاص القضاء، فيتوجب عليه أن يترك القضاء ليرسم سياسته القضائية وفقاً للظروف¹.

و استجابة لهذه المطالب عدل المشرع عن مسلكه و لجأ إلى استخدام عبارة عامة لأعمال السيادة و دون تحديد لأمتثلة معينة، وقد تجلّى ذلك في القانون رقم (165) لسنة 1955 المعدل لقانون مجلس الدولة، حيث نصت المادة(12) منه على أنه" لا يختص مجلس الدولة كهيئة قضاء إداري بالنظر في الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة"، وبذلك يكون المشرع المصري قد اكتفى بوضع المبدأ العام تاركاً للقضاء الإداري تحديد الأعمال التي تدخل في نطاق أعمال السيادة²، وهذا موقف مشابه لما كان منصوص عليه في لائحة ترتيب المحاكم المختلطة و المحاكم الأهلية بالصورة التي سبق وأشرنا إليها. وقد انتهج المشرع المصري هذا النهج في القوانين اللاحقة المنظمة للسلطة القضائية وكذلك القوانين المعدلة لقانون مجلس الدولة³.

الفرع الثاني: صعوبة تحديد نطاق مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة

أكد أن التجربة المصرية تعد فتية وخاضعة بدرجة كبيرة لنظام الحكم السائد وتسلط الجهاز التنفيذي، هذا ما أدى إلى عدم الوضوح وتضارب أحكام القضاء، حيث أصبحت أعمال السيادة سياسية بامتياز، رغم هجرها من طرف الفقه والقضاء الفرنسيين.

البند الأول: الخطأ في التكيف القانوني لأعمال السيادة

الخطأ في التكيف القانوني لأعمال السيادة، كان نتيجة الخط بين نظرية أعمال السيادة وغيرها من النظريات القانونية من جهة، و الخط بين وظائف القضاء العادي والقضاء الإداري من جهة أخرى، وذلك وفق ما يلي:

أولاً- الخط بين نظرية أعمال السيادة وغيرها من النظريات القانونية:

كانت بعض المحاكم تقرر أن العمل المطعون فيه ليس مخالفاً للقانون، ثم تستند بعد ذلك إلى نظرية أعمال السيادة بصفة احتياطية، لتقرر عدم اختصاصها بنظره؛ وهذا فهم خاطئ لحقيقة نظرية

¹ سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص.ص.426،427.

² عبد الوهاب محمد رفعت، المرجع السابق، ص.227.

³ رائد سليمان الكعابنة، نظرية أعمال السيادة كقيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2010، ص.16.

أعمال السيادة التي تتلخص في عدم اختصاص القضاء بنظرها، بينما عدم مخالفة العمل للقانون لا يحول دون انعقاد الاختصاص للقضاء، ولكن كل ما يترتب عليه هو رفض الطعن موضوعيا بعد انعقاد الاختصاص بنظره، والفارق بين الأمرين واضح ولذلك يجب على المحاكم في مثل هذه الأحوال إما تكييف القرار المطعون فيه بأنه من أعمال السيادة، وبناء على ذلك تمتنع عن بحث الموضوع سواء وافق القانون أو خالفه، وإما أن ترفض تكييفه بأنه عمل من أعمال السيادة وتقرر اختصاصها بنظر الموضوع وترفضه موضوعيا لعدم مخالفته أحكام القانون¹.

الثاني- الخلط بين وظائف القضاء العادي والقضاء الإداري:

لا زالت المحاكم القضائية تشترك مع محكمة القضاء الإداري في نظر بعض القضايا الإدارية، وسبب ذلك يرجع إلى ما قاله الأستاذ فالين: " إنه كان من العسير على المشرع المصري أن يقطع صلته بالماضي بما فيه من عادات وتقاليد وبما وضع فيه من اتجاهات قضائية قد ثبتت في نفوس المتقاضين، وكذلك لوجود محكمة واحدة للقضاء الإداري في القاهرة فقط بينما المحاكم القضائية منتشرة في طول البلاد وعرضها، فلو أن المشرع قصر نظر جميع الدعاوى الإدارية على هذه المحكمة وحدها لنتج عن ذلك زيادة في نفقات التقاضي وطول في إجراءاته ولصار القضاء الإداري في مصر بعيدا عن الأفراد قريبا من السلطات ولغُصت ساحته بما يرفع إليه من قضايا ومنازعات².

البند الثاني: إبعاد رقابة القضاء على أعمال سمتها الحكومة أعمال السيادة

ويتم هذا الإبعاد بوسيلتين إما عن طريق الدفع بأنها أعمال السيادة أو عن طريق نص المشرع صراحة بعدم تصدي القضاء لهذه الأعمال.

أولا- إصباغ الحكومة صفة أعمال السيادة على بعض أعمالها:

بالغت إدارة قضايا الحكومة كثيرا في تكييف الأعمال المطعون فيها بأنها من أعمال السيادة، ومثال ذلك سحب رخصة بندقية، أو هدم زريبة في عزبة، بحجة أن مثل هذه الأعمال قد صدرت لحفظ الأمن، كما أنها بالغت أيضا في اتخاذ الباعث السياسي معيارا لأعمال السيادة رغم رفض القضاء وخاصة الإداري الأخذ به صراحة، كما أنها قد ذهبت في السنوات الأخيرة إلى تعريف أعمال السيادة تعريفا أوسع من فكرة الباعث السياسي، بحيث يجعل كل عمل صادر عن الدولة- وخاصة

¹ عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص.725.

من ذلك حكم س مصر في 1945/05/28 المنشور في المجموعة الرسمية سنة 47 رقم 38، ص.59.

² محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص.79.

السلطة التنفيذية- بصفتها سلطة عامة، عملا من أعمال السيادة، إذ قالت "إن أعمال السيادة هي الأعمال التي تباشرها الدولة بصفتها سلطة عامة عند قيامها بوظيفتها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والحربية، سواء كانت هذه الأعمال ذات صفة عامة أو خاصة، وهذه الأعمال لا تخضع لرقابة القضاء مطلقا، كما أنه من المقرر أن الحكومة لا تسأل عن تشريعات التي تصدر، سواء صدرت في صورة قانون أو مرسوم أو لائحة أو مجرد قرار وزاري، وذلك طبقا لمبدأ فصل السلطات، ولأن هذه التشريعات أيًا كانت صورتها تشريعات عامة تدخل في صميم أعمال السيادة"¹، ولو وافق القضاء الحكومة على هذا التعريف لنمحي الفارق بين العمل الإداري وعمل السيادة، وأصبحت جميع الأعمال، وخاصة الصادرة من السلطة التنفيذية، من الأعمال السيادة التي لا تخضع لرقابة القضاء.²

ثانيا- منع المشرع المصري المحاكم من النظر في أعمال السيادة:

لم يكفل للحكومة حماية تامة فهذه لازالت مجردة من وسيلة قانونية تنقي بها عند اللزوم محاولة اعتداء المحاكم على اختصاصها وذلك لعدم وجود هيئة قضائية عليا مماثلة لمحكمة تنازع الاختصاص الموجودة في فرنسا، يمكن الالتجاء إليها إذا أصر القضاء على نظر الأعمال الخارجية عن ولايته ففي ظل التشريع القائم يسيطر القاضي على الموقف في جميع الحالات.

إلا أنه يجب عدم المبالغة في أهمية إنشاء مثل هذه الهيئة فالثابت أن نظرية أعمال السيادة هي من صنع المحاكم نفسها كما أن المشاهد أن الحكومة في فرنسا لم تلجأ أبدا إلى استعمال حقها المخول لها بمقتضى المادة 26 من القانون الصادر في 24 مايو سنة 1872 وذلك راجع بغير شك إلى رؤية قضاة مجلس الدولة وكياستهم، ويبدو أن المشرع المصري لم يبخل على قضائه بوافر ثقته لدأبهم على مراعاة التوفيق بين حقوق الأفراد وحقوق الحكومة في الحدود التي يقتضيها الصالح العام الذي ينشده الحاكمون والمحكومون على السواء، وبذا صار الضمان الوحيد لحصانة الأعمال الحكومية منحصرا في حكمة القضاة وحسن تقديرهم للأمور ووزنهم الصحيح لها، وهذا هو الحل السليم المجمع عليه تقريبا في كل مكان مع ما قد تحمله ثنأياه من خطورة يوحي بها ظاهر الأمور ولا يقوم الواقع بتأييدها.³

¹ جاء هذا التعريف بمناسبة دفاع الحكومة في حكم محكمة القاهرة الابتدائية جلسة 1952/12/15 المنشور في المحاماة سنة 33 العدد السابع رقم 488 ص 1143 وخاصة ص 1145. وقد رفضت المحكمة هذا الاتجاه.

أشار إليه: عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص 727.

² المرجع نفسه، ص 726.

³ محمد عبد الحافظ هريدي، المرجع السابق، ص 80.

الفرع الثالث: التوجهات الحديثة للقضاء الإداري المصري

بدوره القضاء المصري ساير القضاء الفرنسي في تبنيه لفكرة القرارات القابلة للانفصال، والتي يمكن للقاضي تفحصها وإبداء رأيه فيها إلغاءً أو تعويضاً.

البند الأول: تبني القضاء المصري فكرة الإجراءات القابلة للانفصال

ساير مجلس الدولة المصري اجتهاد القضاء الفرنسي المتعلق بالإجراءات القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، فلقد قرر القضاء الإداري قبول الطعون المقدمة للطعن ببعض الإجراءات الإدارية باعتبارها إجراءات قابلة للانفصال عن أعمال السيادة، ويعد هذا الاجتهاد تضييقاً لنطاق أعمال السيادة ومداهما، الذي تبناه مجلس الدولة المصري.

ويتضح من الاجتهاد القضائي أن معيار التمييز يتمثل في التفرقة بين الإجراءات التي تعد تنفيذاً مباشراً لأعمال السيادة والإجراءات التي تصدر تنفيذاً للقوانين والأنظمة، وعليه يعد من أعمال السيادة الإجراءات الأولى فقط، فقد وضعت محكمة القضاء الإداري أسس هذا المعيار في حكمها الصادر في 1950/12/26 الذي قررت فيه أن القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً للقوانين واللوائح ليست من أعمال السيادة في شيء¹، وما دام هناك نص يتضمن ما يجب اتخاذه من الإجراءات أو ما يلزم توافره من الشروط لإتمام عمل من أعمال الإدارة، فالقرار الإداري الذي يصدر بالتطبيق لهذا النص يندرج في دائرة أعمال الحكومة العادية حتى ولو كان هذا القرار تطبيقاً لإجراء يعتبر من أعمال السيادة كما هو الشأن في القرارات الفردية التي تتخذ تنفيذاً للأحكام العرفية² (الظروف الاستثنائية).

لاشك أن مجلس الدولة المصري وتردده في أحكام سابقة بتفحص أعمال الحكومة كانت نكسة كبيرة في مجال تقدم القضاء الإداري، باعتباره حامي الحقوق والحريات، هذا ما أدى به إلى إعادة النظر في الدور المنوط به، خاصة مع تغول السلطة التنفيذية التي نصبت نفسها فوق القانون، بل فوق إرادة الشعب، هذا ما سوف يتم التطرق إليه في البند الأول من خلال تصدي هيئة المحكمة لصفقة بيع الغاز المصري بأبخس الأثمان للكيان الصهيوني، ثم التطرق للحكم التاريخي الذي أصدره مجلس الدولة المصري من خلال اعتباره أن المعاهدات والاتفاقيات التي يبرمها الرئيس ليست من أعمال السيادة.

¹ علي خاطر شطناوي، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، المرجع السابق، ص.10.

² محكمة القضاء الإداري، 1951/6/26، السنة الخامسة، مجلة مجلس الدولة، ص.1449. أشار إليه: علي خاطر شطناوي، المرجع والموضع نفسه.

البند الثاني: التطبيقات الحديثة للقضاء الإداري المصري

إن قضية وقف تنفيذ بيع الغاز المصري و قضية تيران وسنافير تؤكد مرة أخرى صراع مجلس الدولة واصطدامه مع السلطة التنفيذية، وفي نفس الوقت تؤكد الاتجاه نحو تقليص أعمال السيادة.

أولاً- قضية بيع الغاز المصري:

بتاريخ 2008/4/22 أقام حقوقيون الدعوى رقم 33418 لسنة 62 ق أمام محكمة القضاء الإداري بالقاهرة مطالبين في ختام عريضة الدعوى الحكم بوقف تنفيذ قرار تصدير الغاز للكيان الصهيوني، ثم إلغاء قرار وزير البترول رقم 100 لسنة 2004 وكل ما يترتب عليه أو يستند إليه من قرارات أو آثار قانونية وإلغاء قرار وزير البترول الأخير برفع سعر البنزين و السولار، مع إلزام جهة الإدارة المصروفات ، وذلك كان نتيجة مذكرة تفاهم وقعت لتوريد الغاز الطبيعي لإسرائيل بسعر منخفض، وهي بذلك يلحقها البطلان المطلق وفقاً لأحكام المادة 151 / 2 من الدستور، وكذلك صدور القرار الوزاري رقم 100 لسنة 2004 مشيراً في ديباجته إلى قرار لمجلس الوزراء بجلسة 2000/9/18 بمنح وزارة البترول ممثلة في الهيئة العامة للبترول الحق في التفاوض و التعاقد مع شركة غاز شرق البحر الأبيض المتوسط من أجل بيع (7) مليار متر مكعب من الغاز الطبيعي لإسرائيل على مدار خمسة عشر عاماً قابلة للتجديد بسعر (75) سنتا للمتر المكعب وبسعر أقصى دولار وربع الدولار.¹

1- دفع الحكومة بعدم اختصاص القضاء الإداري: دافعت الحكومة عن وجهة نظرها بعدم اختصاص المحاكم عموماً بنظر النزاع، وبعدم اختصاص محاكم مجلس الدولة ولأثباتاً بنظره، فإن الجهة الإدارية والمتدخلين إلى جانبها يشيدون بهذين الدفيعين بصفة أساسية على أن النزاع يتعلق بعمل من أعمال السيادة، ويعقد تجاري دولي خاص، على اعتبار أن التعامل محل النزاع تفرضه معاهدة السلام بين مصر وإسرائيل عام 1979 في الفقرة (3) من المادة الأولى من المعاهدة والمادة الثانية من الملحق (3) بشأن العلاقات الاقتصادية والتجارية بين الطرفين، وأن مجلس الشعب قد وافق على تلك المعاهدة وأصبحت قانوناً ملزماً لجمهورية مصر، وكذلك على اعتبار أن شركة البحر الأبيض المتوسط شركة تسويق غاز مصرية منشأة وفقاً لأحكام قوانين الشركات المصرية، وهي أحد أشخاص القانون الخاص (طرف بائع) وشركة كهرباء إسرائيل إحدى شركات القطاع الخاص بإسرائيل

¹ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعوى رقم 32 لسنة 2008 بجلسة 2009/1/6. حكم

(مشتري) وأن ما تم بين الشركتين هو عقد تجارى دولي خاص لا يخضع لرقابة أو الاختصاص الولاىي لمحاكم مجلس الدولة.

2- القاضي الإداري وأحقته للنظر في النزاع: إن الدفعين مردودان بما هو مستقر عليه من أن أعمال السيادة استثناء يمثل خروجاً على مبدأ المشروعية ويخضع لقاعدة التفسير الضيق وعدم القياس، وبالتالي فإن القائمة القضائية وما يعد من قبيل هذه الأعمال يسير في اتجاه مضاد لاتساع دائرة الحقوق والحريات العامة، ومن جانب آخر فإن شمول عملية مركبة تقوم بها السلطة التنفيذية لعمل من أعمال السيادة لا يصبغ حصانة على ما قد يتصل بها من أعمال هي بطبيعتها من قبيل القرارات الإدارية التي تبقى خاضعة لرقابة قاضي المشروعية، ولذلك حرصت المادة (17) من قانون السلطة القضائية على النص على أن " تعتبر أعمال السيادة أعمالاً سياسية من شأن السلطة العليا للدولة "، كما استقر القضاء الإداري على تطبيق نظرية القرارات القابلة للانفصال عن هذه العمليات المشتملة على عمل سيادي ومنها ما يخص العلاقات الدولية، *mesure détachable de la conduite des relations internationales* إذ لا تشكل هذه القرارات أعمال سيادة ينحصر عنها اختصاص القضاء الإداري.

" Elle ne constitue pas , par suite , un acte de gouvernement qui échapperait à la compétence de la juridiction administrative "

حكم مجلس الدولة الفرنسي في الدعاوى رقم / 201061 و 201063 و 201137 بجلسة 20/10/2000، ولذلك أشارت المحكمة الدستورية العليا منذ سنوات عديدة إلى أن أعمال السيادة " المراد في تحديدها للقضاء " (من ذلك حكمها في الدعوى رقم 5 لسنة 5 ق دستورية، وفي الدعوى رقم 3 لسنة 1 ق دستورية بجلسة (25/7/1983)

3- الحكم¹: أصدرت المحكمة حكمها المطعون فيه وشيدت قضاءها فيما يتعلق برفض الطعن بعدم اختصاص المحاكم عموماً ومحاكم مجلس الدولة ولائياً بنظر النزاع، على أن الثابت من الأوراق أن المنازعة تدور حول سلطة الإدارة في تنظيم وإدارة واستغلال موارد الدولة وأحد ثرواتها الطبيعية والتصرف فيها، وقد اختصها المدعي كسلطة إدارية تقوم على هذا المرفق، ومن ثم فلا يعد القرار الصادر بشأنه من أعمال السيادة بالمعنى القانوني والدستوري، وإنما يعتبر من قبيل أعمال الإدارة التي هي من اختصاص القاضي الإداري دون سواه طبقاً لنص المادة (172) من الدستور.

¹ الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعوى رقم 32 لسنة 2008 بجلسة 2009/1/6.

أما بالنسبة لرفض الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة ومصلة رافعها، شيدت المحكمة قضاءها، على أن الثابت من الأوراق، أن بيع الغاز الطبيعي المصري يتم بثمن لا يتناسب البتة مع السعر العالمي على نحو ما ذكره المدعي ولم تجده جهة الإدارة، ومن شأن ذلك إهدار لجزء من ثروات مصر وعوائدها التي كان يمكن لو أحسن التصرف في هذه الثروة أن تعود على المدعي والمتدخلين معه بارتفاع دخولهم ومستوى معيشتهم وتحسين الخدمات، الأمر الذي يكون معه للمدعي والمتدخلين انضماماً إليه مصلحة جدية تبرر لهم اللجوء إلى القضاء ومنازعة مسلك جهة الإدارة بغية القضاء لهم بالطلبات التي أبدوها انتصاراً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون، ومراعاة الصالح العام. كما شيدت المحكمة قضاءها بتوافر ركن الجدية في طلب وقف تنفيذ القرار المطعون إلى جانب توافر ركن الاستعجال لما يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه من نتائج يتعذر تداركها وخسائر جسيمة للاقتصاد المصري وعليه خلص الحكم من ذلك إلى قضائه سالف البيان.

ثانياً - قضية تيران وسنافير¹:

بعد توقيع اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية في 8 أبريل 2016 ، قام المحاميان على أيوب وخالد علي، برفع كل منهما دعوى قضائية في اليوم التالي لتوقيع الاتفاقية أمام محكمة القضاء الإداري، وطالبا ببطلان التوقيع على الاتفاقية. وبالجلسة الأولى قامت المحكمة بضم القضيتين والنظر فيهما طوال الجلسات كقضية واحدة، وأصدرت فيهما حكماً واحداً، وأمام المحكمة، دفعت هيئة قضايا الدولة بعدم اختصاص القضاء الإداري بنظر النزاع لاعتبار التوقيع على الاتفاقيات الدولية عمل من أعمال السيادة. وتمسكت هيئة قضايا الدولة طوال نظر النزاع أمام هيئة مفوضي الدولة، وأمام محكمة القضاء الإداري بذلك الدفع.

هذا وقد صدر حكم محكمة القضاء الإداري في 21 يونيو 2016 برفض الدفع بعدم اختصاص المحكمة، واعتبار التوقيع على الاتفاقية عمل إداري يجوز الطعن عليه، وليس عمل من أعمال السيادة؛ وببطلان توقيع ممثل الحكومة المصرية على اتفاقية ترسيم الحدود البحرية بين مصر والسعودية، والمتضمنة التنازل عن جزيرتي تيران وسنافير للمملكة العربية السعودية مع ما يترتب على

¹ هما جزيرتان تقعان في مدخل مضيق تيران الذي يفصل خليج العقبة عن البحر الأحمر، وتتبع إدارياً الدولة المصرية لحين انتهاء إجراءات تسليمها للمملكة العربية السعودية. في 17 يونيو 2017 حيث صدق الرئيس المصري عبد الفتاح السيسي على اتفاقية تعيين الحدود البحرية بين مصر والسعودية.

ذلك من آثار، أحصها استمرار هاتين الجزيرتين ضمن الإقليم البري المصري وضمن حدود الدولة المصرية واستمرار السيادة المصرية عليهما وحظر تغيير وصفهما بأي شكل لصالح أية دولة أخرى.

قرار مجلس الدولة المصري¹

بالجلسة المنعقدة علناً يوم الاثنين الموافق 16 / 1 / 2017 الحكم الصادر في الطعن رقم 13583 لسنة 63 قضائية، المقام من: رئيس الجمهورية بصفته. 2- رئيس مجلس الوزراء بصفته. 3- رئيس مجلس النواب بصفته. 4- وزير الدفاع بصفته. 5- وزير الخارجية بصفته. 6- وزير الداخلية بصفته، ضد: على أيوب، بوصفه المدعي في الدعوى رقم 43709 لسنة 70 ق، و خالد علي عمر، بوصفه المدعي في الدعوى رقم 43866 لسنة 70 ق. والخصوم المنضمون إليه.

وقد حسم الحكم المطعون فيه بأسباب واقعية وقانونية بطلان تصرف جهة الإدارة بعدما تثبتت من مخالفته للدستور، سيما الفقرة الأخيرة من المادة 151 منه و التي أفردت للتنازل عن أي جزء من الأراضي المصرية حكماً خاصاً بها مانعاً للتنازل خلافاً لبعض الدساتير التي تجيز ذلك ومنها الدستور الفرنسي وفقاً للفقرة الأخيرة من المادة 53 من دستور الجمهورية الخامسة الصادر في 4 أكتوبر سنة 1958.²

ويعزى هذا النص الفرنسي تاريخياً إلى حكم مجلس الدولة الفرنسي، قضية " Ministre de la Hallet " سنة 1876، إلغاء الحكم الصادر من أحد مجالس المديريات " Conseil de préfecture " والقاضي بمسؤولية الدولة الفرنسية عن الديون الناتجة عن أشغال عامة تمت في أرض تم التنازل عنها للدولة الألمانية.

بما مؤداه أن الدستور الفرنسي أخذ بفكرة التنازل أو التبادل أو الضم للأرض وقيدها بموافقة الشعوب المعنية، والوضع في مصر يغاير تماماً فرنسا في النصين الدستوريين المقابلين في البلدين، إذ حظر الدستور المصري التنازل عن أي جزء من الإقليم بصفة مطلقة على كافة السلطات وبهذه المثابة يختلف النص الدستوري في البلدين بين الإباحة المشروطة والحظر، ومن ثم وجب اختلاف الفكر الدستوري تبعاً له .

¹ قرار مجلس الدولة المصري، قضية تيران وسنافير، 16-01-2017، حكم منشور.

² Constitution française 1958, article 53 : Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

وفي حكم حديث لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بجلسة 2002/7/8 بشأن الطعن على قرار رئيس الجمهورية، بنشر قانون إجازة اتفاقية تعيين الحدود بين فرنسا وإمارة أندورا¹.

المبحث الثالث: موقف الفقه و القضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة

إن الفقه كما أسلفنا سابقا يكاد يجمع على ضرورة الحد من نظرية أعمال السيادة، من خلال التلطيف من آثارها على الأفراد المنتهكة لحقوقهم، أما القضاء فهو بدوره يعمل على الحد من نطاق أعمال السيادة إلى أضيق الحدود باعتباره الحامي الأول للحقوق والحريات، إلا أن تطبيقاته القضائية تتباين من نظام قانوني إلى آخر.

المطلب الأول: موقف الفقه المقارن من نظرية أعمال السيادة

في حقيقة الأمر ليس هناك فقه مؤيد للنظرية بل الكل منكر لها، إنما يرى جانب من الفقه على أنها حقيقة واقعية، يجب على القضاء مراعاة التوازن بين المصلحة العليا للبلاد ومصلحة الأفراد.

الفرع الأول: الفقه اللاتيني الجرمانى

بإقرار الفقه اللاتيني الجرمانى لنظرية أعمال الحكومة والتسليم بواقعتها، أصبح التوجه الحديث، البحث على نظريات وأفكار تحد من هذه الأعمال التي أجمعوا على أنها تشكل ثغرة في مبدأ الشرعية.

البند الأول: موقف الفقه الفرنسى من فكرة أعمال الحكومة

تباينت آراء الفقهاء الفرنسيين من رافض لفكرة أعمال الحكومة، إلى متحمس لبقائها في القانون العام، ولكن مع الاعتراف بخرق تلك الأعمال لمبدأ المشروعية، ولكل فريق حججه في ذلك.

¹ حيث تتلخص وقائع القضية في أن فرنسا قد وقعت بتاريخ 12 سبتمبر 2000 اتفاقية مع إمارة أندورا، تنازلت بموجبها عن جزء من إقليمها إلى أندورا، كما تنازلت الأخيرة عن جزء من إقليمها إلى الأولى، وصدر قانون يوليو 2001 والذي يجيز التصديق على الاتفاقية، ثم صدر قرار الرئيس بتاريخ 28 أوت بنشر الاتفاقية في الجريدة الرسمية، فقامت الوحدة المحلية بـ Porta بالطعن على هذا القرار لمخالفته لنصوص الدستور. وذهبت المحكمة إلى أن الطعن في واقعه ينصب على مدى دستورية قانون يوليو 2001 ، وأنه لا يجوز للقاضي الإداري أن يفصل في مدى صحة هذا النص، ولا في مدى اتفاق المعاهدة الدولية مع المعاهدات الدولية الأخرى التي أبرمتها فرنسا، ولا أن يتعرض لمدى اختصاص السلطة التي قامت بالتوقيع على الاتفاقية من جانب الطرف الأجنبي بالنظر إلى دستور هذه الدولة أو قانونها الداخلية، وصدر قرار مجلس الدولة برفض طعن.

ذكره: حمدي ياسين عكاشة، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسى، ط الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018، ص.ص.22،15.

أولاً- الاتجاه الرافض لفكرة أعمال الحكومة:

يرى الفقيه دوجي أن موضوع السيادة موضوع خيالي لا نفع له ولا يتجاوب مع حقائق الحياة من الزمن الحاضر، مؤكداً على أن السيادة مجرد واقع بسيط بديهي يتمثل هذا الواقع في سيطرة بعض الأفراد يمتلكون القوة على بعض الآخرين، ومن ثم تصبح السيادة مجرد علاقة اجتماعية، والموجودة في صميم المجتمع وبين المجتمع ذاته، ومن ثم ينطوي هذا المبدأ على خطورة واسعة تقيد حرية الإنسان وتقضي على حرته¹.

أما رأي الفقيه جورج سيل من السيادة (1884 - 1960): استمر على نقد فكرة السيادة أو الدولة ذات السيادة نقداً لاذعاً،² حيث نقد فكرة السيادة معتمداً على مذهبه القائل بأن معنى قدرة الدولة أن تفعل بواسطة حكومتها كل ما تريد، هي فكرة خاطئة لأنه على أساس هذا المبدأ لا تعني إلا حكم الأقوى.

هذا بالإضافة إلى أنها لا تستقيم مع الفن القانوني، لأنه إذا اعتبرنا الدولة شخصاً قانونياً يعمل في إطار نظام قانوني تصبح فكرة السيادة غير مفهومة، كما أن فكرة السيادة تعني تاريخياً التسليم بحق الدولة في أن تقرر بنفسها قاعدة القانون الواجب التطبيق مما يعني بشكل واضح أن سلطة الدولة مطلقة لأنها إذن تقيد نفسها بنفسها³.

ثانياً- اتجاه الفقه الحديث:

لا يذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى تدعيم أعمال السيادة بحجج قانونية أو يتحمس لبقائها في القانون العام، ولكنه مع ذلك أكثر إقراراً بالواقع، إذ يسلم بوجودها من الناحية القضائية ومن الناحية التشريعية بناءً على نص المادة 26 من قانون سنة 1872، فذهب كل من الأستاذ جيز والأستاذ فالين والأستاذ فيدل والأستاذ لوبادير وجيز ودوير إلى التسليم بوجودها ولكن مع ذلك يرون فيها ثغرة في مبدأ الشرعية⁴.

¹ عبد الهادي عباس، السيادة، دار الحصاد للنشر، ط الأولى، دمشق، سوريا، 1994، ص.32.

² محمد سعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994، ص.20.

³ طعيمة الحرف، نظرية الدولة و المبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم، مكتبة القاهرة الحديث، ط الثالثة، القاهرة، مصر، 1973، ص.95.

⁴ عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص.239.

كما اقترح الأستاذ هوريو التعويض عن أعمال السيادة، إذا ترتب عليها نزع ملكية خاصة بصفة نهائية، وكان الأستاذ جيز ينتقد هذا التحديد في التعويض ويرى أن يكون عن كل الأعمال، مادامت نظرية أعمال السيادة قائمة ولم تلغ بعد فتظل في حماية من كل طعن بالإلغاء ولكن مع تقرير تعويض المضرورين من آثارها. وأيضاً أيد هذا الاتجاه الفقيه بول دوياز Paul Duez، حيث أنكر بدوره نظرية أعمال السيادة مطالباً بمحو وصمة العار التي تمثلها هذه الأعمال، والتي تقف حاجز أمام تطور مسؤولية السلطة العامة.

"On effacerait ainsi cette tâche qui constituent les actes de gouvernement dans le développement de la responsabilité de la puissance publique, sans cependant avoir supprimé l'acte de gouvernement."

كما يرى أنه يمكن أن يكون التعويض في هذه الحالة على أساس المخاطر.

"Il tend ainsi à faire rentrer la matière des actes de gouvernement dans le droit commun de la responsabilité pour risque administratif."¹

البند الثاني: موقف الفقه المصري من فكرة أعمال السيادة

اعتبر الفقه المصري نظرية أعمال السيادة ثغرة خطيرة ضد مبدأ المشروعية القانونية، تلجأ إليها السلطة التنفيذية إذا ما أرادت الهروب بأعمالها من فك الرقابة القضائية، ولكن اختلفت وجهات النظر من اتجاهين الأول ينكر وجود هذه النظرية والثاني يضيق من أعمال السيادة.

أولاً - الاتجاه المنكر لأعمال السيادة:

يرى هذا الاتجاه الفقهي² أن نظرية أعمال السيادة هي وصمة في جبين القانون العام، وعودة للدولة الاستبدادية بما تمثله من اعتداء على مبدأ المشروعية، لما تتضمنه من إعفاء طائفة من أعمال السلطة التنفيذية من الخضوع لرقابة القضاء.

ويستند أنصار هذا الرأي إلى نص المادة 68 من الدستور المصري القديم 1971، الذي يتضمن: "أن التقاضي حق مضمون ومكفول للناس كافة، ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي، وتكفل الدولة تقريب وجهات القضاء من المتقاضيين وسرعة الفصل في القضايا، ويحظر

¹ Paul duez, La responsabilité de la puissance publique, reproduction de la seconde éd 1938, éd D, 2012, p.243.

² الأستاذ ماجد راغب الحلو و عبد المنعم عبد العظيم جيرة.

النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء".¹ وبالتالي فإن أي عمل يصدر من السلطة التنفيذية أي كانت طبيعته أو موضوعه أو الغاية منه أو الباعث عليه وسواء وصف بأنه عمل إداري أو من قبيل الأعمال السيادية، فهو يخضع لرقابة القضاء ولا يجوز لأي من القوانين التشريعية أن تتناول بالنص تحصين أي عمل من الخضوع لهذه الرقابة، وإلا كان القانون الذي نص على ذلك غير دستوري، ولهذا ذهب هذا الرأي إلى أن النصوص المتعلقة بهذا الأمر في القانونين 46 لسنة 1972 بشأن السلطة القضائية و47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة، هي نصوص غير دستورية لمخالفتها نص المادة 68 من دستور 1971، ونص المادة 65 التي تنص على أن تخضع الدولة للقانون، وكذلك نص المادة 64² التي تنص على أن سيادة القانون أساس الحكم في الدولة.³

ثانياً - الاتجاه المؤيد لأعمال السيادة مع التضييق:

يرى الأستاذ سليمان الطماوي بأن كل محاولة فقهية لاسيما في مصر لإنكار وجود نظرية أعمال السيادة تخطئ بين الأمانى والحقائق القانونية، على أن الفكرة التي قامت عليها أعمال السيادة تجد مبرراً، فقد ولدت نتيجة السياسة القضائية التي انتهجها مجلس الدولة المصري والفرنسي قبله للتوفيق بين اعتبارات مختلفة، فإذا كان مبدأ المشروعية يقتضي إخضاع أعمال السيادة لرقابة القضاء فإن بعض تصرفات السلطة الإدارية قد تحيط بها اعتبارات خاصة تجعل المصلحة العامة لا تعرض على القضاء، لما يحيط بها من علانية وتحقيق وتجريح ولأن القاعدة المسلم بها أن سلامة الدولة فوق سلامة القانون، وقد تحجم السلطة التنفيذية عن اتخاذ إجراءات معينة تستلزمها مصلحة الدولة خوفاً من المسؤولية لو تقرر، زيادة على أن الذي يعني الحكومة من عمل السيادة هو بقاؤه قائماً ومنفذاً على الوجه الذي ترضيه ولكن لن يضرها أن تتحمل الجماعة نتائج عمل السيادة الضار.

ويرى الأستاذ بلال أمين زين الدين أنها تستند في الواقع إلى أساس منطقي لا يمكن إغفاله، فهي أعمال ليس من المقبول أن تخضع فيها السلطة التنفيذية لأية رقابة قضائية لأنها تصدر في ظروف داخلية أو خارجية هي وحدها التي تعيشها وتستطيع وزنها وتقديرها من مختلف الجوانب السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فلا يعقل أن يراقب القاضي قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الحرب وهل كان رئيس الجمهورية في اتخاذه هذا القرار صائباً أو مخطئاً والقرارات المتعلقة بالصلح

¹ أعيدت صياغة نفس الفقرة في المادة 97 من الدستور المصري لسنة 2014.

² نص المادة 65 و64 من الدستور المصري لسنة 1971، يقابله نفس النص في المادة 94 من دستور 2014.

³ عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مبادئ المرافعات، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، 1975-1976، ص.137.

والهدنة والدعوى لمفاوضات السلام والتعبئة الحربية وشراء ما يلزم الجيش من عتاد وأسلحة، ولو سمح القاضي لنفسه بذلك لدخل حتما في صراع دائم مع السلطة التنفيذية وهو صراع ليس في صالح العدالة ذاتها، ولا نعرف نظاما تصل فيه الرقابة القضائية إلى هذا المدى، ولهذا يعتقد الأستاذ بلال زين الدين أن أعمال السيادة لا تقبل الخضوع لرقابة القضاء المدني أو الإداري¹

الفرع الثاني: الفقه الأنجلوسكسوني

كان الفقه الانجليزي أشد المعارضين لفكرة أعمال الدولة، مما ساهم بشكل كبير في بلورة الفكر القانوني لدى شعوب الأنجلوسكسون، بل حتى أنه ألهم القضاء البريطاني في استبعاد تلك الطائفة من الأعمال.

البند الأول: موقف الفقه البريطاني من فكرة أعمال الدولة

تعرضت فكرة السيادة في النصف الأولى من القرن العشرين لانتقادات عديدة وهجوم على الفكرة في ظاهرها وباطنها ولعل أهم المناهضين للفكرة هو الإنجليزي الشهير هارولد لاسكي².

فإذا كانت نظرية السيادة قد شهدت ازدهارا وعلوا في الشأن والتأييد من قبل الفلاسفة على طول الخط الذي امتد من بودان إلى هيجل مروراً بالعظيم جون أستن صاحب النظرية القانونية للسيادة غير أن لاسكي يرى أن تلك الفترة لم تكن أبداً عصور ازدهار ونمو بل كانت عصور صراع نمت في أحضانه نظرية السيادة، " هي وليدة الصراع الديني إبان القرن السادس عشر، أما قبل ذلك التاريخ فكانت المدنية الغربية تعتبر بمثابة مجموعة من الشعوب المؤتلفة: " كومولث " ليس فيها للسيادة بالمعنى الحديث موضع³.

الفرع الثالث: الفقه الإسلامي

اتفق الفقه الإسلامي بالإجماع على إنكار نظرية أعمال السيادة، وأن رقابة القضاء تمتد على كل الأعمال بدون استثناء، وهذا مردّه لأن مبدأ المشروعية في الإسلام يختلف عما هو في القوانين الوضعية.

¹ بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية، والغير تعاقدية في مصر وفرنسا، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.157.

² أحمد خورشيد، هارولد لاسكي، دار الينايبع، القاهرة، مصر، 1984، ص.2.

³ هارولد لاسكي، أصول السياسة، ترجمة محمود فتحي عمر، إبراهيم لطفي، بطرس غالي، وزارة الثقافة والإرشاد، ط الأولى، القاهرة، مصر، 1965، ص.86.

البند الأول: مبدأ المشروعية في الإسلام

جاء مبدأ المشروعية في الإسلام أكثر وضوحاً من أي نظام آخر، لأن قواعد الشريعة في الإسلام هي من صنع خالق العباد، لذا فإنها تعرف بأنها "التزام كل من الحاكم والمحكوم بالمصدرين الأساسيين في الشريعة الإسلامية وهما القرآن الكريم والسنة النبوية، وكذلك القوانين التي تصدر بناء على حاجة الأمة فيما لم يرد فيه نص، والمقيدة في ذلك بروح الإسلام ومبادئه العليا".¹

إن المشروعية في القانون الإسلامي هي هيمنة القانون الإسلامي على كل من في الدولة سواء كانوا أفراداً أو جماعات أو مسلمين أو مستأمنين أو أشخاص طبيعيين أو معنويين، مع بعض الاستثناءات.²

فمبدأ الشرعية في الفقه الإسلامي هو عدم مخالفة الأوامر والنواهي التي تحملها النصوص الشرعية في القرآن الكريم والسنة المتواترة وهي قطعية الثبوت، وقد تكون قطعية الدلالة، بمعنى أن المراد منها يفهم من خلال صيغة النص دون الحاجة لتأويلها³، لقوله تعالى: " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ"⁴.

إن الدولة الإسلامية دولة دينية، والوازع الديني فيها هو الفيصل في كل ما يتعلق بسلطاتها واختصاصاتها، والسلطات الثلاث وفق التشريع الإسلامي، تتجسد في السلطة التشريعية ممثلة بأهل الحل والعقد، والسلطة التنفيذية ممثلة بالخليفة أو الحاكم الأعلى ووزرائه، والسلطة القضائية ممثلة بالمؤسسات القضائية، ليس بينهما مبدأ الفصل التام، ولا مبدأ الاندماج الوظيفي، صحيح أن كل سلطة تكون مستقلة في عملها الوظيفي عن الأخرى، إلا أنها تساند السلطات الأخرى، عملاً بقوله تعالى: " وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى"⁵. وكل السلطات الثلاث بكل مؤسساتها تخضع لدولة واحدة، ولأصول شريعة سماوية عظيمة، تنبغي في الأخير مرضاة الله.⁶

¹ خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2010، العدد 02، ص.539.

² محمد مفرح حمود العتيبي، المرجع السابق، ص.17.

³ خالد خليل الظاهر، المرجع نفسه، ص.552.

⁴ سورة المائدة، الآية.38.

⁵ سورة المائدة، الآية.2.

⁶ أحمد صيام سليمان أبو حمد، مبدأ استقلال القضاء في الدولة الإسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة، قسم القضاء، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين، ص.ص.12،13.

البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي من فكرة أعمال السيادة

يقول جانب من الفقه الإسلامي المعاصر في ذلك: أنه إذا كانت أعمال السيادة في القانون ليست محلاً لإلغاء أو تعويض أو وقف تنفيذ أو فحص مشروعية وإنما تتمتع بحصانة مطلقة ضد الطعن القضائي، فإن القضاء الإداري الإسلامي (قضاء المظالم) تمتد رقابته إلى كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة دون استثناء، فهو يختص بالنظر في كافة المنازعات التي تصدر عن الدولة وموظفيها بما في ذلك رئيس الدولة و الوزير، بناءً على ذلك فإنه لا يعترف بنظرية أعمال السيادة التي يستثبها القضاء الإداري من رقابته، و مرجع ذلك أن المشروعية الإسلامية تستلزم خضوع الحكام والمحكومين لأحكام الشريعة الإسلامية في جميع الأحوال و كل الظروف العادية و غير العادية تحقيقاً لمبدأ المساواة المقرر،¹ بقوله تعالى: "وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلنَّقْوَىٰ".²

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة

باستقراء أحكام القضاء المقارن نجد تباين في موقف كل من القضاء الفرنسي الذي يتجه نحو إقرار التعويض أكثر من الإلغاء، وهذا عكس القضاء المصري الذي تتجه أحكامه إلى إلغاء أعمال السيادة أكثر من التعويض عنها، في حين أن القضاء البريطاني لا يعترف بأعمال الدولة خاصة في مواجهة بريطاني الجنسية، أما القضاء الجزائري فيكتنفه الغموض نظراً لعدم نشر قرارات مجلس الدولة، بل وحتى يصعب الحصول عليها، إن لم نقل مستحيل.

الفرع الأول: موقف القضاء في النظام اللاتيني الجرمانى

إن تطور القضاء الفرنسي في بسط رقابته على أعمال الحكومة، كان نتيجة تطور فقهي ومطالبات مجتمعية، وحراك سياسي كبير في سبيل حصر أعمال الحكومة في أضيق مجال. إلا أنه مازالت أعمال الحكومة تشكل سد منيع في وجه الحقوق والحريات العامة رغم ضغوط الاتحاد الأوروبي.

البند الأول: موقف القضاء الفرنسي من نظرية أعمال الحكومة

أدرك مجلس الدولة الفرنسي وجه الشذوذ الذي يعتري نظرية الأعمال الحكومية فعمل جاهداً على تحديد نطاقها بحصر الأعمال الحكومية في أضيق نطاق ممكن، حيث أصبح يسير في بسط

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص، 475.

² سورة المائدة، الآية 8.

رقابته على الأعمال الحكومية تدريجياً، بدءاً من هجره دون تردد لمعيار الباعث السياسي¹ الذي يعد انتهاكاً لحقوق وحرّيات الأفراد، بذريعة وجود الدافع السياسي في كل تصرف لعمل الحكومة². ففي قرار للقرار الرئاسي بتاريخ 23 أبريل 1961، إثر تطبيق المادة 16 من الدستور، راقب مع ذلك وجود هذا القرار، من خلال تبيان بأن القرار المتخذ من قبل رئيس الجمهورية كان بعد استشارة الوزير الأول ورؤساء المجالس البرلمانية واستشارة المجلس الدستوري.

ومن جهة أخرى أسقط بعض الأعمال من قائمة الأعمال الحكومية، من ذلك مرسوم العفو الخاص الصادر عن رئيس الجمهورية، الذي كان يعتبر من أعمال الحكومة، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا الرأي في قراره الصادر بتاريخ 28 مارس 1947 بدعوى كومبير Gombert. ثم خطا مجلس الدولة خطوة عملاقة في موضوع تفسير المعاهدات الدولية بصدور قراره بتاريخ 29 جوان 1990 متعلق بقضية جمعية توعية ومساندة العمال المهاجرين،

Groupement d'information et de soutien des travailleurs immigrés (G.I.S.T.I)

وتتلخص وقائع القضية، أن الجمعية قد رفعت دعوى بإبطال تعميم قرار أصدره وزير الداخلية ووزير الشؤون الاجتماعية والتضامن الوطني الصادر بتاريخ 14 مارس 1986، متعلقاً بأوضاع انتقال وعمل وإقامة الرعايا الجزائريين وعائلاتهم في فرنسا. وقد اعتبر مجلس الدولة أن القاضي الإداري يملك مبدئياً صلاحية تفسير المعاهدات بنفسه، ونهاية الالتزام بإحالة مسألة التفسير إلى الحكومة وإيقاف الفصل في الدعوى لحين وروده والتقيد به حال وجوده، ومعنى ذلك أن مسألة تفسير المعاهدات قد خرجت من طائفة أعمال السيادة وفقدت حصانتها⁴.

¹ C.E 19 février 1875, Prince Napoléon.

² إبراهيم عبد العزيز شيجا، المرجع السابق، ص.179.

³ C.E ASS, 2 mars 1962, Rubin de servens et autres (Rec. 143 ; JCP 1962.II.12613, concl. Henry ; RD publ.1962.294, concl ; AJ1962.214, chr Galabert et Gentot ; D.1962.109, chr. G. Morange ; JCP 1962.I.1711, chr. Lamarque ; RD publ. 1962.288, note Berlia ; S. 1962.147, note bourdoncle).
-M long, P Weil, op cit, p.502.

⁴ مصباح وليد عرابي، المرجع السابق، ص.137.

إلا أن مجلس الدولة في قرار حديث له في 20 جانفي 2014، وكذا قرار محكمة الاستئناف في 4 فيفري 2015، رفض إحالة إلى المجلس الدستوري مسألة ذات أولوية دستورية متعلقة بمدى تطابق نظرية أعمال الحكومة مع الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور¹.

كما أن القاضي الإداري الفرنسي ينبغي عليه الحد قدر الإمكان من مجال أو قائمة الأعمال الحكومية، ليتجنب التكرار لأحكام المواد 6 و 13 من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان². فظهور البناء الأوروبي أوجد قاضي خاص للنظر في منازعات مسؤولية السلطة العامة، وقانون مختلف بشكل واضح عن القانون العام الذي وضعه الاجتهاد القضائي، وكل ذلك يشكل مشكلة بالنظر للمبادئ التي تُسير الاتحاد الأوروبي.

إن المنطق الليبرالي الذي يلهم القانون الأوروبي، والجهود المبذولة لإيجاد الانسجام بين دوله خصوصا في أنظمة المسؤولية المدنية يمكن أن يؤثر بعمق في المثال الفرنسي المتميز للمسؤولية الإدارية، بالتحديد المرافق العامة يمكن أن تطبق عليها قواعد قريبة من تلك المطبقة على المؤسسات الخاصة، وعلى هذا الحال فإن فكرة تطبيق قانون متميز في مادة المسؤولية يثير حوله مشكلة، كما يمكن أن نرى الاختصاص العام للمحاكم العادية يفرض نفسه وقانون المسؤولية الإدارية مهدد باتجاهات توحيدية تنتج عن الاندماج الأوروبي³.

¹ M long, P Weil, op cit, p.26.

² الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان المعدلة بالبروتوكولين رقم 11 و 14 و متممة بالبروتوكول الإضافي والبروتوكولات رقم 4 و 6 و 7 و 12 و 13، 4 نوفمبر 1950.

تنص المادة 6 منه: "لكل شخص الحق في سماع قضيته محكمة مستقلة ونزيهة، بشكل عادل وعلني وضمن مهلة معقولة، للفصل في حقوقه والتزاماته..."

المادة 13 تنص: لكل شخص انتهكت حقوقه وحرياته المعترف بها في هذه الاتفاقية، الحق في الحصول على انتصاف فعال أمام هيئة نقض قضائية، حتى وفي حال ارتكاب الانتهاك من أشخاص عاملين في إطار ممارسة وظائفهم الرسمية.

³ بن عبد الله عادل، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية (شروط الفعل المولد للضرر)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، الجزائر، (2010، 2011)، ص.ص. 20، 21.

وفي ذلك نذكر القرار الحديث الصادر عن محكمة التنازع في 2015

قضية M. k. ضد الوزير الأول (عدم إدراج مشروع قانون في البرلمان الفرنسي)

في 28 نوفمبر 2008، اعتمد الاتحاد الأوروبي قرار إطار، يلزم الدول الأعضاء بإدخال مختلف الجرائم الجنائية ضد العنصرية وكره الأجانب في نظمها الداخلية¹. وحدد تاريخ 28 نوفمبر 2010 كآخر أجل لتنفيذ القرار بعد إحالته على برلمانات الدول الأعضاء للمصادقة عليه، ليدخل ضمن المنظومة التشريعية. وعلى إثر رفض الوزير الأول تقديم مشروع قانون في البرلمان الفرنسي يجرم هذه الأفعال وفق توجيهات الاتحاد الأوروبي، تم رفع دعوى من قبل M. k. و آخرون أمام مجلس الدولة لاستصدار قرار يجبر الوزير الأول على ذلك.

ومع ذلك، تم رفع الدعوى من قبل نفس الأطراف أمام القضاء العادي، " محكمة الاستئناف في Aix-en-Provence "، وفي حكمها الصادر في 10 أكتوبر 2013، تم رفض الدعوى على أساس عدم اختصاص المحاكم القضائية، حيث يلاحظ أن قرار الوزير يشكل عمل من أعمال الحكومة التي لا يمكن النظر فيها من قبل القضاء.

وبإحالة القضية أمام محكمة التنازع تم رفض الدعوى، ودون الحاجة إلى استجواب محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي بشأن صحة القرار الإطار، على أساس أنه لا يوجد تنازع في الاختصاص، وهذا ما يؤكد أن نظرية أعمال السيادة حاضرة ضمناً في قرار محكمة التنازع².

البند الثاني: موقف القضاء المصري من نظرية أعمال السيادة

رغم التجربة الحديثة للقضاء الإداري المصري إلا أنه أثبت من خلال أحكامه خاصة الحديثة منها، وقوفه ضد السلطة التنفيذية وعدم التسليم ببعض الأعمال التي كانت تعتبرها السلطة في وقت قريب على أنها من أعمال السيادة المحرمة على القضاء النظر فيها وتفحص مشروعيتها.

أولاً- تأرجح قرار القضاء المصري بين الإقرار والرفض لوصف أعمال السيادة:

من جهة للاحظ أن القضاء المصري قد حدد أعمال السيادة بنفس القائمة القضائية التي حددها القضاء الفرنسي على النحو السابق بيانه، حيث اعتبر مجلس الدولة المصري من قبيل أعمال السيادة

¹ Union Européenne 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

² T.C, 6 juillet 2015, N° 03995, Conflit négatif, Grégoire K. et autres c/ Premier ministre.

الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان و الأعمال المتصلة بشؤون الدولة الخارجية وسيادتها الإقليمية و الأعمال التي لها صلة مباشرة بالعمليات الحربية، و إن كان القضاء المصري قد تشدد في هذه الجزئية و جعلها تقتصر فقط على الإجراءات العليا التي تتخذها الحكومة بمالها من سلطة عليا في سبيل الدفاع عن سلامة الدولة و المحافظة على كيانها¹، ومن ذلك أنه يعتبر قرار إعلان حالة الطوارئ من قبيل أعمال السيادة².

كما أقر القضاء المصري أن العمل الذي يُكَيِّفه بأنه من أعمال السيادة يخرج عن اختصاصه سواء كان موضوع الدعوى هو المسؤولية أو الإلغاء، دون الفصل في مدى شرعيته أو في مدى ترتيبه لمسؤولية الدولة أو عدمها، فحضانة أعمال السيادة أمامه هي الدفع بعدم الاختصاص³. وبهذا بدأ القضاء الإداري المصري في تحديد نطاق أعمال السيادة مقتنيا آثار مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بمعيار الباعث السياسي، حيث جاء في حكمه الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 11 ماي سنة 1950، أن أعمال السيادة تصدر من الحكومة باعتبارها سلطة حكم، وفي الغالب لاعتبارات سياسية⁴.

ومن جهة أخرى رفض مجلس الدولة وصف بعض أعمال الحكومة من أعمال السيادة:

- رفض القضاء الإداري المصري اعتبار إجراءات الأمن الداخلي التي تتخذ في الظروف العادية من أعمال السيادة و اعتبارها إجراءات إدارية تخضع لرقابته⁵.

- استقر القضاء الإداري المصري -بعد تردد- على اعتبار ما تتخذه السلطة القائمة على الطوارئ من إجراءات و تدابير لا تعد من قبيل أعمال السيادة بل هي أعمال إدارية تخضع لرقابته⁶.

-قرار محافظ القاهرة بمصادرة جريدة مناوئة لسياسة الحكومة⁷.

¹ حكم محكمة القضاء الإداري في 1950/6/6.

² حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1952/7/15.

مجموعة الأحكام أشار إليها: محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.453.

³ عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص.728.

⁴ بلال أمين زين الدين، المرجع السابق، ص.151.

⁵ حكم محكمة القضاء الإداري في 1949/6/16 القضية رقم 157 لسنة 2 ق المجموعة السنة3، 1015.

⁶ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 9 يوليو 1963 و في 27 ابريل عام 399.

أشار إليه: محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.ص.454.455.

⁷ حكم المحكمة، 18 مارس 1947.

- قرار إبعاد المواطنين وكذلك إسقاط جنسيتهم عنهم¹.

فكل هذه الأحكام رفضت إضفاء صفة أعمال السيادة على موضوعات قراراتها.

و لذات السبب رفضت محكمة القضاء الإداري وصف قرار هدم حظيرة رغم ما نتيره من إشكالات على الأمن، كعمل من أعمال السيادة²، وكذلك لم تضاف على قرار سحب رخصة سلاح صفة أنه عمل من أعمال السيادة³ وكثيرة الأحكام الصادرة في هذا الصدد⁴

ضيق القضاء الإداري المصري من مجال المادة 74 من الدستور المصري التي تعادل المادة 16 من الدستور الفرنسي السابق شرحها، و التي تتعلق باتخاذ الإجراءات اللازمة في حالة تعرض الوطن لما يمس سلامة أمنه و أراضيه، حيث رفضت محكمة القضاء الإداري اعتبار قرارات رئيس الجمهورية بالتحفظ على أشخاص و إلغاء تراخيص صحف و حل الجمعيات التي اتخذت عام 1981، من ضمن أعمال السيادة حسب المادة 74، وإنما أعمال المادة يكون فقط في حالات الضرورة⁵.

كما قررت محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في القضية رقم 304 لسنة 1 بقولها "ومن حيث أنه لا يعتبر من هذا القبيل ما تصدره الحكومة من قرارات تنفيذاً للقوانين واللوائح تدرج تحت طائفة أعمال الحكومة العادية، وليس لها من الشأن والأهمية الخطيرة ما يرفعها إلى مرتبة الأعمال المتعلقة بالسياسة العامة للدولة⁶."

ثانياً - القضاء المصري و التعويض عن أعمال السيادة :

في الحقيقة لم نعثر على أحكام في هذا الصدد سوى ما ذكره الدكتور وحيد رأفت بقوله: مع التحفظ الكامل بالنسبة لدوافع المحاكم المختلطة، إلا أنه لوحظ اتجاه هذه المحاكم نحو التلطيف من

¹ حكم المحكمة 1948/01/27 أشار إليه: ياسين بن بريح، المرجع السابق، ص.651.

² حكم محكمة القضاء الإداري في 1949/3/31م، 3، 891.

³ حكمها في 1948/4/13م، 2، 514.

⁴ كما في حكم المحكمة الإدارية العليا في 1975/4/5 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ج 2 قاعدة رقم 18، 36، وحكمها في 1963/6/29، مجموعة المبادئ لعشر سنوات 1955-1965 ، 32، وحكمها في 1971/11/7،

⁵ حكم محكمة القضاء الإداري في 1982/2/11، ق 123 لسنة 35ق، و حكمها في 1983/3/15، لسنة 36ق، الأحكام أشار إليها: محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.455.

⁶ عبد الفتاح ساير داير، المرجع السابق، ص.730.

آثار أعمال السيادة، حيث قررت الحكم على الدولة بالتعويض اعتمادا على فكرة العدالة ومن أحكامها في هذا الشأن حكم الاستئناف المختلط في 1901/1/31 في قضية جديدة وليفى و كذلك حكم الاستئناف المختلط في 11 مايو سنة 1927 في قضية شركة الملاحة البريطانية¹.

إلا أن التوجه الحديث للقضاء الإداري المصري بدأ يميل نحو تضيق نطاق آثار أعمال السيادة، وقصر آثار البعض منها على منازعات الإلغاء دون التعويض، وذلك تجلى بصورة واضحة في الحكمين المذكورين سابقا في الدراسة (قضية بيع الغاز، وقضية تيران وسنافير)، ومع هذا التطور الكبير في قضاء مجلس الدولة المصري إلا أن ذلك لا يخفف من حدة النظرية ووطأتها على حقوق الأفراد وحررياتهم، لهذا بذل القضاء الإداري دورا لا يستهان به لتحديد أعمال السيادة الحقيقية بغية استبعاد الإجراءات التنفيذية لتنفيذ تلك الأعمال².

الفرع الثاني: موقف القضاء الأنجلوسكسوني

قبل التطرق لموقف القضاء البريطاني تجاه أعمال الدولة الذي كان يكيل بمكيالين حسب جنسية أطراف الدعوى، حدث التطور التاريخي الأبرز في شريعة الأنجلوسكسوني وذلك من خلال إنشاء محكمة عليا تجسيدا لمبدأ الفصل بين السلطات.

البند الأول: التحول التاريخي في التنظيم القضائي البريطاني

إن العالم الحديث يتأثر ويؤثر، وبريطانيا أكيد لا تعيش في معزل عن الأمم، ولاشك أن الفصل المرن بين السلطات مفهوم صحيح ساهم في تطوير البناء القانوني للدولة البريطانية، لكن في المقابل نجد من جهة تمتع مجلس اللوردات لصلاحيات قضائية بالإضافة لتلك الاختصاصات التشريعية، يعتبر خرق وعدم فهم لمبدأ الفصل بين السلطات من جهة أخرى.

أولا- إنشاء المحكمة العليا:

أنشئت المحكمة العليا بموجب قانون الإصلاح الدستوري لعام 2005³ ، حيث تنص المادة 23 منه الفقرة الأولى على أنه "ستكون هناك محكمة عليا بالمملكة المتحدة" و فعلا أفتتحت في عام 2009.

¹ محمد بن براك الفوزان، المرجع السابق، ص.455.

² علي خاطر شطناوي، المرجع السابق، ص.7.

³ Constitutional Reform Act 2005 Part 3, p.12. « There is to be a Supreme Court of the United Kingdom. »

وقد تطورت المحكمة العليا البريطانية من خلال تطور الفقه القانوني، والطابع الدستوري لهذه المحكمة، يجعلها على مسافة متساوية من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية، وهذا من خلال أعمال رقابتها على أعمال كلتا السلطتين، هذا من جهة، بالإضافة إلى حذو نهج قريب من قانون الاتحاد الأوروبي من جهة أخرى.¹ ويبقى التحول الأهم والجوهرى في القانون الانجليزي من خلال إنشاء المحكمة العليا، يكمن في تقليص صلاحيات مجلس اللوردات التي تعود إلى حوالي ألف سنة، والتي كان من خلالها يمارس مهام السلطة القضائية نهيك عن ممارسة اختصاصات تشريعية وتنفيذية.

ثانيا- فكرة إنشاء المحكمة العليا: في حقيقة الأمر، إن فكرة إنشاء محكمة عليا ليست فكرة حديثة في المملكة المتحدة، وإنما تعود جذورها إلى عام 1790، حيث كتب جرمي بانتيم Jeremy Bentham قائلا: من الحكمة أن تعطى الكلمة للخيل في هذه الغرفة بدلا من القاضي، لأن الصهيل في الغرفة لا يجعل من ركوب الخيل أكثر صعوبة ؛ لكن الجلوس والتصويت يجعل القاضي أقل قدرة على الحكم .

" il serait plus sage de « donner la parole à un cheval dans cette Chambre plutôt qu'à un juge » car « le fait de hennir dans la Chambre ne rend pas un cheval plus difficile à monter ; mais y siéger et y voter rend un juge moins apte à juger "²

وكذلك في أواخر القرن التاسع عشر، اعتبر والتر باجهوت Walter Bagehot أن أعلى سلطة قضائية بريطانية يجب أن تكون مرئية "يجب ألا تكون مخفية وراء لباس السلطة التشريعية.

" la plus haute juridiction britannique devrait être une juridiction visible qui ne devrait pas être cachée derrière la robe d'une assemblée législative "³

بالإضافة إلى الانتقادات الحديثة من قبل منظمات غير حكومية، وحتى من قبل أعضاء لجنة الاستئناف على مستوى مجلس اللوردات نفسه، حيث أقدمت منظمة العدالة بناءً على طلب اللجنة الملكية لإصلاح مجلس اللوردات، إبداء عدة مقترحات من ضمنها إنشاء محكمة عليا مستقلة، وفعلا تم الأخذ ببعض هذه الاقتراحات من طرف الحكومة بداية من 2001، ويتدخل كل من اللورد

¹ Bjorge, Eirik, La Cour Suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom, Revue française de droit administratif, Vol 213, 2017. pp. 212-216

² J. Bentham, Draft for the Organisation of Judicial Establishments, compared with that of the National Assembly [of France] with a commentary on the Same (1790), in J.Bowring (ed.), The Works of Jeremy Bentham, vol. 4, p. 381.

³ W. Bagehot, The English Constitution, 1867, London, Chapman and Hall, p. 157.

Ouvrage cite par : Aurélie Duffy-Meunier, La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005, Jus politicum, n° 9, 2013.p.2.

Bingham رئيس مجلس اللوردات، واللورد Steyn لصالح إنشاء المحكمة العليا، في مقابل رفض اللورد Irvine.

وفي 12 جوان 2003 أحدث تصريح توني بليير Tony Blair أثناء مؤتمر صحفي، حول ضرورة إنشاء محكمة عليا، ضجة كبيرة تباينت الرؤى بين مؤيد ورافض. وفي حقيقة الأمر الغرض من هذه الإصلاحات هو إعادة تنظيم العلاقة بين السلطة التنفيذية والتشريعية والسلطة القضائية، وخاصة تكريس استقلالية القضاء في ظل مبدأ الفصل بين السلطات¹

البند الثاني: موقف القضاء البريطاني من أعمال الدولة

اتجه القضاء البريطاني الحديث نحو الانفراج للنظر في دعاوى كانت سبق محرمة النظر فيها، بالإضافة إلى إقرار مسؤولية السلطة أو الحكومة والتعويض في الكثير من القضايا لصالح أفراد لا يتمتعون بالجنسية البريطانية، فهل هي مناورة سياسية أم ضغط المحكمة الأوربية؟. ربما نجد الإجابة من خلال حكمين حديثين يجسدان موقف المحكمة العليا للمملكة المتحدة.

أولا- قضية بلحاج ضد وزير الخارجية البريطاني السابق، جاك سترو، وجهاز الاستخبارات إم آي 6²:

تشير هذه القضية، التي تتضمن اتهامات ضد وزير الخارجية البريطاني السابق، جاك سترو، وجهاز الاستخبارات إم آي 6، في ترتيب تسليمه هو وزوجته في عام 2004 إلى ليبيا، وسيطلب من المحكمة العليا أن تقرر هل يحق للزوجين مقاضاة الحكومة البريطانية بهذا الشأن.

وتتلخص وقائع القضية في أن المدعو بلحاج، كان معارض لنظام معمر القذافي، وأن القوات الأمريكية اعتقلته مع زوجته فاطمة بودشار، التي كانت حاملا حينذاك في 2004 أثناء محاولتهما الذهاب في رحلة طيران من آسيا إلى بريطانيا لطلب اللجوء.

ونقلا من تايلاند إلى ليبيا حيث ألقيا في السجن مباشرة. وقال بلحاج أمام المحاكم البريطانية إنه قد ضرب، وتعرض إلى إساءات أخرى، كما أستجوب بشكل منفصل على أيدي ضباط مخابرات

¹ Aurélie Duffy-Meunier, La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005, Jus politicum, n° 9, 2013, p.3.

² The S.C. uk : Belhaj and another (Respondents) v Straw and others(Appellants)[2017]UKSC 3 On appeal from [2014] EWCA Civ 1394.

بريطانيين، كما أسيء معاملة زوجته التي كادت تفقد جنينها، حيث أطلق صراحها بعد ثلاثة أشهر. في حين حكمت السلطات الليبية على بلحاج بالإعدام، لكن أطلق سراحه في مارس 2010.

وخلال سقوط نظام القذافي، كشفت أوراق عُثر عليها في طرابلس، على أن الرئيس السابق لمكافحة الإرهاب في جهاز أم أي 6 "السير مارك ألين" أرسل تهانيه للسلطات الليبية لسلامة وصول بلحاج، وعلى إثرها رفع الزوجان دعوى مطالبة بالتعويض ضد الحكومة البريطانية والسير مارك وزير الخارجية السابق جاك سترو.

كان الحكم في قضية بلحاج واحدًا من أهم الأحكام التي صدرت في 17 يناير 2017 ، حيث رفضت المحكمة العليا الحجج المقدمة من الحكومة، على أساس أعمال الدولة الخارجية التي تتحصن أمام القضاء، وبالتالي يمنع على محاكم المملكة المتحدة من سماع الدعوى.¹

ثانياً - قضية الانسحاب من الاتحاد الأوروبي BREXIT:

أصدرت المحكمة العليا في انكلترا وويلز حكماً تاريخياً سنة 2016 يقضي بإلزام الحكومة البريطانية بقيادة تيريزا ماي بأخذ الموافقة أولاً من البرلمان البريطاني قبل الدخول في مفاوضات الخروج من الاتحاد الأوروبي.

فخلفية القضية جاءت على نتائج الاستفتاء الذي جرى في بريطانيا بتاريخ 23 جوان 2016 وفي هذا الاستفتاء صوت البريطانيون على سؤال واحد فقط هو: هل يجب على المملكة المتحدة أن تبقى في الاتحاد الأوروبي؟ وقد أجاب 52% من المصوتين لصالح مغادرة بريطانيا للاتحاد الأوروبي.

كما هو معروف فالمملكة المتحدة ليس لها دستور مدون بوثيقة واحدة، مثل ما هو متواجد في معظم دول العالم. إن الدستور البريطاني تاريخياً لم يعترف بالاستفتاءات كوسيلة لاتخاذ القرار، ويجب أن نضع في عين الاعتبار أن الاستعانة بالاستفتاءات حديثة جداً في تاريخ بريطانيا وذلك يعود لمبدأ سيادة البرلمان في اتخاذ القرار. وتأكيداً على ذلك فقد حدث في تاريخ بريطانيا ثلاثة استفتاءات فقط، أولها كان في العام 1975 بشأن عضوية بريطانيا في الاتحاد الأوروبي، وثانيها في العام 2011

¹ يعتبر بلحاج أهم القادة العسكريين الذين ساهموا في الإطاحة بنظام معمر القذافي، ونظن أن قبول القضاء البريطاني النظر في دعواه يعود بشكل أساسي لاعتبارات سياسية أكثر منها قانونية، إلا أننا لا ننكر التقدم الذي أحرزه في هذا المجال مقارنة بالنظام القضائي الفرنسي.

على اعتماد نظام التصويت البديل في الانتخابات البرلمانية، والثالث كان في العام 2016 حول البقاء أو الخروج من الاتحاد الأوروبي.¹

1- الجدل القانوني أمام المحكمة: وكما ذكرنا أعلاه، المملكة المتحدة ليس لها دستور مدون، وقد تطور الإطار الدستوري على مدى قرون، واحد من المبادئ الأساسية وحجر الزاوية المؤسس للعملية الديمقراطية البريطانية هو مبدأ السيادة البرلمانية.

مبدأ السيادة البرلمانية يعني أن البرلمان يمكن أن يقوم بسن أي قانون ويقوم بالتصويت عليه. وخلافا لبلدان أخرى فإن المملكة المتحدة لا يوجد لديها المحكمة الدستورية التي يمكن لها أن تقوم بمراجعة قانون أقره البرلمان ومن ثم تقوم بإلغاء هذا القانون إذا رأت أن القانون غير دستوري. إذن فالدعوى القضائية لم تكن حول شرعية الاستفتاء، بل حول ما إذا كان على الحكومة الواجب القانوني التوجه إلى البرلمان للحصول على الموافقة قبل أن تقوم ببدء المفاوضات مع الاتحاد الأوروبي المؤدية إلى خروجها من الاتحاد .

إن بريطانيا حين انضمت إلى الاتحاد وقعت على معاهدة لشبونة. وتم التوقيع على المعاهدة من قبل أعضاء الاتحاد الأوروبي عام 2007 ودخلت حيز التنفيذ عام 2009.² ومن حيث الجوهر، شكلت الأساس الدستوري للاتحاد، ومن ضمن الفقرات الأساسية لمعاهدة لشبونة الموقعة من طرف المملكة المتحدة، الفقرة (50) التي تضع شروطا على الدولة التي تريد الخروج من الوحدة الأوروبية، وتنص المادة (50)³ من معاهدة لشبونة على:

أ- إن قررت أي دولة من الدول الأعضاء في الاتحاد الانسحاب، يجب القيام بذلك وفق المبادئ الدستورية الخاصة بها.

"Any Member State may decide to withdraw from the Union in accordance with its own constitutional requirements."

ب- يجب على الدولة العضو التي تقرر الانسحاب القيام بإخطار الاتحاد الأوروبي بذلك.

" A Member State which decides to withdraw shall notify the European Council of its intention."

¹ The S.C. uk : R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), 24 January 2017.

² Treaty of Lisbon, Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs By Command of Her Majesty, January 2008.

³ Treaty of Lisbon, Ibid, p.34.

و بالتالي يتبين من المادة 50، أن هناك في الجوهر مطلبين أساسيين يفترض على أي حكومة تسعى لتترك الاتحاد الأوروبي تطبيقهما. الأول هو أن قرار «الانسحاب يجب أن يتوافق مع المتطلبات الدستورية» في هذا البلد. و الثاني هو أن الحكومة «يجب أن تخطر» المجلس الأوروبي.

وكما ذكر أعلاه، من الناحية التاريخية، لم يكن للاستفتاءات مكان في الدستور الانكليزي، وهكذا يمكن للبرلمان فقط من تمرير القوانين وتعديلها. ويترتب على ذلك أن نتائج أي استفتاء ليست ملزمة قانونيا من دون قرار برلماني.

2- منطوق الحكم: ترفض المحكمة العليا بأغلبية 8 إلى 3 دعوى وزير الخارجية (اللورد نوبيرغر، ليدي هيل، اللورد مانس، اللورد كير، اللورد كلارك، اللورد ويلسون، اللورد سومبيث واللورد هودج في الأغلبية مع اللورد ريد، اللورد كارنوث و اللورد هيوز معارض). (في حكم مشترك للأغلبية، تؤكد المحكمة العليا على ضرورة صدور قانون من البرلمان لتفويض الوزراء بتقديم إشعار بقرار المملكة المتحدة بالانسحاب من الاتحاد الأوروبي¹.

وذكرنا لهذه القضية يأتي لإبراز في حقيقة الأمر نقطتين مهمتين:

الأولى وكما جاء في حيثيات القضية أن البرلمان له الأحقية في إصدار القوانين، وبالتالي غلق الأبواب أمام السلطة التنفيذية للتغول على السلطة التشريعية. والثانية جاءت مستترة، أي أن القضاء البريطاني أثبت أحقيته في الرقابة على أعمال السلطة التنفيذية مهما كان وصفها، بما فيها أعمال الدولة التي لا يمكن أن تدفع بها الحكومة للهروب من الرقابة القضائية.

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من نظرية أعمال السيادة

كما ذكرنا سالفًا فإن القضاء الجزائري عامة و القضاء الإداري خاصة تبقى أبوابه موصدة في وجه كل باحث عن قرارات تمس أعمال السيادة.

¹ S.C. uk, Judgment, The Supreme Court by a majority of 8 to 3 dismisses the Secretary of State's appeal (Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption and Lord Hodge in the majority with Lord Reed, Lord Carnwath and Lord Hughes dissenting). In a joint judgment of the majority, the Supreme Court holds that an Act of Parliament is required to authorise ministers to give Notice of the decision of the UK to withdraw from the European Union.

R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), 24 January 2017.

البند الأول: موقف القضاء

المتتبع لأحكام القضاء الإداري الجزائري يجد أنه من الصعب وضع معيار جامع مانع لأعمال السيادة أو الحكومة، ويكشف عن تميز تلك الأعمال عن غيرها من الأعمال الإدارية العادية و التي تخضع هذه الأخيرة لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً.

لذا عندما يعرض الأمر على القضاء الإداري في قضية من قضايا لها صلة بالسيادة، فإن القضاء يقوم بتشخيص هذه الحالة، وذلك ببحث كل حالة على حدة، فمعيار التمييز بين ما هو عمل سيادي و ما هو عمل إداري معيار مرن ومتقلب وغير ثابت، يتحول من حالة إلى حالة بحسب العمل الذي قامت به الحكومة و الظروف المحيطة به، فالنتيجة المستخلصة أن قائمة أعمال السيادة والحكومة ليست ثابتة.

فالقضاء الإداري الجزائري يعتبر من قبيل أعمال السيادة و التي تخرج من اختصاص القضاء الأعمال البرلمانية (وهذا تأثراً بقضاء مجلس الدولة الفرنسي)¹، حيث إن الدولة غير مسؤولة عن أعمال البرلمان بغرفتيه - المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة- في إصدار القوانين لأنها أعباء يتحملها الجميع في سبيل الصالح العام باعتبارها قواعد عامة مجردة، وكل ما يتصل بأنشطة البرلمان من دعوته للانعقاد وقرارات حل البرلمان أو تأجيل جلساته.

كذلك من قبيل أعمال السيادة وفقاً للنظرية التقليدية، نذكر منها:

- 1- إبرام المعاهدات مع الدول الأجنبية.
- 2- و إجراء عفو عن المحكوم عليهم.
- 3- وصك النقود أو سحبها من التداول.
- 4- أو التشريعات بالأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني، أو بين دورتي البرلمان.
- 5- بالإضافة إلى تلك الأعمال المتعلقة بالظروف الاستثنائية للدولة كحالة طوارئ أو حالة الحصار أو إعلان حالة حرب.
- 6- إفالة الحكومة أو استقالتها وغير ذلك من الأعمال والتي هي بطبيعتها أعمال سيادية تخرج عن رقابة القضاء.

¹ ياسين بن بريح، أحكام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى. مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، سنة 2014، ص.645.

فالمقصود من أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي جميع القرارات التي تتخذها الحكومة ممثلة في رئيس الحكومة أو رئيس الجمهورية أو أحد الوزراء تطبيقاً لتوجه سياسي معين أو اختيار حكومي محدد، كذا الشأن بالنسبة لأعمال المؤسسات السيادية الأخرى كالقضاء و البرلمان و المجلس الدستوري، فمتى تقرر صفة عمل السيادة، فليس للقاضي الإداري إلا الحكم بعدم الاختصاص أيّاً كانت طلبات المدعي في دعواه، سواء تعلقت بالإلغاء أو التعويض.¹

البند الثاني: التطبيقات القضائية لأعمال السيادة

ومن الأمثلة القضائية حول نظرية أعمال السيادة أو الحكومة هو ما قضت به الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في 17/1/1984 بشأن الطعن في سحب تداول الأوراق النقدية من فئة 500 دج.² سنة 1984 قائلة: "حيث إن إصدار و تداول و سحب العملة تعد إحدى الصلاحيات المتعلقة بممارسة السيادة، وحيث أن القرار المستوحى بالتالي من باعث سياسي غير قابل للطعن بأي طرق الطعن، وحيث أن القرار الحكومي المؤرخ في 8/4/1984 القاضي بسحب الأوراق النقدية من فئة 500 دج من التداول، وكذا قرار فاتح جوان 1982 الصادر عن وزير المالية المتضمن تحديد قواعد الترخيص بالتبديل (خارج الأجل)، هما قراران سياسيان، يكتسبان طابع أعمال الحكومة، ومن ثم فإنه ليس من اختصاص المجلس الأعلى، لا في فحص مدى شرعيتهما، و لا مباشرة رقابته على مدة التطبيق.

وأن المدعي غير محق بالتالي في مطالبة المجلس الأعلى بإبطال القرار المتخذ في 29/5/1983، المتضمن رفض الطعن الإداري المسبق المرفوع إلى وزارة المالية"³.

وكذا بشأن الطعن المقدم من أحد القضاة المتقاعدين ضد قرار صادر من وزير العدل و الذي رفض طلب صاحب الطعن إلى اعتماده كخبير قضائي، عملاً بقرار وزارة العدل الصادر في 8/6/1966 و المتعلق باعتماد الخبراء القضائيين، قضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا المؤرخ في 24/10/1987 بما يلي: "حيث إن المادة 4 من المقرر المذكور، تنص على قائمة الخبراء لا تصير نهائية إلا بعد صدور قرار بالمصادقة عليها من طرف وزير العدل حافظ الأختام.

¹ نويري عبد العزيز، (مستشار الدولة بمجلس الدولة) المنازعة الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، مجلة مجلس الدولة، سنة 2006، العدد 08، ص. 83.

² رشيد خلوفي، جمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2015، ص. 61. منقول من المجلة القضائية، العدد 4، 1989، ص. 211.

³ فاطمة الزهراء رمضاني، أعمال السيادة، انتقاص من قيمة المعيار الموضوعي المعتمد لتحديد مدلول الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قسنطينة، الجزائر، 2015، العدد 05، ص. 96.

وحيث أن الوزير لم يصادق على تسجيل السيد: ع.م. في قائمة الخبراء، فإن هذا القرار يدخل ضمن ما للوزير من سيادة في اتخاذ القرار".¹

وكذا القرار الصادر عن مجلس الدولة الجزائري في 2001/11/12 و المتعلق بعدم قبول طلب أحد المترشحين للانتخابات الرئاسية لعدم توفره على الشروط الواردة في المادة 73 من دستور 1996، رغم أن ذلك المترشح كان المجلس قد سبق و أن قبل ترشحه في الانتخابات المجراة سنة 1995 في ظل دستور 1996 قائلا : " حيث من الثابت أن المجلس الدستوري مكلف بموجب أحكام المادة 163 من الدستور بالسهر على صحة عملية انتخاب رئيس الجمهورية، ومنها مراقبة الشروط المحددة في المادة 73 من الدستور وتفسيرها.

وحيث أن القرار الصادر في هذا الإطار يندرج ضمن الأعمال الدستورية التي لا تخضع نظراً لطبيعتها لمراقبة مجلس الدولة كما استقر عليه اجتهاده، مما يتعين التصريح بعدم اختصاصه للفصل في الطعن المرفوع".²

وفي أحدث قرار لمجلس الدولة بتاريخ 2017/01/19، رقم الملف: 130347 و فصلا في الدعوى المرفوعة بين: وزارة العدل ممثلة بوزير العدل حافظ الأختام من جهة و بين: الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين ممثلة برئيسها من جهة أخرى

حيث قرر القضاء الإداري أن تحديد أتعاب المحضر القضائي هو عمل من أعمال السلطة العامة التي قامت بتحديدتها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 78/09. و أن المطعون ضدها عندما اتخذت القرار المراد إلغاؤه تكون بذلك قد تجاوزت اختصاصها و إعتدت على إمتياز السلطة العامة مما يجعل القرار محل الطعن مخالف للقانون و يتعين إلغاؤه.

وعليه نخلص إلى أن القضاء الإداري أصبغ وصف أعمال السلطة العامة على المراسيم التنفيذية وبالتالي لا يمكن الطعن فيها بأي شكل من أشكال الطعن، وبهذا قد أثار القاضي الإداري الجزائري حيثيات لم ترد في الدفع المقدم حتى من السلطة العامة الطاعنة في القرار المذكور.³

¹ المجلة القضائية، العدد الثالث، 1991، ص 149.

² مجلة مجلس الدولة، العدد الأول، 2002، ص 79.

³ قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 130347، المؤرخ في 19 جانفي 2017.

الفصل الثاني:

نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية

الفصل الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية

إن حياة الدولة لا تسير على وتيرة واحدة، فهي كحياة الأفراد معرضة للأخطار والأزمات الخارجية والداخلية، إذ يتخللها بين الحين والآخر ظروف غير عادية، حيث تتطوي غالباً على درجة كبيرة من الخطورة مما يؤدي إلى تهديد أمن وسلامة الدولة.

وبطبيعة الحال فالأصل هو الاستقرار والهدوء والأمن وسريان العمل بالقواعد القانونية العادية المعدة للظروف العادية، لكن الاستثناء هو الحدث الطارئ كالحروب والكوارث الطبيعية والأوبئة والفوضى والإرهاب وتهديد النظام العام، ولمواجهة هذه الظروف الاستثنائية، يترتب تخويل السلطة العامة (التنفيذية) سلطات استثنائية لاتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة من أجل المحافظة على كيان الدولة، فنظرية الظروف الاستثنائية هي الأخرى تعد استثناء أو قيد على مبدأ المشروعية والتي قد تهدم معها جملة الحقوق والحريات المكتسبة المنصوص عليها دستورياً، وبالتالي يكون إعمال نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية، وهو موضوع دراستنا في هذا الفصل.

ولاشك أن خطورة نظرية الظروف الاستثنائية، وأثرها المباشر على حقوق وحريات الأفراد، يستدعي بالضرورة النص عليها في الوثيقة الأسمى في البلاد ألا وهو الدستور كما هو الحال في القانون الفرنسي، أو وجود تشريع خاص ينظم الحالة الاستثنائية كما هو الحال في بريطانيا، ثم تأتي القوانين لتنظيم مختلف الحالات التي تطرأ في ظرف الاستثنائي، إلا أن طريقة وأسباب إعلان مختلف الحالات الاستثنائية وكيفية إنهائها، واختصاصات قضاء، تختلف وتتباين بين النظام القانوني اللاتيني الجرمانى و النظام القانوني الأنجلوسكسونى، بل هناك اختلاف حتى مع النظام القانوني الأنجلو أمريكي.

حيث قُسم إلى ثلاث مباحث، خصصنا الأول لمبحث نظرية الظروف الاستثنائية في كل من التنظيم القانوني اللاتيني الجرمانى والتنظيم القانوني الأنجلوسكسونى بالإضافة إلى التنظيم القانوني الجزائري، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه دراسة استثناء مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في ظل استثناء الظرف، وأخيراً خلصنا في المبحث الثالث إلى موقف الفقه والقضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية مع إبراز موقف القضاء الجزائري.

المبحث الأول: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

يتوجب على السلطة العامة الالتزام بالقانون في كل الأوقات وكافة الظروف، تطبيقاً لمبدأ المشروعية، إلا أنه قد تواجه الدولة ظروف غير طبيعية وغير متوقعة مما يستوجب التصدي لهذه المستجدات والمخاطر، حماية للمصالح العام وهو استثناء أو قيوداً يرد على مبدأ سمو الدستور والذي يعد خرقاً صارخاً لمبدأ المشروعية، ولمعرفة مضمون نظرية الظروف الاستثنائية، نتطرق أولاً لمختلف التعريفات حول النظرية والشروط الضابطة لها والتنظيم القانوني للظروف الاستثنائية.

المطلب الأول: مدلول نظرية الظروف الاستثنائية

نظرية الظروف الاستثنائية منصوص عليها في مختلف دساتير الدول، لكن مدلولها يختلف من حيث المحتوى أو السلطات الممنوحة أو حتى في المسمى الذي يعطيه الدستور لهذه الحالة، فكيف عرفها المشرع والفقهاء والقضاء في مختلف الأنظمة القانونية.

الفرع الأول: نظرية الظروف الاستثنائية لغةً واصطلاحاً

نتطرق في هذا الفرع أولاً لتعريف الظروف الاستثنائية لغةً ثم اصطلاحاً وذلك كما يلي:

البند الأول: لغة

الظروف، جمع ظرف والظرف لغةً هو رفع أو حال، والظرف نوعان للمكان وللزمان أما الاستثناء، فهو غير المعتاد أو الشاذ أو الطارئ¹، لذلك فالظرف الاستثنائي، هو وضع شاذ أو حالة طارئة في زمان أو مكان ما.

البند الثاني: اصطلاحاً

وجب أن نبين أنه كان لمجلس الدولة الفرنسي دور بارز في وضع هذه النظرية وذلك بهدف مساندة السلطة الإدارية في هذه الظروف الاستثنائية تحقيقاً للمصالح العام، إلا أنه لم يحاول أن يضع تعريفاً محدداً للظرف الاستثنائي، أو أن يضع معياراً عاماً له، وإنما اكتفى بوضع الشروط والضوابط لتنظيم كيفية الخروج على القوانين من قبل الإدارة، وهذه الضوابط هي تحويل أو تفويض الإدارة

¹ أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد 9، ط 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 2006، ص. 184.

بممارسة ما تشاء من سلطات ولكن بالقدر اللازم لمواجهة هذه الظروف تحقيقا للصالح العام، والتي تعني استبدال قواعد المشروعية العادية وتوسيعها بقواعد المشروعية الاستثنائية¹

الفرع الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية وفق التشريع الداخلي للأنظمة القانونية

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الظروف الاستثنائية حسب التشريع المعمول به وفق النظام اللاتيني الجرمانى و تعريف حالة الطوارئ كما يسميها النظام الأنجلوسكسونى.

البند الأول: تعريف المشرع للظروف الاستثنائية في النظام اللاتيني الجرمانى

قد سارعت تشريعات بعض الدول إلى تبني نظرية الظروف الاستثنائية، على غرار المؤسس الدستوري الفرنسي في نص المادة 16 من الدستور 1958 المعدل في 2008، والذي جاء بـ "عندما تتعرض مؤسسات الدولة، أو استغلالها أو جزء من تراب الوطني أو تنفيذ التعهدات الدولية إلى خطر محقق وخطير وفوري والذي يؤدي إلى سوء أو شلل في أداء مهام السلطات العامة، يتخذ رئيس الجمهورية إجراءات خاصة طبقا للظروف، بعد استشارة الوزير الأول، ورؤساء الغرفتين، بالإضافة إلى المجلس الدستوري...."²

وفي نفس النهج أخذ المؤسس الدستوري الجزائري بنظرية الظروف الاستثنائية في المادة 107 من التعديل الدستوري الجزائري 2016، "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها. ولا يتخذ مثل هذه الإجراءات إلا بعد استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء...."³

وكذلك جاء في نص المادة 105 ما يلي: "يقرر رئيس الجمهورية، إذا دعت الضرورة الملحة، حالة الطوارئ أو الحصار لمدة معينة بعد اجتماع المجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس

¹ أحمد كلك صالح الباجلان، نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعية القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص.18.

² الدستور الفرنسي 1958 المعدل في 2008.

³ الدستور الجزائري المعدل في مارس 2016.

الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، والوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري، ويتخذ كل التدابير اللازمة لاستتباب الوضع". بالإضافة إلى المواد ، 108، 109، 110 من الدستور الجزائري¹.

البند الثاني: تعريف المشرع للظروف الاستثنائية في النظام الأنجلوسكسوني

وبالمقابل في النظام الأنجلوسكسوني نجد أن المشرع في بريطانيا نظم حالة الطوارئ وفق القانون الصادر في 31 مارس 1920، والمعدل في 1964 والذي يعرف باسم « Emergency powers act » ، إلا أنه لم يتمكن من تعريف دقيق وواضح للظرف الاستثنائي واكتفى بتنظيم طريقة وأسباب إعلان حالة الاستثناء وكيفية إنهائها، واختصاصات قضاء الطوارئ ونفس الطريقة طبقت في الو.م.أ من خلال تنظيم الحالات الاستثنائية دون إعطاء تعريف لها.²

بينما جاءت المادة 28 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لعام 1969 لتكون أكثر وضوحاً عندما نصت على حالة الطوارئ وشروطها الموضوعية، إذ نصت على أنه: (لا يمكن للدولة الطرف في أوقات الحرب أو الخطر العام أو سواهما في الحالات الطارئة التي تهدد استقلال الدولة أو أمنها، أن تتخذ إجراءات تحد من التزامها بموجب الاتفاقية الحالية، ولكن فقط بالقدر ومن خلال المدة التي تقتضيها ضرورات الوضع الطارئ، شريطة أن لا تتعارض تلك الإجراءات مع التزاماتها الأخرى بمقتضى القانون الدولي ولا تتطوي على تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي.³

الفرع الثالث: تعريف الظروف الاستثنائية فقهاً وقضاءً

يصعب توحيد التعريف الفقهي للظروف الاستثنائية لاختلاف حالاتها، شأنه في ذلك شأن القضاء الإداري، وإنما اكتفى ببيان شروط وعناصر الظرف الاستثنائي.

¹ المادة 108 من تعديل 2016 للدستور الجزائري: "يقرر رئيس الجمهورية التعبئة العامة في مجلس الوزراء بعد الاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة ورئيس المجلس الشعبي الوطني"

المادة 109: خاصة بإعلان الحرب من قبل رئيس الجمهورية في حالة وقوع عدوان على البلاد

المادة 110: تجميع السلطات في يد رئيس الجمهورية ووقف العمل بالدستور

² عباس العادلي، الطوارئ ما بين الضرورة والرقابة القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017، ص.ص.4،5.

³ إسماعيل صعصاع البديري، علي مادي حميدي الشكراوي، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2014، العدد 03، المجلد 06، ص.ص.19،20.

البند الأول: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الاستثنائية

لم يتفق الفقه على وضع تعريف محدد للظروف الاستثنائية بسبب اختلاف تنظيمها القانوني من دولة إلى أخرى واختلاف أساليب تطبيقها، ولكنهم اتفقوا على الغاية التي تفرض من أجلها وهي مواجهة الظروف الاستثنائية التي تهدد الدولة وشعبها.

ويمكن على الرغم من ذلك إيراد أهم التعاريف المقدمة لها، وذلك وفق الآتي:

أولاً- الفقه اللاتيني الجرمانى:

1- الفقه الفرنسي: يعرفها (Drago) على أنها: " تلك الظروف الاستثنائية المحددة بقانون سابق، والذي يمنح عند تحقق هذه الظروف لسلطات الضبط الإداري، اتخاذ تدابير شاذة محددة لمواجهة هذه الظروف وتخضع في ذلك لرقابة القضاء".

كما عرفها الفقيه " أندريه دي لوبادير André de laubadère" الذي عدها: "نظام استثنائي للبوليس تبرره فكرة الخطر الوطني"، وعرفها أيضا الفقيه "بارتلمي Berthélemy" على أنها: " إجراء استثنائي يهدف إلى حماية كامل البلاد أو بعضها، بمقتضى نظام بوليسي خاص ضد احتمال هجوم مسلح".

2- الفقه المصري: يعرفها " د. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ" على أنها: "نظام قانوني يتقرر بمقتضى قوانين دستورية عاجلة لحماية المصالح الوطنية، ولا يلجأ إليه إلا بصفة استثنائية ومؤقتة لمواجهة الظروف الطارئة التي تقصر عنها الأداة الحكومية الشرعية وينتهي بانتهاء مسوغاته"¹

ثانياً- الفقه الانجلوسكسونى:

1- الفقه الانجليزي: يعرفها " Wade & Philip" على أنها: " تلك الحالة التي يمكن من خلالها مجاوزة المبادئ الدستورية الاعتيادية لمواجهة الظروف الاستثنائية".

2- الفقه الأمريكي: يعرفها " Edward Corwin" على أنها: " حالة أعدت لمواجهة ظروف غير مستقرة وغير متكررة لا يمكن مواجهتها بالسلطات التي تمنحها التشريعات العادية".²

¹ إسماعيل صعصاع البديري، المرجع السابق، ص.ص.18،19.

² هديل محمد فضل العتيلي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 2011، ص.10.

لاحظنا سابقا أن الفقه لم يضع تعريفا للظرف الاستثنائي شأنه في ذلك شأن القضاء الإداري، وإنما اكتفى ببيان شروط وعناصر الظرف الاستثنائي، والسبب في ذلك صعوبة العثور على صيغة تؤصل وتجمع كل الظروف الاستثنائية، لأنه لا توجد حالة واحدة للظروف الاستثنائية وإنما هناك حالات كثيرة ينطبق عليها وصف ظروف استثنائية رغم اختلافها.¹

وربما تكون بسبب الواقعة التي تشكل ظرفا استثنائيا، بحيث تكون هذه الواقعة مرتبطة بما يحيط بها من ظروف زمنية ومكانية، فما يعد منها ظرفا استثنائيا في أحوال وظروف معينة لا يعد كذلك في حالات أخرى.

وقد يكون السبب هو أن الظرف الاستثنائي لا يحتاج إلى تعريف لأنه كاف في حد ذاته للدلالة على معناه.²

البند الثاني: التعريف القضائي لنظرية الظروف الاستثنائية

تعد نظرية الظروف الاستثنائية استثناء على مبدأ سمو الدستور، وتستمد مدلولها من القاعدة الرومانية التي تقول "إن سلامة الشعب فوق القانون"، فهي كنظرية قضائية قامت لسد العجز والقصور الذي يظهر في النصوص التشريعية القائمة في مواجهة الظروف الاستثنائية المستجدة، والتي لا تجدي في مواجهتها وسائل الضبط الإداري المألوفة، وهدفت إلى إنشاء مبادئ قضائية يقرها القضاء بغية تخويل الإدارة قدرا من السلطة تتناسب وتلك المواجهة.

ومقتضى النظرية أنها قضائية صنعها وكونها قضاء مجلس الدولة الفرنسي، من مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، إذا كانت ضرورية لحماية النظام العام أو استمرار سير المرافق العامة، وهكذا فإنه في ظل هذه الظروف الاستثنائية تستبدل المشروعية العادية بالمشروعية الاستثنائية من مقتضاها تمتع السلطة الإدارية باختصاص واسع لم يورده القانون وبذلك يجيز القضاء للإدارة أن تتحلل مؤقتا من قيود المشروعية العادية لتخضع لمشروعية خاصة يحددها القاضي³، الملاحظ من

¹ سعاد الشراوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013، ص.47.

² أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1978، ص.191.

³ إسماعيل جابوري، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قصدي مرياح، ورقلة، الجزائر، 2016، العدد 14، ص.32.

هذا التعريف أن القضاء لم يضع تعريفاً شاملاً ومحدداً وإنما اكتفى ببيان شروط وعناصر الظرف الاستثنائي.

وقد عرفت المحكمة الدستورية المصرية الظرف الاستثنائي بأنه: نظام أجاز الدستور فرضه كلما تحققت أسبابه ودواعيه، وأولها وأهمها تعرض الوطن لخطر يهدد سلامته وأمنه أو نشوب حرب، أو التهديد بنشوبها، أو اضطراب الأمن، وذلك لمواجهة هذا الخطر بتدابير استثنائية حددها قانون الطوارئ حفظاً لسلامة الوطن وأمنه.¹

المطلب الثاني: مضمون نظرية الظروف الاستثنائية

للقوف على مضمون نظرية الظروف الاستثنائية نتطرق أولاً إلى جذور هذه الفكرة، ثم الشروط التي أدت إلى قيامها، والأسس التي ارتكزت عليها لتبرير الإجراءات والتصرفات المتخذة في أثنائها، وإضفاء الشرعية عليها.

الفرع الأول: نشأة الظروف الاستثنائية

نحاول في هذا الفرع تسليط الضوء على الأصل التاريخي لنظرية الظروف الاستثنائية ونشأتها.

البند الأول: جذور فكرة الظروف الاستثنائية

جوهر فكرة الظروف الاستثنائية تعد من المسائل المسلم بها في جميع الأنظمة وفي جميع الأزمنة، فلقد عُرِفَت هذه النظرية منذ القدم، وبالتالي فإن جوهر فكرة الظروف الاستثنائية ليست من الأفكار الحديثة²، فلقد استعملت عبارة "الاستثناء يؤكد القاعدة" "l'exception confirme la règle"، وهذه العبارة نجدها مثلاً في الشرائع القديمة، كالقانون الروماني، "necessita legem non habet"، كما نجدها في الخطب اللاحقة التي اعتمدت على فكرة وجود الدولة، من ذلك "الضرورة تصنع القانون" "la nécessité fait la loi"، أو العبارة الشهيرة لشيثرون "سلامة الشعب فوق سلامة القانون".³

¹ أسامة محمد بحر، حدود سلطات الضبط الإداري في حالات الطوارئ والحرب، ط الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2017، ص.46.

² Jean Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, R.D.P., 1961, P.596.

³ أشار إليه: مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص.22.

ترجع الأصول الأولى لنظرية الظروف الاستثنائية في القانون العام إلى الفقه الألماني، فقد برر هيجل خروج الدولة على القانون في هذه الحالة، أن الدولة هي التي أوجدت القانون وهي تخضع له لتحقيق مصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع له إذا كانت تحقيق مصالحها، هو في عدم الخضوع إلى القانون الذي يعد وسيلة لغاية، هي حماية الجماعة فإذا لم تؤدي هذه القواعد إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع إلى القانون وعلى الدولة أن تضحي به في سبيل الجماعة.

وكان الفقيه جلينك قد برر النظرية التي تحل بها الحكومة محل السلطة التشريعية تحت ضغط الحوادث لمواجهة الضرورة بكل الوسائل المتاحة، وعلى ضوء هذه الآراء يذهب الفقه الألماني إلى اعتبار نظرية الظروف الاستثنائية نظرية قانونية على أنها تعد حقاً للدولة، وبناءً على ذلك تكون الأعمال والإجراءات التي تتخذها الدولة في أحوال الضرورة هي إجراءات مشروعة ولا ترتب مسؤولية على الإدارة، ولا يجوز للغير مطالبة الإدارة بالتعويض عما يلحقهم من ضرر جراء ذلك¹.

البند الثاني: النشأة القضائية لنظرية الظروف الاستثنائية

أما الفقه الفرنسي فقد انقسم إلى مرحلتين تاريخيتين ففي الأولى وهي القديمة اتخذ الفقه النظرة السياسية، حيث استند أصحابها على مبدأ سيادة القانون، وعلى هذا الأساس تكون جميع الإجراءات التي تصدر عن الإدارة لمواجهة أي ظرف استثنائي، مخالفة فيها القواعد القانونية بدعوى الضرورة هي إجراءات باطلة، وتظل غير مشروعة قانوناً وتترتب المسؤولية على الحكومة ما لم يصححها البرلمان بقوانين التضمينات، وهو ما كان عليه الحال في بريطانيا والولايات المتحدة فقد استقرت أحكام القضاء على اعتبار نظرية الظروف الاستثنائية مجرد نظرية سياسية، لا يمكن أن تكون بذاتها أساساً قانونياً للسلطات التشريعية لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية ففي هذه الدول هناك ما يعرف بحالة الطوارئ وهي تقابل حالة الضرورة.

ثم ما لبث أن انتقل إلى المرحلة الثانية التي اتخذ فيها النظرة القانونية لنظرية الضرورة حيث ساعده في هذا المجال قضاء مجلس الدولة الفرنسي²، وارتبط ظهور النظرية بأحداث الحرب العالمية الأولى، وما أحدثته من إخلال بالنظام العام، مما دعى إلى قيام مجلس الدولة الفرنسي بمحاولة أولية

¹ مير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، 2007، العدد 8، المجلد 14، ص. 241.

² أمير حسن جاسم، المرجع السابق، ص. 242.

لاستخراج هذه النظرية، ثم تطورت الفكرة فيما بعد الحرب العالمية الثانية عن طريق القضاء الإداري¹. ولعل أول حكم لمجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن هو حكمه المعروف باسم حكم Heyries الصادر بتاريخ 28 جوان 1918².

الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى نظرية الظروف الاستثنائية

تكاد تتفق الدساتير المنظمة لنظرية الظروف الاستثنائية على تقييدها بشروط معينة، وهذا نظرا لما قد يتقرر للإدارة في ظل هذه الظروف من سلطات واسعة، ولكنها على أية حال ليست مطلقة، ولكي لا تسرف الإدارة في العمل على توسيع سلطاتها ولأجل الحفاظ على مبدأ المشروعية، قيدت قيام الحالة الاستثنائية بجملة من الشروط والتي تعد في الحقيقة قيود على حرية السلطة العامة في الالتجاء إلى هذه النظرية وتطبيقها من عدمه.

البند الأول: قيام الظرف الاستثنائي واستحالة دفعه بالقواعد القانونية العادية

أولاً- وجود ظرف استثنائي:

ويتمثل هذا الظرف بوجود تهديد موجه ضد الدولة وهو أول الشروط اللازمة لقيام هذه النظرية، ويمكن أن يتحدد هذا الخطر عن طريق تحديد مصدره الذي يكون داخليا، كالكوارث الطبيعية أو الأزمات الاقتصادية أو العصيان المسلح والمظاهرات غير السلمية أو قد يكون هذا المصدر خارجيا كالحروب.

ويستقر الفقه والقضاء على وجوب توافر وصفين في هذا الخطر وهما وصف الجسامة والحلول، أما بالنسبة لوصف الجسامة فإن وضع هذا الوصف في معيار محدد أمر غير يسير، ولكن على الرغم من ذلك فقد ذهب رأي في الفقه إلى أن الخطر يكون جسيما إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية فإذا أمكن دفعه بهذه الوسائل لا يعتبر جسيما³، أما أحكام القضاء فإنها تذهب إلى تحديد الجسامة من خلال التحقق من قيام واقعه تتسم بالشذوذ وعدم الاعتياد⁴.

¹ علي مجيد حسون العكلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، ط الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص.21.

² إسماعيل جابوري، المرجع السابق، ص.33.

³ إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص.807.

⁴ أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1978، ص.192.

أما بالنسبة لصفة الحلول، فإن الخطر الحال يعني أن تبلغ الأحداث أو الظروف حدا تؤدي معه حالا ومباشرة إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية¹. و من هذا يتضح أن قيام الظرف الاستثنائي يعني وجود تهديد بخطر جسيم وحال موجه ضد الدولة.

ثانيا- استحالة مواجهة الظرف الاستثنائي بالطرق القانونية العادية:

يعني هذا الشرط أنه إذا قام الظرف الاستثنائي وكانت هناك وسيلة قانونية أو دستورية قادرة على مواجهة هذا الظرف فإنه ينبغي اللجوء إلى هذه الوسيلة، وعلى العكس من ذلك فإذا لم تكن هناك وسيلة قانونية قادرة على مواجهة هذا الظرف فإنه يجب في هذه الحالة اللجوء إلى نظام قانوني استثنائي لتفادي هذا الظرف، على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري.

حيث ذهب مجلس الدولي الفرنسي في حكمه الصادر في 1958 في قضية

« chambre syndicale commerce de Importation en Indochine »² إلى أنه إذا كان الموقف الاقتصادي والاجتماعي الناتج عن الحرب التي كانت دائرة في الهند الصينية قد تطلب تدخل الإدارة، فإن السلطات والوسائل التي يملكها الحاكم بموجب القوانين القائمة تكفي لمواجهة متطلبات هذا الموقف، دون الحاجة إلى أن يتجاوز نطاق اختصاصاته المقررة في هذه القوانين، وانتهى المجلس إلى الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه.

البند الثاني: أن يكون الهدف تحقيق المصلحة العامة بالقدر اللازم والضروري

أولاً- مواجهة الظرف الاستثنائي بالقدر اللازم والضروري:

لا يكفي لإعمال نظرية الظروف الاستثنائية توافر الظرف الاستثنائي، وتعذر مواجهتها

بالقوانين العادية، بل هناك شرط إضافي، وهو أن تتم مواجهته بالقدر اللازم والضروري، بمعنى أن لا تتعسف الإدارة وتغلو في أثناء قيامها بممارستها لصلاحياتها الاستثنائية.

ويجب أن تتناسب الإجراءات المتخذة مع هذا الظرف الاستثنائي، فإذا تجاوزت الإدارة في استخدام سلطاتها بما يزيد على القدر اللازم للتغلب على الظرف الاستثنائي، فإن أعمالها ستكون غير

¹ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1988، ص.106.

² أحمد مدحت علي، المرجع نفسه، ص.ص.197.198.

مشروعة في هذه الحالة¹، وعلى هذا الأساس فإن التصرف أو الإجراء الصادر لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية يجب أن يكون مما تقضيه الضرورة القصوى وفي حدودها²، أي أن الضرورة تقدر بقدرها فإذا ما كان هناك تجاوز لهذا القدر الضروري فإن الإدارة تعرض نفسها للمساءلة وتكون قراراتها عرضة للطعن أمام القضاء إلغاء أو تعويضا.

ثانيا- يجب أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي تحقيق المصلحة العامة:

فشرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة سواء أكانت عادية أو استثنائية، وأن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة، وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية، وإن الإدارة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص، فإذا ما أخلت الإدارة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر غير أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوبا بانحراف السلطة. وأخيرا إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على هذا النحو كان للإدارة أن تتدخل لمواجهتها، ومن ثم اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة ما يترتب عليها من نتائج و آثار³.

وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول إن الفقه الفرنسي الحديث استقر على الاعتراف بهذه النظرية باعتبارها نظرية قانونية، وبالرغم من وجود النصوص القانونية التي تمنح الإدارة في ظل الدولة القانونية قدرة اللجوء إلى وسائل استثنائية غير مشروعة في الظرف العادي، لكن الأمر يبقى مسألة وقائع يخضع تقديرها وأهميتها للقضاء للتحقق من توافر الظرف الاستثنائي الذي تستدعي مواجهته اتخاذ إجراءات غير عادية، وأن يكون الإجراء المتخذ ضروريا ولازما لدفع الخطر طبقا لهذه النظرية وذلك بهدف تمكين الإدارة من القيام بواجبها في ظل الظروف الاستثنائية، مع تقييد نشاطها هذا وإخضاعه للرقابة حماية الحقوق وحرريات الأفراد المهدة ولاسيما في هذه الظروف.

وعليه فإن نظرية الظروف الاستثنائية ليست خروجاً على مبدأ المشروعية الاستثنائية لحالة الضرورة¹.

¹ محمود الجبوري، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998، ص.46.

² عبد الباقي نعمه عبد الله، الظروف الاستثنائية بين النظرية والتطبيق، مجلة العدالة العراقية، 1980، السنة 06، العدد12، ص.19.

³ رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص.49.

الفرع الثالث: أساس نظرية الظروف الاستثنائية

أساس نظرية الظروف الاستثنائية هي تلك المصوغات و المبررات القانونية التي تضي على عمل وتصرفات السلطة العامة رداء الشرعية.

البند الأول: الضرورة والواجب كأساس للنظرية

أولاً- فكرة الضرورة:

يقصد بالضرورة (تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال التي يتعذر تداركها، بالوسائل العادية مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع الخطر ومواجهة الأزمة)².

وتقوم فكرة الضرورة بصورة عامة على ركنين³، ركن موضوعي وركن شكلي ويتمثل الركن الموضوعي في وجود خطر يهدد مصلحة جوهرية معتبرة قانوناً، أما الركن الشكلي فإنه يتمثل في السلوك أو التصرف الذي يتخذه صاحب المصلحة إزاء الخطر الذي يحيط به، وهذا السلوك إما أن يتمثل في التجاوز على أحكام القانون أو أنه يتمثل في التضحية بالمصلحة المعتبرة رعاية للنص، فالمسألة عبارة عن موازنة شخصية بين الحفاظ على الحق ومراعاة النص⁴.

أيد هذه الفكرة جانب من الفقه الفرنسي منهم الأستاذ "ألبير"، "جيز"، الفقيه "هوريو"، ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه المصري الدكتور كامل ليلة، والدكتور فؤاد العطار⁵.

ثانياً- واجبات السلطة الإدارية أساس للنظرية:

يرى جانب من الفقه الفرنسي ومنهم دي لوبادير، أن هذه النظرية القضائية مصدرها هو أحكام مجلس الدولة الفرنسي والتي استحدثها ليسد عجز قوانين إعلان حالة الطوارئ وقوانين التعبئة العامة،

¹ سيف ناصر علي الحيمي، مدي التطورات القضائية في الرقابة على السلطة الإدارية التقديرية، دراسة مقارنة، ط الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017، ص.133.

² وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص.23.

³ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص.ص.11.10.

⁴ كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، ط الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص.24.

⁵ محمد فوزي نويجي، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2016، ص.180.

وقد أسسها في أعقاب الحرب العالمية الأولى التي استمرت من سنة 1914 حتى عام 1918، لكي يوسع من سلطات الإدارة للمحافظة على النظام العام وسير المرافق العامة، وبذلك يكون أساس هذه النظرية عند دي لوبادير هو واجب السلطة العامة الإدارية في المحافظة على النظام العام وسير المرافق العامة.¹

كما أيد الدكتور سليمان الطماوي هذا التوجه، وعلى ذلك فإن الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الاستثنائية طبقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي في ضوء رؤية الدكتور الطماوي، هو واجبات السلطة الإدارية في الحفاظ على النظام العام، وتأمين سير المرافق العامة سيراً منتظماً، حيث يقضي بتطبيق تلك القواعد بالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها.²

البند الثاني: فكرة أعمال السيادة أساس نظرية الظروف الاستثنائية

صاحب الاتجاه هو الأستاذ جاكلان،³ والذي يذهب إلى أن الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الظروف الاستثنائية، والذي يبرر العمل بها وتستند إليه هي أعمال السيادة، ويوضح ذلك من خلال ما بينه ووضحه في تفسيره لوجهة نظره، وما ذهب إليه بأنه إذا كان دور السلطات الإدارية تأمين سير المرافق العامة فإن مهام سلطة الحكومة تنحصر أساساً في الحفاظ على سلامة ووحدة الدولة، وبوجود الظروف الاستثنائية تمتد سلطة الحكومة لتشمل أيضاً تأمين سير المرافق العامة، وبالتالي تختص بمهمة الإدارة وتحل محلها الحكومة، ولأن أعمال الحكومة وهي بصدد القيام بتحقيق هذا الهدف يعتبر من قبيل أعمال السيادة، وبالتالي فإن الأعمال الصادرة استناداً إلى نظرية الظروف الاستثنائية جميعاً تعتبر من أعمال السيادة.

فحماية مبدأ المشروعية يتطلب أولاً العمل على بقاء الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناء في حالة الضرورة من سلطات، ما يسمح باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف، ولو خالفت في ذلك القانون في مدلوله اللفظي ما دامت تبغي الصالح العام.⁴

¹ محمد فوزي نويجي، المرجع نفسه، ص.179.

² سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ط الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986، ص.115.

³ جاكلان، دروس في القانون الإداري، ط 1931، 1934، ص.ص. 251، 252. أشار إليه: محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص.176.

⁴ محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص.176.

المطلب الثالث: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية

إن خطورة نظرية الظروف الاستثنائية وأثرها المباشر على حقوق وحرقات الأفراد، يستدعي بالضرورة ضبطها في إطار قانوني منظم، ويتأتى ذلك بداية بالنص عليها في الدستور ثم تأتي القوانين لتنظم تلك الحالات الاستثنائية، مع بعض الاختلافات بين الأنظمة القانونية خاصة القانون الانجليزي.

الفرع الأول: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في النظام اللاتيني الجرماني

أوردنا في هذا الفرع التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في كل من فرنسا ومصر، حيث لاحظنا تقارب كبير بين النظامين، ويبقى الاختلاف في بعض الإجراءات السابقة واللاحقة على إعلان الظروف الاستثنائية.

البند الأول: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في فرنسا

صدرت في فرنسا مجموعة تشريعات توسع من سلطات الإدارة في الظروف الاستثنائية،¹ تؤدي هذه التشريعات إلى الخروج على القواعد العادية بإذن المشرع، واللجوء إلى القوانين الاستثنائية عند تهديد الأمن والنظام داخل الدولة.

أولاً- الأحكام العرفية:

إن الأحكام العرفية تعطي للسلطة التنفيذية سلطات واسعة لمواجهة الظروف الاستثنائية، حفاظاً على سلامة الدولة وأمنها، وينظم هذه الحالة في فرنسا القانون الصادر في 9 أغسطس 1849. ووفقاً لهذا القانون تعلن الأحكام العرفية في حالة الخطر العاجل الناشئ عن حرب خارجية، أو ثورة مسلحة يستخدم فيها السلاح كوسيلة لتحقيق أغراضها. وبمجرد الإعلان عن قيام الأحكام العرفية، تنتقل السلطة إلى الحكومة العسكرية، ويتم نقل القضاء إلى المحاكم العسكرية، مع تطبيق أحكام القانون العسكري.

¹ من هذه القوانين: القانون الصادر في 3 مايو سنة 1841 بنزع الملكية في حالة الطوارئ، وقانون الأحكام العرفية الصادر في 9 أغسطس سنة 1849، والقانون الصادر في 3 يوليو بشأن الاستيلاء لأغراض العسكرية، والقانون الصادر في 11 يوليو 1938 بتنظيم الأمة وقت الحرب، وقانون الطوارئ الصادر في 3 أبريل 1955... الخ.

ويمتد إعلان حالة الأحكام العرفية ليشمل كل الإقليم أو يقتصر على جزء منه، وهذا النظام وإن كان نظاما استثنائيا يطبق في حالة الضرورة إلا أنه نظام شديد الوطأة فيما يتضمنه من أحكام¹.

وكان إعلان الأحكام العرفية وفقا للمادتين الثانية والثالثة من القانون الصادر في 3 ابريل 1878 من اختصاص البرلمان إذا كان منعقدا، على أن يحدد القانون المناطق التي تطبق فيها الأحكام العرفية ومدة سريانها، أما إذا لم يكن البرلمان منعقدا، اختص رئيس الجمهورية بإعلانها بمرسوم يصدر عن مجلس الوزراء، أما إذا كان البرلمان منحلا، فإن رئيس الجمهورية لا يستطيع إعلان الأحكام العرفية إلا في حالة وقوع حرب خارجية فقط.

ويعد صدور دستور 4 أكتوبر 1958 في فرنسا أصبح إعلان الأحكام العرفية من اختصاص رئيس الجمهورية بمرسوم يصدر من مجلس الوزراء، يستوي في ذلك أن يكون البرلمان منعقدا أو غير منعقد أو كان منحلا، ولا يجوز أن يستمر العمل بالأحكام العرفية أكثر من عشر يوما إلا بإذن البرلمان²، ويترتب عن إعلان الأحكام العرفية النتائج التالية³:

1- حلول السلطات العسكرية محل السلطات المدنية في مباشرة اختصاصاتها المتعلقة بحفظ النظام والأمن.

2- ممارسة السلطات العسكرية مجموعة من الاختصاصات الاستثنائية، وهي:

أ- تفتيش مساكن المواطنين ليلا ونهارا.

ب- إبعاد ذوي السوابق، والأفراد الذين ليس لهم محل إقامة ثابت في المناطق التي أعلن فيها الأحكام العرفية.

ج- الأمر بتسليم الأسلحة والذخائر الموجودة لدى الأفراد والبحث عنها ومصادرتها.

د- منع الاجتماعات والمطبوعات التي من شأنها إثارة الفوضى.

3- اختصاص المحاكم العسكرية بنظر الجرائم التي يرتكبها المدنيون برئاسة قضاة مدنيون.

¹ أحمد مدحت علي، المرجع السابق، ص.118.

² المادة 36 من دستور فرنسا 1958، المعدل في 2008.

³ حقي إسماعيل بربوتي، الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1981، ص.31.

ثانياً - قانون حالة الطوارئ:

ينظم قانون حالة الطوارئ في فرنسا القانون الصادر في 3 ابريل سنة 1955 الذي صدر عقب أحداث ثورة الجزائر، و حسب المادة الأولى، تعلن حالة الطوارئ في كل الأراضي الفرنسية أو في جزء منها أو في أقاليم ما وراء البحار، متى وجد خطر عاجل نتج عن تعرض النظام العام لاعتداءات جسيمة أو وجدت وقائع لها بحكم طبيعتها وخطورتها صفة الكوارث العامة¹، والذي أدخلت عليه عدة تعديلات². ولم يترتب على صدور هذا القانون إلغاء قانون الأحكام العرفية سالف الذكر، وإنما قصد من القانون الجديد إنشاء تنظيم استثنائي يتلاءم بصورة أكثر مع ظروف العصر الحديث.

حيث أشارت صراحة المادة 16 من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسي إلى حالة الطوارئ، ولكنها لم تستبعد المشرع من تنظيم هذه الحالة-على غرار حالة الاستعجال- حفاظا على ضروريات التوافق بين الحريات العامة والحفاظ على النظام العام، وأن دستور الجمهورية الخامسة لم يسفر عن إلغاء قانون 1955 بشأن حالة الاستعجال والذي تعدل في ظل هذا الدستور³.

البند الثاني: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في مصر

أولاً- القوانين المنظمة لحالة الطوارئ:

قام المشرع بإعداد قانون خاص لمواجهة الظروف الاستثنائية، عرف أولاً باسم الأحكام العرفية والذي تحول فيما بعد إلى قانون حالة الطوارئ بعد دستور 1956.

وجاءت المادة 148 من دستور 1971 تنص على أن "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحلاً يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له، وفي جميع الأحوال يكون إعلان حالة الطوارئ لمدة محدودة ولا يجوز مداها إلا بموافقة مجلس الشعب".

¹ علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري والليبي)، مذكرة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2012، ص.46.

² كان منها التعديل الذي جرى في 8 أغسطس من عام 1955، والقانون الصادر في 15 أبريل 1960.

³ محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص.225.

وقد احتفظ دستور 2014 بهذا التطبيق لنظرية الضرورة، ولكن بشروط مغايرة نصت عليها المادة 145 منه بقولها "يعلن رئيس الجمهورية بعد أخذ رأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ على نحو ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه، وفي جميع الأحوال يجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محدودة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمتد إلا لمدة أخرى مماثلة بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس. وإذا كان المجلس غير قائم، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له. ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ"¹.

وينظم حالة الطوارئ في مصر القانون رقم 162 لسنة 1958² المعدل بالقانون رقم 60 لسنة 1968، والقانون رقم 38 لسنة 1982، والقانون رقم 50 لسنة 1982. ونعرض في نقاط موجزة القانون الحالي، وذلك وفق الآتي:

إعمالاً للمادة 139 من الدستور 2014 والتي تنص على أن "رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة، ورئيس السلطة التنفيذية، يرضى مصالح الشعب ويحافظ على استقلال الوطن ووحدة أراضيه وسلامتها، ويلتزم بأحكام الدستور، ويباشر اختصاصاته على النحو المبين فيه " كذلك يستند هذا الاختصاص لرئيس الجمهورية على نص المادة الثالثة من قانون الطوارئ رقم 162 لسنة 1958 التي تدعو رئيس الجمهورية باتخاذ التدابير المنصوص عليها بقانون الطوارئ، والمادة 18 الخاصة بتشكيل محاكم أمن الدولة، والمواد 12، 13 من قانون الطوارئ التي اختصت بحفظ الدعاوى في المخالفات المذكورة، والإفراج عن المتهمين والتصديق على أحكام محاكم أمن الدولة في شأنها وإلغائها أو تخفيضها³.

¹ محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص.243.

² نظم قانون الطوارئ في مصر لأول مرة بالقانون رقم 15 لسنة 1933 والذي عدل بالقوانين أرقام 23 لسنة 1940، قانون 21/ 1941، ق 81/ 1944، قانون 59/1949، قانون 64/ 1952، قانون 54/ 1953، ثم صدر قانون رقم 533/ 1954، والذي ألغى القانون رقم 15/ 1923 وحل محله القانون 533/ 1954، ثم صدر القانون 162/ 1958، وتعديلاته الذي أطلق عليها حالة الطوارئ في حين كانت القوانين السابقة تطلق عليها اسم الأحكام العرفية.

³ حازم صادق، سلطة الرئيس الدولة في نظامين البرلماني والرئاسي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص.788.

وقد تضمن دستور 2014 في المادة 204¹ منه بشأن القضاء العسكري يقضي بأنه "...ولا يجوز محاكمة مدني أمام القضاء العسكري، إلا في الجرائم التي تمثل اعتداء مباشر على المنشآت العسكرية أو معسكرات القوات المسلحة أو ما يدخل في حكمها، أو المناطق العسكرية أو الحدودية المقررة كذلك، أو معداتها أو مركباتها أو أسلحتها أو ذخائرها أو وثائقها أو أسرارها العسكرية بأموال العامة أو المصانع الحربية أو الجرائم المتعلقة بالتجنيد، أو الجرائم التي تمثل اعتداء مباشرا على ضباطها أو أفرادها بسبب تأدية أعمال وظيفتهم، ويحدد القانون تلك الجرائم ويبين اختصاصات القضاء العسكري الأخرى".

ثانياً - مد العمل بحالة الطوارئ:

كانت المادة 148 من دستور 1981 تقرر على أن يعرض إعلان حالة الطوارئ على مجلس الشعب خلال الخمسة عشر يوماً التالية ليقرر ما يراه بشأنه، ويشهد الواقع العملي على عدم احترام شرط تحديد المدة التي نصت عليها المادة 148.

وقد قصر دستور 2014² مدة عرض إعلان حال الطوارئ على مجلس النواب إلى السبعة الأيام التالية على إعلان حالة الطوارئ، وإنه إذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، فإنه يجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه، كذلك تميز دستور 2014 بالنص على ضرورة موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، فضلاً عن إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمتد إلا لمدة أخرى مماثلة شريطة موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وإذا كان المجلس غير قائم، فيعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له، والذي لا يجوز حله أثناء سريان حالة الطوارئ.

وهكذا يسجل هذا الدستور الجديد تقدماً-نظرياً- في مجال حماية الحقوق والحريات العامة من البطش بها استناداً لإعلان حالة الطوارئ، بحيث لم يبق إلا مراقبة الواقع العملي عند التطبيق.

ويقصد بالعرض-على النحو الذي أكدته النصوص الدستورية- هو طرح الموضوع للمناقشة أمام البرلمان، بحيث لا يكف مجرد إيداع قرار رئيس الجمهورية بإعلان حالة الطوارئ وإبلاغه

¹ دستور مصر لسنة 2014.

² المادة 154 من دستور مصر 2014 .

للمجلس، حتى يتحقق تمام العرض¹، وإذا كان لرئيس الجمهورية سلطة إعلان حالة الطوارئ متى توافرت أسبابها، إلا أنه يلزم-على نحو ما تقدم- موافقة مجلس الشعب في ظل دستور 1981 لمد حالة الطوارئ، ومجلس النواب في ظل دستور 2014 والذي اشترط حد أقصى لمدتها، وموافقة ثلثي أعضاء مجلس النواب على المد لمدة مماثلة.

جدير بالذكر أنه بعد مرات من التمديد لحالة الطوارئ أثناء حكم الرئيس السابق حسني مبارك، وبعد قيام ثورة 25 يناير خرجت أصوات عديدة للمطالبة بوقف حالة الطوارئ، استناداً إلى التعديلات الدستورية التي تمت في مارس 2011 تستوجب استفتاء الشعب في حالة مد حالة الطوارئ، إلا أن المجلس العسكري الحاكم-آنذاك- قرر تمديد العمل بالطوارئ حتى قبل يوم واحد من ذكرى الثورة بدءاً من 25 يناير 2012، حيث أعلن المجلس العسكري عن إيقاف العمل به نهائياً يوم 32 يناير 2012. وفي أغسطس 2013 خلال المرحلة الانتقالية التالية لـ 3 يوليو الذي حدث بعد قيام مظاهرات 30 يونيو، قام الرئيس المؤقت عدلي منصور بإعادة العمل بقانون الطوارئ وفرض حالة الطوارئ بدءاً من الساعة الرابعة عصر يوم الأربعاء الموافق 14 أغسطس ولمدة شهر من تاريخه وذلك عقب قيام وزارة الداخلية بفض اعتصامي رابعة العدوية والنهضة².

الفرع الثاني: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في النظام الانجلوسكسوني

يذهب النظام الأنجلوسكسوني نقيض النظام اللاتيني جرمانى في اعتبار نظرية الضرورة مجرد نظرية سياسية أو واقعية وليست نظرية قانونية، على أن السلطات الاستثنائية لا تمنح سلفاً وإنما كل ظرف يقدر بقدره، مع بعض الاختلاف عما هو سائد في الولايات المتحدة الأمريكية.

البند الأول: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في إنجلترا

نظام التشريع المعاصر للطوارئ يعني عدم وجود تشريع سابق معد سلفاً لتنظيم حالة الطوارئ على وجه الدقة كما هو الحال في فرنسا، وإنما تلجأ السلطة التنفيذية كلما دعت الظروف إلى البرلمان لاستصدار تشريع يمنحها سلطات استثنائية لمواجهة هذه الظروف.

¹ محمود أبو السعود حبيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1990، ص. 281.

² محمد فوزي نويجي، المرجع السابق، ص. 251.

ورغم وجود تشريع ينظم حالة الطوارئ في بريطانيا وذلك بالقانون الصادر في 31 مارس 1920¹ والمعدل في عام 1964 والذي يعرف باسم Emergency powers Act إلا أن هذا القانون لا ينظم سوى طريقة وأسباب إعلان حالة الطوارئ وكيفية إنهائها، واختصاصات قضاء الطوارئ، أما الاختصاصات الاستثنائية التي يجوز لسلطة الطوارئ اتخاذها لم يتطرق القانون إلى تحديدها بصورة مسبقة وإنما ترك ذلك لظروف الحالة، لذلك فإن تنظيم حالة الطوارئ في بريطانيا لا يتم عن طريق تشريع معد سلفاً مثل قانون الأحكام العرفية أو حالة الاستعجال الفرنسي، ولكنه يخول السلطة التنفيذية عندما تتحقق الظروف التي تدعو إلى إعلان حالة الطوارئ كما نظمها قانون الطوارئ، إلى أن تتخذ تدابير تأخذ قوة التشريع بعد مصادقة البرلمان عليها².

فالأسلوب البريطاني المتبع فيما يتعلق بحالة الطوارئ لا يعرف مسبقاً سوى حالات إعلان حالة الطوارئ ولا نجد التشريع الذي سوف يكون قابلاً للتطبيق فيما بعد، لذلك فإن هناك اختلاف في الطريقة الانجليزية عن الطريقة الفرنسية من حيث الغياب الإجرائي في القانون الانجليزي وكذلك من حيث الأسلوب السياسي، فيكفي في بريطانيا أن يمارس البرلمان حق الرقابة على استخدام السلطات التي يذكرها إعلان حالة الطوارئ دون أن يكون هناك حاجة ماسة إلى حصر تلك السلطات، فالنظام الفرنسي يختلف عن البريطاني في أنه يطرح ثلاث عمليات،:

الأولى: دستورية أو تشريعية تعرف شرط وجود الحالة وما يترتب عليها من آثار قانونية.
والثانية: تشريعية أو تنظيمية تثبت حدوث هذه الحالة وتجزئ اتخاذ الإجراءات القانونية المرتبطة بها.
والثالثة: بإعطاء الحق بصفة عامة للحكومة بفرض إجراءات غير محددة في حالة الطوارئ نفسها³.

لذلك هذا ما يدعونا إلى تشبيه القانون المنظم لحالة الطوارئ في بريطانيا والذي وضع الإطار الذي يحدد الضوابط وشروط وكيفية إعلان حالة الطوارئ والآثار المترتبة عليها، بالتحديد الذي جاء به الدستوري الفرنسي لحالة الأحكام العرفية، والذي ترك تحديد الاختصاصات الاستثنائية والآثار المترتبة على مباشرتها للقانون المنظم لتلك الحالات والذي نظمها على وجه الدقة.

¹ Drago, L'état d'agence et les libertés publiques, R. D. P, 1955. P. 697.

² عباس العدلي، المرجع السابق، ص. 242.

³ أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997، ص. 194.

أما الاختصاصات الاستثنائية في التنظيم البريطاني فإن المشرع قد ترك تحديد هذه الاختصاصات لظروف الحال والذي تضيق وتتسع تبعاً لتلك الظروف والتي تتخذها السلطة القائمة على حالة الطوارئ وتؤيد من السلطة التشريعية¹.

البند الثاني: التنظيم القانوني لحالة الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية

نظام التشريع للطوارئ والمطبق في الولايات المتحدة الأمريكية هو تنظيم تشريعي للطوارئ يجمع بين النظام الانجليزي والنظام الفرنسي، حيث يتضمن هذا التنظيم تشريعات تحدد مسبقاً الاختصاصات الاستثنائية التي يحددها القانون مقدماً كما هو الحال في النظام الفرنسي، وبين الاختصاصات الاستثنائية التي تتخذ وفقاً لظروف الحالة كما هو الحال في النظام الانجليزي.

فالدستور الأمريكي الصادر عام 1787 جاء بتنظيم جزئي لبعض شروط وأوضاع حالة الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية²، حيث أوجد هناك اختصاصات استثنائية لسلطة الطوارئ والمسماة War powers أي سلطة الحرب والتي تنظمها التشريعات المعدة خصيصاً من قبل للتطبيق في حالة الطوارئ، واختصاصات استثنائية لحالة الطوارئ المسماة Statutory war powers التي تقررها التشريعات الاستثنائية المعاصرة لحالة الطوارئ تكملة لما تظهره الأحداث من أوجه نقص في الاختصاصات التي تنظمها التشريعات العادية، وعليه نتناول بشيء من التفصيل وفق الحالتين المذكورتين:

¹ اتبعت كثير من الدول إنجلترا في الأخذ بنظام التشريعات المعاصرة للطوارئ ومنها على سبيل المثال: البرتغال حيث ينص دستورها الصادر في 21 مارس 1911 والماد 6 من دستورها الصادر عام 1933 في مادته 61 وتعديلاتها في 17 سبتمبر 1945 على ذلك.

-الصين الشعبية حيث ينص دستورها الصادر في 2 سبتمبر 1954 في المادة 31 فقرة 18، 33، 40 على ذلك، وكذلك دستور بولندا في المادة 9 من الدستور الصادر في 19 فبراير 1947 حيث تنص تلك المواد على الأخذ بنظام التشريع السابق للطوارئ.

-وكذلك رومانيا في المادة 44 فقرة 12 من دستورها الصادر في أبريل 1948. ذكره: زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، 1966، ص.ص. 132-140.

² عباس العدلي، المرجع السابق، ص. 247.

أولاً-التشريعات المعدة قبل قيام حالة الطوارئ:

هناك تشريعات عديدة¹ تحدد مسبقاً الاختصاصات الاستثنائية التي يجوز اتخاذها لمواجهة حالة الطوارئ نذكر منها على سبيل المثال التشريعات الآتية:

- القانون رقم 322 الصادر في 10/06/1956- والذي حل محل القانون رقم 5298 الصادر في 20 يوليو 1862- الذي منح الرئيس الأمريكي حق الاتجاه إلى القوة العسكرية في حالة عدم كفاية إجراءات القوانين العادية لمواجهة وضع حركات العصيان والمؤامرات والتجمهر والتمرد على سلطان الحكومة.

- قانون الأمن الداخلي لسنة 1950 Internal security Act والذي ينص: "الرئيس الولايات المتحدة الأمريكية من قبل الكونجرس في حالة تعرض الولايات المتحدة الأمريكية أو ممتلكاتها للعدوان أو إعلان الحرب أو حصول اضطرابات داخلية فيها بفعل أعداء خارجيين، إعلان حالة الطوارئ الأمنية الداخلية، وللرئيس والنائب العام اعتقال² الأشخاص ممن يثبت أنهم اشتركوا في عمليات التخريب والتجسس ضد حكومة الولايات المتحدة الأمريكية ويبقى هؤلاء رهن الاعتقال حتى انتهاء حالة الطوارئ المعلنة ما لم يفرج عنهم بقرار من النائب العام أو بحكم قضائي".

وتعتبر التشريعات التي تحدد مسبقاً الاختصاصات الاستثنائية عند إعلان حالة الطوارئ بتوافر أسباب إعلانها³ تشريعات ثابتة لا تغير إلا بصدر قانون يغير أو يعدل من تلك الاختصاصات، حيث يستطيع الرئيس الأمريكي استخدام تلك السلطات عند إعلان حالة الطوارئ بتوافر أسبابها، وهذا ما حدث عندما أعلن الرئيس الأمريكي جورج ديبيلو بوش حالة الطوارئ على جميع أنحاء الولايات المتحدة الأمريكية عقب أحداث 11 ديسمبر 2001.

¹ ومن هذه القوانين قانون تافت هارتلي 1947، وقانون الطاقة النووية لسنة 1946، وقانون الكوارث العامة لسنة 1950، وقانون الإعانة 1950، وقانون الإعانة خلال الكوارث 1950، قانون الإنتاج الدفاعي 1950، قانون الأطفمة 1961، قانون تنظيم الموارد المالية 1975، قانون التسهيلات الاجتماعية 1970 قانون تشغيل العاطلين عن العمل 1971.

² عباس العدلي، المرجع نفسه، ص.253.

³ إذا كان الدستور الأمريكي قد حدد أسباب إعلان حالة الطوارئ في حالات الغزو والاضطرابات والعصيان أو إذا نشبت حرب أهلية أو أجنبية بشرط تعرض أمن الوطن وسلامته للخطر، إلا أن الواقع العملي يؤكد لجوء المشرع الأمريكي إلى عدم التقييد بهذه المبررات.

ثانياً - التشريعات المتخذة بعد قيام حالة الطوارئ:

تتنوع التشريعات المعاصرة لحالة الطوارئ حسب الطريقة التي تصدر بها، وإن اتفقت في أنها تصدر في وقت معاصر لحالة الطوارئ لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تحدث فجأة وتعجز القوانين العادية على مواجهتها، وتمنح سلطة الطوارئ اختصاصات استثنائية لمواجهة هذه الظروف، فقد تصدر هذه التشريعات من الكونجرس في وقت معاصر لقيام حالة الطوارئ حينما يقدر الكونجرس أن الظروف تستدعي تزويد سلطة الطوارئ باختصاصات استثنائية مؤقتة لتواجه الظروف المحيطة بالأمة والتي تستدعي إصدار مثل هذه التشريعات المؤقتة، ومثالها قانون سلطات الحرب الأول في 18 ديسمبر 1941، وقانون سلطات الحرب الثاني الصادر في 27 مارس 1942¹، واللذان منحا الرئيس الأمريكي روزفلت سلطات استثنائية واسعة تساعد السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف الاستثنائية ومقتضياتها².

وقد تصدر هذه التشريعات من الكونجرس بناء على طلب الحكومة لتزود باختصاصات استثنائية لمواجهة الظروف الاستثنائية³، ومن أمثلة هذه التشريعات قانون الإعارة والتأجير لسنة 1941 والذي فوض بموجبه الكونجرس الرئيس روزفلت باتخاذ إجراءات استثنائية في مجال بيع ورهن وتأجير الأراضي والممتلكات ومساعدة البلدان الحليفة التي يكون الدفاع عنها ضرورياً لأمن الولايات المتحدة، وكذلك ما استصدرته حكومة الرئيس روزفلت من قانون أصدره الكونجرس ويسمى بقانون الأسبقيات، 1942 والذي فوض بموجبه الرئيس باتخاذ الإجراءات والتدابير الضرورية لتوجيه إنتاج المصانع لإمداد القوات المسلحة، وكذلك ما استصدرته حكومة الرئيس ترومان من الكونجرس بالقانون

¹ وقد أصدر الكونجرس خلال الحرب العالمية الأولى قانون الدفاع القومي في سنة 1916 وتعديلاته في 2 يوليو 1917، إلا أن هذين القانونين لم يمنحا الرئيس الأمريكي تفويض واسع مثل قانون الحرب الأول وقانون الحرب الثاني الصادر عام 1941، 1942، حيث فوض الكونجرس للرئيس الأمريكي في هذا الصدد فرصة الرقابة على السفن والمواصلات اللاسلكية وتنظيم النقل المائي والبري وتركيز توزيع اختصاصات الإدارات الحكومية بين يديه والاستيلاء على الموارد الحربية والمصانع المنتجة لها ومصادرة الموارد الأولية المستخدمة في الإنتاج الحربي، أشار إليه: زكريا محمد محفوظ، المرجع السابق، ص 149.

² هذا وقد حدد الكونجرس في القانونين تاريخ معين لانتهاء العمل بهذين القانونين ما لم يمد العمل بهما من قبل الكونجرس، لمزيد من التفاصيل حول هذين التشريعيين ذكرهما: عباس العدلي، المرجع السابق، ص. 255 وما بعدها.

³ أشار إليهما: عباس العدلي، المرجع السابق، ص.ص. 255-259.

الصادر في 4 ابريل سنة 1952 بتفويض الرئيس ترومان باتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة متطلبات الحرب الكورية¹.

لذلك إذا كانت تنظيم حالة الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية² يجمع بين التشريعات التي تحدد مسبقا الاختصاصات الاستثنائية التي يجوز لسلطة الطوارئ اتخاذها، وبين التشريعات التي تمنح اختصاصات استثنائية لسلطة الطوارئ تضيق وتتسع حسب ظروف الحالة، فهناك تشريعات تصدر معاصرة لحالة الطوارئ إلا أنها تصدر لاحقه لتدابير اتخذتها سلطة الطوارئ متجاوزين فيها حدود اختصاصاتهم الدستورية والقانونية لتضفي على هذه التصرفات صفة المشروعية، حيث تعتبر هذه التدابير كأنها صدرت ونفذت استنادا إلى تفويض سابق بالاختصاصات صادر عن الكونجرس. ومن أهم هذه التشريعات ما أصدره الكونجرس بتاريخ 1861 والذي يضيف على أوامر الرئيس لنكولن والتي اتخذها لمواجهة الحرب الأهلية صفة المشروعية، وكذلك التشريع الصادر بتاريخ 16 أغسطس 1941 والذي يقضي بمشروعية أمر الرئيس روزفلت الصادر بتاريخ 9 يونيو 1941 بالاستيلاء على معامل إنتاج الطائرات في ولاية لوس أنجلوس بعد نشوب اضطرابات واسعة بين صفوف عمالها.³

الفرع الثالث: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وفق القانون الجزائري

من خلال فحص شكلي لأول دستور في الجزائر الصادر في 1963، نلاحظ أن المشرع قام بدمج كل السلطات الاستثنائية في نوع واحد من السلطات، بينما تم تجزئة هذه الحالات في الدساتير اللاحقة (1976-1989-1996-تعديل2016).

البند الأول: حالة الطوارئ والحصار في القانون الجزائري

بالرجوع إلى التنظيم القانوني التاريخي لحالة الطوارئ في مختلف دساتير الجزائر، نجدها وردت في ظل الاحتلال الفرنسي، بموجب القانون المؤرخ في 03 أبريل 1955 المعدل بقانون 07 أوت 1955 وبأمر 15 جانفي 1960، وهذا القانون جاء يضيف حالة أخرى وهي حالة الحصار⁴.

¹ من الدول التي تأخذ بنظام التشريعات المختلطة للطوارئ: اريتريا حيث ينص دستورها الصادر في 10 يوليو 1952 المعدل في 23 ماي سنة 1997، في المواد 27 و 42 خاصة الفقرة 2 و 3، باكستان حيث ينص دستورها الصادر في 1973 المعدل والمتمم 2012. طبقا للمواد 232-237 .

² يراجع في ذلك: زكريا محمد محفوظ، المرجع السابق، ص.148.

³ عباس العدلي، المرجع نفسه، ص.257.

⁴ رباحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2004.2005، ص.10.

نجد أن أول دستور جزائري 1963 لم ينص صراحة على حالتي الطوارئ والحصار، أما دستور 22 نوفمبر 1976 نص في مادته 119 على ما يلي: "في حالة الضرورة الملحة يقرر رئيس الجمهورية في اجتماع لهيئات الحزب العليا و الحكومة، حالة الطوارئ، أو الحصار، ويتخذ كل الإجراءات اللازمة لاستتباب الوضع".

وما يلاحظ هنا أن المؤسس الدستوري قد نص صراحة لإمكانية رئيس الجمهورية بأن يعلن حالة الطوارئ أو حالة الحصار، عكس دستور 1963، إلا أنه لم يبين الشروط الواجب اتخاذها في إعلان إحدى الحالتين تاركا السلطة التقديرية في يد رئيس الجمهورية شرط أن تكون هناك ضرورة ملحة.¹

في حين أعاد دستور 1989 النص على هذه الحالات عبر المواد 86 إلى 89² منه مع بعض الإضافات في شروط الإعلان عنها، و أحتفظ دستور سنة 1996 بنفس الحالات من خلال مواده، من 91 إلى 96³ مع إضافة المادة 92 التي تنص على ضرورة تنظيم أحكام حالتي الحصار والطوارئ بموجب قانون عضوي، وهي الحالات التي تم إعادة تنظيمها في التعديل الدستوري لسنة 2016 من خلال المواد من 105 إلى 111.

وعليه لا يمكن أن تخرج الظروف الاستثنائية عن حالة الطوارئ أو الحصار أو الحالة الاستثنائية أو حالة الحرب⁴. حيث نلاحظ أن المؤسس الدستوري الجزائري قد جمع بين حالة الطوارئ و حالة الحصار، و ربطها بحالة الضرورة الملحة دون التمييز بينهما. وتكمن شروط تقرير حالتي الحصار و الطوارئ وفقا للمادة 105 من الدستور من التعديل الدستوري 2016.

أولا- الشروط الموضوعية على إعلان حالتي الطوارئ و الحصار في الجزائر:

1- شرط الضرورة الملحة: التي تتجسد في الخطر الذي يهدد سلامة الأشخاص والممتلكات، و التي ترجع لتقدير رئيس الجمهورية بوصفه حام الدستور، فيقرر إما حالة الطوارئ أو الحصار.

¹ سديرة محمد علي، الحالات الاستثنائية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014، ص.14.

² دستور الجزائر سنة 1989.

³ دستور الجزائر لسنة 1996.

⁴ بركايل راضية، الظروف الاستثنائية وآثارها على الحقوق والحريات العامة، مجلة آفاق للدراسات القانونية المقارنة، جامعة سعيدة، الجزائر، نوفمبر 2016، العدد 01، ص.ص.36،37.

2-تحديد المدة: للرئيس السلطة التقديرية في تحديد المدة الكافية للإحاطة بكافة الظروف و التي تهدد أمن و سلامة الدولة، فهو ملزم بتحديددها في قرار إعلان حالة طوارئ أو الحصار.

من خلال ما سبق يتضح لنا أن القيود الموضوعية جاءت في إطار واسع يسوده العموم والغموض، حيث لم تحدد المادة 105¹ الإطار العام لـ "الضرورة الملحة" و المدة المعينة التي لا يجوز للرئيس تجاوزها، حيث عرفت الجزائر عدة خروقات دستورية فيما يخص شروط إعلان حالتها الحصار والطوارئ و تمديدها، في حين أن المجلس الدستوري الجزائري لا يملك أدنى صلاحيات لحماية الدستور في ظل هذه الظروف الاستثنائية.²

ثانيا- الشروط الشكلية على إعلان حالتها الطوارئ و الحصار في الجزائر:

إن استشارة الشخصيات الرسمية المذكورة في المادة 105 من التعديل الدستوري 2016 شرط إلزامي يجب احترامه قبل إقرار حالة الطوارئ، و تتمثل هذه الهيئات وفق الترتيب الوارد في المادة 105 فيما يلي: اجتماع المجلس الأعلى للأمن، استشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني³، و الوزير الأول، ورئيس المجلس الدستوري.

البند الثاني: الحالة الاستثنائية وحالة الحرب في القانون الجزائري

يضاف إلى حالتها الطوارئ وحالة الحصار، حالتين غير عاديتين وأكثر خطورة على حد تعبير المؤسس الدستوري الجزائري، ألا وهي الحالة الاستثنائية و حالة الحرب بحيث تستدعي هذه الأخيرة وقف العمل بالدستور.

أولاً- الحالة الاستثنائية:

لقد وردت الصياغة القانونية للحالة الاستثنائية في المادة 59 من أول دستور جزائري صادر في سنة 1963 بحيث جاء كما يلي: " في حالة الخطر وشيك الوقوع، يمكن لرئيس الجمهورية اتخاذ إجراءات استثنائية، قصد حماية استقلال الأمة ومؤسسات الجمهورية و يجتمع المجلس الوطني بكامل

¹ المادة 105 من التعديل الدستوري الجزائري 2016.

² موساوي فاطمة، الرقابة على السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية في الأنظمة القانونية الجزائرية و الفرنسية والمصرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2016/2017، ص.ص، 51-53.

³ تم إضافة استشار رئيس المجلس الشعبي الوطني وفق التعديل الدستوري 2016، في حين اقتضت الاستشارة على رئيس مجلس الأمة سنة 1996.

أعضائه" أما المادة 120 من دستور 1976 فقد نصت على ما يلي: "إذا كانت البلاد مهددة بخطر وشيك الوقوع على مؤسساتها أو على استقلالها، أو على سلامة ترابها، يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية".

وبالرجوع للمادة 87 من دستور 1989 فإن صياغة الحالة الاستثنائية وردت كما يلي: "يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم، يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية واستقلالها أو سلامة ترابها"، وهو نفس مضمون المادة 93 من دستور 1996، وكذلك نفس الصياغة وردت في التعديل الدستوري لسنة 2016.¹

إذن فالتنظيم القانوني للحالة الاستثنائية ورد في المواد المذكورة سابقا، في مختلف دساتير الجزائر منذ الاستقلال إلى سنة 2016، وما يلفت الانتباه حول ما تضمنته هذه المواد، أنها تعطي لرئيس الجمهورية صلاحيات هامة، بحيث تمكن الرئيس من سلطات شبه مطلقة وواسعة، وهذا بمجرد وجود خطر وشيك، حتى ولو لم يقع بالفعل.

إن التمكن من شرح مفهوم الخطر الداهم يتم عبر التطرق لشروط إقرار رئيس الجمهورية للحالة الاستثنائية، بحيث أن الدستور ألزم الرئيس بإتباع إجراءات معينة، قبل إعلان الحالة الاستثنائية، التي لا يمكن اللجوء إليها قبل توافر شروط إعلانها، وإلا اعتبرت هذه الحالة استخدام غير عقلاني للسلطة.²

1- الشروط الشكلية: نصت المادة 107 من التعديل الدستوري 2016³ على إلزامية استشارة الهيئات الآتي ذكرها بالترتيب، "رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء." و الملاحظ هنا أن استشارة رئيس مجلس الأمة قدمت على استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني، والذي من المفروض أنه يمثل إرادة الشعب صاحب السلطة الفعلية، وتم أيضا استدراك الأمر في الشخصية المنوطة بالاستشارة في المجلس الدستوري وتحديدها في رئيسه، وهذا خلافا للمادة 93 من دستور 1996.

¹ الدستور الجزائري لسنة 1963، 1976، 1989، 1996، تعديل 2016.

² رباحي مصطفى، المرجع السابق، ص.40.

³ الدستور الجزائري 2016.

إلا أن الإشكال المطروح هنا هل الاستشارة هي استشارة كتابية أم شفوية؟ وهل هذه الاستشارة هي استشارة ملزمة لرئيس الجمهورية؟

فيما يخص التساؤل الأول نقول أنه يمكن أن تتخذ هذه الاستشارة في أي شكل سواء كان كتابيا أو شفويا مادام أن المادة 107 لم تحدد ذلك ومادام أن السلطة في يد رئيس الجمهورية، أما فيما يخص إلزامية الاستشارة فإن السلطة التقديرية كاملة لرئيس الجمهورية في الأخذ أو عدم الأخذ بآراء هذه الهيئات، إلا أن إجراء الاستشارة هو قيد شكلي وجب على رئيس الجمهورية التقيد به وإلا أصبح عمله غير مشروع، والحكمة من الاستشارة هي تمكين رئيس الجمهورية الأخذ بالقرار الصائب من خلال إعطائه صورة دقيقة حول الوضع القائم، وبالتالي اتخاذ أحسن التدابير التي من شأنها إعادة الحالة إلى ما كانت عليها¹.

2- الشروط الموضوعية: وتتخلص في الخطر الداهم، وتهديد الخطر للمؤسسات الدستورية أو استقلال البلاد أو سلامة ترابها، ويبقى لرئيس الجمهورية له سلطة تقديرية في تكييف هذه الحالات. وتعود أهم مبرراتها في أن الحالة الاستثنائية من اختصاصات السيادة المخولة دستوريا للسلطة التنفيذية، وعلى رأسها رئيس الجمهورية².

ثانيا- حالة الحرب:

تم التطرق لحالة الحرب ضمن المواد 109-110-111 من القانون 16-01³ المتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016، إذ تنص المادة 109 على أنه: " إذا وقع عدوان فعلي على البلاد أو يوشك أن يقع حسبما نصت عليه الترتيبات الملائمة لميثاق الأمم المتحدة، يعلن رئيس الجمهورية الحرب بعد اجتماع مجلس الوزراء والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس مجلس الأمة و رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس المجلس الدستوري، ويجتمع البرلمان وجوبا، ويوجه رئيس الجمهورية خطابا للأمة يعلمها بذلك".

¹ سيدرة محمد علي، المرجع السابق، ص.35.

² مسعود شيهوب، المسؤولية عن المخاطر وتطبيقاتها في القانون الإداري، دراسة مقارنة، د م ج، الجزائر، 2000، ص.ص.38،39.

³ تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

1-الشروط الموضوعية: و تتمثل في وقوع العدوان أو كونه على وشك أن يقع بحيث لا يبق أي مجال للشك، وذلك من خلال التحضير العسكري أي تحضير جيوش العدو و حشدها على الحدود و البدء في اختراق إقليم الدولة، بالإضافة إلى الدعاية الإعلامية المغرضة عبر مختلف قنوات الاتصال مما لا يدع الشك في قيام العدوان أو قرب وقوعه.¹

2- الشروط الشكلية: حسب نص المادة 109²، بعد اجتماع مجلس الوزراء، والاستماع إلى مجلس الأعلى للأمن، واستشارة رئيس مجلس الأمة، ورئيس المجلس الشعبي الوطني، ورئيس المجلس الدستوري، واجتماع البرلمان وجوبا، وتوجيه خطاب للأمة يعلمها بقيام الحرب. ومما يجدر الإشارة إليه أن المؤسس الدستوري الجزائري لم ينص في دستور 1989 و دستور 1996 على وجوب استشارة المجلس الدستوري قبل إعلان حالتي التعبئة والحرب³.

تعتبر هذه الحالة أكثر وضوحا من حيث أسباب إعلانها مقارنة بالحالات الأخرى، كما تعتبر أشد حسما من الحالة الاستثنائية، فلا يكفي فيها أن تكون البلاد و مؤسساتها مهددة بخطر داهم، وإنما يشترط أن يكون العدوان قد وقع فعليا على البلاد أو على وشك الوقوع عليها، و ترجع السلطة التقديرية لرئيس الجمهورية لاعتبار أن حالة معينة ما تعتبر بمثابة اعتداء وشيك الوقوع على البلاد.

و نظرا لآثار الخطيرة المترتبة عن أعمال هذه الحالة من وقف العمل بالدستور مدة الحرب وتقييد للحريات الفردية و الجماعية للأفراد، فإنه يقتضي على رئيس الجمهورية توجيه خطاب للأمة يعلمها فيه بالإجراءات المتخذة من قبله، وطبقا للمادة 110 من الدستور فإنه في حالة استقالة رئيس الجمهورية أو وفاته أو حدوث أي مانع آخر له، يخول رئيس مجلس الأمة باعتباره رئيسا للدولة، كل الصلاحيات التي تستوجبها حالة الحرب، حسب الشروط نفسها التي تسري على رئيس الجمهورية، وفي حالة اقتران شغور رئاسة جمهورية ورئاسة مجلس الأمة، يتولى رئيس المجلس الدستوري وظائف رئيس الدولة حسب الشروط المبينة سابقا⁴.

¹ موساوي فاطمة، المرجع السابق، ص.67.

² المادة 109 من تعديل الدستور الجزائري لسنة 2016.

³ المادة 94 و المادة 95 من الدستور الجزائري لسنة 1996.

⁴ بركايل رضية، المرجع السابق، ص.40.

ثالثاً - حالة التعبئة العامة:

أما فيما يخص حالة التعبئة العامة المنصوص عليها في المادة 108 من دستور 2016، فهي تعتبر حالة سابقة ومتقدمة على إعلان حالة الحرب، إلا أن المؤسس الدستوري لم يبين الغرض من إقرار التعبئة العامة، الأمر الذي يسمح باستنتاج أن قرار التعبئة العامة يعد بمثابة إقرار من المؤسس الدستوري بواجب رئيس الجمهورية في الاستعداد والتحضير المسبق لحالة الحرب، وذلك من خلال رصد كل الإمكانيات الوطنية العامة والخاصة التي من شأنها أن تضع الأمة في حالة استنفار¹.

المبحث الثاني: مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية

عجز الأساس العام للمسؤولية المبنية على الخطأ وعدم مجاراته لكثير من الحالات المستجدة، نهيك عن الظرف الاستثنائي والذي هو في حد ذاته طارئ، يحتاج إلى أساس يتماشى مع هذا الظرف لا لشيء سوى مزيد من الحماية للظرف الضعيف، فكان من الضروري مساءلة السلطة بدون خطأ كنتيجة لوضع استثنائي يصعب بل يستحيل فيه إثبات الخطأ.

المطلب الأول: مسؤولية السلطة العامة دون خطأ

بعد أن نوضح المقصود بمصطلح المسؤولية بدون خطأ، نتناول دراسة خصائص ونشأة النظرية، مع التأكيد في آخر فرع من هذا المطلب على ضرورة توسيع نطاق المساءلة نتيجة توسع صلاحيات السلطة العامة في الظروف الاستثنائية.

الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية دون خطأ

يأتي هذا الفرع لتوضيح المعنى ورفع اللبس والتأكيد على ضرورة التفريق بين أساس المسؤولية بدون خطأ وصورها.

¹ موساوي فاطمة، المرجع السابق، ص.ص. 65، 66.

البند الأول: معنى المسؤولية دون خطأ

مسؤولية الإدارة دون خطأ هي عموماً تلك المسؤولية التي تقوم على ركنين فقط هما الضرر والعلاقة السببية دون اشتراط الخطأ فيها، لذلك فهي تقف بجانب الأصل العام في المسؤولية الإدارية التي تبني على أساس الخطأ¹.

ومسؤولية الإدارة دون خطأ قضائية النشأة، فالقضاء الإداري الفرنسي منه تحديداً يضع لكل حالة حلاً، دون الالتزام بمنهج أو معيار محدد في هذا الشأن، ولذلك فإنه من الصعوبة بمكان الإحاطة بمجال هذه المسؤولية وبيان حدودها²، وفي ذلك يذهب جانب من الفقه³ إلى القول: (إن موضوع مسؤولية الإدارة دون خطأ مرتكب من قبل موظفيها موضوع دقيق، ولم يستقر القضاء الإداري الفرنسي فيه على مبادئ ثابتة، فهو نظام في طريقه إلى التطور والنمو، وهذا يفسر اختلاف النظريات الفقهية بصده).

البند الثاني: التفرقة بين مصطلح المسؤولية دون خطأ وصوره الأخرى

قد شاع استخدام مصطلح (مسؤولية المخاطر) للدلالة على مسؤولية الإدارة دون خطأ، وفي الحقيقة فإن هذا المصطلح تعوزه الدقة، فهذه التسمية أخذت من التطبيقات الأولى لمسؤولية الإدارة دون خطأ، وهي المخاطر⁴، فإن كانت تصلح تسمية لهذا النوع من المسؤولية، فإنها بمرور الزمن وبظهور صور أخرى للمسؤولية دون خطأ، أي عندما تجاوز الحال مرحلة الخطأ أو الخطر، فإن هذه التسمية أصبحت غير دقيقة ولا تمثل إلا وجهاً واحداً لمسؤولية الإدارة دون خطأ، ذلك أن مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة أصبح صورة أخرى لمسؤولية الإدارة دون خطأ، لذلك فإن تسمية (مسؤولية الإدارة دون خطأ)، هي الأصح لأنه يندرج تحتها الأساس الأول (المخاطر)، والثاني (المساواة أمام الأعباء العامة)، والأسس التي من الممكن أن تبرز في المستقبل، ولم يرد تعريفاً محدداً لمسؤولية الإدارة دون خطأ إنما تم الاكتفاء ببيان صور هذا النوع من المسؤولية، وبيان خصائصها

¹ محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء، دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء، القاهرة، د ت ن، ص.160.

² أحمد عبد العزيز سعيد الشيباني، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2005، ص.164.

³ سعاد الشراوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، مصر، 1973، ص.176.

⁴ ماجد راغب الطلو، المرجع السابق، ص.527.

وشروطها، وإن أردنا أن نُعرف مسؤولية الإدارة دون خطأ نقول أنها: (التزام الإدارة بتعويض ضرر خاص واستثنائي، أحدثه عملها المشروع بالغير)، فمن شروط الضرر في مجال المسؤولية دون خطأ أن يكون خاصا واستثنائيا، ذلك أن الأصل العام في المسؤولية هو الخطأ، ولم نذكر صفة (النهائية) هنا، لأن الإدارة دون غيرها هي من يتحمل تعويض الضرر وبشكل نهائي، وقولنا (عملها المشروع) يشتمل على أعمالها كافة، سواء القانونية منها أم المادية المشروعة.

الفرع الثاني: النشأة وخصائص المسؤولية السلطة العامة دون خطأ

لمسؤولية الإدارة دون خطأ عدة خصائص تميزها عن غيرها، لأنها تقف إلى جنب الأصل العام في المسؤولية على أساس الخطأ، حيث نتطرق أولا لنشأة هذه النظرية ثم خصائصها وفق الآتي:

البند الأول: نشأة نظرية مسؤولية الإدارة دون خطأ

يقرر بعض الفقهاء بأن نظرية تحمل التبعة أو المخاطر تعتبر بحق امتداد واستمرار لتطور فكرة الخطأ ذاتها، فبعد أن أخذت فكرة الخطأ تضعف شيئا فشيئا حتى كادت تختفي في بعض الحالات، فقد تطورت فكرة الخطأ الشخصي المستوجب للمسؤولية و العقاب إلى فكرة الخطأ المجهول في بعض الأحوال، ثم نشأت و ظهرت عند هذه النقطة نظرية المخاطر أو تحمل التبعة، وهي نظرية فقهية صرفة في نشأتها و تطورها في نطاق القانون الخاص، فالقضاء العادي الذي سار مع الفقه في مجال تطور الخطأ قد وقف هذا القضاء عند الخطأ المفترض، لم يساير الفقه في تطور أساس المسؤولية التقصيرية إلى نهاية المشوار؛ فقد رفض هذا القضاء تطبيق نظرية الفقه تحمل التبعة أو المخاطر و الأخذ بها في قضائه و اكتفى بالخطأ المفترض.¹

و منذ عام 1895 تقبل مجلس الدولة الفرنسي لأول مرة إمكانية قيام مسؤولية الإدارة بدون خطأ أو على أساس المخاطر، ووجد مجلس الدولة الفرنسي تطبيقها في قضية المدعو "كام"، حيث تتلخص وقائع هذه المنازعة بأن المدعو كام كان عاملا بمصنع حربي يتبع للدولة و تعرض لجروح ناتجة عن تطاير شظايا الحديد، مما نتج عنه ضمور في يده اليسرى و عجزه عن العمل، فتقرر منحه تعويضا من وزير الحرب إلا أن العامل "كام" قد وجد ذلك التعويض غير كافي فرفع دعواه إلى مجلس الدولة مطالبا بتعويض أكبر، علما بأن العامل لم يرتكب أي خطأ، وكذلك لا يمكن أن ينسب للدولة

¹ عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية و مقارنة، ط الرابعة، د م ج، الجزائر، 2014، ص.188.

أي خطأ، واعتماداً على خصوصية القانون الإداري في باب المسؤولية التي أكدها قرار بلانكو لعام 1873، اقترح مفوض الدولة روميو تقرير مسؤولية الدولة على أساس أنه يجب عليها ضمان عمالها ضد المخاطر الناجمة عن الأعمال التي يطلب منهم أدائها في إطار المرافق العامة¹.

البند الثاني: خصائص المسؤولية دون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية

للمسؤولية دون خطأ عدة خصائص نذكر منها ما يلي:

أولاً - مسؤولية ذات طابع تكميلي:

نظراً لعجز الأساس التقليدي للمسؤولية وهو الخطأ أمام كثير من المنازعات المعروضة أمام القضاء، فإن مجلس الدولة الفرنسي لجأ لأساس آخر تكميلي ممثلاً بمسؤولية الإدارة دون خطأ، وفق شروط وقيود تكفل مصلحة الإدارة ومصلحة الأفراد التي تتطلب إنصاف المضرور من عمل الإدارة المشروع بدواعي تحقيق العدالة².

ثانياً - مسؤولية تتعلق بالنظام العام:

القاضي بوجه عام ملزم بما يثيره أطراف النزاع من دفع أو طلبات، ولا يجوز له أن يزيد عليها أو ينتقص منها، هذا إن لم يكن ما يعرض أمامه من النظام العام، فإن كان كذلك فإن له الحق في أن يغير هذه المسؤولية وأن يفصل فيها من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم، كذلك فإن للخصوم أن يثيروا هذه المسؤولية ويتمسكوا بها في أي مرحلة من مراحل الدعوى³.

ثالثاً - مسؤولية ذات طابع موضوعي:

وهذا ما يفهم من خلال المقارنة بين المسؤولية المبنية على أساس الخطأ والمسؤولية دون خطأ، فالأولى يغلب عليها الطابع الشخصي، ذلك إن البحث يكمن في انحراف سلوك الشخص عما

¹ محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ (دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمان، الأردن، 2016، العدد 01، المجلد 43، ص. 292.

² مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط الثالثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1966، ص. 916.

أشار إليه كذلك: محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. 263.

³ زياد خالد يوسف المبرجي، المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطبية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2007، ص. 109.

هو مألوف، فالمسؤولية هنا تؤدي وظيفة الجزاء من سلوك محظور وغير مرضي، أما النوع الثاني (دون خطأ) فإنه يبحث في أمر خارج نطاق السلوك الشخصي، أي فيما يترتب على هذا السلوك من أثر، فليس الغاية من ذلك أي تقييم للفعل الضار، إنما الهدف تعويض مالي بحت، أخذاً بالاعتبار حصول الضرر من عدمه وحجم هذا الضرر، فالأخير هو مدار البحث في مسؤولية الإدارة دون خطأ¹.

رابعاً - مسؤولية تبني على أسس خاصة:

فمسؤولية الإدارة دون خطأ تبني على أسس خاصة لا يعد الخطأ من بينها، ومن هذه الأسس فكرة المخاطر، إذ يظهر هذا الأساس في أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أقامت المسؤولية لأول مرة على هذا الأساس ولذلك سميت بمسؤولية المخاطر بالقياس إلى هذا الأساس الذي تبني عليه، كما أن المساواة أمام التكاليف العامة يعد أساساً آخرًا تبني عليه هذه المسؤولية، فمن يصيبه ضرر جراء عمل الإدارة المشروع فإن على الإدارة جبر ذلك الضرر متى ما كان هذا الضرر خاصاً، وذلك استناداً إلى مبدأ المساواة بين عموم أفراد المجتمع.²

خامساً - عبء الإثبات فيها أيسر من الخطأ:

في هذا النوع من المسؤولية يقع على المضرور إثبات الضرر الحاصل جراء عمل الإدارة المشروع وهذا أيسر بطبيعة الحال من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ التي يكلف المضرور بإثبات خطأ الإدارة، وهذا ما يجعله أمراً مرهقاً إن لم يكن في أحيان معينة مستحيلاً هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن الإدارة لا تستطيع أن تتخلص من المسؤولية، إلا إذا أثبتت أن سبب ذلك هو قوة قاهرة أو خطأ المضرور، أما فيما يخص الأسباب الأخرى لدفع المسؤولية كخطأ الغير، والحادث الفجائي، فلا تبرأ ذمة الإدارة من المسؤولية³.

¹ محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004 ص.72.

² محمد أنور حمادة، المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 62.

³ أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2015، ص.73.

سادسا - مسؤولية تتطلب شروط خاصة للضرر:

الضرر الذي تقوم به المسؤولية دون الخطأ، يشترط فيه أن يكون خاصا وجسيما أو استثنائيا، وخصوصية الضرر تعني أن يصيب فردا محددا بذاته أو أفرادا معينين بذواتهم، كما أن هذا الضرر لا بد أن يكون استثنائيا، أي على درجة معينة من الجسامه، فضلا عن الشرطين السابقين فإن ما ينطبق من شروط أخرى على مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ يسري في ميدان المسؤولية دون خطأ، عدا ما يتعلق باشتراط توافر الخطأ من عدمه¹.

الفرع الثالث: ضرورة توسيع نطاق المساءلة نتيجة توسع صلاحيات السلطة العامة في الظروف الاستثنائية

بما أن نطاق سلطات السلطة التنفيذية يتوسع بموجب تدخلها لاسيما في الحياة المدنية بفعل حالة الضرورة الملحة، فلا بد أن تكون هناك مساءلة تواكب حجم تدخل السلطة العامة، خاصة في ظل المساس بالاختصاصات الأصلية للسلطة التشريعية والقضائية بحجة مواجهة الظروف الاستثنائية.

البند الأول: مساءلة السلطة العامة في ظل المساس بالسلطة التشريعية

ينفرد الجهاز التنفيذي خاصة رئيس الجمهورية بصلاحيات واسعة دستوريا منها ما هو مخول أصلا للسلطة التشريعية كسلطته في التشريع بموجب أوامر رئاسية، وهذا ما يدل على وجود تنازل من قبل السلطة التشريعية تحت فكرة الضرورة الملحة أو الظروف الاستثنائية، الذي يفهم من خلاله بأنها فوضت للسلطة التنفيذية حق التشريع، وهذا ما يعرف بالتفويض التشريعي، بحجة أن الضرورات الملحة تستوجب التدخل السريع الذي لا يحتمل على الإطلاق أي تأخير، تفاديا لتفاقم التوترات والاضطرابات في المجتمع والدولة بصفة عامة، حفاظا على سيادة واستقلال البلاد².

البند الثاني: مساءلة السلطة العامة في ظل المساس بالسلطة القضائية

إن لحالات الظروف الاستثنائية آثار جد بالغة على السلطة القضائية، بصفة عامة نظرا لما ينتج عنها من جرائم متعددة والتي يمكن من خلال البعض منها المساس بالحريات العامة (الفردية

¹ عبد الغني بسيوني عبد الله، القضاء الإداري اللبناني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2001، ص.ص. 763،762.

² سحنين أحمد، الحريات العامة في ظل الظروف الاستثنائية في الجزائر، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2004-2005، ص.ص. 110-114.

والجماعية) وكذا المساس بالدولة وأمنها وسلامتها وقيامها على كل الأصعدة، خاصة أنه في غالب الأوقات تظهر جرائم خطيرة يصعب تكيفها.

ومن خلال ذلك فإن الظروف الاستثنائية بالنسبة لوجهة نظر القضاء تتطلب نظاماً قضائياً استثنائياً، ومثال ذلك ما حدث في العشرية السوداء في الجزائر بإنشاء محاكم خاصة مهمتها الأساسية محاكمة الأفراد والجماعات المتسببة في خراب البلد أثناء حالة الطوارئ، وعليه المساس بالسلطة القضائية في ظل الظروف الاستثنائية يؤدي إلى تقييد الحريات والحقوق، حيث ينعدم حق الدفاع الذي يعتبر من المبادئ الأساسية في القضاء وكذا الضمانات المعمول بها في القانون العام لاسيما أثناء مرحلة التحقيق إلى غاية الإيداع، وضمان محاكمة عادلة¹.

المطلب الثاني: أركان مساءلة السلطة العامة بدون الخطأ في الظروف الاستثنائية

إن المسؤولية الإدارية في صورتها الأولى تتركز على ثلاثة أركان هي الخطأ والضرر، والعلاقة السببية الرابطة بينهما، وهذا ما اصطلح على تسميته بالمسؤولية الإدارية على أساس الخطأ، إلا أنه ظهرت صورة متقدمة للمسؤولية الإدارية حيث تم التخلي على ركن الخطأ، فأصبحت تعرف بالمسؤولية الإدارية دون خطأ والتي تقوم على أساسين فقط الضرر والعلاقة السببية.

الفرع الأول: شرط الضرر الموجب لمساءلة السلطة العامة

عرف الفقه الضرر بصفة عامة بتعاريف عديدة، تختلف من حيث صياغتها، لكنها تكاد تجمع على معنى واحد² حيث عرفه البعض على أنه: " كل ما يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء تعلق ذلك بسلامة جسمه أو ماله أو عاطفته أو حريته، أو شرفه أو غير ذلك"³ لذا نخلص إلى القول بأن الضرر يعتبر إخلالاً بمصلحة المضرور سواء كانت مادية أو مالية أو غير مالية حيث يشكل ركناً أساسياً من أركان المسؤولية الإدارية والمدنية على حد سواء⁴.

¹ المرجع نفسه، ص.ص. 114-120.

² محمد ريبس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007، ص.269.

³ العربي بلحاج، النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني الجزائري، د م ج، الجزائر، 1995، ص.143.

⁴ جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص.283.

والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يمكن اعتبار كل ضرر مهما كان نوعه واجب التعويض في حالات الظروف الاستثنائية، أم أن هناك ظروف تقلت من هذا الحكم وتشترط توافر شروط معينة؟

البند الأول: ركن الضرر

الثابت أن الضرر يعد أحد أهم أركان المسؤولية الإدارية دون خطأ سواء كانت الأعمال الصادرة عن السلطة العامة قانونية، مثل القرارات الإدارية أو مادية ضارة قد يحدثها الموظفون العامون أثناء ممارستهم لمهامهم باسم السلطة العامة، إلا أن هناك شروط عامة تشترك فيها كل من المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ أو المسؤولية الإدارية بدون خطأ، كما أن هناك من الشروط ما يخص فقط مسؤولية السلطة من دون ارتكابها أي خطأ.

أولاً- الشروط العامة للضرر:

للضرر القابل للتعويض شروط عامة، سواء كان هذا الضرر ترتب عن خطأ من قبل السلطة العامة أو بدون خطأ، تتمثل فيما يأتي:

1- أن يكون الضرر محققاً ومؤكداً: يشترط في الضرر الذي يعرض عنه أن يكون محققاً، أي أن يكون وقوعه ثابتاً ومؤكداً على وجه اليقين، غير أن القول باشتراط الضرر محققاً لا يعني أن يكون حالاً، بل يمكن أن يكون مستقبلاً ما دام أنه مؤكد الوقوع¹.

ويعرف الضرر المستقبلي بأنه الأذى الذي لم يقع في الحال، إلا أن وقوعه مؤكد في المستقبل، حيث يتحقق سببه غير أن آثاره تتراخى إلى المستقبل أو لأجل لاحق²، فمن أمثلة الضرر الاحتمالي منها رفض مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه التعويض لمصلحة شخص لم يكن يمارس نشاطاً مهنياً وقت إصابته من جراء حادث، معرضاً بذلك عن وجهة نظر المدعي القائلة بأن الحادث حال بينه وبين العمل الذي كان مرشحاً له³.

¹ جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص. 284.

² محمد رايس، المرجع السابق، ص. 274.

³ وهيب عياد سلامة، المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، مجلة هيئة قضايا الدولة، مصر، تشرين الأول، كانون الأول 1989. السنة 33، العدد 04، ص. 110.

أما بشأن تفويت الفرصة فقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر إلى تعويض أحد الموظفين عن تفويت فرصة ترشيحه للترقية بالاختيار¹.

2- أن يكون الضرر مباشراً: ويقصد به أن يكون الضرر نتيجة مباشرة لخطأ أو لفعل الإدارة (السلطة العامة)، بحيث يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين النشاط الخاطئ والضرر الحاصل للشخص المضرور فإذا انتفت هذه العلاقة أو كانت غير ذات تأثير مباشر في إنتاج الضرر، فإن دعوى المسؤولية تنهار من أساسها لانعدام ركن الضرر، وبعبارة أخرى فإن الضرر يكون مباشراً متى كان النشاط الخاطئ سبباً مباشراً في حدوثه، ويكون غير ذلك إذا كان الفعل الخاطئ عارضاً في إحداث الضرر².

وهذا ما أدى بمجلس الدولة الفرنسي بتعويض لصانع أحذية نتيجة أشغال في طريق عام تسببت في ضرر يفوق الأضرار العادية المطلوب تحملها من الجوار والتي أدت إلى انخفاض واردات بيعه لمدة سنتين³.

3- إخلال الضرر بمركز قانوني مشروع: حتى يكون الضرر موجب التعويض، يجب أن يخل بمركز قانوني مشروع يحميه القانون، سواء تعلق الأمر بحق من الحقوق أو بمصلحة مشروعة، بغض النظر عن نوع الحق أو المصلحة وهل هي مادية أو معنوية⁴.

فالتعدي على الحياة ضرر، وإتلاف عضو أو إحداث جرح أو إصابة الجسم أو العقل بأي أذى ضرر مادي، لأن من شأنه أن يخل بقدرة الشخص على الكسب ويحمله نفقة في العلاج⁵.

4- إمكانية تقدير الضرر نقداً: يشترط في الضرر المراد التعويض عنه أن يكون مما يمكن تقديره نقداً، وهذا الأمر لا صعوبة فيه إن كان الضرر مادياً، أما إذا كان معنوياً فالأمر مختلف، فالضرر لا يصيب الذمة المالية للمضرور كالضرر المادي إنما يمس مشاعر المضرور ووجدانه، أو يمس سمعته

¹ موسوعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، حكمتها في الطعن رقم 331، جلسة 1970/1/17 لسنة 11 ق ع.

أشار إليه: أحمد محمود أحمد الربيعي، المرجع السابق، ص.122.

² جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص.285.

³ قرار مجلس الدولة الفرنسي في 6 آذار 1970، باريس، ص.164، أشار إليه: يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، ج الثاني، مكتبة صادر، دار المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ص.490.

⁴ جابر جاد نصار، المرجع نفسه، ص.287.

⁵ عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنائية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، 1998.

أو شرفه أو اعتباره¹، لذلك فقد تدرج الحال في التعويض عن الضرر المعنوي من عدم التعويض تطبيقاً للمقولة التي ترى (إن الدموع لا تقدر بمال) "les larmes ne se monnaient pas" حتى أن وصل الحال إلى التعويض عن هذا الضرر².

ثانياً - الشروط الخاصة للضرر:

بالإضافة إلى الشروط العامة الموجبة للمساءلة هناك شروط خاصة يجب توافرها لتحميل المسؤولية للسلطة العامة وذلك بدون خطأ صادر منها وفي ظل الظروف الاستثنائية، تتمثل فيما يأتي:

1- الطبيعة الخاصة للضرر: تكمن في كونه يصيب شخصاً واحداً أو عدد محدود من الأشخاص، فإذا امتد نطاقه إلى أوسع من ذلك أصبح يشكل عبء عاماً على الجميع تحمله، ويمنع بالتالي الحق في التعويض، وعلى هذا الأساس فإن خصوصية الضرر تعتبر عنصراً هاماً إن لم نقل حاسماً في نظام المسؤولية بدون خطأ³.

يستخلص من موقف الفقه الإداري بالنسبة للطابع الخاص للضرر القابل للتعويض في المسؤولية بدون خطأ، الاعتماد على معيار العدد لتحديد الطابع الخاص لهذا الضرر حيث لا يكون الضرر كذلك إلا إذا مس عدد قليل من الأشخاص يمكن تحديدهم وإلا أصبح يشكل عبء عاماً يتحمله المجتمع، أما بالنسبة للقاضي الإداري فقد جنح إلى نفس الاتجاه، بحيث لا يقرر تعويض عن ضرر في المسؤولية الإدارية بدون خطأ إلا إذا كان ذو طابع خاص⁴.

ومثال ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي في تقرير مسؤولية الدولة دون خطأ عندما منعت شركة "La fleurette" من إنتاج مصنع اسمه غرادين "Gradine" بسبب شموله بقانون منع إنتاج مادة تحتوي على كريم "crème" وبذلك أصابها ضرر خاص استثنائي لذا فهي تستحق التعويض على أساس الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة⁵. إذن يمكن التفريق بين حالتين فيما يخص الطبيعة الخاصة للضرر، وذلك كما يلي:

¹ قصري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط مسؤولية وزارة الداخلية عن أعمال تابعيها، مطبعة عصام جابر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص.550.

² حسن محمد هند، الموسوعة القضائية في التعويض، ج الثالث، مطابع شتات، القاهرة، مصر، 2008، ص.1970.

³ أحمد محيو، المرجع السابق، ص.244.

⁴ رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص.116.

⁵ C. E. ass. 14 janvier 1938, société anonyme des produits laitiers La fleurette (Rec. 25 ; S. 1938. 3 . 25, concl. Royou, note P.

الحالة الأولى: الضرر يصيب شخص واحد: وهذه الحالة يمكن تقرير مسؤولية السلطة العامة على أساس المخاطر في الظروف الاستثنائية.

الحالة الثانية: الضرر الذي يصيب مجموعة من الأفراد: حيث جاء في قرار لمجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1966 برفض الطعن للشركة العامة راديو إلكتروني لانعدام شرط الخصوصية بالنظر لعدد الرعايا الفرنسيين ضحية أضرار مماثلة للضرر الذي تدعيه الشركة الطاعنة، فلا يمكن اعتبار هذا الضرر يمثل طبيعة خاصة من شأنها جعل الدولة مسؤولة بدون خطأ قبل الشركة المذكورة.¹ والضرر يعد خاصا إن أصاب مجموعة من الأشخاص من بين الفئة التي تمارس ذات النشاط، فكأن الحالة هي عملية تخصيص لهذه المجموعة من مجموع الفئة التي ينتمون إليها، فالضرر الناجم عن القوانين يقاس بمعيار كمي أي بحسب عدد المضرورين، أما الضرر الناجم عن الأشغال العامة فتقاس بمدى استمرار ودوام هذا الضرر وفي ذلك يذهب جانب من الفقه²، إلى أنه (صفة الدوام أو الاستمرار لمدة طويلة هي التي تضيف على الضرر صفة الخصوصية، وتجعل من يلحقه في مركز خاص إزاء الأشغال العامة لا يكفي لمواجهته بالقواعد العامة في المسؤولية والمبنية على الخطأ).

فحسب رأينا يبقى مفهوم الضرر الخاص غير محدد المعالم بحيث للقاضي سلطة التقدير والموازنة في كل حالة على حدة بحسب طبيعة الظرف الاستثنائي.

2- الضرر الاستثنائي (الجسيم): أي يشترط في الضرر أن يكون غير عادي ويقصد بذلك أن يتجاوز القدر الذي يجعله من مخاطر المجتمع العادية التي يكون على أفراد المجتمع تحملها كونهم أعضاء في هذه الجماعة، على هذا الأساس فإن القضاء الإداري يشترط توافر هذا الشرط إضافة إلى شروط أخرى ليقوم المسؤولية الإدارية على أساس هذه النظرية، تخلفه قد يؤدي إلى سقوط هذه المسؤولية³.

- Laroque, ; D 1938. 3. 14, concl, note Rolland ; R D publ. 1938. 87, concl. Note Jeze).

حكم منشور في مؤلف:

- M. long. P weil. G Braibant. P Delvolvé, B genevois les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20^e ed. D, 2015, p 286.

¹ C.E ass ; 30 Mars 1966, compagnie générale d'énergie radio-électrique

- (Re, 257: RD publ. 1966. 774. Concl, Michel Bernard et 955, note M. waline ;

- A 1966. 350. Chr. Puissochet et lecat: D. 1966. 582, note Lachaume ; jcp 1967. II. 15000, note Dehaussy).

-M. long. P weil, op cité p 518.

² سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2013، ص.225.

³ عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية تحليلية ومقارنة، ط الرابعة، د م ج، الجزائر، 2012، ص.221.

وفيما يتعلق بموقف الفقه من الطابع غير العادي للضرر في نظام المسؤولية الإدارية بدون خطأ، فقد كان محل تساؤل، حيث اعتبر أن هذا الضرر هو الذي يفوق ما يمكن أن يحتمله أي فرد، غير أن التساؤل يبقى مطروح حول مدى الضرر الذي يكون محتمل من طرف الجميع، أما بالنسبة للقاضي الإداري فإنه يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد الطابع غير العادي للضرر القابل للتعويض في نظام المسؤولية بدون خطأ¹.

وبذلك فهي في معيارها تتشابه مع خصوصية الضرر الذي لا يتقيد بحدود دنيا أو عليا في الخصوصية، إنما يستخلص القاضي هذه الخصوصية بحسب القضية المعروضة أمامه، فالمسألة هي عملية موازنة ما بين الضرر الحاصل وظروف وملابسات القضية، فضررها قد لا يوصف بالاستثنائي في حالة معينة، ويوصف بأنه استثنائي وخاص في حالة أخرى تحكمها ظروف مختلفة ومنها حالة المضرور².

البند الثاني: أنواع الضرر

يقسم الضرر إلى نوعين الأول هو الضرر المادي والثاني هو الضرر المعنوي، وهذا ما ذهب إليه الكثير من الفقهاء على غرار الدكتور محمد فؤاد مهنا³، لكن كان لرأي الدكتور محمد عبد اللطيف اختلاف حيث قسمه إلى ضرر اقتصادي وجسماني وآخر معنوي⁴، إلا أننا نركز على الرأي الأول.

أولاً- الضرر المادي:

يتمثل هذا النوع من الضرر في المساس بحق أو مصلحة مالية للمضرور، كما قد يتمثل في إلحاق خسارة أو تفويت كسب مالي عليه، كأن يصيب الضرر جسده فيؤثر على قدرته على العمل، أو يقعه طريح الفراش مدة معينة⁵.

¹ رشيد خلوفي، المرجع السابق، ص.ص. 116، 117.

² كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مطبعة الجيلاوي، مصر، 2003، ص. 369.

³ محمد فؤاد مهنا، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1972، ص. 186.

⁴ محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص. 337.

⁵ حابر جاد نصار، المرجع السابق، ص. 288.

ثانياً - الضرر المعنوي:

ينصب على الحقوق غير المالية، أي على غير الذمة المالية للشخص، كالضرر الذي يقع على جسم الإنسان أو حقه في الحياة أو حقه في سمعته أو شرفه أو عرضه أو كرامته، أو حقه في المصنفات التي يقوم بها¹.

الفرع الثاني: الرابطة السببية كشرط لإقامة مسؤولية السلطة العامة

إن رابطة السببية، تمثل إحدى الأركان الجوهرية لانعقاد المسؤولية، مهما كانت طبيعة هذه المسؤولية، فهي التي تحدد العلاقة المادية التي تربط ما بين الفعل (الخاطئ أو الضار) بحسب نوع المسؤولية وبين الضرر الذي يحدث النتيجة المترتبة عليه².

ولا يمكن أن تتعقد مسؤولية شخص ما عن ضرر معين ما لم يتسبب بفعله هو أو بفعل من يسأل عنهم أو بفعل الأشياء التي في حوزته، فلا بد أن تكون هناك علاقة سبب بنتيجة أكيدة بين سلوك الشخص أو تدخل الشيء وبين الضرر الحاصل³.

البند الأول: إثبات العلاقة السببية

إن إثبات رابطة السببية بين قرارات السلطة العامة والأضرار التي قد تتجم عنها شرطاً ضرورياً لإثبات مسؤوليتها وبالتالي تمكين المضرور من التعويض، ويعد تحديد رابطة السببية أثناء الظروف الاستثنائية من الأمور المعقدة خاصة إذا تعددت الأسباب، وبالتالي يتعذر معرفة السبب الحقيقي الذي أدى إلى وقوع الضرر، وعلى هذا ظهرت عدة نظريات في هذا الصدد نذكر منها:

أولاً - نظرية السبب القريب La cause proximal:

يقصد بهذه النظرية أن سبب الضرر هو الواقعة الأقرب من الناحية الزمنية، أو الواقعة الأخيرة، وبناء على ذلك لا تتحقق علاقة سببية مباشرة بهروب سجين أثناء نقله وجريمة القتل التي ارتكبها بعد هروبه بثمانية وأربعين يوماً، غير أن انقضاء مدة زمنية طويلة قبل حدوث الضرر لا يستبعد بالضرورة الاعتراف بوجود رابطة سببية⁴.

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 996.

² أنور أحمد رسالت، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999، ص. 280.

³ سعاد الشراوي، المرجع السابق، ص. 102.

⁴ إبراهيم فوزي مراد، المسؤولية الإدارية في المجال الطبي في النظام المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص. 297.

ثانياً - نظرية تكافؤ الأسباب:

إن مفاد هذه النظرية أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار كل الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر مهما كانت أسبابا بعيدة طالما كانت ضرورية، بمعنى أن تخلف سبب يؤدي إلى عدم حدوث الضرر، ولا يمكن إجراء تفرقة بين الأسباب بحسب أهميتها أو درجة تأثيرها في إحداث الضرر، بل كل الأسباب ستكون متعادلة من هذه الناحية، وذلك لأن الضرر يأتي كنتيجة لاجتماع هذه الأسباب، فكل سبب منها لا يتحقق النتيجة بدونه ولا يكفي بمفرده لتحقيق النتيجة.

على أن هذه النظرية، والتي أول من نادى بها "Stuart Mill" ثم جاء بعده "فون بيري Von Buri" وعرض نظريته في الفترة ما بين 1960-1985 تؤدي إلى اتساع نطاق السببية اتساعا شديدا وعدم حصر الأسباب التي تعتبر أنها أحدثت الضرر¹.

ثالثاً - نظرية السبب المنتج:

قال بهذه النظرية الفقيه الألماني فون كريس "Von Kries" وساعد على هجر نظرية تكافؤ الأسباب إلى نظرية السبب المنتج أن القرائن القانونية على الخطأ المفترض كثرت، فأصبح من اليسير استظهار خطأ مفترض في جانب المدعى عليه، ويميزون بين الأسباب العارضة (Fortuites) والأسباب المنتجة (adéquates)، ويقفون عند الثانية دون الأولى ويعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر.

وإذا قيل إن كلا من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، إلا أن السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية، ونحن إنما نريد السببية القانونية والسبب العارض غير السبب المنتج، وإذا كان كلاهما تدخل في إحداث الضرر، ولولاه لما وقع، إلا أن السبب المنتج هو السبب المألوف الذي يحدث الضرر في العادة².

¹ عزري الزين، العلاقة السببية كشرط لمسؤولية الإدارة في مجال العمران، مجلة العلوم الإنسانية، عدد 22 ديسمبر، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2004، ص.22.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص.ص.1026،1027.

البند الثاني: انتفاء العلاقة السببية

يمكن للسلطة العامة أن تنفي المسؤولية عن نفسها في الظروف الاستثنائية إذا أثبتت أن فعلها لم يكن منتجا في إحداث الضرر، كما أن هناك أسباب عامة تنطبق على كل من المسؤولية في حالة خطأ السلطة العامة أو في حالة عدم خطئها.

أولا- الأسباب العامة لانتفاء العلاقة السببية:

تعتبر القوة القاهرة وفعل المضرور من الأسباب العامة التي يترتب عليها انعدام العلاقة السببية، وذلك على النحو التالي:

1- القوة القاهرة: تعد القوة القاهرة حادثا خارجيا غير ممكن التوقع ويستحيل دفعه، فهي تتميز أولا بأنها خارجية أي لا يمكن نسبها إلى نشاط الإدارة، فالصفة الخارجية بهذا المعنى حدث لا يمت بصلة إلى طبيعة النشاط الذي يمارسه المدعي عليه أو إلى وجود شيء تحت حراسته أو إلى نتاج ذلك الشيء¹.

وعلى سبيل المثال الكوارث الطبيعية من زلازل والأعاصير، كما تتميز القوة القاهرة بأن الحدث المرتب لها لا يمكن توقعه، ولا يتطلب الفقه والقضاء في تقدير عدم إمكان التوقع أن يكون الحادث مما يستحيل توقعه وإنما يكفي أن يكون الحادث نادرا أو استثنائيا بحيث لا يكون هناك أي سبب خاص للاعتقاد بأنه قد يقع في الوقت الذي وقع فيه².

2- فعل المضرور: لقد استقر رأي الفقه على أن فعل المضرور يؤدي إلى انتفاء رابطة السببية بين نشاط الإدارة والضرر الذي تحقق، وذلك عندما يثبت المدعى عليه أن المضرور ذاته هو السبب في إحداث الضرر³.

ثانيا- الأسباب الخاصة لانتفاء العلاقة السببية:

في حقيقة الأمر يعتبر الحادث المفاجئ وفعل الغير من الأسباب الخاصة لانتفاء العلاقة السببية ولكن تبقى مقصورة فقط على مساءلة السلطة العامة في حالة ارتكابها خطأ.

¹ رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص.667.

² محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، 1999، ص.610.

³ رمزي طه الشاعر، المرجع نفسه، ص.870.

1- **الحادث الفجائي:** على خلاف الرأي الغالب في فقه القانون المدني¹ الذي يرى عدم التفرقة بين الحادث الفجائي والقوة القاهرة، واعتبارهما شيئاً واحداً، ويستعمل التعبيرين كمرادفين، فإن هذه التفرقة تحظى بأهمية خاصة في مجال القانون الإداري فقد رتب فقه القانون العام وقضاؤه على هذه التفرقة أن الحادث الفجائي يقتصر أثره على الإغفاء من المسؤولية القائمة على أساس الخطأ دون أن يمتد إلى المسؤولية دون خطأ².

وبرغم اتفاق فقه القانون العام على ضرورة تمييز الفكرتين مع التسليم بأن كل منهما حادث لا يمكن توقعه وبستحيل دفعه، إلا أنهم قد اختلفوا حول معيار التمييز بين كل من الفكرتين، ويمكن إرجاع الآراء الفقهية في هذا الشأن إلى رأيين أساسيين:

فيذهب الرأي الأول إلى القول: أن القوة القاهرة ظاهرة خارجة عن المرفق أو المنشأة، أما الحادث الفجائي فهو حادث داخلي يرتبط بأداء المرفق أو المنشأة.

ويعتبر الفقيه Hauriou أول من نادى بهذه الفكرة حيث يرجع الفضل له في تحديدها في تعليق له على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ambrosini حيث يتعلق الأمر بانفجار مدمرة حربية، وقد رأى المجلس ولم يكن صائباً أن سبب الحادث هو قوة القاهرة بينما كان السبب هو انفجار من الداخل، كما أضاف Hauriou بأن الحادث الفجائي فضلاً عن كونه داخلي فإنه خطأ مرفقي غير معلوم، لأن الفن الصناعي والعلمي في حالته الحاضرة عاجز عن الكشف عنه، ولكن هذه الحالة مؤقتة وسيأتي اليوم الذي نستطيع فيه بعد أن تتقدم العلوم أن نعرف مصدر الفعل الضار وأن نتجنبه³. وقد سايرت بعض أحكام مجلس الدولة الفرنسي هذا الرأي، فقد قضى المجلس في حكم له بانهييار أحد السدود بأنه: "يتضح من التحقيق أن انهيار السد كان راجعاً إلى انفجار الصخرة الواقعة

¹ رادوان "Radouant" (في الحادث الفجائي والقوة القاهرة باريس سنة 1920، ص 173 وما بعدها)

- ولايه (المجلة الانتقادية سنة 1870 ص 115) يقولان إن القوة القاهرة والحادث الفجائي تعبيران يكمل أحدهما الآخر، فالتعبير الأول يبرز خصيصة استحالة الدفع، والتعبير الثاني يبرز خصيصة عدم إمكانية التوقع نقلاً عن: عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص.995.

² رمزي طه الشاعر، المرجع نفسه، ص.877.

³ C. E, 10 mai 1912 Ambrosini.

نقلاً عن: محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص.471.

أمام المنشأة مباشرة، بسبب ضغط المياه التي تحتجزها هذه المنشأة، وأنه في ظل هذه الأوضاع، فإن سبب الانهيار لا يمكن اعتباره خارجياً عن السد، ومن ثم لا يكون له وصف القوة القاهرة¹.

ويذهب الرأي الثاني إلى القول: أن العنصر الأساسي للحادث الفجائي يكمن في أن الحادث الذي أحدث الضرر نشأ عن سبب غير معلوم.

ويبدو أن أحكام مجلس الدولة الفرنسي تساير هذا المنطق الأخير، ففي حكم انهيار السد الذي سبقت الإشارة إليه، يذكر المجلس أن التحقيق لم يثبت أي خطأ في التصميم أو البناء أو نقص للصيانة المعتادة للمنشأة، كان يمكن أن يفسر انهيار الصخرة تحت ضغط المياه، كما أن سبب الانهيار لم يكن خارجياً ولا يجوز بالتالي وصفه بالقوة القاهرة، كما ذكر المجلس في قضية أخرى تتعلق بسقوط كابل كهربائي يذكر أنه لم يثبت أن هذا الانهيار كان راجعاً إلى خطأ في الإنشاءات أو الأدوات أو الصيانة، كما لم يظهر أي فعل أجنبي عن الشركة أو يكون ناجماً عن قوة القاهرة، يمكن أن تؤدي إلى سقوط الكابل وأن هذا السقوط كان نتيجة سبب غير معلوم².

ومن الواضح أن فكرة السبب غير المعلوم توجد بقدر مشترك في كل من المعيارين السابقين: معيار الفكرة الداخلية، ومعيار السبب غير المعلوم، غير أنه وفقاً للمعيار الثاني قد تكون داخلية أو خارجية³.

وهناك تأييد لجانب الفقه الذي وفق بين الفكرتين - الطابع الداخلي والسبب غير المعلوم في سبيل تحديد مفهوم الحادث المفاجئ⁴، بحيث يمكن القول أن الحادث المفاجئ فضلاً عن كونه غير متوقع ويستحيل دفعه هو داخلي سببه غير معلوم.

وقد استقر القضاء الإداري المصري على هذا المعنى في تحديد مدلول الحادث المفاجئ، وذلك يتضح من قضاء المحكمة الإدارية العليا التي أشارت إلى أن الحادث المفاجئ هو الحادث

¹ C. E, Ass, 28 mai 1971.

نقلا عن: محمد محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 472.

² C. E. 25 Janv. 1929 Compagni du gaz. De Beauvais, 1992.3, P.81.

نقلا عن: أحمد محمد صبحي أغريز، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 2005، ص.555.

³ محمد محمد عبد اللطيف، المرجع نفسه، ص.473.

⁴ R. Chapus, Op.cit, P.1250.

الداخلي مجهول السبب غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه والذي يرجع مصدره إلى نشاط الإدارة أو إلى شيء تمتلكه أو تستعمله¹.

2- فعل الغير: يقصد بالغير كل شخص عام أو خاص أجنبي عن الخصوم في دعوى المسؤولية، والفعل الذي يصدر عن هذا الشخص لا يكتسب بالضرورة وصف الخطأ².

ويجب ألا يكون الغير الذي ارتكب الخطأ من بين الأشخاص الذين يعتبر المدعى عليه مسؤولاً عنهم، فلو كان هذا الغير ولداً للمدعى عليه أو تلميذاً أو تابعاً، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية المدعى عليه نحو المضرور.

وليس من الضروري أن يكون الغير معروفاً، فقد يقوم الدليل على أن الحادث كان من بين أسبابه خطأ صدر من شخص ثالث وقد هرب دون أن يعرف، ويبقى مع ذلك خطأ هذا الغير مؤثراً في مسؤولية المدعى عليه³.

ونجد تأكيد المشرع الجزائري على مبدأ التضامن في التعويض عن الضرر حيث نصت المادة 126 من القانون المدني الجزائري⁴: «إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض» وهذا إذا اجتمع خطأ الغير مع خطأ المسؤول وترتب الضرر عليهما معاً، كانا مسؤولين بالتضامن عن التعويض⁵.

¹ المحكمة الإدارية العليا: 1962/5/19 في الطعن رقم 2487 لسنة 6 ق، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة، ص.890. ذكره محمد عبد اللطيف، المرجع السابق، ص، 473.

² إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص.311.

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص.1017.

⁴ الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 78، السنة 12، الصادرة بتاريخ 28 سبتمبر 1975، ص.ص.990-1059. (ملاحظة: تم تعديل المادة 126 المذكور أعلاه بقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني، يعدل ويتم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج، العدد 44، السنة 42، ص.23.

ثم تم تعديله ب: قانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، يعدل ويتم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج، العدد 31، السنة 44، ص.ص.03-06.

⁵ عبد الحميد الشورابي، مسؤولية الأطباء والصيدلة والمستشفيات المدنية والجناحية والتأديبية، منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 1998، ص.41.

وأيضاً ما جاء في المادة 129 بعدم مسؤولية الموظفين والأعوان العموميون عن أفعالهم التي أضرت بالغير إذا قاموا بها تنفيذ لأوامر صدرت إليهم من الرئيس، متى كانت إطاعة هذه الأوامر واجبة عليهم¹.

ويستخلص من كل ما سبق الإشارة له أن السلطة العامة يمكنها أن تتصل من مسؤولياتها اتجاه الشخص المضرور ونفي العلاقة السببية وإرجاعه إلى السبب الأجنبي الذي قد يكون القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ أو فعل المضرور أو فعل الغير خاصة في ظل الظروف الاستثنائية.

وحسب رأي الدكتور عبد اللطيف قطيش «إذا كانت المسؤولية مبنية على أساس الخطأ، فإن انتفاء الخطأ يعني الإدارة من المسؤولية في جميع حالات السبب الخارجي والتي تتمثل في: القوة القاهرة، الحادث المفاجئ، فعل الغير، ويختلف الوضع إذا كانت المسؤولية مبنية على أساس المخاطر فالقوة القاهرة، هي وحدها التي تحل الإدارة من مسؤوليتها، في حين أنها تبقى مسؤولة في الحالتين الأخيرين، أي في حالة الحادث المفاجئ، وفي حالة فعل الغير².

الفرع الثالث: تحديد الشخص المضرور

لاشك أن مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في الظروف الاستثنائية، لا تنصب فقط على مسؤوليتها عن الأضرار التي تصيب الأفراد جراء أعمالها المشروعة، وإنما تقع أيضاً في إطار علاقة السلطة العامة مع موظفيها.

البند الأول: الأضرار التي تصيب الأفراد

إن مسؤولية السلطة الإدارية بدون خطأ في مواجهة الأفراد كثيرة ومتنوعة بتنوع الأعمال والنشاطات الإدارية التي تكون مصدراً لأضرار تصيب الأفراد في حقوقهم وأنفسهم وأموالهم³.

أولاً- الأضرار التي تصيب الأفراد نتيجة الأشغال والمنشآت العامة:

كرست صراحة القاعدة القضائية التي بمقتضاها يكون الأشخاص الذين لهم صفة الغير، بالنظر إلى مبنى عام *ouvrage public* أو ورشة للأشغال العامة محميين من مخاطر الأضرار الناتجة عن المبنى أو الأشغال بواسطة نظام المسؤولية بدون خطأ. ومثال ذلك قرار مجلس الدولة

¹ المادة 129، من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-10، السالف الذكر، ص.23.

² عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص.393.

³ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.233.

الفرنسي في 28/05/1971، قضية مقاطعة فار var، حيث تتلخص وقائعها في أضرار لحقت بالأشخاص والمال بفعل تحطم سد تحت ضغط المياه التي كان يحفظها¹.

ثانياً - الأضرار الناشئة عن الأشياء والأنشطة والأساليب الخطرة:

تتمثل هذه الصورة في استخدام الإدارة أنشطة خطيرة كالمفجرات، و ما يؤدي هذا الاستخدام إلى أضرار قد تصيب السكان المجاورين للمناطق التي تجري فيها مثل هذه الأنشطة، فجرى مجلس الدولة باستمرار على تعويض المضرورين من حوادث الذخيرة والبارود وما شابهها².

ومن الأحكام التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي في هذا المجال حكمه الصادر بتاريخ 28 مارس 1919 في قضية "رينو ديروزي Regnault-Desrozier"³.

وكذلك سَلَّم مجلس الدولة بقيام المسؤولية بالنسبة لنشاط الإدارة (مرفق الشرطة)، ومن ذلك حكمه الصادر في 24 ديسمبر سنة 1931 في قضية "والتر walther"، وتتلخص وقائعها في أن عمدة مرسيليا أمر بإحراق منزل موبوء للقضاء على المرض ومنع انتشاره، إلا أن النيران امتدت إلى منزل آخر فأصابته بأضرار جسيمة، ورغم عدم خطأ رجال المطافئ إلا أن مجلس الدولة حكم بالتعويض على أساس أن هذه العملية مشروعة في ذاتها قد تضمنت مخاطر⁴.

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013، ص.ص.209،210.

² محمد محمود هورامان، المسؤولية الإدارية عن أعمال الشرطة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2015، مصر، ص.148.

³ C.E, 28 mars 1919, Regnault-Desroziere (Rec.329 ; RD publ. 1919.239, concl. Corneille, note Jèze ; D.1920.3.1, note Applrton ; S.1918-1919.3.25,note Hauriou).
-M. Long, Et-al. Op.cit, p.196.

-تتلخص وقائعها فيما يلي: في أثناء الحرب العالمية الأولى، جمعت السلطات العسكرية كمية كبيرة من القنابل في قلعة (double-couronne) القائمة في ضواحي باريس، و حدث أن انفجرت هذه الكميات الكبيرة من المفروقات محدثة أضرار بالغة للمنازل المجاورة للقلعة، فرغ ملاكها دعاوى ضد الإدارة طالبين تعويض ما لحقهم من ضرر، وقدم مفوض الحكومة (Corneille) تقريره مسلماً بأن السلطات العسكرية المختصة قد أخلت بواجبها، وهكذا تكون الإدارة مسؤولة على أساس الخطأ وفقاً للقواعد العامة، ولكن مجلس الدولة، رفض أن يسلم بهذا التوجيه، ولجأ إلى فكرة المسؤولية على أساس المخاطر من غير أن يثيرها أحد من الطرفين المتخاصمين. أشار إليها: سليمان الطماوي، المرجع السابق، طبعة 2013، ص.228.

⁴ محمد محمود هورامان، المرجع السابق، ص.149.

ثالثا- الأضرار الناتجة عن عدم تنفيذ الأحكام القضائية:

الأحكام القضائية نوعان، الأحكام القضائية النهائية الصادرة ضد الإدارة العامة لصالح الأشخاص العادية، والأحكام القضائية الصادرة ضد الأفراد ولصالح الأفراد والحكم يكون دائما ممهور بالصيغة الرسمية التنفيذية¹. ومثال ذلك قضية كويتياس 20 ديسمبر 1923.

رابعا- الأضرار الناجم عن القوانين:

حيث قرر لأول مرة مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 14 جانفي 1938 لصالح شركة الألبان²، بمسؤولية السلطة العامة عن القوانين.

البند الثاني: الأضرار التي تصيب موظفو السلطة العامة

وتتصدر أهم تطبيقاتها في منح العامل والموظف لدى السلطة الإدارية تعويضا عن الأضرار والإصابات التي تلحق الموظفين أثناء تأدية أعمالهم في إطار الوظائف الموكل لهم، أو تعويضهم في حالة الفصل المفاجئ، ومثال ذلك:

أولا- الصورة الأولى:

نجد تطبيقها في قضية "كام Cames" 1895، وكذلك من الأمثلة الحديثة قضية السيدة سولز في 6 نوفمبر 1968³.

¹ عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.237.

² C.E ass., societe anonyme des produit laitiers « la fleurette ». -M. Long, Et-al. Op.cit, p.286.

³ حيث تتحصر وقائعها في أن المعلمة سولز أصيبت بالحصبة الألمانية في المدرسة وهي حامل، مما أدى بإصابة مولودها بعاهات سمعية وبصرية خطيرة نتيجة عملها في مرفق عام، فنقدت إلى محكمة "أورليان" الإدارية مقيمة دعوى المسؤولية على وزارة التربية الفرنسية، فقضت هذه المحكمة بأن العاهات التي أصابت الطفل سولز إنما في هذه الحالة ترجع إلى مباشرة الأم لمهام وظيفتها و لذا قضت بمسؤولية الدولة، طعن وزير التربية في الحكم أمام مجلس الدولة الذي ناشده و طالبه مفوض الدولة السيد "بوتران" بالحكم بمسؤولية الدولة في هذه القضية مصرحا: "...أن هذه النظرية(نظرية المخاطر) تقرر أيضا امتداد هذه المسؤولية(المسؤولية بدون خطأ إلى جميع الحالات التي تخلق الإدارة فيها بنشاطها كسلطة عامة أو مرفق عام خطرا خاصا يؤدي إلى زوال المساواة المشار إليها، أما بالنسبة لمن يتعاون مع المرفق و أما بالنسبة للغير ... فأخذ مجلس الدولة الفرنسي برأيه و توجيهاته، فرفض طعن وزير التربية وأكد الحكم بمسؤولية الدولة. أشار إليه: عمار عوابدي، المرجع السابق، ص.227.

ثانياً - الصورة الثانية:

تتصر في تعويض الموظفين الذين يفصلون فجأة نتيجة لإلغاء الوظيفة إلغاء قانونياً وطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه الصورة ابتداء من حكمه الصادر في 11 ديسمبر 1903 في قضية "فيلانف"¹.

المطلب الثالث: الأساس القانوني لمساءلة السلطة العامة دون خطأ في ظل استثنائية الظرف

إن أساس مساءلة الإدارة دون خطأ باعتبارها سلطة عامة، يعني العامل أو العوامل التي تقف وراء إلزام الإدارة دون غيرها بأداء تعويض لآخر، جبراً لضرر خاص وجسيم، فهو يأتي للإجابة عن سؤال مفاده، لماذا تسأل الإدارة عن عمل مشروع قامت به أو عن ضرر معين لم تكن هي طرف فيه أصلاً². وقد تباينت آراء الفقهاء حول الأساس الذي تبنى عليه مسؤولية السلطة العامة بدون خطأ وهذا ما سنتطرق إليه من خلال النظريات القديمة والجديدة التي قيلت في هذا الشأن.

الفرع الأول: الأسس التقليدية لتحميل المسؤولية للسلطة العامة

تعتبر نظرية المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة من الأسس القديمة التي سايرت تطور ونشأة المسؤولية دون خطأ، بل وما زالت لحد الآن تلهم القضاء في الكثير من أحكامه.

البند الأول: نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية بدون خطأ

تقوم فكرة المخاطر على أساس أن المجتمع الحديث أصبح يتميز بتدخل الدولة في العديد من الأنشطة بل جلها مما قد يؤدي إلى إصابة بعض الأفراد بأضرار جسيمة، ولذلك نادى فقهاء القانون الفرنسي - في المرحلة الأولى لقيام نظرية المسؤولية دون خطأ- بأن فكرة المخاطر هي الأساس القانوني الوحيد لهذه النظرية.

والفقيه Duguít يعد من أشهر القائلين باعتبار أن فكرة المخاطر هي الفكرة الأساسية في مجال مسؤولية الدولة، ونقطة البداية لدى هذا الفقيه هي أن الإنسان وحده له إرادة متميزة تمكنه من مخالفة القانون، أما الإدارة فلا يمكنها أن تخطئ لأن شخصيتها وهمية، والقول بأن الإدارة أخطأت فهو

¹ عمار عوايدي، المرجع السابق، ص.ص. 226، 229.

² أحمد محمود أحمد الربيعي، المرجع السابق، ص. 178.

مجرد مجاز، لأن المقصود من خطأ المرفق هو خطأ موظفيه الذين ارتكبوه حال أدائهم لأعمال وظيفتهم، وبالتالي فإن الدولة إذا انعقدت مسؤوليتها فإنها لا تقوم على أساس الخطأ لاستبعاد هذا الاحتمال، وإنما لأنها تلتزم بأن تؤمن الأفراد ضد المخاطر الاجتماعية الناجمة عن أنشطتها المشروعة¹.

ويرى الفقيه² Berteaud أن مسؤولية الإدارة هي مسؤولية مخاطر لا مجال لركن الخطأ فيها، وأن الخطأ في تقديره يفترض وجود شخص له إرادة بينما الدولة ليست شخصا وإنما هي مجموعة من المرافق العامة، وبالتالي ليس من المتصور ارتكابها للخطأ.

ويرى أيضا هذا الفقيه بأن الميزانية العامة يجب أن تتحمل المخاطر الناجمة عن المرافق العامة باعتبار أن تلك الأخيرة تسعى لتحقيق صالح المجموع، دون حاجة إلى إثبات الخطأ في جانبها، بل يكفي في هذا الفرض مجرد إثبات تحقق رابطة مباشرة بين المرفق وبين الضرر لقيام مسؤولية الإدارة.

وكذلك ذهب بعض من الفقه الإداري المصري إلى القول: أن المخاطر هي الأساس القانوني الوحيد لكافة صور المسؤولية بدون خطأ³، بيد أن فكرة المخاطر كأساس للمسؤولية دون خطأ لم يُسلم البعض بها، على اعتبار أنها فكرة غير محددة بشكل دقيق ولا تغطي في الواقع كل حالات المسؤولية، فهي لا تصدق إلا على أعمال الإدارة التي تخلق مخاطر، أما ما يصدر عن الإدارة من أعمال تخلو من الخطأ والخطر وبيترتب عليها الضرر بصفة مباشرة، فإن تأسيس التعويض هنا على فكرة المخاطر يكون في غير محله، ولذلك يرى البعض أن فكرة المخاطر لا ترق لمرتبة الأساس الجامع المانع للمسؤولية دون خطأ، ويقتصر دورها في أنها شرط في بعض التطبيقات لانعقاد مسؤولية الإدارة القائمة بدون خطأ منها⁴.

¹ إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص. 245.

² محمد أحمد عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانونين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995، ص. ص. 198-201.

³ محمد كامل ليله، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، المرجع السابق، ص. 325.

⁴ إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص. 246.

البند الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أساس المسؤولية دون خطأ

يعتبر مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة من المبادئ القانونية الراسخة في فقه القانون العام وفي قضاء مجلس الدولة الفرنسي، فهو جزء - وفي ذات الوقت مظهر - من المبدأ العام المعلن في حقوق الإنسان وهو مبدأ المساواة أمام القانون¹.

والمقصود بهذا المبدأ كأساس للمسؤولية غير الخطئية، التوزيع العادل للأعباء العامة، بمعنى أن أنشطة الإدارة المشروعة التي تسبب أضراراً لبعض الأفراد تعد بمثابة عبء عام لا يجوز أن يتحمله هؤلاء الأفراد فقط دون باقي أفراد الجماعة مادام هذا العبء قد فرض لتحقيق نفع عام أو مصلحة عامة لذا يجب أن يوزع هذا العبء على جميع الأفراد كل في حدود إمكانياته ووفقاً لما يرد في القانون، وذلك بتعويض المضرورين عما لحقهم من أضرار ناتجة عن أعمال الإدارة المشروعة إذا ما وقع الضرر عليهم وحدهم لتحقيق الصالح العام، مع عدم تحميل البعض أعباء إضافية أكثر مما يتحمله خارج هذه الحدود وإلا عدّ ذلك إخلالاً بمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يجب تعويضه من المال العام، فكل ضرر يصيب شخصاً ما في الدولة ويتجاوز طبيعته ومدته ما توجبه الحياة العامة تحمله، من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة والتكاليف العامة بين المواطنين في الدولة².

ويعود الفضل في أصالة المسؤولية بدون خطأ على أساس المساواة أمام الأعباء العامة

لـعنصرين:

- في البدء أنها تنظم فرضيات أين لا يكون للأضرار طابعاً عرضياً (Accidentel) على خلاف ما هو كائن في مادة المسؤولية القائمة على أساس المخاطر، فلا يتعلق الأمر بأضرار ناتجة عن تظافر مؤسف للظروف، و التي حدثت و كان من الممكن أن لا تحدث، لكن يتعلق الأمر بأضرار هي النتيجة الطبيعية و حتى الضرورية والمتوقعة بصفة مؤكدة لبعض الوضعيات أو بعض التدابير، والتي بفعالها تتم التضحية ببعض أعضاء الجماعة لصالح متطلبات المصلحة العامة.

¹ محمد محمود هورامان، المرجع السابق، ص.155.

² حاتم على لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1968، ص.397.

- وبعد ذلك فإن الحق في التعويض لا يتوقف ببساطة على تحقق الضرر فقط، بل يجب أن يكون الضرر في آن واحد "خصوصيا spécial" و "غير مألوف anormal" ومعنى "خصوصي" أنه لا يمس إلا بعض أعضاء الجماعة، و إلا فإننا لن نكون أمام قطع لمساواة الجميع أمام الأعباء العامة، ومعنى " غير مألوف" أنه بلغ درجة معينة من الأهمية، لأنه من واجب أعضاء الجماعة أن يتحملوا دون مقابل (تحت طائلة عدم إمكانية وجود حياة اجتماعية ممكنة) المضايقات و المساوئ العادية للحياة في المجتمع¹.

ويجد مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة قيمته التشريعية والدستورية في نص المادة 13 من إعلان حقوق الإنسان الصادر 1789، والتي نصت على مبدأ المساواة بين جميع المواطنين أمام الأعباء العامة فلم يعد مسموحا أن يتحمل بعض الأفراد وحدهم مغبة الأضرار التي يولدها النشاط العام للإدارة².

ولقد بلغ اقتناع بعض الفقهاء الفرنسيين بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة لدرجة أنه اعتبروه الأساس العام لكافة صور المسؤولية الإدارية أي كانت طبيعتها أو اعتباره الأساس العام للمسؤولية بدون خطأ، فاعتبر كل من الفقيه De laubadère و Duez أن هذا المبدأ هو أساس المسؤولية الإدارية.

ويرى Waline أنه في القانون العام كثيرا ما تحبذ الضرورة أو المصلحة العامة القيام بعمل دون ارتكاب أي خطأ، فإذا ما نجم عن هذا العمل ضرر لبعض الأفراد - في سبيل المصلحة العامة - فإنه يجب تعويضهم من الخزنة العامة لإعادة المساواة التي اختلت.

وقد ذهب بعض الفقهاء المصريين إلى أن مبدأ المساواة أمام التكاليف العامة يعتبر هو الأساس الحقيقي للمسؤولية بدون خطأ، لأنه يربط جميع فروض هذه المسؤولية برباط واحد هو حدوث إخلال بالمساواة بين الأفراد أمام الأعباء العامة، وهذا الإخلال هو الذي يبرر وجوب إعادة التوازن بين حق الفرد وحقوق الإدارة³.

كما يتفق هذا المبدأ مع المبادئ الأساسية في الدستور والقانون، بالإضافة إلى توافقه مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الذي يفصح في كثير من الأحيان عن تطبيقه لهذا المبدأ في مجال

¹ لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص.279.

² إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص.247.

³ المرجع نفسه، ص.248.

المسؤولية بدون خطأ، ومن جهة أخرى فهو يحظى بتأييد من جانب الفقه، وأخيرا فإنه قادر على تحقيق اعتبارات العدالة¹.

إلا أن جانب كبير من الفقه الفرنسي وجه الانتقاد لهذا المبدأ استنادا إلى عدم كفايته وعدم صلاحيته، لأن تطبيق هذا المبدأ يقتصر على المواطنين، ولا يصلح الاستناد إليه لتعويض الأجانب الذين قد يصابون بأضرار نتيجة ممارسة نشاط إداري لأن الأجنبي لا يلتزم بالتكاليف العامة، مما يجعل تعويضه مستندا إلى أساس غير مبدأ المساواة، ويرجع عدم صلاحية هذا المبدأ كأساس للمسؤولية دون خطأ إلى أن هذا المبدأ يعتبر في حقيقته الشرط اللازم لدفع التعويض للمضرور وليس الأساس القانوني الذي تستند إليه المسؤولية، فإذا كان التعويض الذي تدفعه الإدارة للأفراد في بعض الحالات التي يصابون فيها بأضرار نتيجة إدارة المرافق العامة تقوم على أساس أن عدم دفع التعويض يخل بمبدأ المساواة أمام التكاليف العامة، فإن هذا الإخلال ليس إلا شرطا لتقرير المسؤولية لا يكفي بمفرده لدفع التعويض، بالإضافة إلى أن مبدأ المساواة كأساس للمسؤولية ليس له أية قيمة دستورية في مجال المسؤولية الإدارية، والاستناد على نص المادة (13) من إعلان حقوق الإنسان الصادر في 1789 لتأصيل هذا المبدأ هو استناد غير صحيح لاختلاف موضوع هذه المسؤولية عما نصت عليه المادة المشار إليها، فضلا عن أن ارتباط هذا المبدأ بالعدالة الاجتماعية يجعله لا يتمتع بأية قيمة ملزمة².

الفرع الثاني: الأفكار البديلة لتحميل المسؤولية للسلطة العامة

أبدع الفقه كعادته في إيجاد أسس بديلة للنظريات السابق ذكرها، لبناء أساس قانوني لمساءلة السلطة العامة وتقديم تعويض عن الضرر الذي تسببت فيه، إلا أنها لم ترتق إلى مصاف الأسس التقليدية، وعليه نكتفي بذكر أهمها.

¹ محمد أحمد عبد المنعم، المرجع السابق، ص.222.

- ومن أنصار هذا الاتجاه: محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط الأولى، القاهرة، مصر، 1974، ص.265. وفؤاد العطار، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، أصول رقابة القضاء على أعمال الإدارة ومدى تطبيقاتها في القانون الوضعي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1967، ص.799.

² إبراهيم فوزي مراد، المرجع السابق، ص.249.

البند الأول: التضامن الاجتماعي أساس مسؤولية السلطة العامة بدون خطأ:

ظهر اصطلاح المخاطر الاجتماعية في البداية على يد الفقيه (دوجي Duguit)، ثم شاع استخدامه بعد ذلك، ويرى أن للإنسان وحده إرادة متميزة تمكنه من مخالفة القانون (ارتكاب الخطأ)، أما الإدارة فلا يمكنها ذلك، لأن شخصيتها -لديه- وهمية، وخطأ المرفق هو خطأ الموظف الذي يعمل لدى الإدارة أما القول بخطأ الإدارة ذاته فإنه مجاز وتشبيه لا أساس له من الواقع ويرى الفقيه دوجي Duguit أن مسؤولية الإدارة لا تأسس وفقا للمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي، إنما أساسها موضوعي، يكمن في التأمين الاجتماعي الذي يدفعه المجموع لصالح من يصاب بضرر خاص ناشئ عن سير المرافق العامة التي يستفيد منها عموم المجتمع¹.

وقد اعتنق المشرع الفرنسي هذا المبدأ كأساس لمسؤولية السلطة العامة بدون خطأ في ديباجة دستور 1946² الفقرة الحادية عشر (11) « تعلن الأمة التضامن والمساواة لكل الفرنسيين أمام الأعباء الناجمة عن الكوارث الطبيعية وكذلك المشرع الجزائري اعتنق نفس المبدأ « الشعب محافظ على تقاليده في التضامن والعدل»³.

التضامن الاجتماعي في المجتمع يحركه الضمير الجماعي للجماعة الذي يوجب عليها أن ترفع و تجبر الضرر الاستثنائي الذي يلحق بأفرادها، و ذلك بتعويضهم من خلال ما تدفعه لهم الدولة من الخزينة العامة و المتكونة من الضرائب و الرسوم التي يدفعها أعضاء الجماعة باعتبار أن الدولة ممثلة و أداة لهذه الجماعة استنادا لفكرة الصالح العام⁴.

ولقد قوبل هذا الأساس (التضامن الاجتماعي) بالنقد⁵ على أساس أن فكرة التضامن الاجتماعي هي وسيلة أو تبرير لإلزام الإدارة بالتعويض خارج النطاق التقليدي للمسؤولية، وبالتالي هي ليست أساسا لمسؤولية الإدارة دون خطأ، ونرى أن المشرع هو الذي يحدد ذلك عندما يقره القانون، فيما أن المشرع هو من يلزم الإدارة أصلا، وبما أن مبدأ التضامن الاجتماعي مبدأ دستوري ثابت بنص

¹ أحمد محمود أحمد الربيعي، المرجع السابق، ص.295.

² الدستور الفرنسي 1946 المؤرخ في 27 أكتوبر 1949.

«La nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les français devant les charges qui résultent des calamités nationales.

³ ديباجة الدستور الجزائري 2016.

⁴ محمد عادل، المرجع السابق، ص.294.

⁵ أحمد محمود أحمد الربيعي، المرجع نفسه، ص.297.

الدستور، فما المانع من عدّه أساساً قانونياً لمسؤولية الإدارة دون خطأ، فما يصدق قوله حول مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، بَعْدَهُ مبدأً دستورياً يصدق كذلك حول مبدأ التضامن الاجتماعي لاشتراكهما في القيمة القانونية، لا بل إن المسألة أقوى أثراً في ميدان التضامن الاجتماعي، لأن إرادة المشرع وليس القاضي كما هو الحال في مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، هي التي تحدد ذلك.

وقد نص الدستور المصري لعام 2014 في مادته الثامنة¹، على أنه: (يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي)، كما نصت المادة (السابعة عشرة) منه على أن: (تكفل الدولة توفير خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعاً وذلك وفقاً للقانون)، وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمصر إلى أنه: (...، ويلتزم المجتمع بناء على التضامن الاجتماعي الذي يقوم عليه طبقاً للمادة (7) من الدستور بتعويض من يصيبه الضرر من هذا الإجراء الضروري)²، فالقضاء الإداري المصري في هذا المجال متقدم على القضاء الإداري الفرنسي، ذلك أن الأخير يشترط نصاً تشريعياً خاصاً للاستناد إلى مبدأ التضامن القومي كأساس للمسؤولية دون خطأ.

البند الثاني: الدولة المؤمنة أساس مسؤولية السلطة العامة دون خطأ

لقد طرح فكرة الدولة المؤمنة الفقيه "هوريو" و قام بتظهيرها و توضيحها الفقيه "ليون ديجي Léon duguit" ثم أخذ بها بعض الفقهاء من أمثال "Pierre cot" و "Jean François Davignon" حديثاً.

تجد فكرة الدولة المؤمنة أصلها عند الفقيه موريس هوريو في تحليله لنصوص أو أحكام تشريعية تتعلق بمسؤولية الدولة عن أعمال الشغب الجماعي لقد برر هذه المسؤولية بفكرة التأمين التبادلي بين المواطنين "une assurance mutuelle" لقد عمم هذا المبدأ ووسعه ليشمل كل مجالات مسؤولية الدولة التي اعتبرها كمؤمن "assureur" للأضرار التي تصيب الأفراد من جراء نشاطها³.

¹ دستور مصر 2014.

² المحكمة الإدارية العليا المصرية، 22 تشرين الثاني 1992، الطعان 1771 و 1767 لسنة 34 ق، أشار إليهما: محمد عبد اللطيف، المصدر السابق، ص.381.

³ بريك عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية دون خطأ و أهم تطبيقاتها في القضاء الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011، ص.85.

و بالرجوع إلى مُنظرها الحقيقي الفقيه "ديجي"، فإن نشاط الدولة موجه إلى المنفعة العامة، وعليه فإذا نتج عنه ضرر خاص لبعض الأفراد، يتعين على المجتمع ككل إصلاحه سواء كان هناك خطأ أم لا، فالدولة وفقا له إن كانت مسؤولة، فليس لأنها ارتكبت خطأ عن طريق تابعيها، وإنما لأنها تؤمن الحماية للمواطنين من المخاطر الاستثنائية وتأمينه ضد كافة المخاطر الاجتماعية¹.

والنقد الموجه إلى نظرية الدولة المؤمنة، فيما يبدو أن التأمين هو من أهداف المسؤولية، نجده أيضا في مفهوم التضامن الاجتماعي، وعليه فإن جانبا كبيرا من الفقه يخلط بين أسس المسؤولية وبين أهدافها ووظائفها، وتأتي نظرية الدولة المؤمنة ضمن هذا الخلط².

الفرع الثالث: الأسس الحديثة لتحميل المسؤولية للسلطة العامة

نتيجة عجز الأسس السابقة عن تحميل السلطة العامة المسؤولية عن أعمالها في الظروف الاستثنائية في بعض المجالات، حيث كانت تهضم حقوق الأفراد دون إمكانية جبر الضرر وفي محاولة لمجلس الدولة الفرنسي وكعادته ابتدع القاضي الإداري نظريات حديثة يمكنه من خلاله توسيع نطاق رقابته، وإقرار مسؤولية السلطة العامة إلغاءً أو تعويضا.

البند الأول: الموازنة بين المنافع والأضرار كأساس يصلح لمساءلة السلطة بدون خطأ في الظرف الاستثنائي

يقصد بمعيار الموازنة بين المنافع والأضرار الضابط الذي يستند إليه القاضي الإداري للترجيح بين مزايا ومضار مشروع ما أو قرار ما، والقاضي وهو يقوم بهذا الترجيح يختار المعيار الذي يتناسب مع النزاع المعروض عليه من بين المعايير الأخرى، فالقاضي يبحث في كافة الظروف المحيطة بكل حالة على حدة ليوازن بين المنافع التي سيرتبتها القرار والأضرار الناجمة عنه وفقا لهذه المعايير³.

وقد ذهب مفوض الدولة (بريبان Braibant) في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي Nouvelle ville est والذي أرسى النظرية التي نحن بصددنا إلى أن هناك بعضا من المعايير المحددة سلفا في هذا الخصوص، وتتجسد أهمها فيما يلي:

¹ سعود النزال، مسؤولية الدولة بالتعويض عن أضرار الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة البعث، دمشق، سوريا، 2015، العدد 13، المجلد 37، ص.222.

² بريك عبد الرحمان، المرجع السابق، ص.88.

³ سيف ناصر علي الحيمي، المرجع السابق، ص.467.

أولاً- معيار التكاليف المالية للمشروع:

حيث يجب على القاضي عند الأخذ بهذا المعيار الوقوف على ما قد يحققه هذا المشروع من مزايا وما يمكن أن يسببه من أضرار وذلك بالنظر إلى التكاليف التي ستتحملها الجهة المنفذة للمشروع وما إذا كانت قادرة فعلا على التنفيذ أم أنها غير قادرة.

ثانياً- معيار حق الملكية الخاصة:

وفقا لهذا المعيار فإن القاضي الإداري يقارن بين الأضرار التي يمكن أن تصيب الملكية الخاصة نتيجة نزع الملكية وبين الفوائد التي قد تترتب على إقامة المشروع.

ثالثاً- معيار الآثار الاجتماعية المحتملة:

وفقا لهذا المعيار يجب أن يراعي القاضي الآثار الاجتماعية التي يسببها المشروع سواء على الأفراد أو على البيئة وعليه يمكن طرح التساؤل التالي: هل يمكن إعمال نظرية الموازنة في إقرار الظروف الاستثنائية وهل يمكن للقاضي الإداري إلغاء قرار إعلان الظروف الاستثنائية (مثل إعلان حالة الطوارئ)، وهل يمكن إعمال الموازنة في الظرف الاستثنائي وتقييد السلطة التقديرية للسلطة العامة، لاشك أن هذه النظرية مازالت تطبيقاتها متواترة عبر مجالات عديدة ولذلك نرى أن نظرية الموازنة بين المنافع والأضرار ستلقى أرضية خصبة إن أخذ بها القاضي الإداري وطبقها في الظروف الاستثنائية.

نرى أن امتيازات السلطة العامة تتوسع وتزداد في الظروف الاستثنائية فهي امتداد لمبدأ المشروعية، وبالتالي فمن باب أولى أن تمتد رقابة القاضي على أعمال السلطة العامة وبهذا أصبحت الرقابة الحديثة تمتد لتشمل الملائمة¹.

البند الثاني: حراسة الغير كأساس لتحميل المسؤولية للسلطة العامة دون خطأ

لاحظنا من قبل أن حراسة الغير هي فكرة نشأت في كنف القانون الخاص (المدني)، إلا أن القاضي الإداري وكما هو معهود عليه في اقتباس النظريات والمبادئ وجعلها تتماشى وطبيعة القانون

¹ سيف ناصر علي الحيمي، المرجع السابق، ص.468.

الإداري، فإن مجلس الدولة الفرنسي أصدر في 11 فيفري 2005،¹ في سياق إقراره للمسؤولية دون خطأ، حكماً أصيلاً ومهما يرقى إلى درجة الأحكام الكبرى للاجتهاد الإداري.

هذا الحكم جاء بمناسبة الطعن الذي قدمته شركة التأمين (GIE Axa Courtage) بمناسبة دفعها التعويض عن الضرر الذي لحق بعدة أبنية تابعة لمحافظة (ايسون) التي دمرت بسبب حريق أحدثه فتى عهد برعايته إلى مؤسسة تابعة لإدارة الحماية القضائية للشباب، عندما أودع لديها بموجب إجراء إعانة تربية اتخذها قاضي الأحداث بناء على أحكام المواد 375 وما بعدها من القانون المدني، وهذا ما دفع بالشركة المذكورة بالسعي لإثبات مسؤولية الدولة أمام المحاكم الإدارية، وقد اعتبرت محكمة فرساي الابتدائية الإدارية طلبها محققاً باعتبار أن تحقق الضرر كان يجب أن ينظر إليه باعتباره نقصاً في اليقظة والحذر المطلوبين من مرافق الدولة، إلا أن محكمة استئناف باريس نقضت الحكم الأول بسبب أن أي تصرف خاطئ لا يمكن أن يعزى للمؤسسة التي عهد لها بأمر الاهتمام بحراسة الطفل، والملاحظ أن هذين الحكمين جاء متناقضين، إلا أن ذلك يعكس المسار الاجتهادي الذي رسمه مجلس الدولة حتى ذلك الحين، فقد كانا يخضعان لمسؤولية الإدارة بسبب القصر الذين عهد له برعايتهم لإعانتهم تربية لإثبات وجود خطأ، وقد تراجع مجلس الدولة في 11 شباط 2005، ملياً طلب مفوض الحكومة ديفيس (Devys) من هذا الاجتهاد، وأسس قضاءه على المسؤولية دون خطأ، بسبب الأضرار التي يحدثها القصر، وألغى المجلس حكم محكمة استئناف باريس الإدارية الذي كان مشوباً بغلط قانوني، نظراً لاستناده إلى الخطأ الثابت بشأن مسؤولية الإدارة، وحكم على الأخيرة بتعويض مجموع الأضرار التي سببها الحريق، وعليه فإن هذا الحكم بشأن حراسة الغير تقدم كأساس لمسؤولية السلطة العامة من دون خطأ.

وإذا أمكننا القول أن مدلول الأساس المباشر، يساوي مفهوم العنصر المكون لقاعدة المسؤولية التي تقود إلى تعيين المدين، وذلك من خلال إثبات وجود رابطة قانونية بين المسؤول والضرر وهذا الأساس المباشر يعطى إلى القاضي، والتعرف عليه عبارة عن تمرين تقني قانوني يقوم على تحليل نص القاعدة القانونية، عكس الأساس غير المباشر تماماً الذي يمثل مبدأ سامياً من حيث الجوهر، يحتمل أن يتجاوز التبرير القانوني.

¹ CE, 11 Février 2005, GiE Axa Courtage, Lebon, P. 45 ; Concl Devys, P. 46 ; RFDA, 2005, note Bon ; AJDA, 2005, PP. 663-666, chron. Landais et Lenica ; JCP 2005. II. 10070, note Rouault ; JCPA 2005, 1132, note Moreau ; RTD civ. 2005, P. 585, Chron. Hauser ; Resp. Civ. Et assur. 2005, comm. 192, obs. Guettier ; Dr. Fam, 1 er Juillet 2005, PP. 38-39, note Dupré de Boulois.

من ذلك يتضح أن حراسة الغير، التي تعد كافية لتبرير العلاقة القائمة بين الشخص العام والضرر، تعد الأساس المباشر لمسؤولية الإدارة دون خطأ في مجال القصر الموضوعين بموجب إعانة تربية تستند إلى نص المادة (375) وما بعدها من القانون المدني¹.

ثم توالت أحكام مجلس الدولة في هذا المجال وأصبح الحارس (الدولة أو الجماعات المحلية، هيئة عامة مختصة)، تُحمل المسؤولية حتى في ظل طلب من الأبوين بوضع ابنهما تحت الحراسة، CE, 17 déc. 2008, Garde des Sceaux c. Lauze, Rec, p.906 بل وحتى عندما يكون في زيارة مؤقتة لدى عائلته². CE, 03 juin. 2009, Garde des Sceaux c. soc. Gan. assurances, Rec, p.936

المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية

تباينت آراء الفقه وأحكام القضاء من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية، وذلك باختلاف الأنظمة القانونية، النظام اللاتيني الجرمانى مؤيد للطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية والنظام الأنجلوسكسوني مؤيد للطبيعة السياسية للنظرية.

المطلب الأول: موقف الفقه المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية

في إطار هذا الاتجاه الفقهي هناك من ينكر على حالة الضرورة القيمة القانونية وإن كان لا يجردها من قيمتها الواقعية وتأسيسها على ذلك ينتهي هذا الفقه إلى أن نظرية الضرورة هي نظرية سياسية وليس قانونية يمثل هذا الاتجاه الفقه الأنجلوسكسوني وجانب من الفقه الفرنسي القديم³.

الفرع الأول: الفقه اللاتيني الجرمانى

تأرجح موقف الفقه الفرنسي بين الفقه القديم المؤيد للتبرير السياسي والفقه الحديث المؤيد للتبرير القانوني للنظرية، والتي سايره في ذلك الفقه المصري.

¹ أحمد محمود أحمد الربيعي، المرجع السابق، ص.316.

² Marie-christine Rouault, Droit administratif et institutions administratives, 3^e éd, éd Larcier, 2015, p.477.

³ جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، دراسة مقترنة، ط الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1429 - 2009، ص.ص.138،139.

البند الأول: موقف الفقه الفرنسي من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية

نلاحظ تباين في موقف الفقه الفرنسي من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية، بين الفقه القديم المؤيد للطبيعة السياسية، والفقه الحديث المؤيد للطبيعة القانونية، وذلك وفق ما يلي:

أولاً- الفقه الفرنسي (القديم) المؤيد للطبيعة السياسية للظرف الاستثنائي:

الفقه الفرنسي القديم يعتبر نظرية الضرورة مجرد نظرية سياسية لا يمكن تبريرها من الناحية القانونية، فقد تبنى هذا الموقف العديد من الفقهاء الفرنسيين من أبرزهم (أيسمان وبارتملي ودويز وكاربه دي مالبريك) فهم وإن كانوا يذهبون إلى تجريد الواقع من كل قيمة قانونية، فهم لا يجردون الواقع من قيمته الواقعية، لذا فهم يرفضون أن يبنوا على حالة الضرورة نظرية قانونية ويقبلون أن يبنوا على أساسها نظرية واقعية أو سياسة.

فالفقيه (أيسمان) لا يقبل أن تكون نظرية الضرورة أساساً لحق الإدارة في اتخاذ الإجراءات الاستثنائية أو أن تكون مصدر للقواعد القانونية التي تطبق في تلك الظروف وقد أوجز موقفه هذا بعبارة موجزة حينما قال " أن نظام المشروعية عندنا لا يعلق ولا يوقف أبداً " فهو لا يرى في الضرورة نظرية قانونية يمكن الاستناد إليها لتبرير الخروج عن أحكام الدستور عندما يتهدد الدولة خطر داهم لا يكون له دفع بغير هذا الخروج، إلا أنه مع ذلك لا يذهب إلى حد القول بالتضحية بسلامة الدولة من أجل المحافظة على بعض النصوص بل ويدعو إلى المحافظة على سلامة الدولة وبراها واجباً، ولكنه يبرر ذلك بحكم الواقع لا بحكم القانون المستمد من نظرية الضرورة، لذا فهو ينتمي إلى أن مسؤولية الإدارة الجنائية تبقى قائمة عند اتخاذها هذه القرارات الواجبة غير المشروعة ولا يعفيها إلا إصدار قانون التضمينات.¹

أما الفقيهان (بارتملي ودويز) فيذهبان إلى القول بأن مبدأ المشروعية يجب أن يسود في الأوقات العادية والاستثنائية، وأن لا وجود لما يسمى " حق الضرورة " إلا أنهما يعترفان بأن حكم الواقع يطغى بصورة مؤقتة على حكم القانون في أصول الضرورة والاستعجال.²

¹ جعفر عبد السادة بهير الدراجي، المرجع السابق، ص.140.

² يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974، ص.ص، 26-29.

أما الفقيه (كاريه دي مالبيرك)، فلا يرى في الضرورة نظرية قانونية يمكن الاستناد إليها في تبرير الخروج على النظام القانوني القائم، إلا أنه يعترف وعلى أساس من الحقائق الواقعية بأن بعض الظروف تشكل بالفعل خطورة على المصالح القومية على نحو لا يسمح باحترام المبادئ القانونية العامة، فهو لا يغفل نهائياً الضرورة والأزمات التي لا تتفك عن التعرض لحياة الدول وتدفعها للجوء إلى الإجراءات الاستثنائية للمحافظة على سلامتها وكيانها، فهو يعتبر القرارات والتصرفات التي تأتيها السلطة التنفيذية تحت ضغط الظروف الاستثنائية، معدومة القيمة من الناحية القانونية، فهو يقبل الضرورة واقعا لا بد من مواجهته ويرفضها كنظرية قانونية.¹

ثانياً - الفقه الفرنسي الحديث المؤيد للطبيعة القانونية للظرف الاستثنائي:

يعتبر رجال الفقه الألماني مثل (جلينيك وأهرنج والفيلسوف هيجل وكوهلر) نظرية الضرورة نظرية قانونية، ترتب حقا للدولة في التصرف لمجابهة الظروف الاستثنائية؛ وهو (حق الضرورة) والذي يعترفون به رغم سكوت الدستور،² ويشاركه في هذا الاتجاه جانب من الفقه الفرنسي يمثله الفقيهان (دوجي وهوريو) مع اختلاف النتائج التي ينتهي إليها كل فريق فلم يندفع الفقه الفرنسي ليصل إلى نتائج التي وصل إليها الفقه الألماني وجاوز فيها حدود المؤلف.³

1- تأثر الفقه الفرنسي الحديث بالفقه الألماني: تعود بداية التصور القانوني لنظرية الضرورة من الفقه الألماني إلى فلسفة (هيجل) وفكرته عن سيادة الدولة التي تعد بحق تطبيقاً لمقولة (شيشرون) القديمة " سلامة الشعب فوق القانون " والتي تقضي إلى أن الدولة إذا ما تهددها الخطر أو تعرضت مصالحها الحيوية إلى الخطر فإنها تتحلل من الالتزام بأي قاعدة أو قيد، وبالتالي أصبح من حقها وواجبها اتخاذ كل الإجراءات للحفاظ على وجودها.⁴

وينتهي (هيجل) إلى تبرير خروج الدولة على القانون في حالة الضرورة بالقول: أن الدولة هي التي أوجدت القانون وهي التي تخضع له لتحقيق مصالحها، وعلى ذلك فلا خضوع عليها إذا كان تحقيق مصالحها هو في عدم الخضوع، إن القانون وسيلة لغاية هي حماية الجماعة فإذا لم تؤد القواعد

¹ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982، ص.ص. 17، 18.

² عبد الحميد متولي، المرجع السابق، ص. 328.

³ سامي جمال الدين، المرجع نفسه، ص. 22.

⁴ وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص. 65.

القانونية إلى هذه الغاية فلا يجب الخضوع إلى القانون وعلى الدولة أن تضحى به في سبيل الجماعة.¹ فقد كان (هيجل) بذلك أول من برر شرعية خروج الدولة على القانون في أحوال الضرورة، ثم تبعه كل الفقه الألماني في هذا المسلك، وعلى رأسهم الفقيهان (جلينيك وأهرنج)، ومن هنا فإن القواعد التي تنظم ممارسة السلطة لا يمكن أن تكون إلا من عمل الدولة نفسها، لهذا لا يمكن أن يتعارض القانون مع الدولة التي أوجدته وارتضت مختارة التقيد به، فإذا ما تهددها خطر فيها أن تدفع هذا الخطر بأي وسيلة ولو كانت هذه الوسيلة هي تعطيل حكم القانون أو مخالفته.²

البند الثاني: موقف الفقه المصري من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية

أما بالنسبة للفقه المصري فيكاد يجمع على الأخذ بالتصوير القانوني لنظرية الضرورة على غرار محمود محمد حافظ، مصطفى أبو زيد فهمي، محمد كامل ليلة، إبراهيم درويش. ويترتب على هذا التصوير القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية أن تعد جميع الإجراءات التي تتخذها الدولة في حالة الضرورة إجراءات مشروعة، طالما تزاوّل الدولة حقا شرعيا ولذلك فلا مسؤولية على الدولة أو موظفيها ولا ضرورة لصدور قانون للتضمنيات لتصحيح هذه الأعمال.³ لكن انقسم الفقه حيال ما إذا كان يحق للقضاء فرض رقابته على عنصر الاستعجال وعنصر الضرورة في القوانين المؤقتة إلى مدرستين:

الأولى: يرأسها الدكتور عبد الرزاق السنهوري، حيث يقول أن من حق القضاء أن يفرض رقابته على عنصر الضرورة، فلمجلس الوزراء عند الضرورة اتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف ولكن الضرورة وفقا للقاعدة الشرعية تقدر بقدرها، ومن حق القضاء أن يتأكد أن تصرف مجلس الوزراء كان لازما لمواجهة الحال بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة الموقف.

وقال الدكتور محمد حافظ: ولاشك عندنا في أن السلطة التنفيذية هي الهيئة المختصة في تقدير الضرورة، ولكن جعل هذا التقدير خاضعا لرقابة البرلمان وحده، يجعل الرقابة في أغلب الأحوال متسمة بطابع سياسي.⁴

¹ السيد صبري، المرجع السابق، ص.5.

² جعفر عبد السادة بهير الدراجي. المرجع السابق، ص.143.

³ كاظم علي الجنابي، المرجع السابق، ص.30.

⁴ فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص.63.

أما المدرسة الثانية وعلى رأسها الدكتور سليمان الطماوي فهي ترى أن الرقابة على تقدير الحكومة لعنصر الضرورة هي رقابة برلمانية حيث يقول: "...ما تمليه طبيعة العلاقة بين السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية باعتبار أن استصدار لوائح الضرورة من غير ضرورة يتضمن اعتداء على اختصاص السلطة التشريعية، كما أن الضرورة مسألة مرنة، كما تقول محكمة القضاء الإداري ومن ثم يجب أن يترك تقديرها لرقابة السلطة التشريعية نفسها"، ولم يسع الفقيه الطماوي إلا أن يقول: "و إذا كان أمراً تحتمه الضرورة والاعتبارات العملية فإنه ينتهي إلى إهدار هذا الشرط"¹.

الفرع الثاني: الفقه الانجلوسكسوني

نتطرق في هذا الفرع إلى موقف الفقه البريطاني و الفقه الأمريكي.

البند الأول: موقف الفقه البريطاني من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية

فيما يتعلق بالفقه الأنجلوسكسوني فإنه يكاد أن يجمع على اعتبار نظرية الضرورة مجرد نظرية سياسية أو واقعية لا تكون بذاتها مصدراً لسلطات استثنائية تباشرها الحكومة من تلقاء نفسها دون تخويل من البرلمان، أو أساساً يبرر اتخاذ السلطة التنفيذية إجراءات وتدابير استثنائية، ويستندون في هذا الموقف على حقيقة أن مبدأ سمو الدستور وسيادة أحكام القانون لا يجوز الخروج على مقتضاهما في أي ظرف وتحت أي تبرير، وبسري هذا الحكم في أوقات الأزمات أيضاً وإذا ما كان للضرورة من تأثير وسلطان إنما يكون ذلك بحكم الواقع فحسب، دون أن يكون له أساس قانوني محدد.² ومن ذلك أن اتجاه التطور الدستوري الإنجليزي نحو تأكيد سيادة البرلمان على حساب السلطة التنفيذية لا يتماشى مع فكرة تركيز السلطات بيد السلطة التنفيذية في أحوال الضرورة و الاستعجال.

ولما كانت نظرية الضرورة في جوهرها تركيز السلطات بيد السلطة التنفيذية في الظروف الاستثنائية لذا باتت كل محاولة لإنفاص سلطة البرلمان لتقوية السلطة التنفيذية تكون عكس اتجاه التطور الدستوري الإنجليزي وفقاً للمبادئ الديمقراطية، فالتقليد الإنجليزي يرفض أن يخول السلطة التنفيذية سلطات استثنائية ولكن لا يتردد في منحها للبرلمان،³ فقد استقر العرف في إنجلترا في هذه الظروف أن تلجأ الحكومة إلى البرلمان ليخولها بقانون سلطات مطلقة لاتخاذ ما تراه مناسباً من

¹ المرجع نفسه، ص.64.

² عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والنظم السياسية، الطبعة الأولى، دار المعارف، الإسكندرية، مصر، 1959، ص.329.

³ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص.ص.21،22.

الإجراءات والأوامر عن طريق المراسيم،¹ ويمكن اللجوء إلى إعلان حالة الطوارئ -والتي تقابل حالة الضرورة في فرنسا- والتي تترتب عليها أثر مهم هو أنها تشكل الأساس الذي يدفع البرلمان إلى تخويل السلطة التنفيذية السلطات والصلاحيات اللازمة لمواجهة الأزمات والظروف الاستثنائية.²

وهذا ما يبرر عدم العثور على أحكام من القضاء الانجليزي تتبنى صراحة نظرية الضرورة إذ أن المشرع الانجليزي أغنى السلطة التنفيذية عن الاستناد إلى نظرية الضرورة بما أعطاها من سلطات لتواجه بها الأزمات وتحافظ بها على سلامة الدولة وأمنها واستقرارها في ظل رقابة البرلمان السياسية بطبيعة الحال ويغنيها دائما في الأزمات والطوارئ.³

البند الثاني: موقف الفقه الأمريكي من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية

لا يختلف الوضع في الولايات المتحدة الأمريكية عن بريطانيا، حيث يرفض غالبية فقهاء القانون العام التسليم بنظرية الضرورة باعتبارها مصدر للتدخل من قواعد المشروعية العادية، وإن كان هناك ما يسمى بالتفويض التشريعي أو حالة الطوارئ فإن هذه الاختصاصات مقيدة بترخيص من الكونجرس الأمريكي.

حيث يستطيع رئيس الولايات المتحدة الأمريكية عن طريق التفسير الواسع لنص المادة الثانية من الدستور، اتخاذ كل التدابير الضرورية واللازمة لتأمين البلاد ولو خالفت أحكام الدستور؛ فيما يقره من ضمانات للحريات والحقوق وأحكام التشريعات التي يصدرها الكونجرس، ويبدو أن بعض فقهاء القانون العام في هذه الدول اتجهوا إلى الأخذ بهذه الحقيقة، إلا أنه برغم هذا الاتجاه لا زال هؤلاء الفقهاء يتمسكوا بأن مبدأ سيادة القانون يجب أن لا يهدر بالكامل⁴، وعدم الاعتراف بكل قيمة قانونية لنظرية الظروف الاستثنائية واعتبارها خروج على مبدأ المشروعية ولا تستند إلى أي أساس قانوني وهذا هو الاتجاه الذي تبنته المدرسة الأنجلو أمريكية.⁵

¹ السيد صبري، اللوائح التشريعية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1944، ص.11.

² وجدي ثابت غبريال، المرجع السابق، ص.54.

³ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص.68.

⁴ عباس العادلي، المرجع السابق، ص.23.

⁵ عقيل قدوري عبد الحسن، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الشخصية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون جامعة آل البيت، الأردن، 2015-2016، ص.56.

الفرع الثالث: الفقه الإسلامي

لا شك أن الفقه الإسلامي سابق في إقرار نظرية الظروف الاستثنائية وإن اختلفت مسمياتها، وذلك مرده أن مصدر هذه النظرية يرجع إلى القرآن الكريم و السنة النبوية التي أرست بعض قواعدها.

البند الأول: أساس نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية

تستند نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية إلى أصلين أساسيين هما:

أولاً- فكرة الضرورة التي تقرها الشرائع الإلهية، بل والتشريعات الوضعية، وتعد ركيزة أساسية تبنى عليها الشريعة كثيرا من أحكامها، وسببا من أسباب الرخصة التي قررها المولى عز وجل تيسيرا على عباده، ورفعاً للحرَج عنهم، وسببا من الأسباب التي تخول الإدارة اتخاذ إجراءات استثنائية تحقيقاً للمصالح العام.

ثانياً- تحقيق المصالح الأساسية لرعايا المجتمع الإسلامي في دنياهم وأخراهم، فإذا حلت بالدولة ظروف استثنائية، وترتب على أعمال القواعد المقررة للظروف العادية ضياع هذه المصالح الأساسية، أو تعريضها للخطر، وجب في هذه الحالة العدول عن هذه القواعد إلى ما تستوجبها الظروف الاستثنائية، والعمل بمقتضى الرخصة، دفعا للضرر، ودرءا للمخاطر¹.

البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الاستثنائية

يرى بعض الفقهاء أن مصدر هذه النظرية يرجع إلى الشريعة الإسلامية²، حيث أرست هذه الشريعة في القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة بعض القواعد العامة التي لها علاقة مباشرة بنظرية الظروف الاستثنائية، و حيث أن الغاية في الشريعة الإسلامية من تقريرها هو تحقيق المنافع و درء المفسدات فالقرآن الكريم حدد المحظورات التي يمنع القيام بها والإقدام عليها، ولكن في حالة الضرورة أجاز مثلا مواجهة الجوع و الهلاك الذي يؤدي إلى هلاك النفس بأكل الميتة و الدم و لحم الخنزير في

¹ إسماعيل بدوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، ج الأول، مبدأ المشروعية، ط الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992، ص.180.

² إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الدولة، القاهرة، 1967، السنة 11، العدد 3، ص.140.

حالة الضرورة حيث قال تعالى في كتابه العزيز " إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيكُمُ الْمَيْتَةَ وَ الدَّمَ وَ لَحْمَ الْخِنزِيرِ وَ مَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ أَضْطُرَّ بِغَيْرِ بَاغٍ وَ لَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"¹.

و أباح الله سبحانه و تعالى في حالة الإضرار و الإكراه التلفظ بكلمة الكفر، وذلك لدرء قتل النفس أو إتلاف عضو في الجسم، حيث قال تعالى " مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَ لَكِنْ مَنْ شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَ لَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ"².

و قد طبق سيدنا محمد عليه الصلاة و السلام نظرية الظروف الاستثنائية، حيث نهى عن قطع الأيدي في الغزو، وكذلك قطع الأيدي في السفر. و الخلفاء رضي الله عنهم طبقوا هذه النظرية، فسيدنا عمر بن الخطاب لم يطبق حد السرقة على السارق بقطع يده، و ذلك لظرف استثنائي في عام (الرمادة) المجاعة و القحط الذي أصاب البلاد في عهده، و الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية ليست دائمة بل و قتية حيث تقدر بقدرها، حيث أن الشريعة الإسلامية أرست العديد من القواعد العامة ومنها: الضرورات تبيح المحظورات" و" الضرورة تقدر بقدرها "و" ألا يباح من أجل الضرورة إلا على قدر ما يدفع به" و" لزوم ما يلزم " و" يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، ولقد استقر الفقه الإسلامي على أنه يقتضي التيسير على الدولة في أداء وظيفتها في الظروف الاستثنائية دفعا لضرر و دفعا للمشقة حتى و إن حدث ضرر خاص، و أيضا جواز توسيع اختصاصات السلطة الحاكمة في الدولة في الظروف الاستثنائية كحالة الحرب و الفتن و الأزمات الاقتصادية³.

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية

إن اختلاف موقف القضاء المقارن بشأن الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية بين الطبيعة السياسية والطبيعة القانونية، انعكس ذلك على أحكامه من خلال إقرار القضاء الإداري في النظام اللاتيني الجرمانى بنظرية الظروف الاستثنائية، في حين استبعدتها القضاء في النظام الأنجلوسكسونى تاركا المجال للبرلمان لبيسط رقابته، وفي أحيان أخرى نجده تصدى لها على غرار القضاء الأمريكى.

¹ سورة البقرة، الآية 173.

² سورة النحل، الآية 106.

³ هديل محمد فضل العتيلي، المرجع السابق، ص.25.

الفرع الأول: موقف القضاء في النظام اللاتيني الجرمانى (فرنسا ومصر)

علينا أن نميز عند دراسة موقف القضاء في النظام اللاتيني الجرمانى من نظرية الظروف الاستثنائية خاصة الدول التي تأخذ بمبدأ ازدواجية القانون والقضاء، بين موقف القضاء العادى وموقف القضاء الإدارى وذلك كما يلي.

البند الأول: موقف القضاء العادى

نتعرض أولاً لموقف القضاء العادى الفرنسى ثم القضاء العادى المصرى وذلك وفق الآتى:

أولاً- القضاء العادى الفرنسى:

رفض القضاء العادى الفرنسى على رأسه محكمة النقض، الاستناد إلى نظرية الظروف الاستثنائية حتى في أوقات الأزمات، ولم يقر الحكومة على قيامها بتعديل نص تشريعى بواسطة مرسوم أثناء الحرب العالمية الأولى، ولم يوافقها على ما أصدرته من قرارات نصت على عقوبات معينة لمخالفة تلك القرارات حيث لم تكن هذه القرارات تستند إلى أي نص قانونى، حيث أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها بتاريخ 3 نوفمبر عام 1917، ورفضت بواسطته تطبيق المرسوم الصادر من الحكومة بتاريخ 3 ماي 1917، والذي رفع من نسبة الدقيق الأبيض في مخلوط الدقيق، أكثر من النسبة المحددة بمقتضى قانون 25 أبريل سنة 1916، وقرر عقوبة جنائية على من يخالفه، تأسيساً على أن الحكومة ليس من سلطتها تعديل نص تشريعى وتقرير عقوبة جنائية حتى في ظل الحرب إلا إذا سمح لها القانون بذلك¹.

ثانياً- القضاء العادى المصرى:

أما في مصر كان القضاء قبل إنشاء مجلس الدولة سنة 1946، متأرجحاً في أحكامه بين قبول النظرية أو رفضها، ولعل من أهم الأحكام التي تمثل الإتجاه الراض لهذه النظرية حكم قاضى الأمور المستعجلة بمحكمة مصر الكلية، وحكم محكمة الاستئناف الأهلية ويتعلق الحكم الأول بصدور قرار إدارى يقضى بإغلاق المجالات المقلقة للراحة، وذلك رغم أن القرار الإدارى قد استند في ذلك إلى أن إغلاق المحل على غير ما تقضى به لائحة المجال المقلقة للراحة، فإن الإدارة لا تستطيع إتلاف

¹ حمزة حسين محمد القطروس، المرجع السابق، ص.83.

مثل هذا المحل مادام ذلك الإغلاق لا يندرج بحق حالة من الحالات المنصوص عليها في اللائحة، وأن تصرف الإدارة وعلى خلاف ذلك يعتبر عملا من أعمال الغضب، تملك المحاكم تعطيله.¹

أما الحكم الثاني صدر عن محكمة الاستئناف الأهلية الصادرة بتاريخ 10 ديسمبر 1933، حيث جاء في حيثيات الحكم الحجز على حرية فرد بحجره في أحد أقسام البوليس، يعتبر عملا من الأعمال الموجبة لمسؤولية الحكومة إذا ما وقع مخالفة للقانون، ولا محل للقول بأنه يعتبر عملا من أعمال السيادة إذا وقع في ظروف استثنائية في حالة الشعب أو الثورة، ويصبح بذلك خارجا عن سلطة القضاء، ولو وقع مخالفا للقانون، فقد ذهبت المحكمة فيه إلى أن الظروف الاستثنائية لكي تبرر مخالفة القانون العام، يجب أن تكون منظمة بعدل تشريعي من الدولة صاحبة السيادة حتى يكون الإجراء قانونيا، وطالما لم يصدر فيجب احترام القانون العام الجاري العمل به.²

يتضح لنا من هذين الحكمين أنهما لا يعتدان بنظرية الظروف الاستثنائية، بل إنهما يمثلان دون شك استثناء من أصل عام، هذا الأصل الذي يمثله الاتجاه الغالب للقضاء والذي يعتد بنظرية الظروف الاستثنائية، ويرتب عليها جواز الخروج على قواعد المشروعية العادية.*

البند الثاني: موقف القضاء الإداري

كذلك نتطرق لموقف القضاء الإداري الفرنسي ثم القضاء الإداري المصري

أولا- القضاء الإداري الفرنسي:

كان أكثر تحررا وذلك بحكم نشأته وخبرته واحتكاكه بالإدارة، مما جعله أقدر على تقدير ظروفها وأوضاعها، فذهب إلى أن نطاق المشروعية رغم ضيقه في الظروف العادية، فإنه يتسع في أوقات الأزمات ليصح أعمال الإدارة المتخذة لمواجهة هذه الظروف.

وبناء عليه فقد اعتد بنظرية الظروف الاستثنائية منذ بداية الحرب العالمية الأولى، وكان ذلك بمناسبة حكم " Heyries " الذي تتلخص وقائعه في أن رئيس الجمهورية أصدر في 10 سبتمبر عام 1914 م، مرسوما يقضي بإيقاف العمل بالمادة (25) من قانون 22 أبريل عام 1905 م المتضمنة

¹ حكم مستعجل صادر من محكمة مصر الكلية بتاريخ 3 ديسمبر سنة 1932 م، منشور بمجلة المحاماة، السنة 15، ص.122. وقد تم تأييد هذا الحكم استئنافا في 11 مايو سنة 1935، مجلة المحاماة، السنة 15، ص.64.

² حكم محكمة الاستئناف، بتاريخ 10 ديسمبر 1933 م، تحت رقم 428، مجلة المحاماة، السنة 13، مصر، ص.867.

ضرورة إطلاع الموظف على ملف خدمته قبل توقيع أي جزء تأديبي عليه، وقد أخذ المجلس في هذا الحكم بعين الاعتبار أن ظروف الحرب وضرورات الدفاع الوطني توجب تمكين الإدارة من اتخاذ قرارات بالسرعة الواجبة، دون تقيد بالضمانات التي تنص عليها القوانين لصالح الأفراد والتي تنطبق في الظروف العادية.

وكذلك حكم " الجنرال فيرييه "، يعتبر من أوائل الأحكام التي طبق فيها مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية، حيث رفض المجلس الطعن المقدم من طرف الجنرال فيرييه ضد القرار الصادر بإحالاته إلى الاستيداع بالمخالفة للشكل الذي ينص عليه القانون، والمتعلق بضرورة أخذ رأي المجلس الأعلى للدفاع مسبقاً قبل إحالة الضباط إلى المعاش وذلك على أساس أن الحكومة كانت مضطرة إلى اتخاذ مثل هذا القرار في ظل الظروف العصيبة التي مرت بها البلاد خلال الحرب¹.

وقد ذهب الفقه الفرنسي في جملته إلى اعتبار أن هذا الحكم يستند في جوهره إلى نظرية الظروف الاستثنائية، وهو يمثل نقطة بداية وجودها في القضاء الفرنسي سواء منهم المؤيدين لهذه النظرية أو الرافضين لها² وتتوافر الظروف الاستثنائية في نظر مجلس الدولة الفرنسي إذا نشأ خطر جسيم يهدد سلامة الدولة أو النظام العام وكان من المستحيل مواجهته عن طريق إتباع القواعد القانونية العادية، كأن ينقطع الاتصال بين الحكومة وبعض الوحدات الإدارية، أو يكون إتباع القوانين العادية من شأنه أن يؤدي للتأخر في مواجهة الخطر الذي يهدد الدولة، لذلك فقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة توافر شروط معينة حتى يمكن اللجوء لنظرية الظروف الاستثنائية وتتمثل في قيام حالة استثنائية وطارئة، ويكون تطبيق القانون العادي فيها غير مستقيم مع قصد المشرع بحكم ما ينطوي عليه ذلك من تهديد خطير للأمن وتعطيل سير المرافق العامة الجوهرية.

هذا وقد أباح مجلس الدولة للإدارة إذا توافرت شروط نظرية الظروف الاستثنائية مخالفة قواعد الاختصاص وعدم الالتزام بالشروط المتعلقة بشكل وإجراءات العمل الإداري، وكذلك تقييد الحريات العامة، ومن أهم القرارات الحديثة لمجلس الدولة الفرنسي:

¹ حمزة حسين محمد القطروس، المرجع السابق، ص.83.

² يحيى الجمل، المرجع السابق، ص. ص. 209، 210.

1-قضية وزير الداخلي ضد السيد E:

طلبت السيدة A...B ، زوجة E..من قاضي المحكمة الإدارية بليل Lille الفصل في الموضوع طبقا لأحكام المادة L.521-2 من قانون القضاء الإداري، والأمر بإلغاء تنفيذ القرار الصادر في 20 مارس 2017 المتعلق بتمديد حالة الإقامة الجبرية للمدعي في بلدية Maubeuge مدة ثلاث أشهر إضافية، وإجباره على الحضور يوميا إلى مركز الشرطة للتوقيع في سجل الحضور، وإجبارية ملازمة منزله يوميا من الساعة الثامنة ليلا إلى الساعة السادسة صباحا.¹

وبتاريخ 16 جوان 2017، تم إلغاء قرار الوزير المؤرخ في 20 مارس 2017، مما أدى به إلى تقديم طعن أمام مجلس الدولة.

وبتاريخ 19 جوان 2017²، تم رفض طعن وزير الداخلية، وتعويض السيدة E بمبلغ 1000 يورو طبقا للمادة L.761 من قانون القضاء الإداري³، والمادة 37 من قانون 10 جويلية 1991 .

2-قضية M. A...B... ضد وزير الداخلية: وهي قضية مشابهة لسابقتها، إلا أن حكم مجلس الدولة جاء مؤيد لقرار وزير الداخلية.

وتتلخص وقائع القضية في طلب قدمه M, J...A...B إلى قاضي المحكمة الإدارية بتولوز toulouse، للنظر في أساس المادة L.521-2 من قانون القضاء الإداري، وإلغاء تنفيذ قرار وزير الداخلية الصادر 20 مارس 2017، والمتعلق بتمديد حالة الإقامة الجبرية لأكثر من 12 شهر بدون مبرر جديد من طرف الوزير.

كان السيد M, J...A...B المولود في بلجيكا بتاريخ 1985 يحمل الجنسية المزدوجة (بلجيكية وتونسية)، حيث تم وضعه تحت الإقامة الجبرية وفقا للقرار الصادر بتاريخ 17 نوفمبر 2015، حيث تم تجديد هذا الإجراء في 24 أبريل 2016، وفي 21 مارس تمت إدانته بالحبس لمدة 3 أشهر، وفي

¹ تعود أحداث هذه القضية ، بسبب إعلان حالة الطوارئ الصادرة بموجب مرسوم رقم 1475-2015، المؤرخ في 14 نوفمبر 2015، تطبيقا لقانون 3 أبريل 1955، حيث تم الاشتباه في السيد E بانتمائه للجماعات الإرهابية اثر مراهمة منزله وضبط على جهاز الكمبيوتر مواقع محرض على الإرهاب وصور لجهاديين...الخ، حيث قامت السلطة المختصة بوضعها تحت الإقامة الجبرية بداعي أنها تشكل خطر على النظام العام، مما أدى إلى تمديد الحجز كل مرة.

² C.E, ordonnance 19 juin 2017,N° 411588, Ministre de l'intérieur c/ Mme E.

³ Code de justice administrative, modification le 05 novembre 2017, Document généré le 11 janvier 2018, copyright © 2007-2018, legifrance.

Article L 761-1 : Dans toute les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation.

24 ماي 2016 تم وضعه مرت أخرى تحت الإقامة الجبرية، مع تجديد الإجراء كل مرة، مما أدى بهذا الأخير بتقديم طلب إلى القاضي على مستوى المحكمة الإدارية لتولوز، لرفع الحجز التعسفي خاصة القرار الأخير الصادر في 12 أوت 2016، لكن طلبه تم رفضه، وتم تجديد حالة الإقامة الجبرية في 20 ديسمبر 2016، وأيضا تم رفض طلبه مجددا بتاريخ 12 جانفي 2017، ما أدى به إلى رفع دعواه أمام مجلس الدولة، وتم بتاريخ 25 أبريل 2017 رفض العريضة المقدمة من السيد M, J...A...B، مسببا قراره بعد تم تقديم مستندات تثبت ضلوعه مع جماعات إرهابية في بث الرعب عبر عديد من البلدان، وخاصة سلوكه الذي لم يبد أي رغبة في قطع صلاته بالإسلاميين الرادكاليين، وهذا يشكل تهديدا خطيرا بشكل خاص على النظام والأمن العامين¹.

كما أصعب المجلس صفة العمل الإداري على الأعمال الصادرة من أشخاص في مجال إدارة المرافق العامة في حالة عجز السلطات المكلفة بإدارة هذه المرافق عن القيام بعملها " نظرية الموظف الفعلي " ².

ثانيا - القضاء الإداري المصري:

أما القضاء الإداري المصري فقد أقر مجلس الدولة منذ نشأته بنظرية الظروف الاستثنائية خارج إطار النصوص المنظمة لحالة الضرورة لنظرية الظروف الاستثنائية القضائية، ومن أحكامه الهامة في هذا الصدد حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 26 يونيو 1951 م في قضية " جريدة مصر الفتاة"³ وهو أول تعرض لنظرية الظروف الاستثنائية القضائية من جانب محكمة القضاء الإداري منذ نشأتها وتتلخص وقائع هذه القضية في أن " جريدة مصر الفتاة " كانت قد بدأت في شن حملة قوية على الحكومة التي كانت قائمة في البلاد آنذاك، فلما اشتدت الحملة وبدأت تحدث آثار واضحة في الرأي العام، تقدمت الحكومة ببلاغ إلى النيابة العامة ضد الجريدة وبدورها تولت النيابة

¹ C.E, 25 avril 2017, M. A... B...c/ministre de l'intérieur, N°409677.

² يسرى محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995، ص.22.

³ حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 26 يونيو 1951 م في القضية رقم 587، لسنة 5 القضائية، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة الخامسة، رقم 357، ص 1099، أشار إليه: حمزة حسين محمد القطروس، الأسس النظرية والعملية لحماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية في فلسطين، ماجستير في الحقوق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 2016، ص.86.

العامّة التحقيق مع المسؤول عن تحريرها، وعلى الرغم من ذلك الإجراء، لم تكفّ الجريدة عن دعوتها وإثارتها للرأي العام، فلجأت النيابة إلى المحكمة لاستصدار قرار بتعطيلها وفق ما يقضي به قانون المطبوعات، وفي تلك الفترة التي كانت الدعوى فيها منظورة أمام المحكمة اشتدت حملة الجريدة على الحكومة على نحو رأّت معه الأخيرة أن ترك الجريدة تواصل حملتها سيؤدي إلى خطر داهم يهدد المصلحة العامة ويؤدي لقيام ثورة في البلاد، ولذلك واستناداً لنظرية الضرورة قررت الحكومة إلغاء الترخيص الصادر للجريدة وحجبها عن الظهور، وقد طعن المسؤول عن الجريدة في هذا القرار أمام محكمة القضاء الإداري، وقد جددت المحكمة في ذلك الحكم الضوابط والأصول العامة التي يجب توافرها لقيام الضرورة وأن الضرورات تبيح المحظورات وأن الضرورة تقدر بقدرها "

ويلاحظ من خلال الحكم السابق أنه حدد شروط معينة لنظرية الظروف الاستثنائية، وأقر مبدأ إخضاع جميع تصرفات الإدارة في حالة الظروف الاستثنائية لرقابة القضاء، كما قرر مسؤولية الإدارة عن التدابير والإجراءات التي تتخذها إذا انتفى قيام ظرف الاستثنائي.

الفرع الثاني: موقف القضاء في النظام الأنجلوسكسوني

وقف القضاء مواقف متباينة في ما يخص نظرية الظروف الاستثنائية، فمنهم من رفض الأخذ بها والاستناد إليها عند خروج السلطة والإدارة العامة عن قواعد المشروعية العادية، ومنهم من وقف موقف القبول والارتياح تجاهها وترتيب آثارها وذلك ما سنوضحه وفق ما يلي:

البند الأول: موقف القضاء البريطاني

إن القضاء البريطاني قد رفض الخوض في نظرية الضرورة وتطبيقاتها وذلك لأن الدستور البريطاني يعد من الدساتير المرنة، وبالتالي فإن البرلمان يستطيع تعديل الدستور بقانون عادي يصدره في أي وقت، فضلاً عن أن البرلمان البريطاني قد درج على منح السلطة التنفيذية في أوقات الحروب والأزمات سلطات كاملة لمواجهة هذه الأخطار من أجل المحافظة على سلامة الدولة، وكان البرلمان يمنح الحكومة هذه السلطات بمقتضى قوانين سلطات الطوارئ (emergency Acts).

وعلى الرغم من ذلك كله فإن نظرية الضرورة قد أثيرة أمام القضاء البريطاني في القضية المشهورة باسم (Zadig).

تتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد المواطنين الأجانب قد حصل على الجنسية البريطانية وقبض عليه وقدم للمحاكمة، وتم إدانته بالحبس لارتكابه جريمة من الجرائم التي نصت عليها إحدى

اللوائح التشريعية النافذة بمقتضى قانون الدفاع (the defence of realm act) الصادر بتاريخ 18 أغسطس عام 1914 بمناسبة الحرب العالمية الأولى، حيث أقر البرلمان للحكومة بسلطات واسعة لمواجهة الموقف¹.

وقد استند دفاع الحكومة على لسان نائبيها العام، على أن الحكومة عندما أصدرت هذه اللوائح لمواجهة ضرورات الحرب، وقامت بتجريم أفعال معينة وأنشأت محاكم عرفية، إنما كانت تتصرف في حدود سلطتها واختصاصاتها الممنوحة لها بموجب القانون المذكور وعلى الرغم من عدم إشارة المفوض لنظرية الضرورة، فقد استند لما أعطى للحكومة من حق التشريع في حالة الحرب، إلا أن محامي المدعي (Zadig) طعن في إجراءات المحاكمة العرفية، واعتبر بأنه لم يصدر حكم ضد موكله بالمعنى القانوني، وذلك لأن الحكم لم يصدر من قضاة عاديين وبعد أخذ رأي المحلفين، فضلا عن أن البرلمان لم ينص صراحة على حق الحكومة في إنشاء مثل هذه المحاكم وفي كل المراحل التي مرت بها هذه القضية، سواء محكمة أول درجة أو الاستئناف ثم مجلس اللوردات، رفض القضاء الدفع الذي تقدم به محامي المتهم، واعتبر أن الحكومة قد تصرفت في نطاق الاختصاص الممنوح لها من البرلمان².

إذن يستخلص من هذا الحكم بأن القضاء البريطاني لم يتعرض لنظرية الضرورة لأن المشرع الانجليزي (البرلمان) أعطى الحكومة سلطات كاملة وزودها بالتشريعات اللازمة للمحافظة على أمن الوطن وسلامته في أوقات الأزمات، وبناء على هذا الأساس لم يعد هناك حاجة للاستناد إلى هذه النظرية.

كما أنه في حالة الظروف الاستثنائية عند إعلان حالة الطوارئ، فإن المحاكم تدعم بمجموعة من القانونيين، من أجل السرعة في إصدار الأحكام وعدم تكديسها ويقدر عدد المحاكم في بريطانيا بـ 1000 محكمة موزعة على جميع المدن البريطانية³.

ويبقى التوجه الحديث في النظام القانوني البريطاني خاصة بعد أحداث سبتمبر 2001، بإصدار قانون مكافحة الإرهاب، الذي وسع من صلاحيات أجهزة الأمن، بما فيها سحب الجوازات

¹ حمزة حسين محمد القطروس، مرجع سابق، ص.72.

² حمزة حسين محمد القطروس، مرجع سابق، ص.73.

³ أسامة محمد بحر، حدود سلطات الضبط الإداري في حالات الطوارئ والحرب، سلطات غير اعتيادية لمواجهة ظروف استثنائية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2017، ص.135.

والمنع المؤقت لعودة المشتبهين إلى بريطانيا. وحجز المشتبه بهم دون محاكمة وبدون تحديد مدة الحجز، مما أدى إلى تسجيل دعاوى عديدة على مستوى المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، نتيجة الانتهاكات المسجلة ضد الحقوق والحريات، ومثال ذلك:

قضية عثمان أبو قتادة ضد المملكة المتحدة:

قرار مهم أذانت فيه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المملكة المتحدة¹ بخرقها للمادة 6² من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية³، في قضية أبو قتادة و آخرون ضد المملكة المتحدة. كما تم رفض مزاعم انتهاك المادة 3 (حظر ممارسة التعذيب والمعاملة لا إنسانية والمهينة)⁴. والمادة 5⁵ من ذات الاتفاقية.

وتتلخص وقائع القضية في أن المدعي المولود في سنة 1960 ببيت لحم فلسطين، أردني الجنسية هرب من الأردن نحو باكستان وفي سبتمبر 1993 دخل الأراضي البريطانية مطالباً الحصول على اللجوء السياسي، بسبب التعذيب الذي تعرض إليه من قبل الأمن الأردني في سنة 1988، وبتاريخ 8 ماي تحصل على رخصة تجيز له البقاء على الأراضي البريطانية لمدة غير محددة. وفي

¹ Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Othman Abou Qatada et autre C/ Royaume-Uni, Gr. Ch. Req. N° 8139/09, délibéré en chambre du conseil le 13 décembre 2011, publier 17 janvier 2012, cet arrêt est devenu définitif dans les conditions définies à l'article 44, 2 de la convention.

² Article 6 – Droit à un procès équitable :

1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2 Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

3 Tout accusé a droit notamment à:

a être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

b disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense.

c se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent.

d interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge.

e se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience.

³ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4. XI. 1950.

⁴ Article 3 – Interdiction de la torture

Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

⁵ Article 5 – Droit à la liberté et à la sûreté

1 Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. Nul ne peut être privé de sa liberté, sauf dans les cas suivants et selon les voies légales

23 أكتوبر 2002 تم احتجازه، طبقا لقانون مكافحة الإرهاب Anti-terrorism, Crime 2001 and security Act، وعند إلغاء القانون في مارس 2005، استعادة من الإفراج المشروط تحت الرقابة القضائية طبقا لقانون الوقاية من الإرهاب Prevention of Terrorism Act، وفي أثناء قيامه بالطعن في قرار الرقابة القضائية، أبد الوزير رغبته في طرده من الأراضي البريطانية، مع الأخذ بعين الاعتبار القوانين الأوروبية. وبعد بحث قانوني معمق فصلت المحكمة الأوروبية في القضية بإدانة بريطانيا بخرقها المادة 6¹ من الاتفاقية.

وخلاصة القضية تكمن في عدة أوجه حسب نظر الباحث:

الوجه الأول: المواطن البريطاني في منأى عن تلك الإجراءات التعسفية من خلال قوانين مكافحة الارهاب.

الوجه الثاني: تأثير قوانين الاتحاد الأوروبي على المنظومة التشريعية للدول الأوروبية خاصة الدول المحافظة منها مثل بريطانيا، وهذه إحدى أسباب دعوى الانفصال عن الاتحاد الأوروبي.

البند الثاني: موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية

تصدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية لنظرية الظروف الاستثنائية وكان رفضها لها في كل مرة صريحا بشكل واضح ومباشر وكان أساس حكمها هو: أن دستور سبتمبر عام 1787 لم يتضمن أي توضيح لسلطات رئيس الجمهورية في زمن الحرب أو الأزمات وقد كانت قضية " Exparte Mulligen " في أبريل عام 1866، هي الأولى والأشهر في الموضوع² وتتلخص وقائع القضية في أن الرئيس " أبراهام لنكولن " أثناء حرب انفصال الجنوب عن الشمال رأى أنه من واجبه في تلك الظروف أن يتخذ بعض الإجراءات للمحافظة على السلامة العليا للبلاد، فأوقف ضمانات الحقوق والحريات العامة للمواطنين المقررة بموجب قانون " writ of habeas corpus " مستندا إلى نظرية الظروف الاستثنائية، وقد اعتبر القسم الذي أداه عند توليه الرئاسة والذي يقتضي المحافظة على الدستور هو بذاته الذي يدفعه إلى اتخاذ هذه الإجراءات، لكي يحافظ على سلامة الأمة ومن ثم

¹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

² هناك قضيتان مشهورتان رفضت من خلالها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية رفضا قاطعا الاستناد إلى فكرة نظرية الظروف الاستثنائية هما: قضية أحكام الأمن العسكري غير المألوفة، المتخذة تجاه الأشخاص ذوي أصول يابانية سنة 1943 م، وقضية عمال مصانع الصلب التي جرت أحداثها في سنة 1952، التي رفضت من خلالها تبني فكرة الضرورة، وقررت أن سلطات رئيس الجمهورية لا يمكن أن تستند إلا إلى نصوص الدستور أو القانون. أشار إليها: يحيى الجمل، المرجع السابق ص.ص.193، 200.

على الحكومة وفي النهاية على الدستور ذاته، فلما رفع " Mulligen " طعنا أمام المحكمة العليا بعدم دستورية هذا الإجراء، قررت المحكمة بوضوح رفضها لفكرة الظروف الاستثنائية مصرحة "أن دستور الولايات المتحدة الأمريكية: هو قانون الحكام والمحكومين في زمن الحرب وفي زمن السلم على حد سواء، وأنه يراعي بحمايته الناس من كل طبقة وفي كل الأوقات وتحت كل الظروف ولا يوجد هناك ما يبرر إيقاف نصوص ذلك الدستور في أشد حالات الاقتضاء بالنسبة للحكومة بدافع الضرورة"¹.

إن القول بهذا المبرر يؤدي إلى الفوضى وإلى الاستبداد وأن نظرية الظروف الاستثنائية التي يستند إليها هذا الرأي غير دقيقة، لأن الحكومة تجد في الدستور كل السلطات الضرورية لحماية وجودها، وإذا سلمنا بالحق في الخروج على الدستور تأسيسا على نظرية الضرورة فإن عدوانا مخيفا قد يرتكب ضد الحرية.²

وانتهت المحكمة العليا إلى اعتبار محاكمة " مليجان " كانت محاكمة غير قانونية وأفرج عنه ولكنه لم يكتف بذلك، بل رفع دعوى جديدة يطالب بتعويضه عن مدة حبسه، وبالفعل حصل على تعويض رمزي عن المدة من 13 مارس إلى 10 ابريل سنة 1866.³

لكن الملاحظ أن العديد من رؤساء الولايات المتحدة الأمريكية قاموا بتشكيل محاكم عسكرية لمحاكمة المخالفين لأوامر القوات العسكرية وتماشت المحكمة العليا الأمريكية مع حاجة الأمن لمثل هذه المحاكم، ولكنها قامت بإرساء بعض الضوابط التي تقيد هذه المحاكم، حيث اشترطت أن لا تشكل هذه المحاكم إلا عند إعلان حالة الطوارئ وحلول القوات العسكرية محل السلطة المدنية.⁴

الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من الظروف الاستثنائية

في حقيقة الأمر إن القضاء الجزائري غني بالأحكام المتعلقة بالظروف الاستثنائية -خاصة في فترة العشرينيات السوداء- ولاشك أنها تشكل مادة قانونية خصبة تمكن الفقه من إبداء رأيه من خلال التعليق وتحليل أحكام وقرارات القضاء، ولكن للأسف الشديد يبقى الحصول على هذه الأحكام

¹ حمزة حسين محمد القطروس، المرجع السابق، ص.81.

² حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والإداري وتطبيقاتها المعاصرة في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية، 2011، ص.ص.91،92.

³ حمزة حسين محمد القطروس، المرجع السابق، ص.82.

⁴ أسامة محمد بحر، المرجع السابق، ص.ص.136،135.

القضائية محاط بسياج السرية التي لا مبرر لها، وهي بحق تعد انتكاسة في مجال تطور النظام القضائي في الجزائر.

البند الأول: تذبذب موقف القضاء الجزائري وانحيازه للسلطة

إن المتأمل جيدا في الأحكام القضائية الصادرة من القاضي الجزائري في مجال الإلغاء في ظل الظروف الاستثنائية، بإمكانه أن يستنتج بأنه لا يمكن الجزم بوجود سياسة قضائية واضحة يتبعها القاضي الجزائري في هذا الصدد.

خاصة ابتداء من سنة 1991، أي بعد إعلان حالة الحصار، ثم حالة الطوارئ وحتى في مجال التعويض فإن الإدارة قد ارتكبت أخطاء جسيمة في ظل الظروف الاستثنائية، وعندما رفع المتضررون دعوى التعويض، أسسها القاضي على فكرة المخاطر¹، أما القضايا المتعلقة بتسريح الموظفين بسبب اتهامهم بأعمال إرهابية، ثم صدور أحكام بالبراءة تجاههم، أو بسبب تعرضهم للاعتقال الإداري، ثم إطلاق سراحهم، حكم القاضي فقط بحق هؤلاء بالرجوع إلى مناصب عملهم معتبرا أن قرارات التسريح تعسفية، ولكن لم يحكم لهم لا بالمرتب، ولا بالتعويض محتجا بما جاء في المنشور الوزاري رقم 1 المؤرخ في 5 أبريل 1993، والذي يعتبر أن الاعتقال يعد بمثابة عطلة بدون أجر، وهذا ما أثار عدة تساؤلات.

أولها: هل القاضي الجزائري ملزم بإتباع ما جاء في المنشور رقم 1 المؤرخ في 5 أبريل 1993 رغم عدم توجيه المنشور له.

ثانيا: اعتبار أن قرارات التسريح كانت تعسفية وفي المقابل حرمانهم من التعويض والحصول على الأجر وهذا تناقض في القرارات.

البند الثاني: التطبيقات القضائية المؤيدة لموقف القضاء الجزائري

إن المتمعن في أحكام القضاء تؤدي بنا إلى القول بأن هذا القضاء كان لصالح النظام، وليس لصالح الأفراد المتضررين، مادام أن القاضي حرم المتضررين من الحصول على مرتباتهم بسبب تغييبهم عن العمل لأسباب لم يكن لهم أي دخل فيها، كما حرّمهم من الحصول على التعويض سواء تعلق الأمر بمتابعات جزائية أو تعلق باعتقالات إدارية.

¹ مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 414.

ومثال ذلك القرار رقم 003379 الصادر عن مجلس الدولة في 30 جويلية 2001، في قضية بن المندي جمال ضد رئيس جامعة الأمير عبد القادر، فقد جاء في بعض حيثيات هذا القرار "حيث أنه، يتضح من خلال الملف أن المستأنف لم يخضع إلى الإجراءات القانونية المؤدية إلى تسريحه، وعليه يتعين إلغاء قرار التسريح... حيث أنه فيما يخص طلبات المستأنف المتعلقة بالرواتب والتعويض، فإنه من المتفق عليه أن الراتب يقابله عمل، وأن في قضية الحال كان المستأنف معتقل، بأنه لم يطرد من طرف الإدارة إلا بعد حبسه، وعليه فإن ذلك لا يفتح مجال إلى التعويض...". ومع ذلك تجدر الإشارة إلى أننا تفاجئنا عندما عثرنا على قرار صادر من مجلس الدولة، يتعلق تقريبا بنفس الوقائع، قرر فيما: "حفظ حقوق المستأنف" ومعنى ذلك أن القاضي الجزائري اعترف بأحقية المضرور من الطرد التعسفي في الحصول على التعويض الذي لحقه من جراء ذلك، ومع ذلك لم يمنح له مجلس الدولة التعويض، وقضى بإعادة إدماج المستأنف إلى منصب عمله، أنظر القرار رقم 005640 (الفهرس 369) مجلس الدولة، 24 جوان 2002، قضية بويحي بن عمر، ضد مديرية التربية لولاية تيبازة، القرار غير منشور، حيث قامت مديرية التربية تسريح المستأنف بسبب تعرضه لمتابعة جزائية دون أن تحترم الإجراءات التي يتطلبها القانون في التسريح، ودون أن تنتظر صدور حكم نهائي في المجال الجزائي، والذي جاء يقضي بالبراءة¹.

وكذلك جاء في قرار صادر عن مجلس الدولة، اعتبر فيه هذا الأخير الحبس الاحتياطي بمثابة قوة قاهرة، و كان الأجدر به أن يعتبر أن الاعتقال الإداري يعد بمثابة قوة قاهرة، وهذا من خلال القرار رقم 000921 (الفهرس 300) مجلس الدولة، 14 ماي 2001، بن قانة بشير، ضد مديرية الضرائب لولاية تلمسان، القرار غير منشور.

وتتلخص وقائع هذه القضية في أن السيد بن قانة بشير كان يشغل منصب مفتش رئيس مصلحة الضرائب بتلمسان منذ 2 جوان 1990، وبعد أن تعرض إلى متابعة جزائية بتهمة عدم التبليغ عن جنائية، وضع رهن الحبس الاحتياطي، وهذا ما أدى بمديرية الضرائب بولاية تلمسان في 31 ديسمبر 1995 إلى إصدار قرار يقضي بطرده من منصبه ابتداء من 12 ديسمبر 1994، وذلك بعد إحالته على لجنة التأديب، وبعد محاكمته جزائيا، صدر لصالحه في 18 أبريل 1996 حكم بالبراءة، فتقدم أمام مديرية الضرائب بطلب إعادة إدماجه في منصب عمله، إلا أن المديرية رفضت ذلك، بحجة

¹ مراد بدران، المرجع السابق، ص.430.

أنها لما أحالت ملفه على مصالح الأمن، عملا بالمنتشور الوزاري رقم 319 المؤرخ في 30 أوت 1995، الذي يفرض عليها ذلك، لم تتلق أية إجابة، وهذا ما أدى بالسيد بن قانة إلى الطعن في 20 جوان 1998 بدعوى تجاوز السلطة ضد قرار الطرد أمام الغرفة الإدارية بمجلس قضاء تلمسان، إلا أن هذه الأخيرة أصدرت قرار يقضي بالزام مديرية الضرائب بإحالة السيد بن قانة على لجنة التأديب، هذا القرار طعن فيه السيد بن قانة بالاستئناف في 29 نوفمبر 1999 أمام مجلس الدولة، طالبا إلغاء قرار الطرد، مع إدماج المستأنف إلى منصب عمله الأصلي، وذلك على أساس أن قرار الطرد قد اتخذ قبل الفصل في الدعوى الجزائية، وفي ذلك مخالفة لأحكام المادة 131 من المرسوم رقم 85-59، وقد جاء في إحدى حيثيات هذا القرار: "حيث أنه ثبت من خلال الملف بأن المستأنف قد تخلى عن منصبه بسبب قوة قاهرة، بحيث أنه كان رهن الحبس الاحتياطي ولم يتغيب بمحض إرادته..." هذا وتجدر الإشارة هنا إلى أن القاضي لم يحكم للطاعن لا بالتعويض، ولا بالمرتب¹.

¹ القرار رقم 000921 الفهرس 300، مجلس الدولة، المؤرخ في 14 ماي 2001 مشار إليه: مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص.433.

الختامة

الخاتمة

ختاما لدراستنا لموضوع مسؤولية السلطة العامة في القانون المقارن، يمكن القول أن مساءلة السلطة العامة وفق نظرية السيادة في ظل الأنظمة القانونية المعاصرة، تتباين إجراءاتها وقواعد العمل بها وطريقة إقرارها حسب كل نظام قانوني، وذلك وفق الإطار الدستوري والنظام السياسي المعتمد، ومدى وعي الشعب والتقدم المسجل في مجال الحقوق والحريات.

ورغم ما يملكه الجهاز التنفيذي من امتيازات السلطة العامة في تحصين بعض أعماله (أعمال السيادة أو أعمال الحكومة) من رقابة القضاء، وبعض أعماله الأخرى (الظروف الاستثنائية) بدعوى توسيع لقواعد المشروعية أو إسباغها بصفة المشروعية الموسعة تأسيسا على مقولة "الضرورات تبيح المحظورات"، إلا أن هذا التوجه بدأ يتقلص بفعل التطور الذي عرفه القضاء الإداري بصفة عامة، ونظام مسؤولية السلطة العامة بصفة خاصة في مجال بسط الرقابة على بعض أعمال الحكومة وإخراج بعض أعمالها من دائرة أعمال السيادة، وتظل التجربة الأنجلوسكسونية متميزة ومتفوقة في هذا المجال على نظيرتها في النظام اللاتيني الجرمانى، إلا أن ذلك غير كاف في سبيل صيانة حقوق وحريات الأفراد.

إن نشأة القانون الإداري، حسب وجهة نظر الباحث إنما هي في حقيقة الأمر معالجة لأخطاء أفرزتها الثورة الفرنسية، وعبث البرلمان بتطلعات الشعب وتأجج الصراعات بين نوابه، خلصت إلى سيطرة الجهاز التنفيذي على السلطة، وفي إطار البحث عن غطاء الشرعية لقرارات السلطة العامة أنشئ مجلس الدولة لتكون أعمال الجهاز التنفيذي في منأى من أي رقابة قضائية.

وعلى النقيض تماما فإن تطور القانون البريطاني إنما هو تدارك وإصلاح فرضه تطور المجتمع نتيجة طغيان الجهاز التنفيذي مجسد في شخص الملك، حيث سيطر البرلمان واستأثر بالسلطة بعد الثورة المجيدة، ورغم التطور الحاصل في النظام القانوني الأنجلوسكسوني على حساب النظام القانوني اللاتيني الجرمانى فيما يخص نظريتي أعمال السيادة و الظروف الاستثنائية، حيث يلاحظ ذلك من خلال جرأة القضاة وأحكام القضاء أنه أكثر قدرة على حماية حقوق وحريات الأفراد، ومع هذا تبقى بعض الاختلالات تشوب كلا النظامين القانونيين.

كما نخلص أيضا إلى أن القضاء الفرنسي يتجه أكثر نحو إقرار التعويض على أعمال الحكومة دون إلغائها، عكس القضاء المصري حيث يتجه هذا الأخير إلى الحكم بالإلغاء دون

التعويض. في حين أن القضاء البريطاني يميز بين أمرين، من جهة إنكار أعمال الدولة في مواجهة بريطاني الجنسية أو مواطن صديق ينتمي إلى دولة صديقة ويعيش على أرض بريطانية، ومن جهة أخرى يتم قبول الدفع بها في كل الأحوال الأخرى حسب السياسة العليا للدولة.

أما بالنسبة للظروف الاستثنائية فإن القضاء الإداري الفرنسي أقر بشرعية قرارات سلطة الطوارئ متجاوزة حدود الاختصاصات الممنوحة في الظروف العادية، وهذا عكس القضاء الأنجلوسكسوني حيث يرى أنه لا يمكن أن يكون الظرف الاستثنائي مصدر للسلطات الاستثنائية بل دائما الشرعية هي مصدر هذه السلطات، فمثلا نظام الحكم في بريطانيا يقوم على أساس سيادة البرلمان وقد استقرت السوابق القضائية والعرف الدستوري على أن السلطة التنفيذية تلجأ إلى البرلمان كلما دعت الضرورة لاستصدار تفويض تشريعي، باتخاذ تدابير استثنائية لمواجهة الظرف الطارئ تحت رقابة البرلمان، إلا أنه تم سن قانون مكافحة الإرهاب بعد أحداث سبتمبر 2001، والذي اعتبره النقاد وتكريس لحالة طوارئ دائمة، وذلك بمنح سلطة أكبر للأجهزة الأمنية، مع حق إبقاء الشخص قيد التحقيق مدة أطول، واعتماد آراء الشرطة فيما يتعلق بتقديم أدلة أمام القضاء، ولكن يبق هذا القانون المثير للجدل سلاح موجه بالأساس إلى غير البريطاني، وقد حذت مختلف الدول حذو هذا التوجه على غرار فرنسا.

كما أن القضاء الجزائري يبقى الغموض يكتنف أحكامه ودليل ذلك عدم نشر قرارات مجلس الدولة بل استحالة الوصول إلى تلك الأحكام خاصة المرتبطة بأعمال السيادة، أما أحكام القضاء في ظل الظروف الاستثنائية، كذلك تميزت بالغموض نتيجة لعدم وجود سياسة قضائية واضحة وعدم تخصص القاضي الإداري الجزائري، حيث قام القاضي الإداري بإلغاء بعض قرارات السلطة العامة المتسببة لأضرار للأفراد نتيجة تعسف هذه الأخيرة، إلا أنه تناقض مع نفسه بعدم منح التعويض للمضروب، ومثال ذلك الطرد التعسفي خاصة في حقبة التسعينات.

ومن هنا يمكن استخلاص أهم النتائج والتوصيات والتي تعبر على وجهة نظر الباحث:

النتائج:

1. تعاضم الدور الوظيفي لرئيس الدولة وجهازه التنفيذي في معظم النظم السياسية، وبصفة خاصة في العملية التشريعية، مما كان له بالغ الأثر في اختلال علاقة التوازن والمساواة بين البرلمان والسلطة

- التنفيذية، بشكل أدى إلى ازدواجية ممارسة الوظيفتين التشريعية والتنفيذية من قبل الحكومة، ومثال ذلك التجربة التركية، حيث تم استبدال النظام البرلماني بالنظام الرئاسي.
2. إن أعمال السيادة تمثل سلاح خطير في يد السلطة العامة تجعلها سلطة فوق السلطات وسلطة فوق القانون بل وسلطة فوق الدولة ذاتها.
3. النظام القانوني الأنجلوسكسوني أكثر حماية لحقوق الأفراد من تعسف السلطة التنفيذية مقارنة بالنظام اللاتيني الجرمانى، خاصة مع إنشاء المحكمة العليا حديثاً. لكن يجب التمييز بين الفرد الأجنبي و المواطن البريطاني الذي هو في منأى عن الإجراءات التعسفية خاصة الواردة في قوانين مكافحة الإرهاب.
4. تأثير قوانين الاتحاد الأوروبي على المنظومة التشريعية للدول الأوروبية خاصة المحافظة منها مثل بريطانيا، وهذه إحدى أسباب دعوى الانفصال عن الاتحاد الأوروبي
5. بداية زوال مبررات الازدواجية القضائية واصطدام القاضي الإداري الفرنسي بقاضي المحكمة الأوروبية في ظل شريعة الاتحاد الأوروبي، ومطالبة هذا الأخير المزيد من الضمانات في مجال حماية حقوق وحريات الأفراد.
6. للأسف نلاحظ ضعف نظام القضاء الجزائري، في ظل غياب وتهميش البرلمان أمام سيطرت الجهاز التنفيذي على الوظائف الأساسية للدولة.

التوصيات:

1. ضرورة إعمال الرقابة القضائية على جميع أعمال الحاكم والمحكوم دون استثناء تجسيدا لمبدأ سيادة القانون.
2. على القضاء الجزائري بناء دولة القانون و خلق توازن بين السلطة العامة و حرية الأفراد في إطار ما يعرف بمبدأ المشروعية.
3. على القاضي الجزائري أن يُخضع جميع أعمال السلطة العامة بصفتيها (الإدارية والحكومية) إلى رقابته بما فيها ما اصطلح عليه بأعمال السيادة.
4. على القاضي الجزائري أن يكون أكثر جرأة وقوة في تحميل السلطة العامة المسؤولية عن الأضرار التي تلحق الأفراد بقصد أو بغير قصد منها، فالقضاء هو الضمانة الحقيقية للحقوق والحريات من تعسف السلطة التنفيذية، و لاشك أن التجربة البريطانية مثال جيد يستحق الدراسة.

المراجع

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- المصادر

1. القرآن الكريم، رواية ورش عن الإمام نافع .
2. ابن حزم، الفصل في الملل والأهواء والنحل، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1975.
3. ابن دريد، جمهرة اللغة، الجزء الأول، تحقيق منير بعلبكي، بيروت، لبنان 1987.
4. أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي، لسان العرب، المجلد 9، الطبعة 6، دار صادر، بيروت، لبنان، 2006.
5. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصر، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار نشر عالم الكتب، القاهرة، مصر، 2008.
6. مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الجزء الأول، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2008.

ب- الكتب

▪ الكتب العامة

1. إبراهيم أبو خزام، الوسيط في القانون الدستوري، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجديد المتحدة، الإسكندرية، مصر، 2002.
2. إبراهيم عبد العزيز شيحا، القانون الدستوري، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983.
3. إبراهيم عبد العزيز شيحا، مبادئ وأحكام القضاء الإداري اللبناني، الدار الجامعية، بيروت، 1996.
4. إبراهيم فوزي مراد، المسؤولية الإدارية في المجال الطبي في النظام المصري والفرنسي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
5. أحمد خورشيد، هارولد لاسكي، دار الينابيع، القاهرة، مصر، 1984.
6. أحمد سي علي، التدخل الإنساني بين القانون الدولي الإنساني والممارسة، دار الأكاديمية، الجزائر، 2010.
7. أحمد محيو، ترجمة فايز أنجاج و بيوض خالد، المنازعات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.

8. إسحاق إبراهيم منصور، ممارسة السلطة وآثارها في قانون العقوبات، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1983.
9. إسحاق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون والحق وتطبيقاتهما في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
10. إسماعيل بدوي، القضاء الإداري، دراسة مقارنة، الجزء الأول، مبدأ المشروعية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1992.
11. إمام محمد عبده، القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007.
12. أنور أحمد رسالات، وسيط القضاء الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1999.
13. بة يمان جلال حسن، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
14. بن عامر تونسي، قانون المجتمع الدولي المعاصر، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2003.
15. ثروت بدوي، النظم السياسية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1964.
16. جعفر عبد السادة بهير الدراجي، التوازن بين السلطة والحرية في الأنظمة الدستورية، دراسة مقترنة، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
17. جمال محمد شطا، الأصول الإسلامية للقانون الإداري، الكتاب الأول، دار الصحوة للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1993.
18. جورج فوديل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ترجمة منصور القاضي، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.
19. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية العامة للقانون)، الطبعة التاسعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008.
20. حسن محمد هند، الموسوعة القضائية في التعويض، الجزء الثالث، مطابع شتات، القاهرة، مصر، 2008.
21. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

22. حسين فريجه، شرح القانون الإداري، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
23. حمدي القبيلات، القانون الإداري، (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
24. حمدي ياسين عكاشة، المستحدث في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، ط الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.
25. حمزة خشاب، مدخل إلى العلوم القانونية ونظرية الحق، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء، الجزائر، 2014.
26. داود عبد الرزاق الباز، مبدأ المشروعية وقضاء المسؤولية الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2016.
27. رابحي أحسن، الوسيط في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2012.
28. راشد عبد الله آل طه، السلطة العامة ومقاومة طغيانها في النظام الوضعي والشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة)، شركة فؤاد بعينو للتجليد، بيروت، لبنان، 2012.
29. راغب جبريل خميس، راغب سكران، الصراع بين حرية الفرد وسلطة الدولة، المكتب الجامعي الحديث، الأزارطية، الإسكندرية، مصر، 2011.
30. رشيد خلوفي، جمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، الطبعة الأولى، منشورات كليك، الجزائر، 2015.
31. رشيد خلوفي، قانون المسؤولية الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
32. رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
33. رمضان محمد بطيخ، قضاء الإلغاء، ضمانات للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2009.
34. زكريا محمد عبد الحميد محفوظ، حالة الطوارئ في القانون المقارن وفي تشريع الجمهورية العربية المتحدة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1966.
35. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري، (تنظيم السلطة الإدارية والإدارة المحلية- التنظيم القانوني للوظيفة العامة- نظرية العمل الإداري)، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2009.

36. سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1982.
37. سعاد الشرقاوي، القانون الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.
38. سعاد الشرقاوي، المسؤولية الإدارية، الطبعة الثالثة، دار المعارف، مصر، 1973.
39. سعيد بوشعير، النظام السياسي الجزائري، الطبعة الثانية، دار الهدى للنشر والطباعة و التوزيع، الجزائر، 1995.
40. سعيد مقدم، الوظيفة العمومية بين التطوير و التحويل من منظور تسيير الموارد البشرية وأخلاقيات المهنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
41. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، 1967.
42. سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثاني، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2013.
43. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الرابعة، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1986.
44. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي القاهرة، مصر، 2006.
45. السيد صبري، اللوائح التشريعية، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، مصر، 1944.
46. سيف ناصر علي الحيمي، مدي التطورات القضائية في الرقابة على السلطة الإدارية التقديرية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2017.
47. صلاح الصاوي، نظرية السيادة وأثرها على شرعية الأنظمة الوضعية، دار طيبة، الرياض، السعودية، 1991.
48. طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية و ضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1976.
49. طعيمة الجرف، نظرية الدولة و المبادئ العامة للأنظمة السياسية ونظم الحكم، الطبعة الثالثة، مكتبة القاهرة الحديث، القاهرة، مصر، 1973.
50. عبد الحميد الشواربي، مسؤولية الأطباء والصيادلة والمستشفيات المدنية والجنايئة والتأديبية منشأة المعارف، الإسكندرية، القاهرة، مصر، 1998.

51. عبد الحميد متولي، الوجيز في النظريات والنظم السياسية، الطبعة الأولى، دار المعارف، مصر، 1959.
52. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة، المجلد الثاني، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
53. عبد السلام السويغان، إدارة مرفق الأمن بالوسائل الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2012.
54. عبد الغني بسيوني، الوجيز في القانون الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1979.
55. عبد اللطيف قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2013.
56. عبد الله بوقفة، الوجيز في القانون الدستور الجزائري، نشأة، فقها، تشريعا، الطبعة الثانية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2005.
57. عبد الله حسن الجوجو، الأنظمة السياسية المعاصرة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1996.
58. عبد الله طلبة، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، منشورات جامعة دمشق، سوريا، 2015-2016.
59. عبد المنعم عبد العظيم جيرة، مبادئ المرافعات، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، مصر، 1976-1975.
60. عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، الجزء الثاني، برتي للنشر، الجزائر، 2009.
61. العربي بلحاج، النظرية العامة في الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1995.
62. عصام العطية، القانون الدولي العام، الطبعة السادسة، المكتبة القانونية، بغداد، العراق، 2006.
63. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الأول (التنظيم الإداري)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
64. علاء الدين عشي، مدخل القانون الإداري، الجزء الثاني (النشاط الإداري، وسائل الإدارة، أعمال الإدارة)، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

65. علي خاطر الشطناوي، موسوعة القضاء الإداري، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2004.
66. علي خاطر شطناوي، نظرية المؤسسات العامة وتطبيقاتها في المملكة الأردنية الهاشمية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1990.
67. علي مجيد حسون العكيلي، الحماية الدستورية للحقوق والحريات في ظل حالة الضرورة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015.
68. عمار بوضياف، الوظيفة العامة في التشريع الجزائري، دراسة في ظل الأمر 06-03 و القوانين الأساسية الخاصة، مدعمة باجتهادات مجلس الدولة، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2015.
69. عمار عوابدي، نظرية المسؤولية الإدارية، دراسة تأصيلية، تحليلية و مقارنة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012.
70. عمور فؤاد بركات، القوانين الأساسية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب، القاهرة، مصر، 1988.
71. عواد عباس الحردان، فقه السلطة عند الطوائف والفرق الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2012.
72. غريبي فاطمة الزهراء، أصول القانون الدستوري والنظم السياسية، دار الخلدونية، الجزائر، 2015.
73. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
74. قدري عبد الفتاح الشهاوي، ضوابط مسؤولية وزارة الداخلية عن أعمال تابعيها، مطبعة عصام جابر، الإسكندرية، مصر، 2005.
75. لحسين بن شيخ آث ملويا، مسؤولية السلطة العامة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2013.
76. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر 2008.
77. مازن ليلو راضي، أصول القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2016.

78. محمد أبو سمرة، يوسف أبو سمرة، الإعلام والسلطات الثلاث، دار الريبة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
79. محمد أحمد إسماعيل، النظام القانون للجماعات المحلية الإدارية في إنجلترا، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2012.
80. محمد أنور حمادة، المسؤولية الإدارية والقضاء الكامل، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2006.
81. محمد بدران، رقابة القضاء على أعمال الإدارة، القسم الأول، مبدأ المشروعات وتنظيم القضاء الإداري. دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1997.
82. محمد بدران، الحكم المحلي في المملكة المتحدة، دراسة تحليلية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991.
83. محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الأزراطية، الإسكندرية، مصر، 2007.
84. محمد رابيس، المسؤولية المدنية للأطباء في ضوء القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
85. محمد رفعت عبد الوهاب، أصول القضاء الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
86. محمد رفعت عبد الوهاب، القانون الإداري، الجزء الأول، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
87. محمد سعيد الدقاق، التنظيم الدولي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1994.
88. محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، 2003.
89. محمد ضياء الدين الرئيس، النظريات السياسية الإسلامية، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، مصر، 1996.
90. محمد طي، القانون الدستوري والمؤسسات السياسية، الطبعة السادسة، بدون دار نشر، بيروت، لبنان، 2009.
91. محمد عبد العال السناري، دعوى التعويض ودعوى الإلغاء- دراسة مقارنة، مطبعة الإسراء، القاهرة، مصر، دون سنة نشر.
92. محمد فؤاد مهنا، مسؤولية الإدارة في تشريعات البلاد العربية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 1972.

93. محمد فوزي نويجي، الجوانب النظرية والعملية للضبط الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، مصر، 2016.
94. محمد كاظم المشهداني، القانون الدستوري (الدولة - الحكومة - الدستور)، المكتبة القانونية، مؤسسة الثقافة الجامعية، الأزاريطة، مصر، بدون تاريخ نشر.
95. محمد كامل ليلة، النظم السياسية (الدولة والحكومة)، دار النهضة العربية، مصر، 1983.
96. محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، دار النهضة العربية، مصر، 1968.
97. محمد ماهر أبو العينين، التعويض عن أعمال السلطات العامة، التعويض عن أعمال السلطة التنفيذية وفقا لقضاء محاكم النقض والدستورية والإدارية العليا، دراسة تحليلية وفقهية، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2013.
98. محمد محمد بدران، أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، مصر، 1990.
99. محمد محمد عبد اللطيف، قانون القضاء الإداري، الكتاب الثالث، مسؤولية السلطة العامة، دار النهضة العربية، مصر، 2004.
100. محمد محمود هورامان، المسؤولية الإدارية عن أعمال الشرطة، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2015.
101. محمد نصر مهنا، دراسة تطبيقية في النظام الدستوري و السياسي، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2005.
102. محمد وليد العبادي، القضاء الإداري في الأنظمة المقارنة، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
103. محمود أبو السعود حبيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، مصر، 1990.
104. محمود الجبوري، القضاء الإداري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.
105. محمود حافظ. القضاء الإداري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1979.
106. محمود عاطف البناء، الوسيط في القضاء الإداري، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، مصر، 1999.
107. محمود محمد حافظ، نظرية المرفق العام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982.

108. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 1966.
109. مصطفى أبو زيد فهمي، الوسيط في القانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر.
110. مصلح ممدوح الصرايرة، القانون الإداري، الكتاب الأول، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012.
111. مهدي زويلف، أساسيات في الإدارة، الطبعة الأولى، دون دار النشر، عمان، الأردن، 1998.
112. نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الأول (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
113. هارولد لاسكي، أصول السياسة، ترجمة محمود فتحي عمر، إبراهيم لطفي، بطرس غالي، وزارة الثقافة والإرشاد، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 1965.
114. هاني علي الطهراوي، القانون الإداري (ماهية القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
115. هاني علي طهراوي، النظم السياسية و القانون الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.
116. وسام صبار العاني، القضاء الإداري، دار السنهوري، الطبعة الأولى، بغداد، العراق، 2014.
117. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، الجزء الثاني، مكتبة صادر دار المنشورات الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

■ الكتب المتخصصة

1. أحمد كلك صالح الباجلان، نظرية الظروف الاستثنائية ومشروعية القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.
2. أحمد محمود أحمد الربيعي، مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2015.
3. أحمد مدحت علي، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، الهيئة العامة للكتاب، القاهرة، مصر، 1978.

4. أسامة محمد بحر، حدود سلطات الضبط الإداري في حالات الطوارئ والحرب، سلطات غير اعتيادية لمواجهة ظروف استثنائية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2017.
5. بلال أمين زين الدين، المسؤولية الإدارية التعاقدية، والغير تعاقدية في مصر وفرنسا، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر 2015.
6. جابر جاد نصار، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.
7. حميد شاوش، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والإداري وتطبيقاتها المعاصرة في التشريع الجزائري، المكتبة المصرية، 2011.
8. عباس العادلي، الطوارئ ما بين الضرورة والرقابة القضائية، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2017.
9. عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة في القانونين المصري والفرنسي، مطبعة الجامعة القاهرة، مصر، 1955.
10. عبد الملك يونس محمد، أساس مسؤولية الإدارة وقواعدها، دراسة مقارنة بين نظامي القضاء الموحد والمزدوج، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر - الإمارات، 2012.
11. كاظم علي الجنابي، سلطات رئيس الدولة التشريعية في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2015.
12. محمد بن براك الفوزان، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة وتطبيقاتها الإدارية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2009.
13. مراد بدران، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.
14. مصباح وليد عربي، تطور نظرية الأعمال الحكومية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2013.
15. وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988.
16. يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1974.

17. يسري محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1995.

ج- الرسائل والمذكرات الجامعية:

▪ أطروحات الدكتوراه

1. أحمد جاد منصور، الحماية القضائية لحقوق الإنسان، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1997.
2. أحمد عبد العزيز سعيد الشيباني، مسؤولية الإدارة عن أعمال الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2005.
3. أحمد عبد اللطيف إبراهيم السيد، دور رئيس الدولة في النظام البرلماني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1996.
4. أحمد محمد صبحي أغرير، المسؤولية الإدارية عن أضرار المرافق الطبية العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2005.
5. أمال موساوي، التدخل الدولي لأسباب إنسانية في القانون الدولي المعاصر، أطروحة دكتوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2011/2012.
6. أيمن محمد حسن الشريف، الأزواج الوظيفي و العضوي بين السلطتين التشريعية والتنفيذية في الأنظمة المعاصرة، دراسة تحليلية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر 2005.
7. باسم صبحي بشناق، الفصل بين السلطات في النظام السياسي والدستوري الفلسطيني وأثره في أعمال حقوق الإنسان، أطروحة دكتوراه، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، 2011.
8. بن دحو نور الدين، السلطة التنظيمية المستقلة كآلية مدعمة لمركز رئيس الجمهورية في الجزائر، شهادة الدكتوراه في القانون العام، 2015/2016، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2015.
9. بن عبد الله عادل، المسؤولية الإدارية للمرافق الاستشفائية (شروط الفعل المولد للضرر)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق تخصص قانون عام، جامعة بسكرة، الجزائر، 2010، 2011.
10. بوزيان مكلل، النظام القانوني للتوظيف العامة (دراسة مقارنة مابين التشريع الجزائري والفرنسي)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2001-2002.

11. باية سكاكني، دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية، رسالة دكتوراه، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2011.
12. حاتم على لبيب جبر، نظرية الخطأ المرفقي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، سنة 1968.
13. خالد بن محمد بن عبد الله العطية، المسؤولية التقصيرية للسلطات العامة في القانون الانجليزي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2005.
14. رابحي لخضر، التدخل الدولي بين الشرعية الدولية ومفهوم سيادة الدولة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015/2014.
15. زياد خالد يوسف المفرجي، المسؤولية الإدارية عن الأعمال الطيبة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، العراق، 2007.
16. سيدي محمد بوحفص، مبدأ حياد الإدارة العامة في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة تلمسان، الجزائر، 2006-2007.
17. عبد الرحمن نور جان الأيوبي، القضاء الإداري في العراق، حاضره ومستقبله، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1965.
18. عبد القادر قاسم العيد، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في الجزائر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2002.
19. عمارة فوزي، قاضي التحقيق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، 2010/2009.
20. عمر مرشد الشويكي، رقابة القضاء على قرارات الإدارة العامة في إنجلترا مع المقارنة في النظام الأردني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 1988.
21. فدوى مرابط، السلطة التنفيذية في بلدان المغرب العربي، دراسة قانونية مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة محمد الأول وجدة، المغرب، 2004.
22. كامل عبد السميع محمود، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مطبعة الجيلاوي، مصر، 1972، 2003.
23. محمد أحمد عبد المنعم، مسؤولية الإدارة على أساس المخاطر في القانونين الفرنسي والمصري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1995.

24. محمد عبد الحافظ هريدي، أعمال السيادة في القانون المصري المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1952.
25. مريد أحمد عبد الرحمان حسن، التوازن بين السلطتين التشريعية و التنظيمية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، القسم العام، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، 2006.
26. مهدي رضا، إصلاح الوظيفة العمومية من منظور الأمم 06-03، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق بن يوسف بن خدة، قسم القانون العام، جامعة الجزائر، 2017/2016.
27. موساوي فاطمة، الرقابة على السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية في الأنظمة القانونية الجزائرية و الفرنسية والمصرية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2017/2016.
28. نبيلة لدرع، مجال التشريع و مجال التنظيم في النظام الجزائري، رسالة دكتوراه في الحقوق، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، سنة 2014/2013.
29. هشام محمد البديري، الدور التشريعي للبرلمان في المجال المالي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، 1997.

■ مذكرات الماجستير

1. أميرة حناشي، مبدأ السيادة في ظل التحولات الدولية الراهنة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2008/2007.
2. بريك عبد الرحمان، المسؤولية الإدارية دون خطأ و أهم تطبيقاتها في القضاء الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2011-2010.
3. حمايتي صباح، الآليات القانونية لمواجهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير تخصص تنظيم إداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الوادي، الجزائر، سنة 2014/2013.
4. حمزة حسين محمد القطروس، الأسس النظرية والعملية لحماية حقوق الإنسان في الظروف الاستثنائية في فلسطين، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة الدول العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، مصر، 2016.
5. خديجة غرداين، إشكالية السيادة والتدخل الإنساني، حالة الدول العربية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر، 2015/2014.

6. رائد سليمان الكعابنة، نظرية أعمال السيادة كفيد على مبدأ المشروعية وتطبيقاتها في قضاء محكمة العدل العليا (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، جامعة مؤتة، الأردن، 2010.
7. رياحي مصطفى، الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996، مذكرة ماجستير، فرع القانون العام، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2004-2005.
8. سديرة محمد علي، الحالات الاستثنائية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2013-2014.
9. سليمة غزلان، فكرة القانون العضوي في دستور 28 نوفمبر 1996، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2001-2002.
10. شويح بن عثمان، دور الجماعات المحلية في التنمية المحلية، دراسة حالة البلدية، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، الجزائر، 2010-2011.
11. عقيل قدوري عبد الحسن، الحماية الدستورية للحقوق والحريات الشخصية في الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في القانون، كلية القانون جامعة آل البيت، الأردن، 2015-2016.
12. علي عبد الرزاق عبد الرضا، نظرية الظروف الاستثنائية (دراسة في أحكام القضاء الإداري الفرنسي والمصري واللبناني)، مذكرة ماجستير، جامعة بيروت العربية، لبنان، 2012.
13. عمر محمود نوفل، الآثار المترتب على الأحكام القضائية، مذكرة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، 2009.
14. فواز خلف عليان الدروي، مسؤولية السلطة التنفيذية عن أعمالها وعلاقتها بأعمال السيادة في النظام الديمقراطي (دراسة مقارنة الأردن، مصر، فرنسا)، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2010.
15. كرازيدي إسماعيل، العولمة والسيادة، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، الجزائر، 2003.
16. مبارك العتيبي، فصل السلطات في النظامين الكويتي و الأردني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، قسم العلوم السياسية، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2012/2013.
17. محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري (دراسة مقارنة تطبيقية)، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، السعودية، 2011.

18. نادر عبد التواب محمد علام، نظرية السيادة أصولها وتطورها، مذكرة ماجستير في الفلسفة السياسية، كلية الآداب، قسم الفلسفة، جامعة طنطا، مصر، 2004.
19. هاشم بن عوض بن أحمد آل إبراهيم، سيادة الدولة بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، 2013.
20. هديل محمد فضل العتيبي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة في الظروف الاستثنائية، مذكرة ماجستير، تخصص قانون، كلية الدراسات العليا الجامعة الأردنية، الأردن، 2011.

د- المجالات

1. أحمد ناصوري، النظام السياسي وجدلية الشرعية والمشروعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، 2008، العدد 02، المجلد 24.
2. إبراهيم درويش، مجلة إدارة قضايا الدولة، القاهرة، 1967، السنة 11، العدد 3.
3. إسماعيل جابوري، نظرية الظروف الاستثنائية وضوابطها في القانون الدستوري الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسية والقانون، جامعة قصدي مراح، ورقلة، 2016، العدد 14.
4. إسماعيل صعصاع البديري، علي مادي حميدي الشكراوي، التنظيم القانوني لأنظمة الاستثناء (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، 2014، العدد 03، المجلد 06.
5. إسماعيل صعصاع البديري، فكرة التخصيصية في المرافق العامة، مجلة جامعة بابل، العراق، 2007، العدد 2، المجلد 14.
6. أمير حسن جاسم، نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العراق، 2007، العدد 8، المجلد 14.
7. الأمين الشريط، مكانة البرلمان الجزائري في اجتهاد المجلس الدستوري، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، العدد 01، 2013.
8. الأمين شريط، علاقة الحكومة بالبرلمان، الندوة الوطنية حول العلاقة بين الحكومة والبرلمان، مجلة الوسيط، وزارة العلاقات مع البرلمان، الجزائر، 23 و 24 أكتوبر 2000، العدد 01.
9. بركايل راضية، الظروف الاستثنائية وآثارها على الحقوق والحريات العامة، مجلة آفاق للدراسات القانونية المقارنة، جامعة سعيدة، الجزائر، نوفمبر 2016، العدد 01.

10. بلعربي عبد الكريم، نعمي توفيق، الحالات القانونية لإنهاء خدمة الموظف العمومي في القانون الجزائري، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، الجزائر، جانفي 2017، العدد 16.
11. بن مسعود أحمد، مجال و طبيعة اللائحة في الدستور الفرنسي لعام 1958، مجلة الواحات للبحوث و الدراسات، جامعة غرداية، الجزائر، 2013، العدد 18.
12. بوقرة إسماعيل، آثار حكم الإلغاء وإشكالات تنفيذه، مجلة الإحياء، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2012، العدد 14.
13. حسن جلوب كاظم، ماهية المال العام في القانون العراقي (دراسة مقارنة)، مجلة النزاهة والشفافية للبحوث و الدراسات، هيئة النزاهة (هيئة مستقلة، تخضع لرقابة مجلس النواب)، العراق، 2014، العدد 07.
14. حسن مصطفى البحري، دور السلطة التنفيذية في العملية التشريعية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، 2008، العدد 01، المجلد 24.
15. حسين جبار النائلي، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، العراق، 2015، العدد 02.
16. خالد خليل الظاهر، الرقابة القضائية لضمان مبدأ الشرعية في المملكة العربية السعودية، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، مصر 2010، العدد 02.
17. سعود النزال، مسؤولية الدولة بالتعويض عن أضرار الأعمال الإرهابية، مجلة جامعة البعث، دمشق، سوريا، 2015، العدد 13، المجلد 37.
18. سعيداني لوناسي جقيقة، مكانة القوانين العضوية في النظام القانوني الجزائري، المجلة النقدية للقانون و السياسة، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2010، العدد 01.
19. عبد الباقي نعمه عبد الله، الظروف الاستثنائية بين النظرية والتطبيق، مجلة العدالة العراقية، 1980، السنة 06، العدد 12.
20. عبد الله رمضان بنيني، نطاق دعوى الإلغاء (دراسة مقارنة)، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، جامعة الزاوية، طرابلس، ليبيا، 2015، العدد 06.

21. عبد المجيد جبار، الرقابة على دستورية القوانين العضوية و رأيا المجلس الدستوري المتعلقان بقانوني الأحزاب السياسية و الانتخابات، مجلة الإدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، الجزائر، 2000 العدد 02، المجلد 10.
22. عبدالجليل مفتاح، نظرة عامة على القانون الأساسي للوظيفة العمومية، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيذر، بسكرة، الجزائر، 2010، العدد 07.
23. عزري الزين، العلاقة السببية كشرط لمسؤولية الإدارة في مجال العمران، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2004، العدد 22.
24. علي أبو هاني، تراجع مبدأ سيادة الدولة في ظل النظام الدولي الجديد، مجلة البحوث و الدراسات العلمية، جامعة المدينة، 2012، العدد 06.
25. علي خاطر شطناوي، الإجراءات الإدارية القابلة للانفصال عن أعمال السيادة، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، جامعة الأردن، 2000، العدد 6، المجلد 27.
26. عمار عباس، محطات بارزة في تطور الدساتير الجزائرية، مجلة المجلس الدستوري، الجزائر، 2013، العدد 02.
27. عمار عوابدي، فكرة القانون العضوي و تطبيقاتها في القانون الناظم للبرلمان والعلاقات الوظيفية بينه و بين الحكومة، مجلة الفكر البرلماني، مجلس الأمة، الجزائر، مارس 2003، العدد 2.
28. غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه و جواز وقف تنفيذه (دراسة مقارنة)، مجلة دفاتر السياسة والقانون، جامعة قصدي مرباح، ورقلة، الجزائر، جوان 2013، العدد 09.
29. فاطمة الزهراء رمضان، أعمال السيادة، انتقاص من قيمة المعيار الموضوعي المعتمد لتحديد مدلول الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية في الجزائر، مجلة الندوة للدراسات القانونية، قسنطينة، الجزائر، 2015، العدد 05.
30. فريد علوش، نبيل قرقور، مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر، 2008، العدد 04.
31. كاهنة شاطري، تطور اللامركزية الإدارية (فرنسا والجزائر نموذجا)، مجلة جيل الدراسات السياسية و العلاقات الدولية، لبنان، ديسمبر 2017، العام الثالث، العدد 13.
32. محمد عادل، الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ (دراسة مقارنة)، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، عمان، الأردن، 2016، العدد 01، المجلد 43.

33. محمد منير حساني، حجية الاجتهاد الدستوري، أساس مساهمة المجلس الدستوري في العمل التشريعي، مجلة دفاتر السياسة و القانون، جامعة ورقلة، الجزائر، جوان 2011، العدد 05.
34. نوبري عبد العزيز، (مستشار الدولة بمجلس الدولة) المنازعة الإدارية في الجزائر، تطورها وخصائصها، مجلة مجلس الدولة، سنة 2006، العدد 08.
35. وحيد فكري رأفت ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها أمام القضاء، مجلة القانون والاقتصاد. القاهرة، مارس 1939. العدد 08.
36. وهيب عياد سلامة، المنازعات الإدارية ومسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية، مجلة هيئة قضايا الدولة ، مصر، تشرين الأول، كانون الأول 1989. السنة 33، العدد 04.

هـ- الملتقيات والأعمال الدراسية

1. حسين مسعودي، رئيس غرفة بمجلس الدولة الجزائري، أعمال السيادة بين الإطلاق والتحديد، المؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية، أبو ظبي، 11 و12/9/2012.

و- النصوص القانونية

▪ الدساتير

1. أمر رقم 76-97، المؤرخ في 22 نوفمبر 1976، المتضمن إصدار دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 94، السنة 13، الصادرة في 24 نوفمبر 1976، ص.ص. 1292-1326.
2. مرسوم رئاسي رقم 89-18 المؤرخ في 28 فبراير سنة 1989، المتعلق بنشر نص تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 9، السنة 26، الصادرة في 01 مارس 1989، ص.ص. 234-256.
3. مرسوم رئاسي رقم 96-438، المؤرخ في 07 ديسمبر 1996، المتعلق بإصدار نص تعديل دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 76، السنة 33، الصادرة في 08 ديسمبر 1996، ص.ص. 06-32.

4. قانون رقم 01-16، المؤرخ في 06 مارس سنة 2016، المتضمن التعديل الدستوري للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ج ر ج ج، العدد 14، السنة 53، الصادرة في 07 مارس 2016، ص.ص.03-37.

5. دستور جمهورية مصر العربية سنة 2014 المعدل والمتمم.

6. الدستور الفرنسي 1958 المعدل في 2008.

▪ القوانين والأوامر

7. قانون عضوي رقم 12-16، المؤرخ في 25 أوت 2016، المحدد لتنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقة الوظيفية بينهما وبين الحكومة، ج ر ج ج، العدد 50، السنة 53، الصادرة في 28 أوت 2016، ص.ص.55-65.

8. القانون رقم 12-78، المؤرخ في 05 أوت 1978، المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج ر ج ج، العدد 32، السنة 15، الصادرة في 08 أوت 1978، ص.ص.724-742.

9. قانون رقم 10-05، المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج، العدد 44، السنة 42، ص.ص.17-25.

10. قانون رقم 07 - 05، المؤرخ في 13 مايو 2007، المتضمن القانون المدني، يعدل ويتمم الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج، العدد 31، السنة 44، ص.ص.03-06.

11. القانون رقم 11-90، المؤرخ في 21 أبريل 1990، المتعلق بعلاقات العمل، ج ر ج ج، العدد 17، السنة 27، الصادرة في 25 أبريل 1990، ص.ص.562-576.

12. القانون رقم 09-08، المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، العدد 21، السنة 45، الصادرة في 23 أبريل 2008، ص.ص.01-95.

13. القانون رقم 10-11، المؤرخ في 22 يونيو سنة 2011، المتعلق بالبلدية، ج ر ج ج، العدد 37، السنة 48، الصادرة في 03 يوليو 2011، ص.ص.04-28.

14. القانون رقم 07-12، المؤرخ في 21 فبراير سنة 2012، المتعلق بالولاية، ج ر ج ج، العدد 12، السنة 49، الصادرة في 29 فبراير 2012، ص.ص.05-24.

15. القانون رقم 07-17، المؤرخ في 27 مارس 2017، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 08 يونيو 1968، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج، العدد 20، السنة 54، الصادرة في 29 مارس 2017، ص.ص. 05-17.
16. القانون رقم 06-18، المؤرخ في 10 يونيو 2018، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155، لمؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج، العدد 34، السنة 55، الصادرة في 10 يونيو 2018، ص.ص. 04-10.
17. القانون رقم 84-16، المؤرخ في 11 جانفي 1984 الخاص بالأحكام الأساسية المتعلقة بالوظيفة العمومي الفرنسي، المعدل بالقانون رقم 2016-483 المؤرخ في 20 أبريل 2016.
18. قانون رقم 53، الصادر سنة 1975، المتعلق بنظام الإدارة المحلية المصري، المعدل والمتمم.
19. الأمر رقم 66-133، المؤرخ في 02 جوان 1966، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، ج ر ج ج، العدد 46، السنة 03، الصادرة في 08 يونيو 1966. ص.ص. 542-554.
20. الأمر رقم 66-155، المؤرخ في 8 يونيو سنة 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج ر ج ج، العدد 48، السنة 03، الصادرة في 10 يونيو 1966. ص.ص. 622-697.
21. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، العدد 78، السنة 12، الصادرة بتاريخ 28 سبتمبر 1975، ص.ص. 990-1059.
22. الأمر 06-03، المؤرخ في 15 يوليو 2006، المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية ج ر ج ج، العدد 46، السنة 43، الصادرة في 16 يوليو 2006، ص.ص. 03-19.
23. مرسوم رقم 85-59، المؤرخ في 23 مارس 1985، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارات والمؤسسات العمومية، ج ر ج ج، العدد 13، السنة 22، الصادرة في 24 مارس 1985. ص.ص. 333-358.

قرارات وأراء المجلس الدستوري

1. رأي رقم 01/ر، ق، ع/م د/04، المؤرخ في 05 فبراير 2004، المتعلق بمراقبة القانون العضوي، المعدل و المتمم للأمر رقم 07/97 المؤرخ في 6 مارس 1997 والمتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، للدستور، ج ر ج ج، عدد 09، المؤرخ في 11 فبراير 2004، ص.ص.16-20.

2. رأي المجلس الدستوري رقم 04/ر، ق، ع/م د/16، المؤرخ في 11 أوت 2016، يتعلق بمراقبة مطابقة القانون العضوي الذي يحدد تنظيم المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة، وعملهما، وكذا العلاقات الوظيفية بينهما وبين الحكومة للدستور، ج ر ج ج، العدد 50، السنة 53، الصادرة في 28 أوت 2016، ص.ص.47-54.

الأحكام والقرارات القضائية

1. قرار مجلس الدولة الجزائري رقم 130347، المؤرخ في 19 جانفي 2017.
2. حكم محكمة الاستئناف مصر، بتاريخ 10 ديسمبر 1933 م، تحت رقم 428، مجلة المحاماة، السنة 13، حجز الأفراد من طرف البوليس ليس من أعمال السيادة.
3. حكم محكمة القضاء الإداري الصادر بتاريخ 26 يونيو 1951 م في القضية رقم 587، لسنة 5 القضائية، مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة الخامسة، رقم 357، ص 1099، جريدة مصر الفتاة.
4. حكم محكمة القضاء الإداري بالقاهرة في الدعوى رقم 32 لسنة 2008 بجلسة 2009/1/6. قضية بيع الغاز المصري للكيان الصهيوني.
5. قرار مجلس الدولة المصري، قضية تيران وسنافير، 16-01-2017.

A- Les ouvrages en français

1. Achille Mestre, le conseil d'Etat protecteur des prérogatives de l'Administration, L.G.D.J, paris, 1974.
2. Alfred Fouillé, L'idée moderne du droit,, sixième édition, Librairie Hachette et C^{ie}, paris, 1909.
3. André De Laubadère, Jean-Claude Venezia, Yves Gaudmet, Droit administratif, 14^e édition, L G D J, Paris, 1996.
4. Aurélie Duffy-Meunier,La Cour suprême au Royaume-Uni après le Constitutional Reform Act 2005, Jus politicum, n°9, 2013.
5. Bernard Chantebout, Droit constitutionnel et sciences politiques, 1^{re} édition, Edition Armand Colin, Paris, 1985.
6. Charles sirat, la loi organique et la constitution de 1958, 1^{re} édition, Dalloz, paris , 1960.
7. Debbach Charles, Frédéric Colin, droit administrative, 7^e édition, economica, paris 2002.
8. Denys de Bechillon, hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'état, 1^{re}. édition, Economica, paris,1996.
9. Didier Mauss, Aborder le droit constitutionnel,1^{re} édition du seuil, paris,1998.
10. Edouard Laferrière, traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, tome premier, 2^e édition, Berger-levrault et libraires éditeurs, 1896.
11. Frédérique Ruenda, Le contrôle le l'activité du pouvoir exécutif par le juge constitutionnel, les exemples Français, allemand, espagnol, 1^{re} édition L,G,D,J -E, J,A, paris, 2000
12. Georges burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, 9^e édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.
13. Gilles Champagne, L'essentiel du droit constitutionnel, Les institutions de la v^e République , Tome 2, 3^e édition, Galino éditeur, Paris, 2002.
14. Hubert amiel, les lois organiques, R. d. p. N° 01, 1984.
15. Jacques moreau, droit public, tome I, théorie générale de l'Etat de droit constitutionnel, droit administratif, 3^e édition Economica, Paris,1995.
16. Jean Constantinoff, le recours contre l'administration dans la législation et la jurisprudence anglaise, Librairie de Jurisprudence ancienne et Moderne, 1931.

17. Jean pierre comby, la loi organique dans la constitution, 1958, R.D.P, tome 1, 105, 1989.
18. Josserand, L'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de L'Abus des Droits, librairie Dalloz, 2^e édition paris,1939.
19. Julien Laferrière, Manuel de droit constitutionnel, 2^e édition, éditions domat montchrestien, paris V^e, 1947.
20. Léon duguit, leçons de droit public général, Édition BOCCARD, 1926.
21. Léon duguit, Traité de droit constitutionnel, la règle de droit, le problème de l'Etat, 2^e édition, Tome 1, édition Bocard, paris1921.
22. Léon duguit, Traité de droit constitutionnel, la théorie générale de l'Etat (suite et fin) 2^e édition, Tome 3, édition Bocard, paris,1923.
23. Loris Favoreu et Loïc Phillip, le domaine de la loi et le domaine du règlement, 1^{re} édition, Economica, 1978.
24. Louis favoreu et Loïc Philip, des grandes décisions du conseil constitutionnel, 3^e édition, Dalloz, paris, 1995.
25. M. Long, p. weil, G. Braibant, p, Délvové, B. Genevois, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 20^e édition, Dalloz, paris, 2015.
26. Marcel waline, Droit Administratif, Traité, Sirey, 8² éd, 1952.
27. Marcel, Waline, Droit Administratif, 9^e Edition, Sirey, 1963.
28. Marie-christine rouault, Droit administratif et institutions administratives, 3^e édition, éditions Larcier, Bruxelles, 2015.
29. Paul Duez, La responsabilité de la puissance publique, reproduction de la seconde édition parue en 1938, édition Dalloz, 2012.
30. Philippe Ardant, Institutions politiques et droit constitutionnel, 12^e édition delta, L G D J, paris, 2000.
31. Pierre A.PAPADATOS, le Problème De L'ordre Reçu En Droit Pénal, Librairie Droz GENEVE, 1964.
32. Pierre le mire, la loi et le règlement, articles 34,37 et 41 de la constitution de 1958, droit constitutionnel et institutions politiques, documents d'études n° 1-08, Editions juris-classeurs, 1994.
33. Pierre Pactet, Institutions politiques, droit constitutionnel, 10^e édition , Masson, Paris,1995.
34. René Chapus, Droit administratif général, Tome 1, 15^e édition, Montchrestien, Paris, 2001.
35. Roger MERLE et André VITU, Traité De Droit Criminel, Editions cujas, Paris 1967, N° 324.
36. Roland Maspétiol , L'Etat devant la personne et la Société, Edition sirey, 1948.

37. Vedel Georges, Delvolvé Pierre, Droit administratif, Tome I, Themis, droit public, PUF, Paris, 1992.
38. Vincent tchen, domaine respectif de la loi et du règlement, documents d'études, fasc 106 jour du 17 mai 2001, n° 08-2001 Edition juris-classeur 2001.

B-Thèses

1. Céline Vintzel, Les armes du gouvernement dans la procédure législative, Etude comparée, Allemagne, France, Italie, thèse de Doctorat en droit public, Université de paris , panthéon Sorbonne, 4 décembre 2009.
2. Denis Lavy : La responsabilité de la puissance publique et ses agents en Angleterre, thèse de doctorat, Université de paris, 1954.

C-Revues

- 1- Bjorge, Eirik, La Cour Suprême du Royaume-Uni, une cour constitutionnelle digne de ce nom, Revue française de droit administratif, Vol 213, 2017.
- 2- Jean Lamarque, La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, R D P, 1961.
- 3- René chapus : « l'acte de gouvernement, monstre ou victime ? », R. II Dalloz 1958.
- 4- R. Smend, les actes de gouvernement, 2^e V .Annuaire de l'institut international de droit publie, les presses universitaires de France, paris, 1931.

D-Les lois

- 1- Ordonnance du 9 août 1944 relative au rétablissement de la légalité républicaine sur le territoire continental.
- 2- Convention de la Haye, concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe, 18 octobre 1907.
- 3- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4. XI. 1950.
- 4- Union Européenne 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal

E-Les Arrêts

- 5- Tribunal des conflits, 8 février 1873, blanco (Rec. ^{1er} supplt 61, David ; D. 1873.3.20, concl. ; S. 1873.3.153, concl.).
- 6- C.E, 19 février 1875, Prince Napoléon, (Rec. 155, concl. David ; D. 1875.3.18, concl.)
- 7- C.E, 6 février 1903, terrier (Rec. 94, concl. Romieu ; D. 1904.3.65, concl. ; S. 1903.3.25, concl., note Hauriou ; AJ 2003, art. D Costa)
- 8- C.E, 28 mars 1919, Regnault-Desroziers (Rec.329 ; RD publ. 1919.239, concl. Corneille, note Jèze ; D.1920.3.1, note Applrton ; S.1918-1919.3.25,note Hauriou).
- 9- C.E, 22 Janvier 1921, Société Commerciale de l'Ouest Africain (Rec.91 ; D. 1921.3.1, concl. Matter ; S 1924.3.34, concl.),
- 10- C.E, 14 janvier 1938, société anonyme des produits laitiers La fleurette (Rec. 25 ; S. 1938. 3 . 25, concl. Royou, note P.
 - a. Laroque, ; D 1938. 3. 14, concl, note Rolland ; R D publ. 1938. 87, concl. Note Jeze)
- 11- C.E, 13 Mai 1938, Caisse Primaire, Aide et Protection, (Rec.417 ; D. 1939.3.65, concl.R. Latournerie, note Pépy ; RD publ. 1938.8.830, concl.,) M. long, op.cit.p.294
- 12- C.E, 31 Juillet 1942, Monpeurt, (Rec.239 ; D. 1942.138, concl. Ségaïat, note P.C. ; JCP 1942.II.2046, concl., note P.Laroque ; RD publ. 1943.57, concl., note Bonnard ; S 1942.3.37, concl.),
- 13- C.E, 30 Mars 1966, compagnie générale d'énergie radio-électrique(Re, 257: RD publ. 1966. 774. Concl, Michel Bernard et 955, note M. waline ;A 1966. 350. Chr. Puissochet et lecat: D. 1966. 582, note Lachaume ; jcp 1967. II. 15000, note Dehaussy).
- 14- Tribunal des Conflits, 6 juillet 2015, N° 03995, Conflit négatif, Grégoire K. et autres c/ Premier ministre.
- 15- C.E, ordonnance 19 juin 2017, N° 411588, Ministre de l'intérieur c/ Mme E.
- 16- C.E, 25 avril 2017, M. A... B...c/ministre de l'intérieur, N°409677.
- 17- Cour européenne des droits de l'homme, Strasbourg, Othman Abou Qatada et autre C/ Royaume-Uni, Gr. Ch. Req. N° 8139/09, 17 janvier 2012.

A-books

- 1- Dales Beach, The management of people at work, 4th Edition, London Macmillan, 1975.
- 2- Garner, J.F, Administrative Law, Butterworths, 5th Edition, London, 1979.
- 3- H.Marshall, The legal relationship between The state and its servants in the common wealth, 1966.
- 4- Hoodphillips, Paul Jackson, constitutional And Administrative law, Sweet & Maxwell, 6th Edition, London, 1978.
- 5- Moore, Harrison, Act of state in English law, Ed Murray, London, 1906.
- 6- R UPEX, Termination of Employment : The Legal and Financial Implication, 2nd Edition, Sweet and Maxwell, 1986.
- 7- Wade, H.W.R, Administrative Law, 4th Edition, Clarendon press, Oxford, 1977.

B-Laws and conventions

- 1- Constitutional Reform Act 2005.
- 2- Treaty of Lisbon, Presented to Parliament by the Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs By Command of Her Majesty, January 2008.

C- Judgments and judicial decisions

- 3- Belhaj and another (Respondents) v Straw and others (Appellants) [2017] UKSC 3 On appeal from [2014] EWCA Civ 1394.
- 4- Rahmatullah (No 1) (Respondent) v Ministry of Defence and another (Appellants) [2017] UKSC 3 On appeal from [2014] EWHC 3846 (QB).
- 5- R (on the application of Miller and another) (Respondents) v Secretary of State for Exiting the European Union (Appellant), 24 January 2017.

الفهرس

قائمة المحتويات

1	مقدمة
8	الباب الأول: الإطار المفاهيمي و القانوني لفكرة السيادة
12	الفصل الأول: ماهية فكرة السلطة العامة من الجانب السيادي
13	المبحث الأول: مفهوم السلطة العامة
13	المطلب الأول: تعريف السلطة العامة
13	الفرع الأول: السلطة لغة واصطلاحاً
13	البند الأول: المعنى اللغوي
14	البند الثاني: المعنى الاصطلاحي
17	الفرع الثاني: السلطة العامة سياسةً
17	البند الأول: ارتباط السلطة العامة السياسية بالسيادة
18	البند الثاني: التعريف الفقهي للسلطة العامة السياسية
18	الفرع الثالث: السلطة قانوناً
18	البند الأول: معنى السلطة عموماً
19	البند الثاني: معنى السلطة إدارياً
20	المطلب الثاني: عناصر السلطة العامة
20	الفرع الأول: الاختصاص
20	البند الأول: الاختصاص في ظل السلطة المشروعة
21	البند الثاني: الاختصاص في ظل السلطة الواقعية
23	الفرع الثاني: الالتزام
23	البند الأول: ممارسة السلطة
23	البند الثاني: استعمال الحق
23	الفرع الثالث: العمل العام
24	البند الأول: أوجه القيام بالعمل العام
25	البند الثاني: طرق تأدية العمل العام
27	المطلب الثالث: مصدر السلطة العامة
28	الفرع الأول: القانون مصدر مباشر للسلطة العامة
28	البند الأول: القانون بمعناه الواسع مصدر للسلطة العامة
29	البند الثاني: القانون بمعناه الضيق مصدر للسلطة العامة
29	الفرع الثاني: القانون مصدر غير مباشر للسلطة العامة
29	البند الأول: الأحكام القضائية مصدر غير مباشر للسلطة العامة
30	البند الثاني: الأعمال القانونية مصدر غير مباشر للسلطة العامة
30	الفرع الثالث: الوقائع المادية كمصدر استثنائي للسلطة العامة
31	البند الأول: الوقائع المادية الإرادية
31	البند الثاني: الوقائع الطبيعية

32	المبحث الثاني: موقع فكرة السيادة في أعمال السلطة العامة
32	المطلب الأول: فكرة السيادة عموماً
32	الفرع الأول: تحديد فكرة السيادة
33	البند الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي للسيادة
33	البند الثاني: التعريف الفقهي للسيادة
35	الفرع الثاني: جذور فكرة السيادة
35	البند الأول: فكرة السيادة في مفهومها التقليدي
36	البند الثاني: فكرة السيادة في مفهومها الحديث
37	الفرع الثالث: خصائص ومظاهر السيادة
37	البند الأول: خصائص السيادة
38	البند الثاني: مظاهر السيادة
39	المطلب الثاني: صاحب الحق (السيادة)
39	الفرع الأول: المذاهب القديمة
39	البند الأول: السيادة حق الأمير
40	البند الثاني: سيادة الأمة أم سيادة الشعب
41	الفرع الثاني: الحد من المذاهب القديمة
41	البند الأول: سيادة القانون الطبيعي
42	البند الثاني: مبدأ الفصل بين السلطات
43	الفرع الثالث: مبدأ سيادة القانون في النظم القانونية المقارنة
43	البند الأول: مدلول مبدأ سيادة القانون
45	البند الثاني: مبررات مبدأ سيادة القانون
47	المطلب الثالث: تداخل فكرة السيادة مع مضمون عمل السلطة
47	الفرع الأول: عمل السلطة العامة
47	البند الأول: تمثيل الدولة
48	البند الثاني: تمثيل الإدارة
48	الفرع الثاني: أساليب السلطة العامة
48	البند الأول: امتيازات التنفيذ المباشر
49	البند الثاني: قرينة الصحة والسلامة لقرارات السلطات العامة
49	الفرع الثالث: تعذر فصل فكرة السيادة عن عمل السلطة العامة
50	البند الأول: تطابق فكرة السيادة مع فكرة السلطة
50	البند الثاني: السيادة صفة للسلطة
51	المبحث الثالث: فكرة السلطة العامة في القانون المقارن
51	المطلب الأول: السلطة العامة في النظام اللاتيني الجرمانى (فرنسا و مصر)
51	الفرع الأول: الأشخاص الاعتبارية الإقليمية
51	البند الأول: الدولة
53	البند الثاني: الجماعات المحلية
55	الفرع الثاني: الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية
56	البند الأول: المؤسسات العامة
58	البند الثاني: خصائص المؤسسات العامة

58.....	الفرع الثالث: الموظف العام.....
58.....	البند الأول: تعريف الموظف العام.....
60.....	البند الثاني: التكييف القانوني لعلاقة الموظف العام بالسلطة العامة.....
60.....	المطلب الثاني: فكرة السلطة العامة في النظام الأنجلوسكسوني.....
60.....	الفرع الأول: السلطات المركزية في القانون الإنجليزي.....
61.....	البند الأول: الحكومة.....
64.....	البند الثاني: التاج.....
64.....	الفرع الثاني: الأشخاص الاعتبارية المحلية.....
65.....	البند الأول: السلطات العامة المحلية.....
67.....	البند الثاني: المرافق العامة.....
68.....	الفرع الثالث: الموظف العام وفق النظام الانجليزي.....
68.....	البند الأول: مدلول الموظف العام.....
70.....	البند الثاني: العلاقة بين الإدارة و الموظف.....
72.....	المطلب الثالث: السلطة العامة في القانون الجزائري.....
73.....	الفرع الأول: الأشخاص الاعتبارية الاقليمية.....
73.....	البند الأول: الدولة.....
74.....	البند الثاني: الجماعات المحلية.....
75.....	الفرع الثاني: الأشخاص الاعتبارية العامة المرفقية (المصلحية).....
76.....	البند الأول: المؤسسات العامة الوطنية.....
76.....	البند الثاني: المؤسسات المحلية أو الإقليمية.....
76.....	الفرع الثالث: الموظف العام.....
77.....	البند الأول: مدلول الموظف العام.....
80.....	البند الثاني: علاقة الموظف بالإدارة.....
83.....	الفصل الثاني: المعايير لتحديد مجال فكرة السلطة العامة.....
84.....	المبحث الأول: المعايير الدستورية و القانونية.....
84.....	المطلب الأول: تقنية حصر المجال التشريعي.....
85.....	الفرع الأول: منشأ تقنية حصر المجال التشريعي.....
85.....	البند الأول: سلطة وسيادة البرلمان في صنع القانون.....
85.....	البند الثاني: انحصار سلطة البرلمان في المجال التشريعي.....
86.....	الفرع الثاني: مضمون تقنية حصر المجال التشريعي وفق المعيار الدستوري الأساسي.....
88.....	البند الأول: تقبيد مجال السلطة التشريعية.....
90.....	البند الثاني: إطلاق مجال التنظيم للسلطة التنفيذية.....
93.....	الفرع الثالث: أسباب اللجوء إلى المجال التشريعي.....
94.....	البند الأول: الأسباب المباشرة لحصر المجال التشريعي.....
96.....	البند الثاني: الأسباب غير المباشرة لحصر المجال التشريعي.....
97.....	المطلب الثاني: التقنيات التكميلية الفاصلة بين مجال التشريع و التنظيم.....
98.....	الفرع الأول: تقنية الدفع بعدم الاختصاص.....
98.....	البند الأول: مدلول تقنية الدفع بعدم الاختصاص.....
100.....	البند الثاني: امتناع السلطة التنفيذية عن استخدام تقنية الدفع بعدم الاختصاص.....

102.....	الفرع الثاني: النصوص ذات الشكل التشريعي.....
102.....	البند الأول: مدلول النصوص ذات الشكل التشريعي.....
103.....	البند الثاني: الغاية من النصوص ذات الشكل التشريعي.....
104.....	الفرع الثالث: الأوامر التفويضية.....
104.....	البند الأول: مدلول الأوامر التفويضية.....
105.....	البند الثاني: الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية.....
106.....	المطلب الثالث: القوانين المكملة للدستور و دورها في تحديد مجال التشريع و التنظيم.....
107.....	الفرع الأول: مدلول القوانين المكملة للدستور.....
107.....	البند الأول: تعريف القوانين المكملة للدستور.....
108.....	البند الثاني: دوافع نشأة القوانين المكملة للدستور.....
110.....	الفرع الثاني: القيمة القانونية للقوانين المكملة للدستور.....
110.....	البند الأول: قيمة القوانين المكملة في الدستور المرن.....
111.....	البند الثاني: قيمة القوانين المكملة في الدستور الجامد.....
111.....	الفرع الثالث: الدور التكميلي للقوانين العضوية.....
112.....	البند الأول: الدور التكميلي للقانون العضوي الفاصل بين مجال الحكومة والبرلمان.....
114.....	البند الثاني: دور النظام الداخلي لغرفتي البرلمان في تحديد مجال التشريع والتنظيم.....
115.....	المبحث الثاني: المعايير الفقهيّة.....
115.....	المطلب الأول: نظرية المرفق العام.....
115.....	الفرع الأول: مفهوم المرفق العام.....
115.....	البند الأول: مدلول المرفق العام.....
117.....	البند الثاني: نشأة نظرية المرفق العام.....
119.....	الفرع الثاني: المرفق العام أساس النظام القانوني الإداري.....
119.....	البند الأول: المرفق العام معيار تقسيم النظام القانوني.....
120.....	البند الثاني: المرفق العام معيار اختصاص القضاء الإداري.....
121.....	الفرع الثالث: أزمة نظرية المرفق العام.....
121.....	البند الأول: أسباب أزمة نظرية المرفق العام.....
122.....	البند الثاني: مظاهر أزمة نظرية المرفق العام.....
123.....	المطلب الثاني: نظرية السلطة العامة.....
124.....	الفرع الأول: السلطة العامة وفق المنظور التقليدي.....
124.....	البند الأول: أعمال السلطة العامة.....
124.....	البند الثاني: أعمال الإدارة العادية.....
125.....	الفرع الثاني: الاتجاه الحديث للسلطة العامة.....
126.....	البند الأول: معيار السلطة العامة عند العميد هوريو.....
127.....	البند الثاني: معيار السلطة العامة عند فيدل vedel.....
128.....	الفرع الثالث: نظرية السلطة العامة بين التقييد و الإطلاق.....
128.....	البند الأول: امتيازات السلطة العامة.....
129.....	البند الثاني: القيود الواردة على السلطة العامة.....
129.....	المطلب الثالث: المعايير البديلة كأساس للقانون الإداري.....
129.....	الفرع الأول: المعايير القديمة التي نادى بها الفقه.....

129.....	البند الأول: معيار الشخص المعنوي العام.....
130.....	البند الثاني: معيار الدولة المدينة.....
130.....	الفرع الثاني: المعايير الشبيهة بنظرية المرفق العام والسلطة.....
130.....	البند الأول: معيار المنفعة العامة.....
131.....	البند الثاني: معيار الوسائل القانونية.....
132.....	الفرع الثالث: المعايير المختلطة.....
132.....	البند الأول: الجمع بين المرفق العام والسلطة العامة.....
132.....	البند الثاني: معيار الوسائل والأهداف.....
132.....	المبحث الثالث: المعايير القضائية.....
133.....	المطلب الأول: معيار الباعث السياسي.....
133.....	الفرع الأول: مدلول الباعث السياسي.....
133.....	البند الأول: مضمون فكرة الباعث السياسي.....
134.....	البند الثاني: نشأة معيار العمل السياسي.....
135.....	الفرع الثاني: النتائج المترتبة على إعمال معيار الباعث السياسي.....
135.....	البند الأول: على المستوى الداخلي.....
136.....	البند الثاني: على المستوى الخارجي (الدبلوماسي).....
136.....	الفرع الثالث: نقد معيار الباعث السياسي.....
137.....	البند الأول: تقييد للحريات والحقوق.....
137.....	البند الثاني: مخالفة المبادئ الديمقراطية.....
138.....	المطلب الثاني: معيار طبيعة العمل (المعيار الموضوعي).....
139.....	الفرع الأول: طبيعة العمل أساس لتمييز عمل الحكومة.....
139.....	البند الأول: مضمون معيار طبيعة العمل.....
140.....	البند الثاني: نقد معيار طبيعة العمل.....
140.....	الفرع الثاني: النصوص القانونية أساس لتحديد الوظيفة الحكومية.....
140.....	البند الأول: مدلول النص القانوني المحدد للعمل الحكومي.....
141.....	البند الثاني: نقد فكرة النصوص القانونية.....
142.....	الفرع الثالث: فكرة الأعمال المختلطة.....
142.....	البند الأول: طبيعة الأعمال المختلطة.....
142.....	البند الثاني: نقد معيار العمل المختلط.....
143.....	المطلب الثالث: معيار القائمة الفضائية:.....
143.....	الفرع الأول: أعمال الحكومة على المستوى الداخلي.....
143.....	البند الأول: الأعمال المنظمة لعلاقة السلطة التنفيذية مع البرلمان.....
144.....	البند الثاني: الأعمال المنظمة لعلاقة رئيس الجمهورية مع الحكومة.....
144.....	الفرع الثاني: أعمال الحكومة على المستوى الخارجي.....
144.....	البند الأول: الأعمال الخاصة بإبرام المعاهدات والاتفاقيات.....
145.....	البند الثاني: الأعمال المتصلة بنشاط الدولة الدبلوماسي.....
145.....	الفرع الثالث: الأعمال الاستثنائية المرتبطة بأمن الدولة.....
146.....	البند الأول: الأعمال المتعلقة مباشرة بالحرب.....
146.....	البند الثاني: التدابير الخاصة بالأمن الداخلي.....

148.....	الباب الثاني: نطاق مساءلة السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم
152.....	الفصل الأول: نظرية السيادة كمبرر لعدم مسؤولية السلطة العامة
153.....	المبحث الأول: مفهوم أعمال السيادة
153.....	المطلب الأول: مدلول أعمال السيادة
153.....	الفرع الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لأعمال السيادة
153.....	البند الأول: أعمال السيادة لغة
154.....	البند الثاني: أعمال السيادة اصطلاحاً
154.....	الفرع الثاني: تعريف أعمال السيادة فقها وقضاً
154.....	البند الأول: التعريف الفقهي لنظرية أعمال السيادة
156.....	البند الثاني: التعريف القضائي لأعمال السيادة
156.....	الفرع الثالث: تعريف المشرع لنظرية أعمال السيادة
157.....	البند الأول: تعريف التشريع المقارن لأعمال السيادة
157.....	البند الثاني: تعريف المشرع الجزائي لأعمال السيادة
159.....	المطلب الثاني: نشأة نظرية أعمال السيادة
159.....	الفرع الأول: القضاء الفرنسي مهد نظرية أعمال السيادة
159.....	البند الأول: نظرية أعمال الحكومة في العهد القديم
160.....	البند الثاني: أعمال الحكومة بعد عودة الملكية
162.....	الفرع الثاني: المشرع منسئ لأعمال السيادة في مصر
163.....	البند الأول: نشأة أعمال الحكومة في ظل المحاكم المختلطة
163.....	البند الثاني: إنشاء مجلس الدولة وتبنيه لنظرية أعمال الحكومة
164.....	الفرع الثالث: التطور التاريخي لأعمال الدولة في إنجلترا
164.....	البند الأول: فكرة أعمال الدولة قبل ثورة 1688
166.....	البند الثاني: فكرة أعمال الدولة بعد ثورة 1688
167.....	المطلب الثالث: مبررات أعمال السيادة:
167.....	الفرع الأول: مبررات قانونية
167.....	البند الأول: تحول مجلس الدولة إلى نظام القضاء البات
168.....	البند الثاني: أعمال السيادة أعمال مختلطة
168.....	الفرع الثاني: مبررات فقهية
168.....	البند الأول: مناورة قام بها مجلس الدولة
169.....	البند الثاني: ضرورة التمييز بين وظائف السلطة التنفيذية
170.....	الفرع الأول: مبررات سياسية
170.....	البند الأول: الباعث السياسي
171.....	البند الثاني: الضرورة السياسية
171.....	المبحث الثاني: استبعاد مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة في القانون المقارن
171.....	المطلب الأول: عدم مساءلة السلطة عن أعمال الحكومة في القانون الفرنسي
172.....	الفرع الأول: أساس عدم المساءلة عن الأعمال الحكومية
172.....	البند الأول: النص التشريعي
173.....	البند الثاني: أحكام القضاء
174.....	الفرع الثاني: التضييق من مجال نظرية أعمال الحكومة

175.....	البند الأول: الأعمال التي يمتنع القضاء النظر فيها.....
176.....	البند الثاني: الأعمال التي يمتنع القضاء عن نظرها لإفساح المجال أمام الحكومة.....
177.....	الفرع الثالث: التوجهات الحديثة لإقرار مسؤولية السلطة العامة عن أعمال الحكومة.....
177.....	البند الأول: الإجراءات القابلة للانفصال.....
180.....	البند الثاني: إقرار مسؤولية الحكومة والتعويض على بعض أعمالها.....
181.....	المطلب الثاني: عدم مساءلة السلطة عن أعمال الدولة في القانون الإنجليزي.....
181.....	الفرع الأول: أعمال الدولة في القانون الإنجليزي ACTS OF STATE.....
181.....	البند الأول: نطاق أعمال الدولة في القانون الإنجليزي.....
182.....	البند الثاني: أساس استبعاد أعمال الدولة عن رقابة القضاء.....
184.....	الفرع الثاني: مساءلة السلطة عن أعمال الدولة داخل بريطانيا.....
185.....	البند الأول: أعمال الدولة في مواجهة بريطاني على أرض بريطانية.....
185.....	البند الثاني: أعمال الدولة في مواجهة أجنبي على أرض بريطانية.....
186.....	الفرع الثالث: مساءلة السلطة عن أعمال الدولة التي تتم خارج بريطانيا.....
186.....	البند الأول: حالة الأجنبي على أرض أجنبية.....
187.....	البند الثاني: حالة البريطاني الذي يقيم على أرض أجنبية.....
188.....	المطلب الثالث: عدم مساءلة السلطة عن أعمال السيادة في القانون المصري.....
188.....	الفرع الأول: أساس عدم المساءلة عن أعمال السيادة.....
188.....	البند الأول: في ظل القضاء الموحد.....
189.....	البند الثاني: في ظل القضاء المزدوج.....
190.....	الفرع الثاني: صعوبة تحديد نطاق مساءلة السلطة العامة عن أعمال السيادة.....
190.....	البند الأول: الخطأ في التكييف القانوني لأعمال السيادة.....
191.....	البند الثاني: إبعاد رقابة القضاء على أعمال سمتها الحكومة أعمال السيادة.....
193.....	الفرع الثالث: التوجهات الحديثة للقضاء الإداري المصري.....
193.....	البند الأول: تبني القضاء المصري فكرة الإجراءات القابلة للانفصال.....
194.....	البند الثاني: التطبيقات الحديثة للقضاء الإداري المصري.....
198.....	المبحث الثالث: موقف الفقه و القضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة.....
198.....	المطلب الأول: موقف الفقه المقارن من نظرية أعمال السيادة.....
198.....	الفرع الأول: الفقه اللاتيني الجرمانى.....
198.....	البند الأول: موقف الفقه الفرنسي من فكرة أعمال الحكومة.....
200.....	البند الثاني: موقف الفقه المصري من فكرة أعمال السيادة.....
202.....	الفرع الثاني: الفقه الأنجلوسكسونى.....
202.....	البند الأول: موقف الفقه البريطانى من فكرة أعمال الدولة.....
202.....	الفرع الثالث: الفقه الإسلامى.....
203.....	البند الأول: مبدأ المشروعية فى الإسلام.....
204.....	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامى من فكرة أعمال السيادة.....
204.....	المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من نظرية أعمال السيادة.....
204.....	الفرع الأول: موقف القضاء فى النظام اللاتينى الجرمانى.....
204.....	البند الأول: موقف القضاء الفرنسى من نظرية أعمال الحكومة.....
207.....	البند الثاني: موقف القضاء المصرى من نظرية أعمال السيادة.....

210.....	الفرع الثاني: موقف القضاء الأنجلوسكسوني
210.....	البند الأول: التحول التاريخي في التنظيم القضائي البريطاني
212.....	البند الثاني: موقف القضاء البريطاني من أعمال الدولة
215.....	الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائري من نظرية أعمال السيادة
216.....	البند الأول: موقف القضاء
217.....	البند الثاني: التطبيقات القضائية لأعمال السيادة
220.....	الفصل الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية كنتيجة عدم تحميل السلطة العامة المسؤولية
221.....	المبحث الأول: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية
221.....	المطلب الأول: مدلول نظرية الظروف الاستثنائية
221.....	الفرع الأول: نظرية الظروف الاستثنائية لغة واصطلاحا
221.....	البند الأول: لغة
221.....	البند الثاني: اصطلاحا
222.....	الفرع الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية وفق التشريع الداخلي للأنظمة القانونية
222.....	البند الأول: تعريف المشرع للظروف الاستثنائية في النظام اللاتيني الجرمانى
223.....	البند الثاني: تعريف المشرع للظروف الاستثنائية في النظام الأنجلوسكسونى
223.....	الفرع الثالث: تعريف الظروف الاستثنائية فقها وقضاء
224.....	البند الأول: التعريف الفقهي لنظرية الظروف الاستثنائية
225.....	البند الثاني: التعريف القضائي لنظرية الظروف الاستثنائية
226.....	المطلب الثاني: مضمون نظرية الظروف الاستثنائية
226.....	الفرع الأول: نشأة الظروف الاستثنائية
226.....	البند الأول: جنور فكرة الظروف الاستثنائية
227.....	البند الثاني: النشأة القضائية لنظرية الظروف الاستثنائية
228.....	الفرع الثاني: شروط اللجوء إلى نظرية الظروف الاستثنائية
228.....	البند الأول: قيام الظرف الاستثنائي واستحالة دفعه بالقواعد القانونية العادية:
229.....	البند الثاني: أن يكون الهدف تحقيق المصلحة العامة بالقدر اللازم والضروري
231.....	الفرع الثالث: أساس نظرية الظروف الاستثنائية
231.....	البند الأول: الضرورة والواجب كأساس للنظرية
232.....	البند الثاني: فكرة أعمال السيادة أساس نظرية الظرف الاستثنائي
233.....	المطلب الثالث: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية
233.....	الفرع الأول: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في النظام اللاتيني الجرمانى
233.....	البند الأول: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في فرنسا
235.....	البند الثاني: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية في مصر
238.....	الفرع الثاني: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في النظام الانجلوسكسونى
238.....	البند الأول: التنظيم القانوني لنظرية الظروف الاستثنائية في إنجلترا
240.....	البند الثاني: التنظيم القانوني لحالة الطوارئ في الولايات المتحدة الأمريكية
243.....	الفرع الثالث: التنظيم القانوني للظروف الاستثنائية وفق القانون الجزائري
243.....	البند الأول: حالة الطوارئ والحصار في القانون الجزائرى
245.....	البند الثاني: الحالة الاستثنائية وحالة الحرب في القانون الجزائري

249.....	المبحث الثاني: مساءلة السلطة العامة بدون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية
249.....	المطلب الأول: مسؤولية السلطة العامة دون خطأ
249.....	الفرع الأول: المقصود بالمسؤولية دون خطأ
250.....	البند الأول: معنى المسؤولية دون خطأ
250.....	البند الثاني: التفرقة بين مصطلح المسؤولية دون خطأ وصوره الأخرى
251.....	الفرع الثاني: النشأة وخصائص المسؤولية العامة دون خطأ
251.....	البند الأول: نشأة نظرية مسؤولية الإدارة دون خطأ
252.....	البند الثاني: خصائص المسؤولية دون خطأ في ظل الظروف الاستثنائية
254.....	الفرع الثالث: ضرورة توسيع نطاق المساءلة نتيجة توسع صلاحيات السلطة العامة في الظروف الاستثنائية
254.....	البند الأول: مساءلة السلطة العامة في ظل المساس بالسلطة التشريعية
254.....	البند الثاني: مساءلة السلطة العامة في ظل المساس بالسلطة القضائية
255.....	المطلب الثاني: أركان مساءلة السلطة العامة بدون الخطأ في الظروف الاستثنائية
255.....	الفرع الأول: شرط الضرر الموجب لمساءلة السلطة العامة
256.....	البند الأول: ركن الضرر
260.....	البند الثاني: أنواع الضرر
261.....	الفرع الثاني: الرابطة السببية كشرط لإقامة مسؤولية السلطة العامة
261.....	البند الأول: إثبات العلاقة السببية
263.....	البند الثاني: انتفاء العلاقة السببية
267.....	الفرع الثالث: تحديد الشخص المضرور
269.....	البند الثاني: الأضرار التي تصيب موظفو السلطة العامة
270.....	المطلب الثالث: الأساس القانوني لمساءلة السلطة العامة دون خطأ في ظل استثنائية الظرف
270.....	الفرع الأول: الأسس التقليدية لتحميل المسؤولية للسلطة العامة
270.....	البند الأول: نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية بدون خطأ
272.....	البند الثاني: مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أساس المسؤولية دون خطأ
274.....	الفرع الثاني: الأفكار البديلة لتحميل المسؤولية للسلطة العامة
275.....	البند الأول: التضامن الاجتماعي أساس مسؤولية السلطة العامة بدون خطأ
276.....	البند الثاني: الدولة المؤمنة أساس مسؤولية السلطة العامة دون خطأ
277.....	الفرع الثالث: الأسس الحديثة لتحميل المسؤولية للسلطة العامة
277.....	البند الأول: الموازنة بين المنافع والأضرار كأساس يصلح لمساءلة السلطة بدون خطأ في الظرف الاستثنائي
278.....	البند الثاني: حراسة الغير كأساس مقتبس لتحميل المسؤولية للسلطة العامة دون خطأ
280.....	المبحث الثالث: موقف الفقه والقضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية
280.....	المطلب الأول: موقف الفقه المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية
280.....	الفرع الأول: الفقه اللاتيني الجرمانى
281.....	البند الأول: موقف الفقه الفرنسي من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية
283.....	البند الثاني: موقف الفقه المصري من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية
284.....	الفرع الثاني: الفقه الانجلوسكسونى
284.....	البند الأول: موقف الفقه البريطاني من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية
285.....	البند الثاني: موقف الفقه الأمريكى من الطبيعة القانونية لنظرية الظروف الاستثنائية
286.....	الفرع الثالث: الفقه الإسلامى

286.....	البند الأول: أساس نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية
286.....	البند الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظرية الظروف الاستثنائية
287.....	المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من الطبيعة القانونية للظروف الاستثنائية
288.....	الفرع الأول: موقف القضاء في النظام اللاتيني الجرمانى (فرنسا ومصر)
288.....	البند الأول: موقف القضاء العادى
289.....	البند الثاني: موقف القضاء الإدارى
293.....	الفرع الثاني: موقف القضاء في النظام الأنجلوسكسونى
293.....	البند الأول: موقف القضاء البريطانى
296.....	البند الثاني: موقف القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية
297.....	الفرع الثالث: موقف القضاء الجزائرى من الظروف الاستثنائية
298.....	البند الأول: تذبذب موقف القضاء الجزائرى وانحيازه للسلطة
298.....	البند الثاني: التطبيقات القضائية المؤيدة لموقف القضاء الجزائرى
302.....	الخاتمة
306.....	قائمة المراجع
333.....	قائمة المحتويات

أصبحت مساءلة السلطة العامة عن أعمالها الغير المشروعة وأعمالها المشروعة من المسلمات والثوابت القانونية المعاصرة وصفة لصيقة بالدولة الحديثة القائمة على مبدأ المشروعية، إلا أن هناك طائفة من الأعمال تمارسها السلطة العامة باعتبارها سلطة حكم، تنفرد بها السلطة التنفيذية وتفلت من رقابة القضاء، وبهذا تمثل انتهاكا صارخا لحقوق وحريات الأفراد، ووصمة عار في جبين دولة القانون ومبدأ الشرعية.

تأتي هذه الدراسة لتحديد نطاق مساءلة السلطة العامة، من خلال إبراز موقع أعمال السيادة ونظرية الظروف الاستثنائية في القانون المقارن عن طريق عملية الموازنة والمقارنة بين نظامين قانونيين رئيسيين (النظام القانوني اللاتيني الجرمانى والنظام القانوني الانجلوسكسونى)، وختاما نُبرز موقع النظريتين في النظام القانوني الجزائري.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية الإدارية، أعمال السيادة، الظروف الاستثنائية، السلطة العامة، القانون المقارن.

Résumé

La responsabilité légale de l'autorité publique pour ses actes illégitimes et ses actes légitimes est devenue parmi les constantes juridiques et contemporaines, et représente un caractère de l'Etat moderne basé sur le principe de légalité, mais il y a une catégorie d'actions exercées par l'autorité publique en tant qu'instance dirigeante, qui est propre à l'autorité exécutive et évite le contrôle du pouvoir judiciaire, ceci constitue une violation flagrante des droits et libertés des individus et une honte pour l'Etat de droit ainsi qu' un écartement du principe de légalité.

Cette étude vient de définir le cadre de la responsabilité légale des pouvoirs publics, en mettant en évidence la localisation des actes de souveraineté et de la théorie des circonstances exceptionnelles dans le droit comparé à travers le processus d'équilibrage et la convergence de deux systèmes juridiques majeurs (Le système juridique latino-allemand et le système juridique anglo-saxon), en conclusion, nous montrons la position des deux théories du système juridique algérien.

Les Mots-clés: responsabilité administrative, actes de souveraineté, circonstances exceptionnelles, autorité publique, droit comparé.

Summary

The legal responsibility of the public authority for its illegitimate acts and its legitimate acts has become among the legal and contemporary constants, and represents a characteristic of the modern state based on the principle of legality, but there is a class of actions exercised by the public authority as the governing body which is specific to the executive authority, and avoids the control of the judiciary this constitutes a flagrant violation of the rights and freedoms of individuals and a shame for the rule of law as well as a departure from the principle of legality.

This study has just defined the framework of the legal responsibility of the public authorities, by highlighting the location of acts of sovereignty and the theory of exceptional circumstances in comparative law through the balancing process and the convergence of two major legal systems (The Latino-German legal system and the Anglo-Saxon legal system), in conclusion, we show the position of the two theories of the Algerian legal system.

The Key words: administrative liability, acts of sovereignty, exceptional circumstances, public authority, comparative law.