



جامعة ابن خلدون تيارت
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



ضمانات الأمن القانوني في الأعمال الإدارية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه للطور الثالث

التخصص: قانون عام

إعداد الطالب :
جلاب عبد القادر

تحت إشراف
د. قوسم حاج غوثي

لجنة المناقشة

- 1- أ.د. عليان بوزيان أستاذ التعليم العالي جامعة تيارت رئيسا
- 2- د. قوسم حاج غوثي أستاذ محاضر (أ) جامعة تيارت مشرفا مقرر
- 3- د. بلقنيشي حبيب أستاذ محاضر (أ) جامعة تيارت عضوا
- 4- د. بواب بن عامر أستاذ محاضر (أ) المركز الجامعي البيض عضوا
- 5- د. دويني مختار أستاذ محاضر (أ) جامعة سعيدة عضوا
- 6- د. حبشي لزرق أستاذ محاضر (أ) جامعة تيارت عضوا

السنة الجامعية 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ
شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ ۚ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَا نُ قَوْمٍ
عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۗ اْعْدِلُوا ۗ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۚ
وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا

تَعْمَلُونَ. المائدة ﴿٨﴾

الإهداء

أهدي هذا العمل إلى الوالدين الكريمين تغمدهما الله برحمته
واسكنهما جنة الفردوس مع النبيئين والصدّقين والصالحين وحسن
أولائك رفيقا، وإلى زوجتي وأولادي وإخوتي وأخواتي وكل العائلة .

كما أهدى هذا العمل إلى الذين كانوا شموعا تحترق من أجل
تنويرنا، وهم الذين تتلمذت على يدهم من المدرسة الابتدائية إلى
الجامعة، وإلى رفقاء الدرب و أخص طلبة جامعة ابن خلدون وإلى
كل الأصدقاء وأساتذة التربية البدنية والرياضية بولاية تيارت و إلى
كل من ساعدنا في انجاز هذا العمل من قريب أو من بعيد.

شكر و تقدير

أتوجه أولاً بالشكر و الحمد لله الواحد الأحد الحنان المتأن الذي أسبغ عليّ نعمه الظاهرة و الباطنة أن وفق عبده الفقير اليه في كل الأحوال لإنجاز هذه الأطروحة و هو سبحانه أهل الثناء و الحمد. ثم أتوجه بالشكر و الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور قوسم الحاج غوثي على قبوله الإشراف على هذه الأطروحة و قد فتح لي قلبه و منحني خلال هذه الرحلة البحثية م نوقته الثمين و زودني بملاحظاته القيّمة و بما قدمه من توجيهات و نصائح من أجل إخراج هذا العمل في أحسن حلّة، كما لا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بالشكر و التقدير إلى جميع الأساتذة الأجلاء بجامعة ابن خلدون بتيارت الذين لم يبخلوا عليّ بمد يد العون بنصائحهم أو بالمراجع و على رأسهم الأستاذ الدكتور عليان بوزيان، و من جامعة سعيدة الدكتور دويبي مختار الذي لم يبخل عليّ بالمراجع و النصائح رغم بعد المسافة فجزاهم الله عنا جميعاً خير الجزاء وأن تحسب في ميزان حسناتهم و إلى كل من شجعنا و وقف معنا و لو بكلمة بسيطة

قائمة المختصرات

ج.ر	الجريدة الرسمية
س	السنة
ع	العدد
ص	الصفحة
ط	الطبعة
ب.ط	بدون طبعة
ب.س	بدون سنة
ب.د.ن	بدون دار نشر
ق.إ.م.إ.	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية
ق.م.ج	القانون المدني الجزائري
د.م.ج	ديوان المطبوعات الجامعية

C E consield.état

Art article

P page

T tome

GAPF *grand arrêts petites fiales*

J.O.R.F Journal Officiel Republic Francaise

A decorative rectangular border with intricate, symmetrical floral and scrollwork patterns in black ink, framing the central text.

مقدمة



مقدمة

منذ أن خلق الإنسان و تكونت التجمعات البشرية كانت و لا تزال الروابط الاجتماعية تحكمها القواعد القانونية، و ما الشرائع التي عرفها البشر عبر التاريخ إلا دليل على أن هناك علاقة تلازمية بين القانون والمجتمع ، فالقانون ضرورة تقتضيها الحياة الاجتماعية ، باعتبار أن الإنسان أودع الله فيه مجموعة من الغرائز تسيطر عليه فتظهر كنتيجة حتمية في سلوكه الخارجي، كغريزة البقاء و غريزة حب التملك ، و تعتبر غريزة حب العيش في التجمعات البشرية من أهم الغرائز التي يسعى الإنسان إلى إشباعها، استشعارا منه واقتناعا أنه لا يستطيع تلبية كل حاجاته بمفرده ، مما يؤدي إلى إنشاء علاقات مع من يعيش معهم و يتعاونون ليصلوا إلى أكبر قدر من المنافع.

من هذا المنطلق نشأ القانون لينظم هذه العلاقات و يضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع ، لذلك نجد ارتباطا وثيقا بين القانون والمجتمع ، فلا يمكن أن نتصور مجتمعا بدون قانون، و الفكرة الفلسفية للقانون تقوم على أساس استهداف ثلاثة غايات كبرى هي:

أولاً: تحقيق أمن المجتمع ، و استقرار المعاملات فيه ، و لن يتأتى ذلك إلا بمراعاة حقوق الأفراد و حمايتها من الاعتداء ، فإذا كان القانون هو الذي يبين الحقوق فإنه في نفس الوقت يرتب على الآخرين التزام بعدم المساس بهذا الحق ، و يطالب في أحيان أخرى القيام بأفعال لحماية هذه الحقوق كسداد الديون و الوفاء بالعقود، و يضع جزاء لكل من يخالف هذه القواعد .

ثانياً: نشر العدل، بالرغم من أن القيم و المعايير تختلف من مجتمع لآخر من حيث الزمان و المكان ، إلا أن قيما كالعدل لا يمكن لأي مجتمع أن يستغني عنه، نظرا لأهميته في تماسك أفراد المجتمع و بالتالي حماية كيانه و عدم التقيّد به يمثل خطر تفكك أوصال المجتمع ، فهو من أهم العوامل المؤثرة في تكامل المجتمعات وازدهارها، أو سقوط المجتمعات و انهيارها؛ و الكون كله قائم على أساس الحق و محوره العدل، قال تعالى في محكم تنزيله " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ " النساء الآية 135 .

الثالث: بعث التقدم و التطور في المجتمع، من المعلوم أن القانون يتأثر بالمجتمع و في نفس الوقت يؤثر فيه، ففي الحالة الأولى يستمد القانون نصوصه من الحالات الواقعية للمجتمع، و بالتالي يوافق التطور الحاصل في المجتمع تماشياً مع التغيرات التي تحدث فيه، مما يعني أن النصوص القانونية تسير الواقع المعاش في المجتمع ، الأمر الذي يجعل النصوص القانونية تلقى القبول لدى أفراد المجتمع، وإذا كان كذلك



يكون قانون ذو فعالية في جميع المجالات، مما يعطي دافعية نحو التطور والتقدم، ولذلك فإن القانون ظاهرة اجتماعية ضاربة في جذور التاريخ و قد تناولها المفكرون و الفلاسفة منذ القدم .

بما أن الإنسان مجبول على حب الذات و الأنانية المفرطة التي تجعله يصارع من أجل مصلحته الشخصية ، فإن حدوث التصادم بين أفراد المجتمع وارد، فعن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال سمعت النبي صلى الله عليه و سلم يقول " لو كان لابن آدم واديان من مال لابتغى ثالثا ، ولا يملأ جوف ابن آدم إلا التراب و يتوب الله على من تاب" رواه البخاري في كتاب الرقاق، معنى ذلك أن الإنسان لا يزال يتطلع المزيد من جمع حطام الدنيا حتى يموت ويملاً فاه تراب قبره، وفي سبيل تحقيق ذلك يستعمل كل السبل ولو أدى به إلى الاعتداء على حقوق الآخرين، إما بالقوة أو بالحيلة و الخديعة ، الأمر الذي يجعل الصراع يحدث بين أفراد الجماعة لا يضبطه إلا القانون و السلطة القائمة على تطبيقه .

بالرغم من هذه الأنانية إلا أن الإنسان كان نظاميا، حيث استشعر منذ انضمامه إلى الجماعة أن أمر المجتمع لا ولن يستقيم إلا بوجود قواعد قانونية تحدد سلوك الأفراد بما يجب أن يكون عليه في المجتمع وتنظم العلاقة فيما بينهم، و عليه فالقانون هو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، و تحكم الروابط التي تنشأ بينهم ، و تنظم العلاقة بين الأفراد و الدولة، وتسهر هذه الأخيرة على إعدادة و إصداره و نشره و رصد جزاء للمخالفين لأحكامه، وهذا ما اصطلح على القواعد القانونية بأنها قواعد تقويمية .

لكن مصطلح القانون لا يقتصر على ما سبق فقد ينصرف إلى معنى آخر كالمقصد الذي يعبر عن علاقة ثابتة بحيث تحدث النتيجة كلما توافرت الأسباب ، كغليان الماء أو انصهار الحديد عند درجة حرارة معينة وهو ما اصطلح عليه بالقوانين التقريرية التي تعالج ما هو كائن.

كما للقانون معنى واسع وآخر ضيق ، فالأول يقصد به كل القواعد القانونية التي تنظم المجتمع بغض النظر عن مصدرها ، و الثاني يقصد به القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية و التي تنظم مجالا من المجالات كالقانون المدني أو القانون التجاري، وما يعيننا في هذا البحث هنا المعنى الواسع للقانون.

وقد تصارعت عدة مذاهب حول أساس القانون إن كان منبعه إرادة الدولة كتعبير عن إرادة الجماعة لأنهم تنازلوا عن حقوقهم لإنشاء هذه السلطة مقابل حماية أرواحهم و ممتلكاتهم ، و بالتالي تتكون لنا فئتين إحداها حاكمة وأخرى محكومة ، أم منبعه الظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية المحيطة بالمجتمع.



الفئة الأولى من المذاهب (المذاهب الشكلية) ترى القانون هو تعبير عن إرادة الدولة الخالصة و مشيئتها، لأنها صاحبة السيادة و السلطان وما تملكه من وسائل الإكراه و الجبر لتنفيذه، وما على المخاطبين بالقانون إلا الالتزام والانصياع له ، و مثل هذا الاتجاه يطلق العنان لسلطة الدولة في إصدار القانون دون مراعاة عن مدى عدالته و إنصافه، و مدى ملائمته للتطورات التي تحدث في المجتمع ، مما يجعل الأفراد يمثلون لأحكام قانون قد لا يناسبهم، الأمر الذي يجعلها قواعد ظلم و جور واستبداد.

والفئة الثانية من المذاهب (المذاهب الموضوعية) فإنها ترى القانون تعبير عن الوضعية الاجتماعية، فالقانون ابن بيئته و بذلك فهو وليد الأمة، ونعني بالأمة ليس بالشعب الذي يعيش في مكان معين و زمان محدد، وإنما الأمة هي تداول حركة أجيال تتوارث العادات و التقاليد و القوانين، وهذا الاتجاه ينظر إلى مضمون القواعد القانونية التي تتعلق بمجموعة من المعطيات تعبر عن حقائق اجتماعية و سياسية وتاريخية و المثل و القيم العليا وما تحمله من عدل لحماية الحقوق والحريات، وبالتالي فالعدالة هي جوهر القانون، وهذا يعتبر قيد على صاحب السيادة والسلطان .

من هنا يصبح القانون وسيلة لتحقيق غاية، وهو تقديم النفع للمجتمع والمحافظة على كيانه ، فاستمرار حياة القانون مرتبطة بمدى قبوله للتطبيق و تحقيقه للمصلحة العامة.

أما الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق النفع للناس كذلك من خلال رعاية المصالح و دفع المفسد ، ولذلك تختلف الدولة في الإسلام عما سواها من الدول باعتبار المجال الذي يتحقق فيه العدل و الحرية بما يتيح للناس عبادة الله عز و جل و اكتشاف طاقات الكون المسخرة لصالحهم ، و ما وجود الإنسان على الأرض إلا خليفة لإقامة شرع الله ، الأمر الذي يجعل الحاكم مقيد بأحكام الشرع ، قال تعالى "فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعَلْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا " المائدة الآية 48. ولذلك فالحكم في الإسلام يقوم على خمسة أسس.

الأول سيادة الشرع الذي يقرر الحقوق و الحريات ، و الثاني الخليفة الذي يلزمه الشرع على حماية هذه الحقوق و الحريات، والثالث الشورى وهو استطلاع رأي ذوي الاختصاص و الخبرة في أمر العامة التي للرأي فيها مدخل ، و استخراج الرأي الأصوب المعبر عن إرادة الأمة و وضعه موضع التنفيذ، و الرابع التكامل بين الحكام و المحكومين ، بحيث الكلمة ترجع للشعب باعتباره صاحب السيادة أما الحاكم ما هو إلا وكيل ، فترتقي هذه العلاقة من مجرد وكالة لتصبح علاقة تكاملية يوطرها الشرع ، و الخامس إقامة العدل و حماية الحقوق و الحريات.



من أجل ذلك فإن الاهتمام بالقانون يزداد يوماً بعد يوم من قبل الأفراد و الجماعات، باعتباره من أهم الوسائل التي تحقق النفع العام و رعاية مصالح الأفراد و النهوض بمستوى تطور المجتمع إلى أعلى درجاته، ولن يتأتى ذلك إلا من خلال مبدأ الأمن القانوني.

يبدو مصطلح الأمن القانوني يحمل في ظاهره التناقض، إذ يوحي بالبحث عن الأمن في القانون الذي يفترض فيه، فالقانون هو أحد مصادر الحق، و في نفس الوقت هو الذي يوفر له الحماية اللازمة، هذا ما يؤدي إلى طرح إشكالية الأمن في النظام القانوني، بمعنى آخر لم يعد الخطر يتعلق بحالة اللأمن التي يستوجب إعداد لها القوة العسكرية، وإنما تعددت مجالات الخطر لتشمل مجال القانون، إذ لا تستقيم الحياة بدون أمن، وهو أحد ركائز صلاح المجتمعات أو انهيارها.

الأمن بصفة عامة هو عدم الخوف و نشر الاطمئنان في نفوس الأفراد على أموالهم و حقوقهم وحررياتهم وأعراضهم، وأمن الأفراد من أمن الدولة بحيث تسعى هذه الأخيرة بشتى الوسائل من أجل تحقيق ذلك من خلال تأمين حدودها الخارجية و بسط نفوذها داخليا على كل إقليمها.

و إذا كان هذا هو المفهوم التقليدي للأمن فإن بروز تهديدات أخرى غير عسكرية أدت إلى تحول العديد من المجالات، لا سيما مجال الأمن الذي تناوله الباحثون بإسهاب و تعدت إلى مجالات أخرى، كالأمن الغذائي و الأمن السياسي و الأمن الاقتصادي و الأمن البيئي، لكن نادرا ما نجد بحثا يتعلق بالأمن القانوني في بلادنا إلا جزء من رسالة دكتوراه بعنوان ضوابط جودة القاعدة القانونية الصادرة عن جامعة الجبيلي اليباس بسيدي بلعباس للباحث دويني مختار و الذي خصص فيها الباحث مبحثين حول الأمن القانوني، تناول في المبحث الأول إتاحة القانون كدعامة أساسية لمبدأ الأمن القانوني، و في المبحث الثاني تناول التضخم القانوني كصورة من صور اللأمن القانوني بالإضافة إلى الأيام الدراسية و الملتقيات التي نظمتها بعض الجامعات، و لم ينل هذا الموضوع الحظ الوافر من الدراسة.

بالتالي لم تعد تكفي سياسة التسليح كوسيلة لتحقيق الأمن؛ ففي مجال القانون أصبحت التعديلات المتكررة التي تؤدي إلى عدم الاستقرار، و تعدد مصادر القانون حتى وصلت إلى حد التخمة، مما أدى إلى التعارض بين النصوص، و مباغته المواطنين بقواعد قانونية تطبق عليهم دون سابق إنذار، و الغموض الذي يعتري بعض النصوص نتيجة التعقيدات، و اعتماد أسلوب التلميح بدلا من التصريح مما صعب تطبيق القانون حتى عند المختصين، هذه كلها تمثل تهديدات جديدة في مجال القانون على الحقوق و الحريات، الأمر الذي يؤدي إلى عدم الاطمئنان في نفوس المخاطبين به و يجعل المواطن لا يثق في القانون، و كل قاعدة قانونية



تكون موضع شك و ريب، ويؤدي لا محال إفراغ القانون من محتواه و يصبح عديم الفائدة ، هذا ما دفعنا لخوض غمار البحث في مبدأ الأمن القانوني و محاولة إسقاطه على الأعمال الإدارية القانونية (القرار الإداري و العقد الإداري).

يكتسي موضوع الأمن القانوني أهمية بالغة في النظام القانوني للدولة الحديثة، حيث تنبع هذه الأهمية من الدور التقويبي الذي تلعبه القواعد القانونية في ضبط سلوك الأفراد داخل المجتمع ، وإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة، و ضمان الحقوق و الحريات التي تدفع إلى التعايش في وسط اجتماعي يسوده الهدوء و الطمأنينة ، و على هذا الأساس فإن نجاح القانون في الدولة يقاس بمدى إمكانية فهم القانون وقبوله للتطبيق و عدم تعارض النصوص فيما بينها وعدم المساس بالحقوق والحريات، و مدى مساهمته للواقع الاجتماعي المعاش ومدى تحقيقه لنفع أفراد المجتمع وتحقيق طموحاتهم ، الأمر الذي يدفعنا لدراسة الأمن القانوني في الواقع الإداري باعتبار النشاط الإداري أكثر احتكاكا مع المواطنين بصفة دائمة و مستمرة .

إن قيام أي فكرة أو مبدأ في مجال الفكر القانوني لا يمكن أن يكون لها وجود و استقرار إلا بوجود ضمانات كفيلة لتحقيق هذه الأفكار أو المبادئ، فالأمن القانوني من أهم الأفكار القانونية التي أصبحت مبدأ ملحا في دولة القانون تمثل ضمانات الضمانات الأساسية لحماية النظام القانوني من الأوصاف غير المحببة لدى المواطنين كل ذلك لا يغني عن البحث في هذا المجال لتحديد أنسب الوسائل التي تؤدي إلى تحقيق هذا المبدأ و حمايته .

بدأ الاهتمام يزداد بهذا المبدأ في الدولة الحديثة و تضعه كأولى الأولويات، باعتباره يؤسس إحدى الركائز الأساسية لقيام نظام قانوني متوازن ذو فعالية ، و يتحقق هذا التأسيس بمدى خلو القانون من الأوصاف السالفة الذكر لا سيما في الأعمال الإدارية القانونية .

يظهر أن المشرع الجزائري استشعارا منه بأهمية مبدأ الأمن القانوني قد تبني بصورة صريحة إحدى الركائز الأساسية التي يقوم عليها، حيث جاء نص المادة الثانية من التقنين المدني مايلى "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، و لا يكون له اثر رجعي..." بمعنى أن القانون لا يطبق إلا على الأعمال التي تلي تاريخ صدوره، بمفهوم المخالفة أن القانون لا يطبق على الماضي، أي لا يكون له أثر رجعي، و هو ما يوفر حماية لازمة للحقوق التي اكتسبت في ظل قانون سابق.

التقليل من التعديلات المتكررة و المتقاربة حتى يكتسب القانون نوع من الاستقرار النسبي الذي يستقر في أذهان الناس و يعملون على هداه ، ليس معنى هذا أن القوانين لا تعدل و أن تكون جامدة و تأبيدها لم يأخذ



به أحد ، وإنما تعدل متى اقتضت الضرورة لذلك و يصبح القانون القديم لا يواكب التغيرات التي تحدث في المجتمع .

كما تسعى الدولة بكل ما تملك من وسائل لإعلام المواطنين بالقانون، إذ ليس من العدل في شيء أن يطبق قانون على مواطنين لا يعلمون به ، و أن تعطي إشارات للمواطنين بصدور قانون حتى يستعدوا إلى تطبيقه كما هو الحال في الأمر الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية حيث نصت المادة ما قبل الأخيرة 219 مايلى "تحدد بداية سريان أحكام هذا المرسوم بعد ثلاثة أشهر من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية" وهنا يستطيع المواطن الاطلاع عليه و فهمه لكي يستعد لتطبيق أحكامه دون مباغته.

إن وظيفة الدولة تعمل على محاولة تحقيق الرفاهية للمجتمع و المحافظة على كيانه من خلال قيامها بمختلف النشاطات التي تقوم بها مؤسساتها التي تعد امتداد لها، و توفير حاجيات المواطنين و تقديم الخدمات عن طريق مختلف المرافق العمومية و لن يتأتى ذلك إلا عن طريق الوظيفة الإدارية، و من أجل تحقيق هذه الوظيفة زودت الإدارة بعدة أعمال مادية و أخرى قانونية و هذه الأخيرة هي محل دراستنا و نعني بذلك القرار الإداري و العقد الإداري.

القرار الإداري هو عمل إداري قانوني الذي تعبر به الإدارة عن إرادتها المنفردة و الذي تبتغي من وراء صدوره التأثير في المراكز القانونية إما بالإنشء أو بالتعديل او بالإلغاء.

أما العقد الإداري بالرغم من التقاء إرادتين، إرادة الإدارة من جهة و إرادة المتعاقد معها من جهة أخرى، إلا أنه يتميز عن بقية العقود في القانون الخاص بالخصوصية الإدارية، و ذلك بخضوعه لقواعد قانونية غير مألوفة في القانون الخاص ، مما تجعل أطراف العلاقة غير متساوية ، و يرجع ذلك لتفضيل المصلحة العامة على المصلحة الخاصة .

لذا فالإدارة من خلال هذه الوسائل القانونية التي تستعملها لتحقيق أهدافها تمتلك سلطات واسعة، فالقرار الإداري هو ذاته يعد أحد مظاهر امتيازات السلطة العامة ، بحيث تصدره بإرادتها المنفردة و يطبق على المخاطبين به، دون أن يتوقف ذلك على رضاهم، و يتم تنفيذه و لو جبرا ، كما أن الطعن ضده أمام القضاء لا يوقف تنفيذه إلا في حالات نادرة ، الأمر الذي يجعل حقوق الأفراد و حرياتهم في خطر إذا ما أسيء استعمال القرار الإداري و انحرف عن الغاية التي وجد من أجلها .

أما في العقد الإداري تمتلك الإدارة سلطة اختيار المتعاقد معها والأسلوب و الوقت المناسبين لذلك، و سلطة التعديل أثناء تنفيذ العقد بإرادتها المنفردة على خلاف المعهود في التعاملات الخاصة وفق ما تقتضيه



حاجة المرافق العامة، مما قد يؤثر سلباً على اقتصاديات العقد و يرهق كاهل المتعاقد مع الإدارة ، و سلطة توقيع جزاءات مالية و إدارية على المتعاقد معها وسلطة إنهاء العقد الإداري، إذن فهذه الوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة من أجل تحقيق أهدافها لا يمكن أن تستغني عنها، ولا تكمن أهميتها في مدى استعمالها من قبل الإدارة، و إنما في مدى التزام الإدارة بمشروعيتها واستهدافها المصلحة العامة، دون التفريط في المصالح الخاصة.

لذلك قد اهتم القانون الإداري بهاتين الوسيلتين (القرار الإداري و العقد الإداري) حيث أحاط كل وسيلة بمجموعة من القواعد القانونية ، و المبادئ التي تنظمها منذ ميلادها إلى غاية انتهائها مروراً بمراحل إعدادها وتنفيذها، والتي تعد في مجموعها ضمانات أساسية لا يمكن السطو عليها ، وإذا اختزلت أو تم السطو عليها تجعل حقوق الأفراد و حرياتهم غير آمنة الأمر الذي يستوجب التصدي لها .

إننا نسعى من خلال هذا الموضوع التعرف أكثر على مبدأ الأمن القانوني و بيان العناصر الأساسية التي تدخل في تكوينه، و التعرف أكثر على الأعمال الإدارية القانونية (القرار الإداري و العقد الإداري) كوسيلتين تستعملهما الإدارة مزودة بامتيازات السلطة العامة للقيام بالوظيفة الإدارية.

- التعرف على بعض الضمانات القانونية و القضائية التي تلعب دوراً هاماً في تحقيق الأمن القانوني في الأعمال الإدارية القانونية.

- توفير حماية أكثر للحقوق و الحريات من خلال إصلاح المنظومة القانونية.

بناء على ما تقدم يمكننا طرح الإشكالات التالية:

ما مدى تكريس مبدأ الأمن القانوني في الأعمال الإدارية القانونية ؟

ويمكن أن تتفرع هذه الإشكالية إلى عدة تساؤلات.

- ماهية مبدأ الأمن القانوني؟

- ماهي العناصر المكونة لمبدأ الأمن القانوني ؟

- ماهي الأعمال الإدارية القانونية ؟

- ماهي الضمانات القانونية والقضائية لتحقيق الأمن في القرار الإداري والعقد الإداري؟

و للإجابة على هذه الإشكالية اعتمدنا على خطة ثنائية التقسيم و التي تتكون من بايين.

الباب الأول قسمناه إلى فصلين ، خصصنا الفصل الأول لدراسة ماهية الأمن القانوني بدءاً بتأصيل

لفكرة الأمن القانوني مروراً بمظاهره في الشريعة الإسلامية كنظام متكامل تستفيد منه بقية الأنظمة



القانونية ، ثم تطرقنا في الفصل الثاني لدراسة ماهية الأعمال الإدارية القانونية ونقصد بها القرار الإداري الذي تناولناه بإسهاب محاولين التركيز على أنواع القرارات بصفة عامة و على القرارات المنفصلة على وجه الخصوص نظرا لصعوبة تمييزها عن القرارات التنفيذية للعلاقة الوطيدة التي تربطها بالعقد الإداري ، كما تطرقنا في المبحث الثاني إلى نظرية العقد الإداري محاولين تغيير النظرة التأصيلية له و ما يميزه عن عقود القانون الخاص .

أما بالنسبة للباب الثاني خصصناه لدراسة الضمانات القانونية و القضائية التي كرسها المشرع و القضاء الإداريين لتحقيق مبدأ الأمن القانوني في التشريع و القضاء الوطني و التشريع و القضاء المقارن ، فقد تعرضنا في الفصل الأول لبعض المبادئ التي تحقق الأمن القانوني في القرار الإداري ، كما بيّنا بعض المثالب التي لا زالت تأثر سلبا على حقوق الأفراد و حرياتهم ، و التي بدأت الدولة القانونية الحديثة الحد من إعمالها إلى أبعد الحدود و إن كانت لم تتخلص منها بصفة نهائية ، مبررة ذلك إما لأن أسباب نشأتها لم يعد لها وجود، وإما بفعل تطور المنظومة القانونية والقضائية بالحد من توسعها والتعويض عن الأضرار التي تسببها للأفراد.

في الفصل الثاني تعرضنا لنظرية العقد الإداري من حيث إعمال مبادئ الإبرام و ما تلعبه من دور في المحافظة على حقوق المتنافسين من خلال حياد المصلحة المتعاقدة، و معاملة المتنافسين على قدم المساواة والحرص على التعاقد في جو تحيطه الشفافية، و قد أولى القضاء الإداري الجزائري على وجه الخصوص اهتماما مميّزا للمحافظة على حقوق المتنافسين في مرحلة التحضير للتعاقد مستفيدا من تجارب الدول السبّاقة في هذا المجال ، و ذلك ما نستشفه من خلال استحدثاته لتقنية القضاء الإداري الاستعجالي ما قبل التعاقد في المادتين 946 و 947 من ق.إ.م.إ الجزائر ، والذي من خلاله منح إمكانية اللجوء إلى المحكمة الإدارية المختصة بدعوى استعجاليه إذا ما أخلت الإدارة بالتزامات مبادئ إبرام العقود الإدارية ،

ثم تطرقنا إلى النظريات التي ابتدعتها القضاء الإداري للمحافظة على استقرار المعاملات و تجسيد مبدأ استمرارية المرفق العام إذا ما تعرضت مرحلة تنفيذ العقد إلى اختلالات اقتصادية، تجعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة للمتعاقد و إن كان تنفيذه ليس مستحيلا .



ثم أنهيها هذا العمل بخاتمة كانت نتيجة للبحث إشتملت على مجموعة من النتائج التي توصلنا إليها مشفوعة ببعض الاقتراحات التي حسب رأينا تساهم في تطوير النصوص القانونية بصفة عامة و زيادة في ضمانات الأعمال الإدارية القانونية بصفة خاصة لتحقيق مبدأ الأمن القانوني .

من خلال هذه المنهجية أردنا أن نلّم بجميع جوانب الموضوع ، كما حاولنا أن نقسمه إلى قسم نظري وآخر تطبيقي لنكشف بجلاء الضمانات التي كرسّت من جانب المشرع و القضاء الإداريين من جهة و مكمّن النقص والقصور في ضمانات الأعمال الإدارية القانونية ، محاولين سد الثغرات القانونية و القضائية في هذا المجال. و لإنجاز هذا العمل فقد تبيننا المنهج الوصفي التحليلي كأساس وذلك من خلال استعراض الواقع المعاش وتحليله للتطلع لما يجب أن تكون عليه في المستقبل المنظومة القانونية في الجزائر ، مع الاستعانة بالمنهج التاريخي و المقارن مستفيدين من تجارب الآخرين مركزين في ذلك على الجوانب التي أغفلها كل من المشرع والقضاء الجزائري .

هذه المسيرة البحثية لم تكن على بساط من حرير، و إنما و اجهتنا صعوبات جمة منها شح المراجع المتخصصة نظرا لحدائثة الموضوع و لذلك كان اعتمادنا في غالب الأحيان على المراجع العامة ، كما أننا نلمس نقص التطبيقات القضائية الجزائرية في هذا المجال باعتبار أن القضاء الإداري الجزائري حديث النشأة ولم يزل في بدايته ، بالإضافة إلى عدم نشر القرارات القضائية مما صعب الحصول عليها حتى لدى الباحثين . بالرغم من ذلك فإن هذه الصعوبات لم تنقص من عزمنا نحو الوصول إلى الهدف المنشود و إثراء المكتبة الجامعية بهذا المولود الجديد .

A decorative rectangular border with intricate floral and scrollwork patterns, framing the central text.

الباب الأول



الباب الأول: الإطار النظري للأمن القانوني والأعمال الإدارية

الإنسان يميل بفطرته إلى التجمع، ولا يمكن له أن يعيش بمعزل عن الناس بمفرده على وجه هذه البسيطة، فضرورة العيش في الجماعة ينتج عنها إنشاء شبكة من العلاقات بين الناس، ولا يمكن أن تترك هذه العلاقات بدون تنظيم وإلا تحولت إلى فوضى، لذلك فالقانون ضرورة ملحة في المجتمع لتنظيم العلاقات، وعلى هذا الأساس لا يمكن تصور مجتمع بدون قانون، لكن السؤال الذي يطرح نفسه، ما هو القانون الأنجع والأصلح للمجتمع؟ من أجل ذلك بذل فقهاء القانون و الباحثون الجهد الجهد في إيجاد القانون الأصلح للمجتمع الذي يحقق الأمن والاستقرار والعدل، ويكون مرآة عاكسة لمدى تطوره وتقدمه. لذلك يجب على المشرع أن يتبع خطوات الفقهاء و الباحثين لاكتشاف علل المجتمع و يبتكر الحلول من خلال إصدار قانون ينبع من واقع المجتمع ليحقق به وظيفته ولذلك فهو شديد الصلة بالمجتمع يؤثر فيه و يتأثر به.

لذا فالمشرع يبحث باستمرار عن نظام قانوني متوازن يحقق الأمن العام، ويحمي حقوق الأفراد وحررياتهم، من خلال المحافظة على مراكزهم القانونية و توقعاتهم المشروعة وعدم مباغتهم بقانون ينطبق على الماضي، والتقليل من التعديلات المتكررة واكتساب القانون نوع من الاستقرار النسبي، حتى يطمئن الأفراد إليه و يعملون في ظله، هذه الأوصاف تمثل الدعائم الرئيسية التي تركز عليها فكرة الأمن القانوني التي تطرح مسائل هامة تتعلق بماهيته (الفصل الأول).

و بما أن مصادر القانون متعددة لا تقتصر على السلطة التشريعية فقط، فإننا نجد التشريع الفرعي (التنظيمات) الذي تصدره السلطة التنفيذية أحد أهم المصادر في المنظومة القانونية، وهذه الأهمية ترجع في اعتقادنا لتنوع وظائفها المتمثلة في الوظيفة السياسية والوظيفة الإدارية. و نركز في دراستنا هذه على الوظيفة الإدارية التي ترجع لعدة أسباب.

السبب الأول المجال الواسع الذي منحه المشرع للتشريع الفرعي¹.

السبب الثاني يعود إلى النشاطات المتنوعة التي تقوم بها الإدارة العامة لتحقيق النفع العام.

السبب الثالث الاحتكاك المستمر بين الإدارة والمواطن بحكم قرب المسافة الفاصلة بينهما.

ولهذا فالإدارة هي القلب النابض في الدولة، غير أن تحقيق الوظيفة الإدارية يتوقف عن الوسائل القانونية التي تمتلكها الإدارة. وفي هذا الصدد فإن الإدارة تقوم بأعمال مادية وأخرى قانونية وما يهمننا هي الأعمال القانونية (القرار الإداري والعقد الإداري).

¹ - الرجوع الى المادتين 99 و 143 من التعديل الدستوري بالقانون 01/16



فالقرار الإداري وهو الأسلوب الذي تظهر فيه السلطة الإدارية بإرادتها المنفردة، والعقد الإداري هو الأسلوب الذي تشترك فيه إرادة الإدارة و إرادة المتعاقد معها للقيام بالنشاط الإداري. لذا يستوجب تحديد ماهيتهما (الفصل الثاني).



الفصل الأول: ماهية الأمن القانوني

منذ القدم ارتبط القانون بالتجمعات التي عرفها الإنسان الأسرة و العشيرة و القبيلة ثم الدولة، ولذلك كان تطور القانون يتماشى مع تطور المجتمع، وعليه يمكننا القول أن لكل مجتمع قانون خاص به، فالقوانين التي نظمت المجتمعات القديمة، قد لا تصل في المجتمعات الحديثة. بل يتغير القانون في نفس المجتمع من زمن لآخر، ولذلك فالقانون يتطور بحسب الزمان و المكان.

لذا فالقانون ليس غاية في حد ذاته، وإنما هو وسيلة لتحقيق غاية، وهذه الغاية لن تتأتى إلا في ظل قانون آمن يتماشى و واقع المجتمع و إيديولوجيته ، يبعث في نفوس الأفراد الطمأنينة والاستقرار وعدم القلق على حقوقهم وعلى مكتسباتهم وعلى توقعاتهم المشروعة، ومن خلال هذه الأوصاف تتحقق فكرة الأمن القانوني، وأن الأوصاف الأخرى التي تلتصق بالقانون، كالتغيير المستمر والتضخم وسريانه على الماضي ومباغته الأفراد في معاملاتهم بقوانين لا يعلمون بها، تعتبر معاول للأمن القانوني ، وحتما فإن مثل هذا القانون يكون مصدر قلق وخوف لا مصدر أمن وأمان، لذا يستوجب منافي هذا المدخل تحديد الأطر والمفاهيم القانونية لفكرة الأمن القانوني من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول سوف نأصل مبدأ الأمن القانوني

المبحث الثاني نتعرض فيه إلى مفهوم فكرة الأمن القانوني.

المبحث الأول: تأصيل مبدأ الأمن القانوني

شهد القانون تطورا عبر مراحل التاريخ تبعا للظروف التي عاشها الإنسان، فانتقل من حياة الفطرة إلى الحياة الاجتماعية كان آخرها الدولة التي ارتبطت بها السلطة و القانون و الجبر و الأمر و النهي، ووفق هذه الأفكار فإنه يمكن القول أن الدولة هي صاحبة الاختصاص في وضع القانون و السهر على تطبيقه، مما يستوجب على المواطنين الالتزام به ولو بدون رضاهم، من هنا يجب أن نتساءل هل القانون تعبير عن إرادة الدولة و ما على الرعية إلا الانصياع، أم مصدر للحقوق و حمايتها؟ و على هذا الأساس ظهرت النظرية الثنائية والنظرية الأحادية.

إذا سلّمنا بأن الدولة هي صاحبة الاختصاص في إصدار القانون فإننا نبرز النظريات الوضعية على حساب النظريات الطبيعية، وهنا يظهر دور الفكر القانوني و الفلسفي في وضع النظريات الخاصة بجوهر القانون الذي لا يمكن الاستغناء عنه.

غير أن الإنسانية عرفت نظام قانوني متميز، وهو نظام الشريعة الإسلامية التي تعتبر أحد الأنظمة البديلة للأنظمة الوضعية، اتخذته كثير من البلدان مرجعا تستمد القوانين الوضعية منها قوتها ووجودها وكمالها واستقرارها وثباتها، لذا سوف نتطرق في هذا المبحث التأصيل التاريخي والفلسفي لفكرة الأمن القانوني (المطلب الأول) ومظاهر فكرة الأمن القانوني في الشريعة الإسلامية (المطلب الثاني)



المطلب الأول: التأصيل التاريخي والفلسفي لفكرة الأمن القانوني

لم ينشأ القانون دفعة واحدة كما هو معروف لدينا حالياً، وإنما مر بمراحل عدة، كل مرحلة هي أساس المرحلة التي تليها و نتيجة للمرحلة التي سبقتها، ففي حلقات مترابطة لا يمكن فصل واحدة عن الأخرى أو السطو عليها.

لقد عاشت البشرية ردحا من زمن الاستبداد والظلم والقهر، على يد حكامها الذين ظهروا بصور مختلفة، من حاكم إله فوق الأرض يمشي بين الناس إلى مفوض منه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، أو ما يعرف لدى الفكر الدستوري بالنظريات التيقراطية¹.

هذه الوضعية دفعت بالعلماء والفقهاء والفلاسفة باستثارة همهم لوضع البدائل لهذا النوع من الحكم، فوضعوا النظريات وأنتشر الوعي وتغيرت حالة المجتمع السياسية والاجتماعية والاقتصادية و الثقافية مما أدى إلى قيام الثورات، وصدرت المواثيق من أجل إقرار الحقوق والحريات وحمايتها من الانتهاكات.

لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نتطرق في (الفرع الأول) إلى التأصيل التاريخي لمبدأ الأمن القانوني و في (الفرع الثاني) سوف نتطرق فيه إلى التأصيل الفلسفي لفكرة الأمن القانوني.

الفرع الأول: التأصيل التاريخي لمبدأ الأمن القانوني

المتتبع لمراحل تطور القانون يتبين له أن في المراحل البدائية كان القانون مجردا من صفته الآمنة، بل كان في كثير من الحالات مصدر ظلم وجور، فلم تعرف فكرة الأمن القانوني الميلاد، وحتى بعد انتقال الأفراد للعيش في الحياة الاجتماعية (أولا) وبعد تطور الظروف في جميع المجالات بدأت نواة فكرة الأمن القانوني تبرز للوجود في المجتمعات الحديثة (ثانيا).

أولا: فكرة الأمن القانوني في المجتمعات البدائية

يرى علماء التاريخ أن الشرائع القديمة تتشابه فيما بينها، سواء في مبادئها ونظمها أو العوامل التي أثرت فيها، مما يصعب وضع أسس ثابتة حول الحقبة التي نشأ فيها القانون عند الشعوب القديمة، وذهب الفقهاء في هذا المجال مذاهب شتى، ففي المراحل الأولى كان القانون عبارة عن تقاليد وأعراف حتمتها ظروف خاصة سرعان ما امتزجت بالقواعد الدينية، وبعد ما شهدت المجتمعات تطورا في جميع المجالات استقلت القواعد المدنية ودونت في مجموعات خاصة بعد ظهور الدولة².

¹ - تتكون كلمة تيوقراطية من كلمتين مدمجتين هما "ثيو" وتعني الدين "وقراطية" وتعني الحكم وعليه فان التيقراطية هي نظام حكم يستمد الحاكم فيه سلطته أو بالأحرى شرعيته مباشرة من الإله. حيث تكون الطبقة الحاكمة من الكهنة أو رجال الدين. وتعتبر التيقراطية من أنواع الحكم الفردي الذي كان يحكمها الملك عن طريق الوراثية ولا يجوز لأحد مخالفته باعتباره خليفة الله حتى قيل من يخالف الخليفة فقد يخالف الله.

² - على محمد جعفر- نشأة القوانين وتطورها- ط1 لسنة 2002 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت لبنان ص 13



ويرى هوبز¹ أن الإنسانية مرت في تاريخها بمرحلتين (أ) مرحلة الحياة الطبيعية والتي عرفت استعمال مبدأ القوة في بناء العلاقات بين أفراد المجتمع ، مما يسمح لكل فرد الحق في أن يفعل ما يشاء حسب رغباته وميوله ، الأمر الذي جعل هذه الرغبات والميول تتصادم وتتعارض ، وهو الذي دفع الناس بدوره إلى التبرص ببعضهم البعض ، أي إلى حياة القلق و الاضطراب و عدم الاستقرار (ب) ومرحلة الحياة السياسية أي حياة المجتمع المنظم سياسيا .

أ- مرحلة الحياة الطبيعية: كانت العلاقات بين أفراد المجتمع البدائي مبنية على القوة والتبعية فرب الأسرة أو العشيرة أو القبيلة له السلطة المطلقة على أموال الجماعة وعلى أرواحهم² ، فالظروف السياسية والاقتصادية والدينية كان لها الأثر البالغ على النظم الاجتماعية والقانونية التي طبعت بطابع القوة والانتقام الفردي³ ، مما جعل الفرد لا يأمن على حياته فهو في حالة تبرص دائمة ، لا يستقر له حال وكل اعتداء على حق كان بمثابة جريمة تدعو المعتدى عليه إلى الانتقام الذي يعد واجبا تحتمه المروءة⁴ . فيقول الرجل منهم " إن الثأر ثأري و سأرد عن نفسي ما لحق بي " .⁵ ويقول هوبز أن الإنسان في حالة الطبيعة لا يتحرك إلا بفعل الاعتبارات الذاتية ، المتعلقة بتوفير قوته و الحفاظ على أمنه الخاص ولا يهتم بعد ذلك سواه من البشر ، فكل إنسان منافس للآخر . لذلك لم يوجد معيار لما هو عادل أو ظالم فحيث لا توجد قوة عامة لا يوجد قانون ، و حيث لا يوجد قانون لا يوجد عدل و لا ظلم⁶ .

فاستعمال القوة لدى الإنسان البدائي كان يهدف بها إلى استتباب الأمن ، ولذلك لا غرورة أن يقال بأن حياة الجماعة البدائية كانت سلسلة من الحروب ، وأن القوة كانت محور العلاقات بين أفراد الجماعة حسب اعتقاد مفكري الغرب . من هنا سادت الظاهرة المعروفة " القوة تنشأ الحق وتحميه " .

فكل اعتداء على حق يعتبر إهانة لصاحبه ، لا تغسله إلا القوة ، وإذا ادعى شخص بحق قبل الغير استوفاه بنفسه ، هذه الظاهرة ولدت حالة التضامن المطلق بين أفراد الجماعة تصل إلى حد العصبية القبلية ، هذه التقاليد لم يكن مصدرها التشريع ولا الدين ، وإنما كانت وليدة ظروف الحياة القاسية التي كان يعيشها الإنسان البدائي ، وظلت هذه التقاليد ثابتة وراسخة في أذهان المجتمعات القديمة ، مما أكسبها نوعا من التقديس بسبب عدم تغيير الظروف الاجتماعية والاقتصادية والثقافية والسياسية ، و

¹ - توماس هوبز (1679/12/04-1588/04/05) يعد توماس هوبز أحد أكبر فلاسفة القرن السابع عشر بإنجلترا وأكثرهم شهرة خصوصا في

المجال القانوني حيث كان بالإضافة إلى اشتغاله بالفلسفة والأخلاق والتاريخ ، فقها قانونيا

² - على جعفر ، المرجع السابق ، ص 15

³ - صوفي حسن أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية - ب ط و بدون دار نشر ص 33

⁴ - صاحب عبید الفتلاوي - تاريخ القانون الطبعة الأولى سنة 1998 مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان ، ص 27

⁵ - محي الدين جابر - قصة الحضارة - الجزء الأول المجلد الأول دار الجيل للطبع و النشر و التوزيع بيروت ص 50

⁶ - أ.د. عبد الرضا حسين الطعان - مدخل إلى الفكر السياسي الغربي الحديث و المعاصر - الجزء الأول الفكر السياسي الغربي الحديث -

ب.ط - ب.س - جامعة بغداد ص 39



واقع الأمر أن هذه التقاليد لا يمكن وصفها بأنها قوانين بالمعنى المعروف لدينا حالياً، فبالرغم من أنها قواعد سلوك يسير الناس على هديها في مجتمع معين إلا أنها تفتقد لطابع العمومية والتجريد¹.

هذا الأسلوب في إنشاء العلاقات بين أفراد المجتمع لا يقوم على قاعدة عامة في المجتمع، فهي حسب اعتقادنا مجرد فروض لا ترتقي إلى القاعدة العامة وربما هذا الفرض كان له ما يبرره، حيث مر الإنسان في هذه المرحلة بظروف صعبة فكان يتعامل مع الجمادات والأشياء أكثر من معاملاته مع بني البشر، لذلك استعمل قوته أكثر من استعماله لعقله أولاً ليضمن لقمة العيش وثانياً ليثبت وجوده.

ثم بعدما تطورت الحالة الاجتماعية والسياسية والاقتصادية للمجتمع تخلى الإنسان عن الترحال واستقر في مكان معين وتحول اهتمامه إلى خدمة الأرض، الأمر الذي جعله يتخلى عن أسلوب القوة طمعاً في حياة أفضل يسودها الاستقرار والهدوء²، مما اضطر الأفراد إلى إنشاء مجتمع سياسي جديد يخضع لسلطة عليا³ تقوم بحماية أرواحهم وفي المقابل الخضوع لها من خلال ضبط السلوك داخل هذا الكيان الجديد بواسطة قواعد قانونية. من هنا ارتبط نشوء القانون الوضعي بوجود الجماعة، وبذلك يكون الأفراد قد أبنوا على نواياهم بالتخلي نهائياً عن الأسلوب البدائي، الذي يمثل قانون الغاب في إنشاء العلاقات وفض النزاعات، وانتقلوا إلى أسلوب أكثر تطوراً وأكثر تنظيماً، فولد القانون صغيراً بحجم المجتمع ثم تطور بتصحيح الاختلالات التي تعتره ووجدت له النظريات⁴، وعلى هذا الوقع ظهرت المجموعات القانونية، كمجموعة حمورابي ومجموعة الألواح الاثنا عشر ومجموعة جوستينيان⁵.

كما عرفت الإنسانية نظام الشريعة الإسلامية المتميز عن باقي القوانين بمصدريته (القرآن والسنة)، وزاد توسعها في الأقاليم التي تم فتحها وتطور فقهاها بتنوع مذاهبها التي ساهمت بقسط وافر في إثراء أحكام الشريعة الإسلامية، مما جعلها إحدى أهم روافد الفكر القانوني العالمي⁶. ولكن اعتقاد فقهاء الشريعة الإسلامية يختلف اختلافاً جذرياً عما يعتقده فقهاء الغرب، فالإنسان في بداية حياته الأولى لم يكن همجياً كما روج له الفيلسوف هوبز و ما يدل على ذلك القرآن الكريم قال تعالى "كَانَ النَّاسُ أُمَّةً وَاحِدَةً فَبَعَثَ اللَّهُ النَّبِيِّينَ مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ وَأَنْزَلَ مَعَهُمُ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ لِيَحْكُمَ بَيْنَ النَّاسِ فِي مَا اخْتَلَفُوا

¹ - صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق ص 44.

² - صاحب عبد الفتلاوي، مرجع سابق ص 29.

³ - هاني على الطهراوي (النظم السياسية والقانون الدستوري) دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011، ب ط ص 67

⁴ - نقلا عن الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية د. على مراح، دار هومة ب ط، 2011.

⁵ - الإمبراطور جستينيان كان إمبراطورياً شرقياً اشتهر بمدونته التي سميت باسمه، و التوسع العسكري للارض الإمبراطورية في عهده الذي دام

من 527- الى 565

⁶ - د. عجة الجليلي مدخل العلوم القانونية (نظرية الفائض) دار الخلدونية، ص 120



فيه...¹. فعن ابن عباس قال كان بين نوح و آدم عليه السلام عشرة قرون كلهم على شريعة من الحق فأختلفوا فبعث الله النبيين مبشرين و منذرين².

بمعنى أن الناس كانوا يعيشون حياة التوافق و الانسجام أي على فطرة الله التي فطر الناس عليها ، وهذا القول يؤيده حديث الرسول صلى الله عليه و سلم " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو يمجسانه أو ينصرانه "

فالفطرة هي الأساس للوصول إلى الحق، و لو بقي الإنسان على فطرته لقبّل العلم الذي لا جهل فيه و يرى الحق الذي لا ريب فيه، و إنما يحول بينه و بين الحق في غالب الأحوال شغله بغيره من فتن الدنيا و مطالب الجسد و شهوات النفس³.

ونشير إلى ملاحظة في غاية الأهمية كما أشير إليها من قبلنا و هي أنه لا يمكن تفسير الحديث كل مولود يصبح موحدًا بالله بمجرد الدخول في هذا العالم ، وإنما على خلقة مقتضية للإسلام إذا ميّز و عقل⁴، و ما يؤيد هذا التفسير قوله عز و جل " وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِّن بَطُونٍ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا " الطفل لا يعلم شيئًا عن التوحيد عند ولادته، و إنما يتحقق له ذلك بعد أن يكتمل عقله و لذلك جعل الله التكليف بعد البلوغ ، لذلك كان الإنسان في حياته الأولى على الفطرة، ثم فسدت طبيعته عندما انحرف عنها.

و عليه يمكن القول أن فقهاء الغرب يضعون فروضًا قد عايشوها في تجاربهم الشخصية و يريدون أن يعممونها و هذه مشكلة مفكري و فلاسفة الغرب، ففي العلوم الإنسانية يعتمدون على الفروض و يجعلون منها قاعدة مشفوعة ببعض وجهات النظر، و لكن الفروض لا تعمم و لذلك لا ترتقي إلى أن تكون قاعدة عامة.

كما ظهر القانون الكنسي الذي سمح بظهور فئة تسمى برجال الدين الذين يرجع إليهم الأمر كله لحل النزاعات، باعتبارهم يمثلون إرادة الآلهة (حسب اعتقاداتهم أو كما يخيل إليهم) وأحكامهم تنسب إليها على حد زعمهم، مما أكسبها قوة ملزمة يخضع لها الجميع، ويمثلون بالمفهوم الحديث السلطات الثلاثة (التشريعية، التنفيذية، القضائية)⁵.

فالرجوع إلى رجال الدين يعطي دلالة على سرية أحكام القانون الكنسي، ولم يكن للمواطنين حظ العلم به حتى تزداد قدسية القانون رسوخًا ، و كان هدف رجال الدين من هذه السرية هو سمو منزلتهم

¹ - سورة البقرة الآية 213

² - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير - تفسير القرآن الكريم - ج 1 - ط 1999-1 دار طيبة الرياض المملكة العربية السعودية

³ - موفق شريف الطيب - نظرات شرعية على نظرية القانون الطبيعي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي - مجلة

البحوث و الدراسات ع 2013/15 ص 205

⁴ - عبد الله بن محمد بن عبد الله القرني - المعرفة في الإسلام مصادرها و مجالاتها - أطروحة دكتوراه جامعة أم القرى المملكة العربية

السعودية 1418 ص 179

⁵ - على محمد جعفر، مرجع سابق، ص 17



عند الرعية ، و تبقى أعناقهم مشدودة إليهم ، ويبقى المواطنون في حاجة لرجال الكنيسة بشكل مستمر لا يمكن لهم أن يستغنوا عنهم، و بذلك يكتسبون الهيبة و الاحترام إلى درجة تقديسهم و كلامهم لا يمكن مناقشته ، و بذلك هم يجمعون الوظائف الثلاثة التشريعية والتنفيذ والقضاء في أيديهم ، وهذا يجعلهم أكثر استبدادا و ظلما.

في بلاد الرافدين نجد حمورابي الذي يعني اسمه الأمير الذي يخاف الله ، وصورته التي تظهر وهو يتلقى الأحكام من إله الشمس الذي أمره أن يقيم العدل في الأرض، وأن يقتلع جذور الشر والأشرار ويقول بذلك "أعلو كشمس فوق الرعية وأنا الحاكم المستغرق في الحكمة التي أكتسبها من منبعها¹. حمورابي يعتقد أنه يتلقى القوانين من آلهة مباشرة الذي اختاره من بين البشر، وهذا ما يوافق نظرية الحق الإلهي غير المباشر، لهذا فهو حاكم من جنس البشر لكنه اختاره الله من بينهم ليفوضه في الحكم نيابة عنه، و بذلك فهو يرتقي فوق مرتبة الرعية، والقوانين التي يصدرها كلها أحكام ملزمة لا يستطيع أحد أن يعارضها مهما كانت ظالمة.

أما في مصر القديمة كان الفراعنة يعتبرون أنفسهم آلهة، وقد أوضح القرآن الكريم ذلك في آيات كثيرة كقول فرعون لموسى عليه السلام عندما دعاه لعبادة رب العالمين. قال تعالى: "قَالَ لئن اتَّخَذتُ إِلَهًا غَيْرِي لأَجْعَلَنَّكَ مِنَ الْمَسْجُونِينَ" وأيضا: "قَالَ أَنَا رَبُّكُمُ الْأَعْلَى".

ويترب على هذا المفهوم أن هؤلاء الحكام يملكون السيادة المطلقة والسلطان المقدس، الذي لا حدود له، مما جعل رعاياهم يطيعونهم طاعة عمياء ، وينفذون أوامره تنفيذًا دقيقًا دون إبداء أي اعتراض أو مناقشة مهما بلغت خطورتها، لأنهم كانوا ينظرون إليهم باعتبارهم آلهة².

إذا كان هذا هو المفهوم السائد آنذاك، فإنه لا حقوق موجودة للرعية والاعتراف بالحرية، لأن أوامر الحاكم فوقية ملزمة لهم لا اعتراض عليها ولا تعديل فيها ، باعتبارهم آلهة تحكم البشر يتلقى الأوامر من الآلهة بصفة مباشرة. وصفة القدسية التي اكتسبتها الأوامر كانت حتى لدى الدول الأكثر تقدما، فعند الرومان لا يعدلون القانون مهما تغيرت الظروف، ولكنهم يعدلون تحت ستار تفسير القاعدة القانونية بطريقة غير مباشرة دون المجاهرة بالتعديل.

كما ارتبطت الواجبات بأوامر دينية بحتة، لذلك كان للرومان قانون يقضي بأن كل ما يكسبه أحد أعضاء الأسرة يؤول إلى ربها، لأنه هو الوحيد الذي يقع عليه عبء مواصلة عبادة الأسلاف، وارتباط الحقوق والواجبات بالدين أصبح معيارا للتفرقة بين المواطنين والأجانب، فمحور التكتل الاجتماعي والسياسي هو وحدة الديانة ، فعلاقة أفراد المجتمع مبنية على وحدة الديانة، أما الأجنبي فهو الذي لا

¹ - شريعة حمورابي وأصل التشريع في الشرق القديم- مجموعة من المؤلفين ترجمة أسامة سراس ط2 الناشر دار علاء الدين دمشق ص 17

² - هاني على طهراوي (النظم السياسية والقانون الدستوري)، ط3. 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 46



يدين بدين الجماعة، ويعتبر عدوا يحل قتله وسلب ماله. وعلى العكس من ذلك فمن يشترك معهم في الديانة يظل عضوا في الجماعة ولو أقام في إقليم آخر، وتطبيقا لهذا المبدأ، كانت روما لا تسمح بتطبيق القانون الروماني على الأجنبي لان القانون الروماني جزء من الديانة ولا يوفر له أي حماية بل كان شخصه وماله حل لأي روماني فهو محروم من أي حق¹.

في ظل هذا المفهوم لا وجود لفكرة الأمن القانوني، وذلك بسبب الحكم المستبد والأوامر الجائرة التي لا تعطي أي اهتمام للحقوق والحريات فهي عبارة عن أوامر فوقية، على الرعية الالتزام بها والانصياع لها وتطبيقها بشكل دقيق، وبهذا يصبح القانون أداة قهر لا أداة لحماية الحقوق وهو ما يعبر عن النظرية الأحادية.

ب - الحياة السياسية القديمة: ابتداءً من عصر النهضة الأوروبية تمكن شرح القانون الروماني من إبراز فكرة الحق *droit subjectif* في مقابل القانون *droit objectif* وفي ذلك يقول دونو الكاتب الفرنسي: "إنه ينبغي النظر إلى القانون باعتباره نظاما للحقوق وليس نظاما للدعاوى كما كان يفعل الرومان"².

فالقانون الروماني لم يعرف فكرة الحق بالمفهوم الذي نعرفه الآن، وقد كان عندهم كلمة *ius* لا تعني سلطة الفرد أو مكنة أو ميزة صاحبه، ولكنها كانت تعني الحصص التي تعود على الفرد في التنظيم الاجتماعي، والحصص *part* يمكن أن تحتوي على مركب من المزايا والأعباء، فالعدالة تتمثل حينئذ في منح كل واحد حصته³.

ففكرة الحق لم تعرف لدى الرومان إلا من خلال الدعاوى القضائية، ولم يكن فقهاء القانون الروماني يستخدمون اصطلاح الحق الشخصي أو الحق العيني، ولكنهم كانوا يعرفون فقط الدعوى الشخصية، وهي الدعوى التي يجوز أن يرفعها أمام القضاء صاحب الحصص أو ما يعرف الآن بصاحب الحق الشخصي أو الحق العيني⁴. وهكذا بدأت تظهر للوجود بجانب القانون بوادر فكرة أخرى هي فكرة الحق مما أدى إلى ظهور النظرية الثنائية للنظام القانوني الذي أصبح يتكون من شطرين:

الشرط الأول: القانون وهو مجموعة القواعد العامة والمجردة.

الشرط الثاني: الحقوق التي يجب أن توفر لها قواعد القانون الحماية اللازمة⁵.

¹ - صوفي حسن أبو طالب ، مرجع سابق، ص 70

² - د. عجة جيلالي، مدخل للعلوم القانونية، النظرية القانونية، دار الخلدونية، ص 49

³ - نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون بطريقة الحق - منشورات الحلبي الحقوقية ط الأولى 2010 ص 13

⁴ - سمير عبد السيد تناغو- النظرية العامة للقانون منشأة الناشر للمعارف بالإسكندرية 1974 ص 15

⁵ - موفق الطيب شريف، تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني - مداخلة أقيمت في ملتقى بجامعة ورقلة، ص 04



و بذلك انتقلنا من القانون الذي كان يعبر عن إرادة الحاكم و هو إما أن يكون أمرا أو نهيا ، و في كلتا الحالتين ينفذ بدون اعتراض ، إلى القانون الذي يعبر عن حقوق الأفراد ببيائها و في نفس الوقت توفير الحماية اللازمة لها ، بمعنى انتقلنا من القوة التي تنشأ الحق و تحميه إلى القانون الذي ينشأ الحق و يحميه.

القانون عندما يمنع إتباع سلوكا معيننا ليس من اجل المنع فقط، و إنما حفاظا على حقوق و حرية الغير، و بذلك فهو يحاول أن يوفق بين مصلحتين متعارضتين ، فيرجح إحداها على الأخرى و يقرر حقا لشخص دون الأخر¹. و بهذا المفهوم فإن القانون يمنح الحق لصاحبه و في نفس الوقت يخاطب الغير بعدم التعرض له، و عليه فالقانون لم يوضع اعتباطا و لا وسيلة للقهر و إنما لغاية أسمى من ذلك و هي إقامة التوازن بين المصالح المتعارضة.

يرى أكثر أهل القانون أن أول من أشار إلى فكرة الأزواجية بين الحق والقانون هو الفيلسوف اليوناني أرسطو، واضع نظرية القانون الطبيعي، والتي لا زالت تحتل الصدارة بين النظريات الفلسفية المعاصرة².

تقوم هذه النظرية على فطرية الإنسان الاجتماعية، الذي يتميز عن باقي المخلوقات بالعقل الذي يوجهه في حياته إلى ما يجب إتباعه من قواعد في المجتمع لكي يتحقق له الاستقرار والتقدم والأمن، هذه القواعد هي قواعد القانون الطبيعي، والذي يعتبر مجموعة من القواعد التي يستلهمها العقل المستقيم من طبيعة الروابط الاجتماعية، التي توحى بمضمون القاعدة القانونية، حيث يكتشفها العقل البشري وتقتصر وظيفة السلطة العامة بإصدارها³.

إذن فالقانون الطبيعي مصدره العقل الخالص وهو العدل في ذاته، لذا فهو ثابت سرمدى لا يتغير في الزمان ولا في المكان، ذلك لأنه مستقر في طبيعة البشر وقلب الإنسان، وهو القانون المثالي والنموذج الأعلى الواجب إتباعه من قبل كل القوانين الوضعية التي يضعها البشر. وعليه فلا يكون القانون الوضعي قانونا صالحا إلا بقدر اتفاهه مع القانون الطبيعي⁴.

معنى هذا أن القانون الطبيعي كامن في طبيعة الأشياء والعلاقات الاجتماعية يكشفه العقل البشري، فالإنسان الذي يعيش في مجتمع سياسي منظم لا يتصرف كيف ما شاء، وإنما وفق ضوابط تتفق عليها الجماعة فتكون حريته مقيدة بحرية الآخرين ، أي حريته تنتهي عند بداية حرية الآخرين

¹-د. علي فيلاي -مقدمة في القانون - ب.ط. موفم للنشر الجزائر 2010 ص 33

²- موفق الطيب شريف- مرجع سابق ص 4

³- رؤوف بوقرة-مدى مطابقة القانون الجزائري مع قيم المجتمع، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة ، 2009 ص 126

⁴- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون -القاعدة القانونية منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الاولى 2010 ص 56



، ولذلك تصبح إرادة الفرد مقيدة بمبادئ الفضيلة ، هذه المبادئ مستوحاة من القانون الطبيعي، وما على المشرع إلا الاعتراف بها و إقرارها وتجسيدها في شكل قوانين ، مما يجعلها مقبولة لدى المواطنين، وبالتالي يسهل تطبيقها وهكذا نجد أن هذه المبادئ كنتيجة حتمية يسير على هديها كل من المشرع والفرد وخضوع الاثنين الفرد والدولة إلى مبادئ القانون الطبيعي تتحقق السعادة.

والمقصود بالفضيلة عند أرسطو المبادئ والحقوق التي تدور حول العدل والمساواة التي يتم إدراكها بواسطة العقل، والتي تعتبر عمدة الحقوق التي تقيد إرادة المشرع، فليس له أن يشرع إلا القوانين المقررة بها، أي مقرة بالعدل والمساواة والمتفقة معها¹.وعليه نستخلص أن خضوع القانون الوضعي للقانون الطبيعي ومبادئ الفضيلة أعظم ضمان لتحقيق فكرة الأمن القانوني.

ولقد بلغ الاهتمام بنظرية القانون الطبيعي لدرجة القول أن حقوقا نشأت قبل نشأة القانون، وهنا يطرح التساؤل كيف يمكن أن تكون هناك حقوق وأشخاص بدون مجتمع ؟ و الجواب أن هذه الحقوق تنشأ حين ننظر إلى الوجود البشري نظرة تجريدية خالصة ، أي بوصفه شخص و ليس مواطنا في دولة².

***انتقادات فكرة الحق:** تعرضت فكرة الحق لانتقادات لاذعة من قبل بعض الفقهاء من بينهم ليون ديغي وكلسن، فالمدرسة الواقعية التي يمثلها ليون ديغي انتقدت فكرة الحق، من خلال نظريته التي تقول لا وجود للحقوق وإنما مراكز قانونية، انطلاقا من رفضه لفكرة الحقوق الطبيعية للإنسان، باعتبارها فكرة ميتافيزيقية لا فائدة منها من الناحية الفنية، فهي تعطي لصاحبها إرادة أعلى من إرادة الآخرين وبالتالي تكون له سلطة يفرضها على الآخرين، يرى ديغي أن ما يمكن إقراره هو القواعد القانونية التي عند تطبيقها على الأفراد يمكن تحديد مراكزهم، وبهذا الشكل نكون قد نظرنا إلى القاعدة القانونية في جانبها الشخصي، ويميز الفقيه ليون ديغي بين المراكز القانونية الموضوعية والمراكز الذاتية أو الشخصية³.

"نظرية كلسن" انتقد الفقيه كلسن فكرة الحق من خلال نظريته المسماة "بالنظرية الخالصة للقانون" واعتبر انه لا وجود للحقوق وإنما يوجد تدرج لقواعد وضعية في شكل هرمي بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها وشرعيتها من القاعدة الأعلى واعتبر كل ما ليس قاعدة ذات جبر وإلزام يكون ما وراء القانون، وبذلك فهو لم ينكر مصطلح الحق كلية وإنما رفض أن يعطي لصاحب الحق المكنة و الميزة الفردية⁴.

¹ - موفق طيب شريف -- مرجع سابق ص 4

² - هيجل تقديم د. إمام عبدالفتاح إمام - أصول فلسفة الحق - المجلد 1 ط3 / 2007 التنوير علي مولاي المكتبة الهيجلية

³ - نبيل إبراهيم سعد - مرجع سابق ص 16

⁴ - نبيل إبراهيم سعد- المدخل إلى القانون ونظرية الحق، مرجع سابق ص 16



ثانياً: فكرة الأمن القانوني في المجتمعات الحديثة:

بعد تطور المجتمعات وتغير الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وانتهى الأمر بوجود قواعد قانونية تنظم سلوك الأفراد داخل المجتمع، وانتهى بنا المطاف في المجتمعات القديمة بانقسام فقهاء القانون على فكرة الحقوق، وهو ما أدى بهم إلى اعتبار مصطلح القانون يقتصر على القواعد العامة وبالتالي يوجد في المجتمع قانون دون أن توجد مراكز خاصة، وهو ما يعبر عنه بالنظرية الأحادية^{أ}، أو يشمل القواعد العامة، والمراكز الفردية الخاصة وهو ما نعبر عنه بالنظرية الثنائية {ب}

أ- النظرية الأحادية للقانون

بعد الانتقادات التي وجهت لفكرة الحق بدأ الاتجاه يميل إلى بناء القانون على أساس فكرة الالتزام وليس على أساس فكرة الحق، مع أواخر القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين. ويرجع لظهور فكرة الالتزام إلى الفقيه هانز كلسن، الذي اعتبر القانون هو ما تصدره السلطة من أوامر مجردة عن كل العوامل المحيطة به من أخلاق وعقائد وغيرها، وهذه الأوامر عند كلسن لا تشكل إلا التزامات تقع على عاتق الأفراد .

لذا فالقانون هو مجموعة من الأوامر، وبالتالي مجموعة من الالتزامات، واعتبر أن الحق ما هو إلا التزام يقع على عاتق شخص معين بعدم التعرض لهذا الحق المدعى به باعتبار أن القانون لا يخاطب صاحب الحق، وإنما يخاطب فقط الشخص الذي يلزمه بعدم التعرض لصاحب الحق، وهو بذلك يخاطب من يقع عليه الالتزام لا من يحوز الحق، ولهذا فإن القانون مبني على أساس فكرة الالتزام وليس على فكرة الحق¹. ذلك ما جعل الفقيه أوستن يعرف القانون بأنه ليس بنصيحة، بل أمراً وهذا الأمر غير صادر من شخص اعتيادي، وإنما من شخص مسلّم له بالطاعة موجه إلى آخر ملزم بالانصياع².

غير أنّ نظرية كلسن³ هذه ونظرية دييجي ليون من قبل قد قبولتا بالرفض والانتقادات، بالرغم أن المدرسة الواقعية كان لها الفضل في الكشف عن الأوضاع المركبة الناشئة عن تطبيق قواعد القانون وتبسيط فكرة الحق التقليدية، وسنبيّن عجز هذه النظريات وقصورها في استيعاب حقائق الحياة الاجتماعية من خلال الانتقادات التي وجهت لها.

إنّ انطلاق ليون دييجي في أفكاره كفكرة الحق، كان مبني على رفضه لعلو إرادة صاحب الحق على غيرها من الإرادات، وهذا لم يقل به أحد، وفي الوقت الذي ينكر فيه فكرة الحق التي تقابل القانون، يقيم

¹ - موفق الطيب شريف مرجع سابق ص 5

² - غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانوندار وائل للطباعة و النشر عمان ط7لسنة 2004 ص 14

- فيلسوف ومحامي أمريكي (1881-1973)، مؤسس المدرسة المعيارية أو النظرية الخالصة للحق، درس بجامعة فيينا، عمل أستاذا للقانون

³ بجامعة كاليفورنيا. من أشهر مؤلفاته: "النظرية الخالصة للحق" (1934)



تقابلا آخرًا بين القانون وبين المراكز القانونية¹، أما كلسن فلم تكن نظريته خالصة كما تحمل اسمها، بحيث ربط القانون بمشيئة الدولة، واعتبر أن القانون هو الدولة².

حسب مفهوم دييجي و كلسن تبقى أفكار حبيسة فترة زمنية معينة لا تصلح لكل الأزمنة أو أخذها كقاعدة عامة، ففي كثير من دساتير الدول تنص على إلزام الدولة باحترام الحقوق والحريات العامة، وهذا دليل على أن للدولة إمكانية مخالفة القانون، وذلك ما ينص عليه الدستور الجزائري 01/16 في المواد التالية 38.39.40.41.42. كما جاء في ديباجته في الفقرة 12 " أن الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق والحريات الفردية والجماعية..." وهذا اعتراف ضمني بأن توجد إمكانية لدى الدولة لمخالفة القانون.

كما أن هذه النظرية تتجاهل حقائق الحياة الاجتماعية التي تكون جوهر القاعدة القانونية، كما استند كلسن في رفضه لفكرة الحق إلى تصوير معين للحق في ظل المذهب الفردي، الذي يعطي لصاحبه المكنة والميزة الفردية³ والتسلط والاستئثار.

كنتيجة على ما تقدم فإن فكرة الحق لا يمكن إنكارها، وفي نفس الوقت الإقرار بها لا يعني إضفاء لصاحبها إرادة مطلقة يتصرف كيف يشاء، وإنما هي مكنة يتحرك بها صاحب الحق في إطار يرسمه القانون، فلا وجود للحقوق إلا ما نظمها القانون، فاستئثار صاحب حق الملكية لوحده بالاستعمال والانتفاع و التصرف في الشيء المملوك بما يسمح به القانون .

بالرغم من الانتقادات التي وجهت لفكرة الحق إلا أنه لا يمكن فهم القانون دون استخدامها، وقد أكسبت هذه الفكرة رسوخا وشيوعا عبر التاريخ، فلقد تحرك الأفراد ضد بطش وتسلط الحكام تحت مظلة الحق⁴، كما جرى في فرنسا عند قيام الثورة الفرنسية 1789، و الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان و المواطن في نفس التاريخ، الذي لازال يعطي ثماره إلى حد الآن وقبلها الثورة الأمريكية، و صدور وثيقة العهد الأعظم قبله في إنجلترا سنة 1215 و الإعلان عن الحقوق bill of rights بعد ثورة 1688 و صدور إعلان حقوق الإنسان 1948.

¹ - نبيل إبراهيم سعد، مدخل القانون، نظرية الحق، مرجع سابق ص 18

² - رؤوف بوقرة، مدى مطابقة القانون الوضعي الجزائري مع قيم المجتمع و دينه، 2009، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة ص

³ - نبيل إبراهيم سعيد، نظرية الحق، مرجع سابق ص 17

⁴ - نبيل إبراهيم سعيد، نظرية الحق، مرجع سابق ص 20



ب- النظرية الثنائية للقانون

لم تنل الانتقادات السابقة الذكر من فكرة الحق بشكل كلي بل تبقى ضرورية لتطبيقات القواعد القانونية لدى الفكر القانوني، و في نفس الوقت ليست هي كل التطبيقات، باعتبار أن القانون ينظم مراكز أخرى غير الحقوق.

فالحقوق ما هي إلا جانب خاص من أعمال القانون، وإلى جانب هذه الحقوق توجد المراكز القانونية¹. فقواعد القانون الدستوري التي تنظم السلطات العامة، والقانون الإداري الذي ينظم سير المرافق العمومية، لا علاقة لها بحماية الحقوق بشكل مباشر، وعلى هذا الأساس اقترح بول روبيه إقامة التفرقة بين القواعد القانونية والمراكز القانونية، بدلا من التفرقة بين القواعد القانونية والحقوق. فالقاعدة والمركز بالرغم من أنهما يحملان الصفة القانونية، إلا أن الفرق بينهما هو أن القاعدة تتميز بالعمومية والتجريد والمركز يتميز بالذاتية والانفراد².

والمراكز القانونية تشمل المراكز الشخصية، كحق الملكية وتشمل كذلك مراكز موضوعية كمركز المواطن تجاه الدولة، كوجوب الخدمة العسكرية، وبهذا يكون الفقه القانوني قد انتهى إلى فكرة ازدواجية النظام القانوني، فمن جهة القانون وهو مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة و الملزمة، ومن جهة أخرى المراكز القانونية الخاصة، وهي أثر تطبيق القواعد القانونية العامة، هذه المراكز منها ما هو مبني على فكرة الحق وتسمى بالمراكز الشخصية أو الذاتية، ومنها ما هو مبني على فكرة الواجب وتسمى بالمراكز القانونية الموضوعية، وبهذا تكون قد ارتسمت معالم فكرة الأمن القانوني الذي من خلالها يتوجب على المشرع مراعاة المراكز القانونية في عملية التشريع³.

إن المتتبع لهذه الفترة التاريخية لتأصيل فكرة الأمن القانوني، يجدها ملازمة لتطور القانون وكان ذلك طبيعياً، لأنها تحمل أحد أوصاف القانون، فهي مرتبطة به عدما و وجودا، وفي نفس الوقت القانون لم ينشأ صدفة، وإنما هو وليد ظروف عاشها الإنسان عبر مسيرته التاريخية.

لذلك نجد حياته الأولى كان يبحث فيها عن الأمن، فالتجأ إلى الجماعة لحمايته، من خلال مجموعة من القواعد القانونية لتحقيق التوافق بين المصالح المتعارضة، فكان القانون في البداية عبارة عن أوامر فوقية تتخذ كل الإجراءات الصارمة ضد كل من يخالفه دون هوادة، مما جعل هذه القوانين تعبر عن إرادة الحاكم دون مراعاة لأدنى الحقوق، مما جعل النظرية الأحادية تطفو على السطح، الأمر الذي كشف عن ظلم الحكام وجورهم.

¹ - نبيل إبراهيم سعيد، المدخل إلى القانون، نظرية الحق، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2010، بيروت-لبنان، ص 19

² - سمير سيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق ص 26

³ - موفق طيب شريف مرجع سابق، ص 6



بعد ما تطورت الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وانتشار الوعي استثارت همم رجال القانون للبحث عن أنجع النظم القانونية الملائمة للحياة الاجتماعية، أدت إلى تغير المفاهيم حيث لم يعد القانون يعبر عن إرادة الحاكم، و يقتصر على الأوامر بتبيان ما هو مسموح وما هو ممنوع فقط، وإنما في مقابل ذلك توجد الحقوق و هو ما أدى إلى ظهور النظرية الثنائية، وهذه الحقوق لن تقوم لها قائمة إلا بوجود الالتزام الذي يقع على الغير باحترام هذا الحق، وبما أن طبيعة البشر تغلب عليها حب الاستئثار والأنانية، فقد تتعارضان فكرة الحق و الواجب، مما يستوجب التوافق بينهما من خلال القانون من جهة و المراكز القانونية من جهة أخرى، فالقانون أصبح لا يخاطب الأشخاص بذواتهم فقط بل بصفاتهم، وبذلك فهو يخاطب المراكز القانونية، و على هذا الأساس لم يعد القانون تستعمله السلطة العامة لقهر الأشخاص، وإنما القانون وسيلة لتحقيق غاية، وهي إقامة العدل في المجتمع والمحافظة على هذه المراكز القانونية، وبالتالي تحقيق فكرة الأمن القانوني و كنتيجة يصبح القانون أداة حماية لا أداة قهر.

الفرع الثاني: التأصيل الفلسفي لمبدأ الأمن القانوني

انتهينا في الفرع الأول إلى أن القانون يوفق بين المصالح المتعارضة، فهو وسيلة لتحقيق غاية وهي إقامة العدل، كما قيل فإن العدل هو أساس الملك الذي يتوقف عنه نظام الحكم في كل دولة، فإذا اختفى العدل انهارت الدول بشعوبها، وإذا وجد العدل سعدت الشعوب و قويت الدول، لذلك يمكن للعدل أن يتخذ كميّار للتفرقة بين النظم القانونية التي تحقق مبدأ الأمن القانوني، وقد تصارعت عدة نظريات فلسفية في هذا المجال عبر العصور، سعياً منها لإرساء مبادئ الأنظمة المتوازنة لتحقيق النفع العام و المحافظة على الحقوق و الحريات.

من خلال استعراض هذه النظريات نكشف بجلاء جهود الفلاسفة للوصول إلى الأنظمة التي تهدف إلى تحقيق النفع العام من غيرها، و السير في هذا المجال لم يكن على بساط من حرير لأن الأمور لا تسير دائماً بنفس الوتيرة و في نفس الاتجاه، وإنما توجد أفكار فلسفية أخرى تعاكس هذا التيار، الأمر الذي يدفعنا إلى الكشف عن مواطن الاختلاف بين هذه الفلسفات.

أولاً: مبدأ الأمن القانوني في المذاهب المثالية

تعتبر المذاهب المثالية الخلفية الفلسفية لوجود الحقوق و حمايتها بشكل عام، و تعتبر فلسفة القانون الطبيعي الأرضية التي يجد فيها القانون أصوله، و تعتبر فلسفة العقد الاجتماعي الجذور النظرية والفكرية لمبدأ الأمن القانوني، وبذلك فنظرية العقد الاجتماعي تعتبر امتداداً لنظرية القانون الطبيعي،



من هنا نجد أن النظريتين لهما ارتباط متين وعلاقة وطيدة بمبدأ الأمن القانوني¹ و عليه سوف نستعرض في البداية نظرية القانون الطبيعي ثم نظرية العقد الاجتماعي

أ- مبدأ الأمن القانوني في فلسفة القانون الطبيعي:

يقصد بالقانون الطبيعي هو مجموعة قواعد عامة و أبدية ثابتة أودعها الله في الكون و يكشف عنها الإنسان بعقله لا تختلف باختلاف الزمان أو المكان، كما أنها ليست من صنع الإنسان² و لكنه يكتشفه بعقله القويم.

غير أن فكرة القانون الطبيعي مرت بتاريخ طويل ومتغير، ولم تحتفظ بمضمون ثابت على مر العصور، فكان اختلاف مضمونها باختلاف الغايات والأهداف، ولكنها في المقابل لم تفقد أساسها الذي قامت عليه طيلة هذه المراحل، باعتبارها المثل العليا التي يجب أن يستمد منها القانون الوضعي وجوده وقوته. فقد بدأت فكرة القانون الطبيعي لدى الفلاسفة اليونان فكرة فلسفية، ثم أصبحت فكرة قانونية لدى فقهاء الرومان، ثم صارت فكرة دينية لدى رجال الكنيسة في العصور الوسطى، ثم تحولت إلى فكرة سياسية لدى مفكري العصر الحديث³.

على ما يبدو أن فكرة القانون الطبيعي لم تستقر على مضمون واحد طيلة المراحل التي مرت بها، فقد عبرت عنها كل فئة على حدة تبعا لتغير المكان و الزمان لتكون منبعا يستقى منها القانون الوضعي مشروعيته ليكسب الرضا و الإلزام في المجتمع، غير أنه بالرغم من التغيير في المضمون إلا أن فكرة القانون الطبيعي لم تفقد سندها الذي قامت عليه، و سوف نتطرق إلى هذه المراحل لنظهر بشكل جلي التعبير عن هذه الفكرة في كل مرحلة.

1- فكرة القانون الطبيعي لدى فلاسفة اليونان

على الرغم من أن بعض فلاسفة اليونان كانوا متأثرين بالمفاهيم اللاهوتية والروحانية، فإن هدفهم الرئيسي كان سبر غور عالم الطبيعة لاكتشاف بعض المبادئ التي تحكم الكون آمين بقوة عقل الإنسان المسترشد بالملاحظة للوصول إلى فهم حقيقي لهذا العالم، هذا التفكير والبحث لدى اليونانيين أضفى حالة خاصة في المجالين الطبيعي والبشري، حيث أصبح كل ما هو طبيعي صورة لما هو صادق ومستقيم⁴.

¹ - موفق الطيب - مرجع سابق - ص 6

² - فيلال علي - مقدمة في القانون - ط 2010 موفم للنشر الجزائر ص 161

³ - على مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، ب ط 2011 ص 142

⁴ - دينيس لويد، فكرة القانون مجلة عالم المعرفة العدد 47 في نوفمبر 1981 الكويت ص 68



لذلك كان أفلاطون¹ يعتقد بأن الرجل الحكيم المتشبع بفلسفته، له إمكانيات في تحقيق رؤيا لدنيا الكمال، التي تقع وراء عالم الحواس، فالعدالة عنده تعتبر نوع من التجريد لا يفهمه إلا فيلسوف، ولا يمكن تحقيقه إلا على يد دولة مثالية يحكمها ملوك فلاسفة².

فلم يؤمن أفلاطون بفكرة العدالة العليا على أنها شكل قانوني شرعته الطبيعة، وبالتالي فإن القانون البشري يسير على خطاها، غير أنه في آخر حياته وفي كتابه الموسوم "بالقوانين" حيث ذكر أنه يمكن أن يتحقق العدل المثالي بالقوانين القائمة التي تحكم دولة قائمة³. وهنا يظهر أفلاطون عجز القوانين البشرية بأن تصل إلى العدالة و إلى الدولة المثالية كما يراها

و لن يتأتى ذلك إلا عن طريق حكام فلاسفة يديرون الدولة، باعتبارهم اكتسبوا الحكمة من قوة التأمل في الأشياء و التفكير و التدبر في أصلها من خلال طرح الأسئلة و الإجابة عليها في نفس الوقت ، و يفهم من كلامه استبعاد أن يتحقق ذلك لأن الملك ملك و الفيلسوف فيلسوف ، لكن قد لا يقصد من كلامه يجب أن يكون الملك فيلسوف بالمعنى الكامل لكلمة الفيلسوف ، و إنما يجب على الملك أن يكون حكيما حتى يتسنى له إدارة الدولة .

أما أرسطو في دراسته للظاهرة القانونية، فوصل إلى فكرة عامة باتجاهه الفلسفي تؤكد أن القانون لا يمكن أن يكون إلا في محيط اجتماعي، واعتبر أن القانون الطبيعي هو العدل في ذاته ، المتمثل في المثل الأعلى الذي يهدف إلى الكمال الذي توضع على أساسه القوانين الوضعية ، لأن العدل هو الأساس الذي يكسب القوانين الملزمة للأفراد الرضا و القبول ، فيقضي بطاعة القوانين التي تصدرها الدولة ، باعتبارها تحقق النفع العام⁴. و كان أول من استنجد بالقانون الطبيعي هو الشاعر اليوناني (سوفو كليس 441 ق.م) إذ قال في مسرحيته المسماة " نتيجوننا " التي دفنت جثمان أخيها ، رغم منع الملك فتقول له " لا لا ما كان يجب أن أعتقد أن لأوامرك الظالمة القوة الكافية ضد قوانين غير المكتوبة ، قوانين ثابتة لتضعك أنت الفاني فوقها، أه إنها ليست بنات اليوم و لا الأمس هذه القوانين لقد وجدت و ستوجد دائما و لا أحد يستطيع القول متى وجدت"⁵.

¹ - أفلاطون عاش 427 ق.م - 347 ق.م فيلسوف يوناني كلاسيكي ويعتبر مؤسس لأكاديمية أثينا التي هي أول معهد للتعليم العالي في العالم الغربي معلمه سقراط وتلميذه أرسطو. وتأثر بأفكار أستاذه كما تأثر بإعدامه الظالم...

² - دينيس لويد، فكرة القانون، مرجع سابق ، ص 69

³ - دينيس لويد فكرة القانون- مرجع سابق ، ص 70

⁴ - على مراح الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية ، مرجع سابق ص 143

⁵ - محمد شريف أحمد فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين -دراسة مقارنة ط 2011/2 منشورات منتدى الفكر القانوني المطبعة آراس أربيل



هكذا ينبغي للشعوب أن تصرخ في وجه الحكم المستبد، حتى و لو حاول إسكاتها بالقمع و التضيق ، لابد أن يستمر الاعتراض عن القوانين الجائرة لأن الحاكم مجرد نائب، و ما السلطة التي يمارسها ما هي إلا وسيلة لخدمة الشعب و هي ملك له و ليست ملكا للحاكم ، و تعتبر هذه الصرخة تعبير عن الصراع و العنف الأزلي بين الحرية و السلطة ، و بين الحق و الباطل .

حسب مفهوم أرسطو فإنه يقع على الأفراد التزاما بالامتثال لأحكام القانون الوضعي، لأنه يحقق المصلحة العامة، ولكن قبل ذلك يقع الإلتزام على المشرع بأن يكون القانون الوضعي موافقا لمبادئ القانون الطبيعي، فالقوانين العادلة هي التي يلتزم بها الأفراد، أما القوانين التي تقابل بالرفض و المعارضة هي القوانين السيئة، من هنا يظهر الفرق بين أرسطو وأفلاطون حول علاقة القانون الوضعي بالقانون الطبيعي ، حيث يعتبره أفلاطون مثل أعلى لا يمكن أن تصل إليه القوانين الوضعية، بينما أرسطو يعتبر القوانين الوضعية المجردة من المصالح الضيقة و الهوى يمكن أن تحقق العدل، و بالتالي تجعل القانون الطبيعي حقيقة معاشة.

وإذا كانت فكرة المثل الأعلى تبدو بارزة في الفلسفة الأفلاطونية التي حلقت في السماء باحثة عن الحقيقة المطلقة ، فإنها تبدو باهتة في فلسفة أرسطو ، ذلك لأن أرسطو كان يحب الحقائق الواقعية و يميل إلى تنظيمها و وضع أسماء لها و على إثر هذا المفهوم قيل أن أفلاطون كان يحلق في السماء و أما أرسطو كان يبحث في الأرض¹.

لكن مهما كانت القوانين الوضعية مستوحاة من القانون الطبيعي، إلا انه سيظل الفارق بينهما في مصدر كل منهما ، فالقانون الطبيعي مصدره العقل الخالص² ، بينما القانون الوضعي مصدره إرادة الإنسان، و حتى لو حاولت هذه الإرادة أن تستوحي العقل الخالص فإنها ستظل مملوكة بتأثيرات الظروف التي تحيط بها³. و لهذا ما دام القانون الوضعي من صنع إرادة الإنسان فإن لكل بيئة قانون خاص بها و المرأة العاكسة لتطورها و ثقافتها ، و لذلك فإنه يختلف باختلاف البيئات ، بل أكثر من ذلك فإن البيئة الواحدة تختلف من زمان إلى زمان آخر ، الأمر الذي يجعل القوانين تختلف من مجتمع لآخر ومن زمان لآخر ، و عليه فالقانون الوضعي متغير بينما القانون الطبيعي ثابت سرمدى صالح لكل زمان و مكان و لذلك فهو لا يتغير.

العقل الخالص يكتشف الأشياء ولا ينشئها، فهي موجودة قبله، أما القوانين الوضعية فهي من صنع إرادة الإنسان التي تتميز بالنقص والعجز في كثير من الحالات ، ومهما بذلت إرادة الإنسان من جهد

¹ - محمد شريف أحمد فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين - دراسة مقارنة ط 2011/2 منشورات منتدى الفكر القانوني المطبعة آراس

أربيل العراق ص 108

² - يقصد به عملية عقل الأشياء، أي ربطها ببعضها و فهمها دون الاستناد إلى أي تجربة حسية أو خبرة حياتية عملية .

³ - عبد السيد سمير تناغو - مرجع سابق ص 140.



بأن تجعل القانون الخالد مثلها الأعلى ، إلا أنها تبقى خاضعة لعدة عوامل مؤثرة منبعها عالم الحواس، فالقواعد الوضعية و إن كانت ليست كالقواعد الخالدة التي لا تتأثر بالزمان و المكان ، و لكنها يمكن أن تكون أقرب إليها إذا ما تخلص الحاكم من المؤثرات التي تحيط به.

2- القانون الطبيعي عند الرومان:

انتقلت فكرة القانون الطبيعي إلى الرومان بتأثير من الفلسفة اليونانية و حاجتهم في إيجاد مصدر لقوانينهم ، بحيث كان لديهم قانون ينطبق على المواطنين فقط ، و قانون الشعوب ينظم علاقتهم مع الأجانب و ينظم العلاقات بين الأجانب فيما بينهم ، و تبنا فكرة القانون الطبيعي الذي يشمل على مبادئ مثالية أبدية ، و اعتبروا أن القانون الطبيعي جزء منه في القانون الوضعي و هذا الأخير يتكون من مجموعة من القواعد من صنع إرادة الإنسان، و مجموعة أخرى من القواعد بالضرورة موجودة في كل زمان و مكان مستقلة عن إرادة الإنسان تعبر عن روح العدل¹. اعتبر الرومان أن القانون الطبيعي يصلح لكل الشعوب ، باعتباره القانون الذي يحقق العدل لكل الأحياء و ليس لبني البشر فقط ، و لذلك لا يكون القانون الوضعي قانونا يلتزم به الكافة إلا بما يوافق القانون الطبيعي ، و ما عدا ذلك فهو قانون سيئ لا يصلح لأن يكون قانونا.

3- القانون الطبيعي في القرون الوسطى لدى رجال الكنيسة

ازدادت الصلة ارتباطا بين القانون الطبيعي واللاهوت المسيحي، وازدادت سلطته مقارنة بما كان لدى اليونانيون والرومانيون، ذلك لأن القانون الطبيعي أصبح لدى رجال الكنيسة مفروضا من الله ومفسرا من البابا رئيس الكنيسة الكاثوليكية، الذي هو نائب الله (حسب اعتقادهم) و حكمه ملزم للجميع حكاما ومحكومين، وبهذا سادت الفكرة القائلة بأن القانون الوضعي خاضع للقانون الطبيعي ولا يستطيع الصمود إذا تعارض معه، كما يمكن للكنيسة أن تفرض عقوبات للذي لا يمثل لأوامر الله، باعتبار أن هناك حاجة إلى عدالة كما رسمها الله في الدول، وقد أثار القديس أوغسطس إلى أنه بدون عدل فإن الدولة تكون عصابة من قطاع الطرق وعدالة كهذه تعتبر جزءا من القانون الإلهي².

من جهة أخرى نجد توماس الكويني الذي أخضع الفلسفة للدين، قال كل قانون يصنعه الإنسان لا بد أن يكون له صفة القانون إلا بالقدر الذي يستمد من قانون الطبيعة، فإذا هو تعارض معه في أي نقطة لم تعد له صفة القانون³، و أضاف يقول أن الله لا يأمر بشيء إلا لأنه حسن بحسب العقل، ولا

¹ -محمد شريف أحمد -فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين -دراسة مقارنة ط2011/2 منشورات منتدى الفكر القانوني المطبعة آراس أربيل العراق ص ص 14/12

² - دينيس لويد، فكرة القانون، مرجع سابق ، ص 73-74

³ - فضل الله إسماعيل، سعيد محمد عثمان، نظرية القانون الطبيعي في الفكر السياسي الغربي مرجع سابق- ص8



ينهى عن شيء إلا لأنه قبيح في نظر العقل، وينتهي في الأخير إلى نتيجة هامة وهي لا يمكن للقانون الوضعي أن يقف في وجه القانون الإلهي الذي يستمد منه القانون الطبيعي¹.

على ما يبدو أن المسيحيين توصلوا إلى أن القوانين على ثلاثة درجات، قانون الهي وقانون طبيعي وقانون وضعي، مما يعني أن القانون الإلهي هو الأسى وهو أساس القوانين الأخرى بصفة مباشرة أو غير مباشرة.

4- القانون الطبيعي في العصر الحديث:

بعد زوال نظام الإقطاع والإطاحة بالنظام الكنسي في أوروبا، ظهرت الدولة الحديثة وسيادتها وناد بعض الفلاسفة إلى المبالغة في سيادة الدولة، وأدى ذلك إلى انحصار القانون الطبيعي، فدعا ميكافيلي في إيطاليا و بودان في فرنسا إلى سيادة الدولة المطلقة، ووضع الحاكم فوق القانون والأخلاق باستعمال كافة الوسائل لتأكيد سلطاته².

في نظرنا هذا المذهب الذي اتخذته الفلاسفة كان طبيعياً، ذلك لأن الكنيسة لما أحكمت قبضتها وبسطت سلطانها على أوروبا أفسدت، فكان المخرج من هذا الاستبداد الكنسي هو اللجوء إلى سيادة الدولة والمغالاة في النداء إليها، فتحول الأمر من استبداد الكنيسة إلى استبداد الدولة.

من هنا كانت الحاجة ملحة للعودة إلى القانون الطبيعي بأفكار أرسطو ولكن بثوب جديد، وهو ما فعله جبروسوس حيث وضع له أساس جديد مستقلاً عن الدين، بحيث انطلق بنظريته من أن الصفة المميزة للإنسان هي رغبته الاجتماعية والعيش في حياة هنيئة ومنظمة وما يتميز به من عقل، فالطبيعة هي التي ترغمننا على إقامة العلاقات والعقل هو الذي يحدد القواعد التي تنظمها وأن هذه القواعد منفصلة عن الدين³.

وبذلك تحولت أفكار القانون الطبيعي من مجرد أفكار فلسفية إلى أفكار سياسية واجتماعية، وتضمنت ميلاد النواة الأولى للمذهب الفردي، الذي يسعى من خلاله الدفاع عن حرية الفرد وحقوقه الأصلية التي ولدت معه، فالعقل يفترض وجود حقوق طبيعية ملتصقة بالإنسان ولدت معه قبل نشوء الحياة الاجتماعية، وتعد هذه الحقوق مبدأً أساسياً من مبادئ القانون الطبيعي وما على القانون الوضعي إلا إقرارها وتأمينها، من هنا كان الفرق جلياً بين فلاسفة المذهب التقليدي الطبيعي الذين يؤسسون القانون على طبيعة الأشياء وطبيعة الروابط الاجتماعية، وبين فلاسفة المذهب الفردي الذين يرون مصدر

¹ - على مراح الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية، مرجع سابق ص 148

² - رؤوف يوقرة، مدى مطابقة القانون الجزائري مع قيم المجتمع، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2009، ص 126

³ - محمد شريف أحمد - فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين - دراسة مقارنة ط 2011/2 منشورات منتدى الفكر القانوني المبععة آراس أربيل



القانون إلى الحالة الفردية السابقة على وجود المجتمع، وحقوقه التي يتمتع بها هي حقوقه التي سبقت وجود الحياة الاجتماعية¹.

إن وجود الفرد في المجتمع السياسي المنظم يهدف إلى تحقيق مصالحه وصون كرامته، لذلك فإنشاء الدولة ليس غاية في حد ذاتها، بل هي فكرة في مملكة العقل تستعمل كوسيلة لحماية حقوق الإنسان، واستقراره وأمنه بمبدأ من مبادئ العدل والفضيلة التي لا يمكن أن يتحقق الأمن إلا من خلال الالتزام بقواعد القانون الطبيعي الذي يعد المثل الأعلى الذي تسعى القوانين الوضعية إلى تحقيقه.

لذا يرى الفلاسفة أن أقوى تعبير عن هذه القواعد العامة التي أمكن الإنسان استخلاصه من القانون الطبيعي، هي تلك الحقوق التي نص عليها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948/12/10، وفي ذلك يقول الفيلسوف "جاك مارتينان" إنه من الواجب أن نتفق على أن حقوق الإنسان هي الوجه الوحيد للقانون الطبيعي²، ففكرة حقوق الإنسان لم تعد مجرد بيان احتفالي موسمي، بل أصبحت واقعا معاشا في مختلف النظم الاجتماعية مستبشرة بقدوم مستقبل أفضل للشعوب التي ضاقت الظلم و الاضطهاد و الحرمان ردحا من الزمن ، لذلك تعتبر فكرة حقوق الإنسان أثنى هدية و أعلى قيمة معنوية قدمها القرن التاسع عشر إلى القرن العشرين³.

إلا أن القرن الواحد والعشرين على ما يبدو يريد استرجاع السنوات الغابرة و يرفض هدية القرن التاسع عشر، ففي المدة الأخيرة و نظرا لصراع المصالح و تنافس الدول من أجل الهيمنة و بسط النفوذ في بعض المناطق ، نزلت فكرة حقوق الإنسان من عليائها و ازدوجت معاييرها لتداس بالأقدام على مرأى من يدعون حمايتها، فأصبحت توظف أحكامها و بكل أسف حسب مصالح الدول الكبرى .

5- القانون الطبيعي و الشريعة الإسلامية: شددت فكرة القانون الطبيعي الفقهاء والفلاسفة وشيّدوا لها نظريات وأقاموا مناقشات حولها، مما جعلها أحد المنابع الأساسية للفكر الإنساني، ففي بعض الأحيان تكون هذه الفكرة ساكنة أقرب ما تكون مدحورة ، و في أحيان أخرى تكون متحركة و تنزل من عليائها التأملي لتكون باعث سياسي للتغيير، تعبيرا عن عدم الرضا بالقوانين الوضعية⁴، إلا أن مفهوم القانون الطبيعي تكتسيه الضبابية و عدم الواقعية ، الأمر الذي جعلها أقرب ما تكون إلى الخيال ، ولذلك حامت حولها الشكوك بعدم وجودها تماما أو قد تجاوزها الزمن، و في اعتقادنا أن أصحاب هذه النظرية

¹- رؤوف بوقرة ، مدى مطابقة القانون الجزائري مع قيم المجتمع، رسالة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2009 ص 127

²- موفق الطيب -مرجع سابق ، ص 7

³-محمد شريف أحمد -فكرة القانون الطبيعي عند المسلمين - ط 2011/2 منشورات منتدى الفكر الإسلامي في إقليم كوردستان العراق

ص 7

⁴- أحمد إبراهيم حسن -مفهوم القانون الطبيعي عند فقهاء الرومان - (ب.ط) (ب.س)الدار الجامعية الإسكندرية مصر ص 5



أسندوها للعقل الخالص الذي لا تشوبه الأهواء ، باعتبار أن الإنسان فيه الجزء العقلي و الجزء الحسي ، فهم يريدون من المشرع أن يضع القوانين بعقله لا بأحاسيسه و ميولاته و رغباته .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فلا وجود لفكرة القانون الطبيعي عندهم ، لأن مصدره العقل بينما الأحكام الشرعية مصدرها الله عز و جل ، و ليس للعقل البشري أن يشرع الأحكام و إنما يستنبطها من مصادرها الشرعية التي خاطبت العقل و الوجدان فكانت للدين و الدنيا¹ ، و هذه المهمة منوطة بالمختصين الذين لهم دراية كافية لتحديد الحكم الشرعي و ما على القاضي إلا دراسة المشكلة و إنزال الحكم الملائم² .

بمعنى أن القانون الطبيعي مصدره العقل و أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها الوحي الذي أنزل على الرسل ليبلغوه للناس مبشرين و منذرين ، و شتان بين المصدرين و لا نسمح لأنفسنا أن نقيم مقارنة بينهما ، و إذا كان مؤيدو نظرية القانون الطبيعي قد بالغوا في العقل كمصدر له ، فإن ذلك يدعو إلى الاستغناء عن الرسل الذين أمرنا الله عز و جل بالإيمان بهم و بما جاءوا به و أن لا نفرق بين أحد منهم ، و عليه فإن حقوق الإنسان حسب هذا المفهوم مصدرها القانون الطبيعي ، بينما حقوق الإنسان في الإسلام مصدرها الوحي الذي جاء مجسدا في الشريعة الإسلامية من خلال مقاصدها الكبرى وهي حفظ الدين و النفس و المال و العقل و النسل ، و أكدها رسول الله صلى الله عليه و سلم في حجة الوداع . فالشريعة الإسلامية عدل الله بين عباده و ضلّه في أرضه و حكمته الدالة عليه و على صدق رسوله صلى الله عليه و سلم أتم دلالة و أصدقها ، و لقد جاء الوحي المنزل من عند الله بكل أمر فيه خير دقه و جلّه و زجر عن كل شر دقه و جلّه³ .

بالرغم من ذلك فإنه يوجد بينهما من نقاط التماس ، ففلاسفة القانون الطبيعي لجئوا لهذه النظرية لمقاومة الظلم و الاستبداد الذي كان يمارس من قبل الحكام ، فيرون أن الأفراد سواسية في الحقوق و لذلك كرامتهم من صون حقوقهم ، و أصل هذا التكريم ثابت في الإسلام قال تعالى " و لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"⁴ . و حسب هذه المفاهيم فإن الشريعة الإسلامية جاءت لتكريم الإنسان و تضعه في أعلى مرتبة و تنظم له العلاقة الثلاثية ، العلاقة بين الإنسان و ربه ، و العلاقة بين الإنسان و الغير ، و العلاقة بين الإنسان و نفسه من خلال أحكام تخاطب العقل و الوجدان تطبق مباشرة ، و هو الشيء الذي أرادته فلاسفة القانون الطبيعي و لم يجدوه .

¹ - مؤيد زيدان علم الاجتماع القانوني منشورات الجامعة الافتراضية السورية الجمهورية العربية السورية 2018 ص 68

² - أحمد شليبتاريخ التشريع الإسلامي و تاريخ النظم القضائية في الإسلام(ب.ط) (ب.س) مكتبة النهضة المصرية ص 141

³ - موفق طيب شريف - نظرات شرعية على نظرية القانون الطبيعي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الطبيعي مجلة البحوث و

الدراسات ع 15 / 2013 ص 202

⁴ - سورة الإسراء الآية 70



إذا كانت نظرية القانون الطبيعي هي مجرد فرض من الفروض وضعه الفلاسفة في وجه الحكام ليلتزموا به ، فإن ما جاءت به الشريعة الإسلامية هو الحقيقة باعتبارها تحقق مصالح الناس في الدارين، إما يجلب المصلحة أو درء المفسدة ، فكيف بعد ذلك يضع المشرع الجزائري مصدرا آخر بعدها في المادة الأولى من القانون المدني ، إذ في اعتقادنا لا يمكن للقاضي إذا بحث في الشريعة الإسلامية لم يجد نصا يطبقه على المسألة المطروحة أمامه ، قال تعالى " و نزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شيء " ¹ ، و لذلك نتوصل إلى نتيجة في غاية الأهمية ، و هي إعادة النظر في عبارة "... إذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة "

ب: مبدأ الأمن القانوني في فلسفة نظرية العقد الاجتماعي:

إن نظرية العقد الاجتماعي ليست نظرية مستقلة عن نظرية القانون الطبيعي، فنجدها هي الوسيلة التي استعملت لتقريب فكرة القانون الطبيعي للأذهان ، أو هي نفسها فكرة القانون الطبيعي في ثوبها الجديد، وهي تشكل من الزاوية التاريخية الفكرة المحورية للفلسفة السياسية الحديثة، و عنوان ثورة فكرية في تصور المجتمع والسلطة والسياسة، وقد استعملت مطية للسلطة تستمد من خلالها شرعيتها، فكانت بمثابة التعاقد المنظم للحريات والحقوق، و بذلك أصبحت المشروعات السياسية والاجتماعية مرتبطة بالذاتية الإنسانية، كذاتية مسؤولة وفاعلة من حيث أنها حرة ².

مؤدى هذه النظرية أن الأفراد كانوا يعيشون حالة الفطرة على هدى من قواعد القانون الطبيعي، وبعدها كثرت الصراعات وتضاربت المصالح وازدادت النزاعات سادت حياتهم الفوضى، بحيث يسيطر الأقوياء على الضعفاء، مما اضطر الإنسان بدافع الخوف والحاجة إلى الأمن والاستقرار في حياتهم وعلى أرواحهم وحماية حقوقهم إلى إبرام عقد فيما بينهم يسمى بالعقد الاجتماعي، تحت إمرة شخص واحد يتنازلون له عن كل حقوقهم الطبيعية، مقابل تنظيم أمرهم والعمل على حماية مصالحهم وحقوقهم ³.

هذا ما جعلهم يستبدلون القانون الطبيعي الذي كان ينظم حياتهم الطبيعية بقانون وضعي بمقتضى هذا العقد ، ثم تحديد الحقوق والواجبات، وقد أسس هذه النظرية مجموعة من الفلاسفة بداية من الفيلسوف الهولندي جروتوس، وصولا إلى الفرنسي جان جاك روسو، مرورا بالفيلسوف الانجليزي جون لوك وتوماس هوبز، غير أن هؤلاء وإن اتفقت مصطلحاتهم في التسمية، إلا أنهم اختلفوا في المحتوى مما أدى إلى تباين آرائهم ومفاهيمهم حولها.

¹ سورة النحل الآية 89

² - موفق الطيب الشريف، مرجع سابق ص 08

³ - هاني على الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص 65



1- نظرية العقد الاجتماعي لدى الفيلسوف الهولندي جروتوس:

يبين هذا الفيلسوف في كتابه (قانون الحرب والسلام) الحق الطبيعي والمبادئ التي يقوم عليها والمتمثلة في الآتي: استقلالية الحق الطبيعي الذي ينفصل عن الحق الوضعي فيؤسسه على الطبيعة الإنسانية و بالتحديد على المبدأ العقلاني، وبالتالي فإن الحق الطبيعي لا يحدده أي مشروع وضعي إذ هو كوني وأزلي، وعليه فالمجتمع يقوم على الإرادة العاقلة للناس التي تدفعهم للاتحاد، كما يضمن الحقوق الفردية، وقيام دولة على فكرة التعاقد أساسها اتحاد إرادات الأفراد فيما بينهم، لذلك ينظر جروتوس للدولة أنها قوية تسعى إلى حماية مصالح الأفراد، وتأسيس القانون الدولي على فكرة الحق في الوقت الذي كان بعض المفكرين ينادون بحل النزاعات بين الدول بواسطة القوة، دعا هذا الفيلسوف إلى إقامة العلاقات بين الدول على أساس الحق الذي يؤسسه العقل، لذلك يعتبر الإقليم الذي تقوم عليه الدولة موضوع حق ملكية وسيادة للدولة، ويصبح حق تحده حدود مرتبطة بالعلاقات الدولية¹.

يبين الفيلسوف جروتوس بشكل ضمني تأييده للحقوق السابقة لوجود المجتمع، و ما على الدولة إلا الإقرار بها و المحافظة عليها، فالحقوق عند جروتوس يتم الكشف عنها و لا يمكن للمشروع أن ينشأها، وحسب هذا المفهوم فإن نظرية العقد الاجتماعي هي امتداد لنظرية القانون الطبيعي الذي لم يكن من صنع إرادة البشر وإنما هو قانون سرمدى، و لذلك فالحقوق التي بينها هذا القانون لا يمكن لأي قانون آخر أن يختزلها.

2- نظرية العقد الاجتماعي عند الفيلسوف توماس هوبز:

الأصل في الإنسان عند هوبز أناني مدفوعاً بمصلحته، وكان ذلك سبباً في تحول الحياة من الفطرة إلى الفوضى، الأمر الذي دفعهم إلى التعاقد فيما بينهم تحت إمرة شخص واحد، يتنازلون له عن جميع حقوقهم الطبيعية مقابل حمايتها، فالأفراد تنازلوا بمحض إرادتهم دون أن يكون الحاكم طرفاً في العقد، ولم يلتزم الحاكم بشيء، لذلك فسلطة الحاكم تكون مطلقة، وما على الرعية إلا الطاعة والخضوع²، فالحاكم هو وحده الذي يحدد الحقوق والواجبات لأن سلطة الحاكم المطلقة أرحم من الرجوع إلى حياة الفوضى والهمجية، و حسب مفهوم هوبز فإنه يضع السلطة و السيادة معا في يد الحاكم³.

¹ - د. طيب شريف مرجع سابق ص 09

² - د. هاني على الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص 66

³ - وموفق طيب شريف-مدرسة العقد الاجتماعي من منظور الفقه الإسلامي -مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية و الاجتماعية

المجلد 17 ع 3 سبتمبر 2018 ص 107



لذلك القوانين التي يصدرها الحاكم تعبر عن إرادته، لأن الأفراد هم الذين تعاقدوا فيما بينهم و تنازلوا بمحض إرادتهم عن حقوقهم للحاكم مقابل حمايتهم ، وبالتالي فهو غير مقيد بنود العقد، لأنه لم يكن طرفا فيه و لم يلتزم بشيء أمام الأفراد ، و بالتالي لا وجود لفكرة الأمن القانوني في نظرية العقد الاجتماعي عند هوبز.

3_ نظرية العقد الاجتماعي عند جون لوك:

يفسر جون لوك النظرية على أن العقد أبرم بين الشعب والسلطان ، وتنازل الأفراد عن جزء من حقوقهم الطبيعية بالقدر اللازم لإقامة النظام والأمن وتحقيق الصالح العام، كما يلتزم السلطان بالمحافظة على ما بقي للأفراد من حريات، وفي حالة إخلال السلطان بالتزاماته جاز للشعب أن يفسخ العقد ويعزل السلطان وتصبح قيام ثورة ضده مشروعة¹.

وهذا الرأي لجون لوك أن العقد تم بين طرفين، الأفراد من جهة والحاكم من جهة أخرى، و بالتالي على طرفي العقد الالتزام بنوده، و يتضح أن لوك من أنصار السلطة المقيدة وليس المطلقة كما رأيناها عند هوبز، فمن واجب السلطان أن لا ينتهك حقوق الأفراد وحرياتهم، وذلك ما كان الاتفاق عليه في العقد، فالإلتزامات متبادلة بين السلطان والرعية، وسلطة الحاكم هدفها المحافظة على مصالح الأفراد وحماية حقوقهم ، و في المقابل يخضع الأفراد لأوامره وبذلك يتوفر الأمن والاستقرار.

4_ نظرية العقد الاجتماعي عند الفيلسوف جون جاك روسو:

قد بلغت هذه النظرية عظمتها وذاع صيتها في القرن الثامن عشر على يد الفيلسوف الفرنسي جون جاك روسو في كتابه العقد الاجتماعي، فيرى أن الإنسان كان يتمتع بحرية واستقلال تام، ولما تعارضت المصالح أدى إلى تنافر وخلاف فيما بين الأفراد، لذا تعاقد الأفراد على إنشاء مجتمع سياسي جديد يخضع لسلطة واحدة ألا وهي الدولة، إلا أن أطراف العقد هم الأفراد مع أنفسهم طبقا لصفاتهم المزدوجة، فمن جهة صفتهم كأفراد مستقلين عن بعضهم البعض ، ومن جهة أخرى صفتهم كأعضاء متحدّين يكوّنون الشخص الجماعي الذي يمثلهم جميعا، أما الحاكم فيكون وكيلا عن الجماعة وليس طرفا في العقد ، يحكم وفقا لأرائهم، فلقد تنازل الأفراد عن جميع حقوقهم لصالح الجماعة في هذا العقد، وفي المقابل استعادة الأفراد لحقوقهم وحريات جديدة، تتفق والمجتمع الجديد، التي تقررها الإرادة العامة، وتعمل على عدم المساس بها، وبذلك يسود العدل ويقف كل فرد على قدم المساواة مع الآخر².

حسب روسو أن الدولة هي التي تملك السلطة والسيادة ولا يمكن الخروج عليها، وما الحاكم إلا وكيلا عن الشعب . فالحاكم لا يحكم بمقتضى حقه الخاص، بل بمقتضى سلطته التي أوكلتها إليه الإرادة

¹ د.علي مراح الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية -مرجع سابق ص150

² د.هاني علي الطهراوي النظم السياسية والقانون الدستوري مرجع سابق ص67



العامّة (الشعب)، فإذا خرج الحاكم عن رأي الموكل (الشعب) جاز لهذا الأخير أن يعزله ، و هنا يبين روسو الفصل بين الشخص المعنوي العام (الدولة) و شخص الحاكم .

إذا كانت الدولة وليدة عقد اجتماعي فهي متأخرة في الوجود عن الأفراد، فلا يمكن أن تتعالى عليهم، وقد ألحّ روسو على ضرورة احترام حقوق الأفراد الطبيعية التي يدركها العقل البشري، ووضع الحرية الفردية في المقام الأول¹. وهكذا اتخذ روسو من فكرة العقد الاجتماعي وسيلة يملها العقل البشري للمحافظة على الحريات والحقوق الطبيعية، وبذلك تستمد السلطة شريعتها من إرادة الشعب صاحب السلطة والسيادة².

باستثناء أفكار هوبز في تعبيره عن نظرية العقد الاجتماعي. فإن أفكار جون لوك و جون جاك روسو كان لها الفضل في انتشار الوعي لدى الشعوب بحقيقة الحكام والملوك الذين حكموهم بالقهر والغلبة، فهم ليسوا إلا أفراداً أمثالهم يمكن الخروج على سلطتهم الظالمة وحكمهم المستبد، وفعلاً هذا ما أدى إلى اندلاع الثورات ومن أبرزها الثورة الفرنسية سنة 1789 والتي تزامنت بإعلان حقوق الإنسان والمواطن³.

إن نظرية العقد الاجتماعي كان لها الفضل في الوقوف أمام الاستبداد والجور ، باعتبار أن الأفراد هم سبب وجود السلطة التي قبلوا أن يكونوا خاضعين لها، في مقابل حماية حقوقهم و حرياتهم ، و لذلك إذا ما خرج الحاكم عن التزاماته جاز للأفراد محاسبته و عدم الخضوع له . بالرغم من أن هناك تشابه بين هذه النظرية و نظام البيعة في الإسلام إلا أنهما يفترقان، فالبيعة هي العهد على الطاعة و هي أحد مظاهر العقد و ليست العقد نفسه ، كما أنه يشترط في المبايع أن يكون من جماعة أهل الحل و العقد الذين يجب أن تتوفر فيهم شروط العلم و العدالة و سداد الرأي و حسن التدبير، بينما فلاسفة نظرية العقد الاجتماعي لم يشترطوا شروطاً خاصة⁴.

لذلك فالمسلمون بايعوا الخليفة على إقامة شرع الله بما أمر و نهى، و هو الإجراء الحقيقي الذي يجب أن يتم و ليس العقد الصوري عند فلاسفة العقد الاجتماعي، أما غير ذلك فلا مبايعة ، وعلى هذا الأساس المسلمون يفرّقون بين السيادة التي تعود إلى الشرع و السلطة التي تعود الأمة، و إذا ما خرج الحاكم عن تطبيق ما شرع الله جاز الخروج عن أوامره وعزله، و ذلك ما قاله الخليفة الأول أبو بكر الصديق عندما تولى الخلافة خطب خطبته المشهورة ، "...أطيعوني ما أطعت الله فيكم فإذا عصيته فلا طاعة لي عليكم..."

¹ - موفق الطيب شريف - مرجع سابق ، ص 13

² - على مراح ، الاتجاهات، مرجع سابق ص 152

³ - موفق الطيب شريف مرجع سابق ص 13

⁴ - موفق طيب شريف -مدرسة العقد الاجتماعي من منظور الفقه الإسلامي- ص 106



5- الانتقادات الموجهة لنظرية العقد الاجتماعي:

انتقدت نظرية العقد الاجتماعي لدى الفلاسفة على أساس أنها تقوم على أفكار خيالية وغير صحيحة ، فلم يقدم لنا التاريخ دول نشأت عن طريق العقد، وتقوم هذه النظرية على افتراض خاطئ عندما تقرر أن الفرد كان يعيش حياة العزلة وهذا غير صحيح ، لأن المجتمع وجد قبل الدولة .وقد رد مؤيدو هذه النظرية على هذه الانتقادات مؤكدين على أن نظرية العقد الاجتماعي وإن كانت خيالية لا تمثل حقيقة عملية ، إلا أنها أبرزت قاعدة هامة وهي أن السلطة تستند إلى إرادة الشعب، وكان لها الفضل في ترويج المبادئ الديمقراطية ،وتقرير حقوق الأفراد وحررياتهم وسجلت هذه المبادئ في دساتير عصر الثورات وأصبحت نصوصاً وضعية¹.

كما كان لها الفضل في القضاء على الحكومات الاستبدادية وإعلاء كلمة الشعب، والحرية والمساواة في المجتمع، ولذلك قيل بأن فكرة العقد الاجتماعي أكبر أكذوبة سياسية ناجحة².

بالرغم من الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية من قبل الفريق الأول و له كثير من الصحة إلا أننا نميل إلى الفريق الثاني في الرد على منتقدي هذه النظرية مؤكدين على أن هذه النظرية كان لها الفضل في المساهمة في حفظ حقوق الأفراد وحررياتهم ، و لازالت تأتي أكلها حتى الآن وتعتبر إحدى الأفكار التي مهدت الطريق للتدرج نحو فكرة الأمن القانوني .

ثانياً: النظريات المعارضة

تتسم الفلسفة المعاصرة باتخاذها موقفاً مشككاً تجاه المثل والقيم العامة، أي يمكن لهذه القيم أن تصبح مطية للوصول إلى رغبات غير معلنة، فالمثل كالوحدة والحرية و الحق والديمقراطية قيم نبيلة في حد ذاتها، لكن حسب هذه الفلسفة مجرد حيلة للاستثمار من طرف فئات أو نخب اجتماعية تتخذ منها أقنعة تخفي بها إستراتيجيتها في الهيمنة. وما ذريعة حقوق الإنسان ليست ببعيدة المثل، فقد استثمرت فيها الدول الكبرى واكتسبت بها حق التدخل لحماية حقوق الإنسان فيها، مما نتج عن هذا التدخل انتهاك صارخ لكرامة الإنسان لم يشهد التاريخ مثله منذ عصور الاستبداد، وهذه الأمثلة الحية والواقعية زادت في تطوير موقف الشك تجاه المثل العامة التي نادى بها الطبيعيون³.

فقد أبدت هذه الفلسفة معارضتها للنظريات المثالية، فهي لا تؤمن إلا بما هو مادي و واقعي و ما دونه فهو مجرد خيال لا يصلح لأن يكون فكرة للنقاش. و لكن بالرغم من الفكرة الرئيسية التي تمثي عليها

¹ - هاني على الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق ص 68

² - على مراح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية مرجع سابق ص 152

³ - موفق الطيب شريف، مرجع سابق ، ص 14



هذه الفلسفة ، إلا أنه يوجد اختلاف في مضمون هذه الفلسفة بين أصحابها ، و لذلك سوف نستعرض الأفكار الفرعية المختلفة .

أ: نظرية التضامن الاجتماعي:

تنسب هذه النظرية للعميد ليون دييجي في أواخر القرن التاسع عشر، فيرى أن الدولة هي واقعة اجتماعية نشأت على أساس التضامن الاجتماعي الذي صاحب كل مراحل تطور الجماعة من القبائل إلى الأسرة إلى المدينة، ظهر جليا بكل مقوماته في الدولة ، لأن الفرد اجتماعي بطبعه لا يمكن أن يعيش بمعزل عن الجماعة، وما على الدولة إلا أن تحقق هذا التضامن وهي تضع القوانين¹. فخضوع الأفراد للقانون لم يكن نتيجة العقد بين الأفراد والحاكم ، وإنما وقع هذا العقد بإرادتهم تحقيقا لمبدأ التضامن بين أفراد الجماعة، وتقوم هذه النظرية على أساس واقعي، فهو ينكر النظريات المثالية والحق لأنها فكرة ميتافيزيقية دخيلة على علم القانون، باعتباره علما وضعيا مبني على الواقع الملموس والمشاهدة ، ودعا إلى تطهير القانون من كل ما دخل فيه من أفكار غير واقعية (السيادة، الحق، الشخصية القانونية)².

فيتوجب العمل على تحقيق هذا التضامن والامتناع عن كل عمل يخل به، وبذلك يكون أساس القانون هو شعور الأفراد بهذا التضامن وبالتالي الشعور بالعدل و الخضوع للقانون الذي يعمل على تطوير هذا التضامن ، وأنه من العدل استخدام القوة لإجبار احترامه، وتعتبر قوانين الدولة شرعية كلها إذا كانت تتفق مع هذا التضامن ومبادئه وتتطور بتطور ظروف الجماعة.

ذلك لأن القانون يقوم على أساس ثابت وهو التضامن الاجتماعي ولكن تطبيقاته متغيرة وفقا لتنوع البيئة وتطور الجماعة، وعلى هذا الأساس تتحدد وظيفة السلطة السياسية، فالدولة عليها واجب ضمان تحقيق التضامن الاجتماعي وصيانته، كما يقع على كل فرد واجب العمل وفق لهذا القانون لتحقيق التضامن الاجتماعي³.

لم يقف دييجي عند حد إنكاره فكرة الحق الطبيعي، بل تعداه لإنكار فكرة الحق المكتسب الذي تنشئه القواعد القانونية، لأن القاعدة القانونية عند تطبيقها يستفيد بعض الأفراد من ما تفرضه على البعض الآخر من التزامات وواجبات، فما أصطلح على تسميته بصاحب الحق عند الفقهاء، فسره دييجي بالمركز القانوني، وبالتالي فالفرد إما أن يكون في مركز قانوني إيجابي أو سلبي، ففي المركز القانوني الإيجابي ينتج عن تطبيق قواعد قانونية تعرض على غيره عمل أو امتناع عن عمل يستفيد منه صاحب المركز

¹ - هاني على الطهراوي، النظم السياسية، مرجع سابق ص 110-111

² - موفق الطيب - مرجع سابق- ص 15

³ - على مزاح، الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية- مرجع سابق - ص ص 169-170



القانوني وفي المركز القانوني السلبي تعرض عليه القاعدة القانونية بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يستفيد منه غيره¹.

خلاصة القول إذا دققنا في منطق هذا المذهب نجد أن فكرة الحق يعبر عنها بالمركز القانوني، وهي السبب في تكليف الفرد للقيام ببعض الأعمال إما أن تكون ايجابية أو سلبية لتحقيق المصلحة العامة، بغض النظر عن مصالح الأفراد الذاتية، و بالتالي تصبح فكرة الحق وظيفة في المجتمع، فالحقوق بهذا المنطق توجد بوجود الجماعة وتنعدم بانعدامها، وهذا ما يجعلنا ننتقد هذه الفكرة التي تجعل من الفرد مجرد خادما للجماعة، ليس له وجود خارجها.

من نافلة القول أن الحق ليس هو بذاته وظيفة اجتماعية²، وإنما للحق وظيفة اجتماعية انطلاقا من طبيعته المزدوجة، وهو ما نجده في الشريعة الإسلامية التي تقر بالمصلحة الفردية أولا وشرعت لها وسيلة لتحقيقها وهو الحق الفردي، ثم قيدته بما يمنع الإضرار بالغير عند استعماله سواء من قبل الفرد أو الجماعة وهذه هي الوظيفة الاجتماعية للحق، فهو ميزة لصاحبه وعنصر اجتماعيا في ذات الوقت، وبذلك تكون قد أقامت التوازن بين عنصري الحق أي بين المصالح الفردية والمصالح الاجتماعية³، بمعنى أن للفرد حقوق خول له القانون التصرف فيها و أوجب له الحماية اللازمة. و في ذات الوقت على صاحب الحق أن لا يتعسف في استعمال هذا الحق للإضرار بالآخرين.

ب- نظرية الفلسفة المادية لكارل ماركس (الفلسفة الماركسية)

يرى كارل ماركس أن المثل العليا مجرد أوهام وتضليل طبقي، فهو يرى بأن الإنسان المنعزل لا وجود له إلا في مخيلة فلاسفة الفكر الحر، ولذا لا يصلح القول بأن حقوق الفرد وحرياته سابقة على وجود الدولة، ولا بد أن تعمل هذه الأخيرة على ضمانها⁴، إنما يجب أن يقوم القانون على أساس واقعي محسوس ومشاهد، وهو العيش في وسط الجماعة والانضباط بقوانينها. وتذهب هذه الفكرة إلى أن الحقوق ليست من عمل الأفراد، بل منشؤها الجماعة وتنكر الحقوق الطبيعية وتعتبرها مجرد خرافة ميتافيزيقية، إذ الحقوق إنما تتصور ضمن المجتمع حتى ولو كان هذا المجتمع مجموعة من اللصوص كما يقول أفلاطون في جمهوريته، فلكل جماعة حقوق وقوانين تنظم علاقات أفرادها، ولا يمكن استخلاص

¹ - موفق الطيب، مرجع سابق ص 16

² - إذا اعتبرنا الحق ووظيفة اجتماعية لكان صاحب الحق موظفا أو وكيل يعمل لصالح الجماعة دون النظر إلى مصلحته الخاصة وهو إلغاء ضمني لفكرة الحق الفردي

³ - فتحي الدبرني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده - ط3-1984، مؤسسة الرسالة بيروت ص 24

⁴ - فائزة بورباح القيمة الدستورية للأمن القانوني مداخلة رقم 11، الملتقى السابع بعنوان: الأمن القانوني في الجزائر جامعة يحي فارس



هذه الحقوق تبعا لمتطلبات كل فرد ، لأن الحقوق الطبيعية ليست إلا مطالب ذاتية تفتح المجال أمام النزوات الشخصية ، فالمجتمع هو الذي يمنح الحقوق وليس العكس¹.

الخلاصة :مما تقدم يظهر بجلاء صراع المذاهب و النظريات حول فكرة الحقوق ، فأنصار الفلسفة المثالية يعتبرون الحقوق نشأت مع الإنسان منذ أن كان يعيش حالة الفطرة أو الحالة الطبيعية ، أي قبل انضمامه إلى الجماعة و ما القوانين التي تصدرها الدولة إلا لتنظيم المجتمع و منع كل ما يؤدي إلى التصادم بين الأفراد، و أن يستأثر كل فرد بحقه دون الإضرار بالغير. و لكن أثبتت التجارب أن تدخل الدولة باسم حماية الحقوق لم يكن بريئا، الأمر الذي جعل هذه الحماية تنقلب إلى إنتهاك الحقوق .

في المقابل فإن أنصار الفلسفة المادية يعتبرون الحقوق لا وجود لها إلا في الوسط الاجتماعي، فالجماعة هي مصدر الحقوق الفردية ، و ذلك من أجل وضع الفرد في خدمة الجماعة ، فالفرد يكتسب حق ليوظفه في جلب الخير للجماعة ، وعليه فإن أنصار هذه الفلسفة يعتبرون الفرد مذنبا ليس عندما يسيء استعمال حقه فحسب ، بل حتى عندما لا يسخر هذا الحق في خدمة الجماعة، و بالتالي تتوسع الدولة في تدخلها في الحياة الخاصة للأفراد، باعتبار أنها هي التي تحدد الغايات التي تريد الوصول إليها، فكذاك تحدد السبل التي يسلكها الأفراد وفقا لما تقتضيه مصلحة الجماعة .

لذا لا يمكن أن يكون لصاحب الحق الحرية المطلقة لممارسة حقه، ولكن يقيد بالقدر الذي يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة، و بما يحقق العدالة في الوسط الاجتماعي.

بالرغم من الصراعات الجدّية في الفكر الغربي، إلا أنه لم يعرف إلا حقا واحدا و ظلما واحدا و هو ظلم العباد ، بينما عرف الفكر الإسلامي ثلاثة أجناس من الظلم ، ظلم الشرك وهو أعظمهم قال تعالى " إِنَّ الشِّرْكَ لَظُلْمٌ عَظِيمٌ" لقمان الآية13 ، و ظلم الإنسان لنفسه فيما دون الشرك ، و ظلم العباد ، فمن سلم من هذه الأجناس الثلاثة حصل له الأمن التام ، قال تعالى "الَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يَلْبِسُوا إِيمَانَهُمْ بِظُلْمٍ أُولَئِكَ لَهُمُ الْأَمْنُ وَ هُمْ مُهْتَدُونَ" الأنعام الآية82، و يقابل هذه الأجناس الثلاثة المحرمة ثلاثة واجبات ، أعظمها حق الله على العباد أداءه بالتوحيد و العبادة ، و حق الإنسان على نفسه بإصلاحها حالا و مآلا ، و حق العباد بمعاملتهم بالعدل و حفظ أموالهم².

أما ظهور مبدأ الأمن القانوني كمبدأ أساسي لمتطلبات الحياة الاجتماعية و الاقتصادية، فلقد ظهر بعد تواتر الاجتهادات القضائية التي بدأت بها المحكمة الدستورية الفدرالية بألمانيا بتأكيد دستورية مبدأ

¹ - موفق الطيب-تطور قيمة الأمن القانوني - مرجع سابق - ص 14

² -د.عبد اللطيف بن سعيد الغامدي -حقوق الإنسان في الإسلام -ط1/2000 مركز الدراسات و البحوث أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض ص8



الأمن القانوني في قرارها الصادر في 1961¹، ثم أكدت على المبدأ محكمة العدل للمجموعة الأوروبية في قرارها الصادر بتاريخ 1962/04/06 في قضية bosch وكذلك في قرار آخر بتاريخ 1981/05/05 في قضية Durbeck التي أكدت على الثقة المشروعة التي تقترب من مصطلح الأمن القانوني²، الأمر الذي دفع بالمجلس الدستوري الفرنسي الإعتراف بالمبدأ بشكل متدرج من خلال قراراته المتواترة، و التي أكد فيها ضرورة وضوح القوانين ، فغاية التشريع هو تحقيق التوازن من خلال إصدار تشريعات توقعية معيارية مطابقة للدستور و للمواثيق الدولية و ذلك عن طرق رقابة دستورية القوانين³، و قد تبنى هذا الاتجاه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 2006/03/24 مستندا في ذلك إلى ما تم النص عليه في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان و المواطن الصادر سنة 1789 لا سيما المادة الثانية منه و التي تؤكد بأن الأمن القانوني من الحقوق الطبيعية الغير قابلة لأي مساس⁴.

المطلب الثاني: مظاهر الأمن القانوني في أحكام الشريعة الإسلامية

عندما خلق الله الإنسان و كلفه بمهمة إعمار الأرض و استخلافه عليها لم يتركه يتخبط في بحر من التيه ، وإنما أنزل له المنهج القويم وبيّن له الطريق الصحيح الذي يسير عليه ، و وعده إذا اتبعه يسعد في الدارين في الدنيا و الآخرة ، ولذلك جاءت الشريعة الإسلامية لتنظم شؤون الناس في الدنيا و الآخرة و لم تأت لتقبع تحت أسقف المساجد، إذ لا يستساغ لأمة هي خير الأمم أخرجت للناس تتسوّل القوانين ، لقد سعدت الدولة الإسلامية يوم أن اتبعت منهجها فأكسبها الله عزا و سموا ، و عندما ابتعدت عن هذا المنهج صارت إلى ما هي عليه الآن ، و في مجال دراستنا سوف نبيّن نظام الشريعة الإسلامية الذي تحقق فيه مبدأ الأمن القانوني في كامل صورته ، لذلك سوف نتطرق لمبدأ الأمن القانوني في الشريعة الإسلامية في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم (الفرع الأول) ثم مرحلة ما بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم (الفرع الثاني)

الفرع الأول: مظاهر مبدأ الأمن القانوني في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم

تشمل هذه الفترة التي شهدت ولادة وتأسيس التشريع الإسلامي على يد سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم، والتي امتدت على مدى قرابة ثلاث وعشرون سنة، فقد أرسى خلالها رسول الله صلى الله عليه

¹ - عبد المجيد غميحة- مبدأ الامن القانوني و ضرورة الأمن القضائي -عرض مقدم في اطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية

للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة الدار البيضاء 2008/03/28 المغرب ص 3

² - محمد بن إعراب و مقيدة جعفري - خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية-مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان

احترام التوقعات القانونية - جامعة قاصدي مرياح ورقلة ليومي 2016/02/25-24

³ - محمد بوكماش وخلود كلاش -مبدأ الامن القانوني و مدى تكريسه في القضاء الإداري -مجلة البحوث و الدراسات العدد 24

2017/جامعة حنشلة ص141

⁴ - محمد بوكماش و خلود كلاش - المرجع نفسه ص 141



وسلم قواعد التشريع الإسلامي بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس ، لأنه الأساس السليم لبناء مجتمع صالح وقواعد التشريع العملي ، وأرسى ركائز فكرة الدولة على أساس ديمقراطي صحيح .

وكان مصدر التشريع في هذه الفترة هو الوحي المتلو وهو القرآن الكريم (الفرع الأول) وغير المتلو وهي السنة الشريفة (الفرع الثاني)

أولاً: مظاهر مبدأ الأمن القانوني في القرآن الكريم:

القرآن الكريم هو الكتاب المنزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم من عند الله بواسطة جبريل عليه سلام ، وهو كلام الله الموجود بين دفتي الكتاب غير مخلوق . ولقد حفظه رسول الله وحفظه أصحابه في صدورهم ، ثم كتبه في المصاحف ورواه عدول كل جيل حتى وصلنا متواترا محفوظا بغير زيادة ولا نقصان وهو المعجز في لفظه المتعبد بتلاوته وهو أصل هذا الدين وعز هذه الأمة ، وباني حضارتها والمقيم لتشريعها والمقوم لأخلاقها والهادي لها إلى سواء السبيل¹ .

وهو معجز في آياته وذلك بأنها لا تزول بزوال من نزلت عليه ، بل أبدية سرمدية تحدى به الله عز وجل عالم الإنس والجن على أن يأتوا بآية من مثله فلم ولن يستطيعوا أن يأتوا ولو بآية واحدة .

وهو الدستور الرباني الذي إذا استعرضنا آياته وجدنا فيه كل مقومات الدولة العصرية الحديثة القانونية ، ومن بين مقومات الدولة الحديثة هي فكرة الأمن القانوني التي تجسدت فيه من خلال نصوصه التي برز فيها منهجية التدرج سواء في نزوله أو في تشريع الأحكام الكلية أو الحكم الواحد

أ – أسلوب التدرج في القرآن الكريم: قبل الغوص في منهجية التدرج في القرآن الكريم ، يستوجب أن نتعرف على التدرج في الشريعة الإسلامية .

1-تعريف التدرج : لغة : يتدرج ، تدرج ، تدرجا إلى الشيء . تقدم إليه شيئا فشيئا² .

اصطلاحا: و يقصد بها في الشريعة الإسلامية نزول التشريع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم متدرجة متفرقة ، أي لم تنزل الأحكام جملة واحدة بل كان الحكم يأخذ أطوارا عديدة حتى يصل إلى طوره الأخير³ .

وعليه فإن التدرج التشريعي في الإسلام هو من جهة نزول التشريع متفرقا على حسب الأحداث ولم ينزل دفعة واحدة ، ومن جهة أخرى مخاطبة المكلفين بالأحكام الشرعية بالتدرج حتى لا يفاجئ الناس بأحكام لم يألفوها .

¹ - عمر سليمان ، الأشقر المدخل إلى الشريعة والفقہ الإسلامي ، مرجع سابق - ص 108

- د. علي بن هادية ، بلحسن البليش ، الجيلاني بلحاج يحيى - القاموس الجديد للطلاب - ط 7-1991 المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر
² ص 180

³ - د. ماهر حامد الحولي - التدرج في تطبيق الأحكام الشرعية و مظاهره في قطاع غزة - 2010 بحث منشور على الموقع



2- نزول القرآن منجما:

لم ينزل القرآن الكريم جملة واحدة على قلب النبي صلى الله عليه وسلم ، وإنما أنزله الله متفرقا على مدى ثلاثة وعشرين سنة. قال تعالى: "وَقُرْآنًا فَرَقْنَاهُ لِتَقْرَأَهُ عَلَى النَّاسِ عَلَى مُكْثٍ وَنَزَّلْنَاهُ تَنْزِيلًا" الإسراء الآية 106، فالله عز وجل أنزل القرآن آية آية ليسهل تبليغه للناس ويتلوه عليهم على مهل¹، كما أنه يثبت به قلب النبي صلى الله عليه وسلم² ويتولى هو بنفسه تفسيره وتبيانه.

كما أشارت أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها إذ قالت، إنما نزل أول ما نزل منه سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار، حتى إذا تاب الناس إلى الإسلام نزل الحلال والحرام، و لو نزل أول شيء " لا تشربوا الخمر" لقالوا لا ندع الخمر، و لو نزل " لا تزنوا" لقالوا لا ندع الزنا أبدا³.

ونزول القرآن بهذه الطريقة فيه رفع الحرج على الأمة التي كانت قبله في مجون، ألقت نفوسهم إطلاق العنان للمحرمات، لذلك لو أنزل القرآن دفعة واحدة لشق على النفوس ونفرت منه، فإزالة ما ألفته النفوس من العقائد الفاسدة والمعاملات المحرمة واستبداله بالإيمان، ليس بالأمر الهين، ولذلك جاء أسلوب القرآن في التبليغ حسب الوقائع، وقد نزل آية آية حتى يستوعبه الناس ويقبلون أحكامه، ثم بعد ذلك تأتي الأحكام الأخرى تباعا.

وهذا الأسلوب في التبليغ يوافق طبيعة النفس البشرية التي تميل إلى التدرج في قبول الأشياء وليس دفعة واحدة، كما أنه لا يشق على المجتمع بانتقاله من ظلمات الجاهلية إلى نور الإيمان.

ب- أسلوب التدرج في تشريع الأحكام

لما كانت حياة العرب قبل بعثة الرسول صلى الله عليه وسلم يسودها الترف والمجون والإباحية المطلقة، جاءت أحكام التشريع متدرجة سواء في الأحكام الكلية، أو في الحكم الواحد، حتى تكون أقرب للقبول والامتثال، ومراعاة كذلك للنفس البشرية التي تعودت على عادات وتقاليد لمدة طويلة، رفضتها الشريعة الإسلامية فكانت حكمته سبحانه وتعالى أن يكون القضاء عليها رويدا رويدا⁴.

1- أسلوب التدرج في الأحكام الكلية: إن الله عز وجل هو خالق البشرية و يعلم ما يصلح لها من قواعد وما تقبله من أساليب، لذا لم ينزل القرآن دفعة واحدة بل تم ذلك على مرحلتين خلال بعثة

¹ - تفسير القرآن العظيم بن الكثير، دار حزم، ص 114

² - عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق - ص 114

³ - د. إسماعيل علي محمد - مدخل إلى دراسة النظم الإسلامية ط 1 - نوفمبر 2014 دار النداء اسطنبول تركيا ص 58

⁴ - على محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، الطبعة الأولى 2002 مجد المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع بيروت لبنان مرجع



الرسول صلى الله عليه وسلم، فكانت المرحلة المكية والتي خصت بتصحيح العقيدة ثم بعد ذلك المرحلة المدنية بعد هجرة المصطفى صلى الله عليه وسلم إليها وقيام الدولة الإسلامية.

1.1- المرحلة الأولى: التشريع في مكة

وهو ما يعرف بالقرآن المكي والتي دامت مرحلته 13 سنة كان التشريع في هذه المرحلة منصبا على تصحيح العقيدة، وذلك باستخدام العقل بالتفكير على ما أودعه الله في هذا الكون كدليل وبرهان على وحدانية الخالق ووجوبية عبادته وحده لا شريك له.

قال تعالى "أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَى الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ، وَإِلَى السَّمَاءِ كَيْفَ رُفِعَتْ، وَإِلَى الْجِبَالِ كَيْفَ نُصِبَتْ، وَإِلَى الْأَرْضِ كَيْفَ سُطِحَتْ" الغاشية الآية 17.8.19.

والتخلص من العادات الباطلة كوثد البنات قال تعالى: "وَإِذَا الْمَوْءُودَةُ سُئِلَتْ بِأَيِّ ذَنْبٍ قُتِلَتْ" ¹ وقال أيضا "وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ" ².

ففي بداية نشر الدين الجديد عمد الرسول صلى الله عليه وسلم على تصحيح العقيدة، وتحقيق كلمة لا اله إلا الله محمد رسول الله، وذلك من خلال التفكير في مخلوقاته وتحويل عبادة العباد من عبادة الأصنام إلى عبادة رب العباد.

2.1- التشريع في المدينة:

وقد دامت هذه المرحلة عشر سنوات، وكان حادث الهجرة فاصل بين المرحلتين، حيث استقر الإيمان في نفوس المسلمين وتكوّنت النواة الأولى للمجتمع الإسلامي، بدأت الدعوة في التشريع إلى بناء الأمة وتقوية الروابط بين أفرادها، فأول عمل قام به الرسول صلى الله عليه وسلم آخى بين المهاجرين والأنصار وجعل العقيدة هي أساس هذه الروابط، وتناول التشريع في هذه المرحلة الأركان العملية التي يبني عليها الإسلام، فشرع الزكاة والصوم والحج وشؤون التعامل فأحل البيع وحرم الربا، وأرشد إلى التجارة ونهى عن أكل أموال الناس بالباطل، كما تناول نظام الأسرة، وتناول مشروعية القتال وفرضية الجهاد ونظام العقوبات على الجرائم المرتكبة، وصيانة الحقوق الإنسانية العامة وهي الكليات الخمس حفظ الدين، والنفس، النسل، العقل، المال.

كما تناول شؤون القضاء والحكم بالعدل بين الناس قال تعالى: "وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ وَاحْذَرْهُمْ أَنْ يَفْتِنُوكَ عَنْ بَعْضِ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ إِلَيْكَ" المائدة 49 ³.

¹-سورة التكوير الآية 98

²-الإسراء الآية 33

³- مناع القطان، التشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهجيا-مرجع سابق، ص 49



و بهاتين المرحلتين كان الإسلام عقيدة وتشريعاً ونظاماً متكاملًا للحياة، و تكونت الدولة الإسلامية التي أسسها رسول الله صلى الله عليه وسلم، والملاحظ أن إصلاح النفوس و تصحيح العقيدة وبناء مجتمع متماسك على أسس متينة وبناء دولة قوية، لم يأت دفعة واحدة بل جاء بشكل متدرج بوضع إصلاح النفوس و تصحيح العقيدة هي أولى الأولويات، حتى إذا تهيأت النفوس جاءت الأحكام الأخرى تبعاً لتلقى القبول و الرضا.

2- أسلوب التدرج في الحكم الواحد

جاء هذا النوع من التدرج مراعاة لظروف الناس واستعداداتهم وقابليتهم و نمو ومداركهم، بحيث أن النفس البشرية يصعب عنها التخلي عن ما ألفته، لذلك من حكمة الله أن كانت أحكامه تنزل بالتدرج وفق درجة الإيمان لدى الأفراد، وكذلك الأحكام تتماشى ومصالحة الأمة بسبب التطوير وما يحتاجه الفرد في كل طور، لأن المصلحة تتغير بتغير الوقت، والأحكام الشرعية في الأمة بمثابة جرعات الدواء للأبدان، فيكون الأصلاح للناس هو إنهاء حكم سابق لم يعد يتماشى و مصالحهم وإيجاد حكم آخر أنفع، قال تعالى: "مَا نَسَخَ مِنْ آيَةٍ أَوْ نُنسِهَا نَأْتِ بِخَيْرٍ مِّمَّهَا أَوْ مِثْلَهَا أَلَمْ تَعْلَمْ أَنَّ اللَّهَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ" البقرة الآية 106، و لأسلوب التدرج في الحكم الواحد في مواطن كثيرة من القرآن ولكن نكتفي بهذه الأمثلة في الأحكام التالية:

2-1- أسلوب التدرج في تحريم الخمر:

تحريم الخمر لم يأت دفعة واحدة بل نزلت أحكام تحريم الخمر على مراحل انتقلت من استقباح السكر إلى التحريم المطلق. قال تعالى: "وَمِن ثَمَرَاتِ النَّخِيلِ وَالْأَعْنَابِ تَتَّخِذُونَ مِنْهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا إِنَّ فِي ذَٰلِكَ آيَةً لِّقَوْمٍ يَعْقِلُونَ" النحل الآية 67

ثم بيان علة مضاره على منافع تجارته قال تعالى "قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَ مَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَإِنَّهُمَا لَأَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا" البقرة 219، ثم تحريمها في أوقات الصلاة نهاراً، قال تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَقْرَبُوا الصَّلَاةَ وَأَنْتُمْ سُكَارَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا مَا تَقُولُونَ" النساء الآية 43، ثم تحريمه القاطع قال تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ" المائدة الآية 90¹.

¹- وهيبه الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ص 239



من الآيات السابقة جاء تحريم الخمر بالتدرج على أربعة مراحل، و ذلك رحمة بالناس الذين ألفوا شرب الخمر. ففي المرحلة الأولى جاءت الآية الكريمة أن ثمرات النخل والعنب فيها ما هو رزق حسن أي ما أحل من ثمرتهما ما هو سكر أي ما حرم من ثمرتهما ودل ذلك على إباحتها قبل تحريمهما¹.
في المرحلة الثانية يبيّن أن مضار الخمر والميسر أكبر من منافعها وفي مرحلة الثالثة حرم على شارب الخمر ألا يقترب من الصلاة وفي المرحلة الرابعة جاء تحريمها مطلقا وحكما قاطعا.

2-2- أسلوب التدرج في تحريم الربا: الربا هو الزيادة في أشياء مخصوصة، و الزيادة على الدين مقابل الأجل مطلقاً². ويشمل كل أنواع الربا، فحكم تحريم الربا كذلك هو الآخر مر بمراحل أربعة.
المرحلة الأولى بيّنت الآيات الفرق بين الربا والزكاة قال تعالى: "وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبِيًّا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ"³. بمعنى ما أعطيتهم من أموالكم لمن تطمعون أن يعوضكم عنها أكثر منها فهذا العمل لا يربوا أجره عند الله، أما الزكاة التي تطهركم من الرذيلة و البخل و الذنوب فوَلَئِكَ الَّذِينَ يَضَاعِفُ اللَّهُ لَهُمُ الْأَجْرَ⁴. فقد أوماً برفق إلى أن الربا ليس كالزكاة ذلك لأن الربا القصد منها زيادة في رأس المال طمعا لمضاعفة الأموال و هي لا يبارك فيها الله، أما القصد من الزكاة فهو وجه الله تعالى و هي التي يتضاعف فيها الأجر و يبارك في أموالها، وفي هذه الآية إشارة خفية أن الله لا يقبل الربا.

المرحلة الثانية نزلت آية فهي قصة وعبرة عن اليهود الذين حرّم عليهم أكل الربا ولم يستجيبوا لأمر الله فعاقبهم الله بعذاب أليم⁵ قال تعالى: "فَبِظُلْمٍ مِّنَ الَّذِينَ هَادُوا حَرَّمْنَا عَلَيْهِمْ طَيِّبَاتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ وَبِصَدِّهِمْ عَن سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا، وَأَخَذِهِمُ الرِّبَا وَقَدْ نُهُوا عَنْهُ وَأَكْلِهِمْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ، وَاعْتَدْنَا لِلْكَافِرِينَ مِنْهُمْ عَذَابًا أَلِيمًا"⁶.

فالله عز وجل حرّم على أهل الكتاب كثيرا من الطيبات التي كانت حلالا عليهم كعقوبة بسبب ظلمهم، واعتدائهم و صدهم الناس عن سبيل الله و بأخذهم الربا و قد نهوا عنه فمنعوا المحتاجين ممن يبايعونه عن العدل، فعاقبهم الله من جنس فعلهم حيث منعهم من طيبات كثيرة⁷.

¹ - بن كثير تفسير القرآن العظيم، مرجع سابق ص 106

² - د. سعيد بن علي وهف القحطاني الربا و أضراره و آثاره في ضوء الكتاب و السنة شبكة الالوكة ص 21

³ - سورة الروم الآية 39

⁴ - العلامة عبد الرحمان بن ناصر السعدي - تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان - ط 1/2003 دار ابن حزم بيروت لبنان ص 613

⁵ - د. محمد عبدالله دراز - الربا في نظر القانون الإسلامي - بحث منشور على الموقع <http://kotob.has.it> le 27/07/2018 a 14h 40mn

⁶ - سورة النساء الآية 160-161

⁷ - العلامة عبد الرحمان بن ناصر السعدي - مرجع سابق ص 193



ولا شك أن تبليغ هذه القصة للمسلمين فيها إشارة أن الربا محرم كذلك عليهم غير أنه جاء بأسلوب التلميح ، الأمر الذي يجعلهم يستعدوا للابتعاد عنه.

المرحلة الثالثة جاءت لتهيئة النفوس إلى التحريم القاطع ، حيث جاء تحريمه بأسلوب النهي عن الربا الفاحش الذي يكون مضاعفاً ، وكأن تحريمه جاء جزئي ، فالربا الذي يكون بسيطاً ليس كالربا الذي يكون كثيراً ومضاعفاً وهو الذي حرّمته الآية التالية: قال تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُضَاعَفَةً ، وَ اتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ، وَ اتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ ، وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ " ¹

المرحلة الأخيرة و هي المرحلة الرابعة لتحريم الربا بعدما استجابت النفوس للتحريم الجزئي انتقل إلى تحريمه نهائياً ، سواء كان الربا قليلاً أم كثيراً ، قال تعالى: " الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ ، ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِنْ رَبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ يَمْحَقُ اللَّهُ الرِّبَا وَيُرْبِي الصَّدَقَاتِ وَاللَّهُ لَا يُحِبُّ كُلَّ كَفَّارٍ أَثِيمٍ " ².

و أمام هذا البيان الموجز والمعجز الشامل و الكامل و الجامع المانع جاء لفظ الربا مطلق على وجه العموم ، سواء كان الربا بسيطاً أو مضاعفاً فلا يمكن الرجوع إلى آراء أخرى في تحريم الربا فحكم الله واضح جلي ³.

وبهذه المراحل تم تحريم الربا تدريجياً حتى يلقي حكمه التحريم القاطع و الصريح القبول لدى الناس ، لأن النفوس تكون قد تهيأت لهذا الحكم و لم يأت فجأة ، فاقتلاع جذور ما تعارف عليه الناس وألفوا أن يطبقونه في عاداتهم و تقاليدهم التي ورثوها كابر عن كابر لا يمكن التخلص منه دفعة واحدة ، و لذلك كان أسلوب القرآن لطيف في إصلاح الفساد و لم يتشدد من الوهلة الأولى حتى لا يقابل بالرفض ، و هذا الأسلوب أنموذج يهتدى إليه كل مصلح يريد دفع المفاصد و كل مشرع يريد فعالية القوانين في المجتمع.

2-3 - أسلوب التدرج في الميراث:

لم يعرف المسلمون الميراث في بداية الأمر إلا بعد هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم إلى المدينة فأخى بين المهاجرين والأنصار وجعل هذه الإخوة سبباً للميراث قال تعالى: " إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا

¹ - سورة آل عمران الآية 130

² - سورة البقرة الآية 275-276

³ - أ.محمد عبد الواحد غانم - تحريم الربا في القرآن و السنة - مجلة المجمع الفقهي الإسلامي السنة الأولى العدد الأول مجلة نصف سنوية

الطبعة الخامسة 2003 مكة المكرمة ص170



وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ آوُوا وَنَصَرُوا أُولَئِكَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ وَالَّذِينَ آمَنُوا وَلَمْ يُهَاجِرُوا مَالَكُمْ مِّنْ وَلَايَتِهِمْ مِّنْ شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُوا"¹.

المرحلة الأولى: فهذه الآية بينت أن الميراث يقتصر على المسلمين الموجودين في المدينة أما الذين اعتنقوا الإسلام وبقوا في مكة فإنه لا يرث من قريبه المسلم المهاجر والعكس صحيح².

وبذلك تكون هذه الآية قد وضعت سببا للميراث وهو الأخوة لحكمة أرادها الله عز وجل لعباده المسلمين، وهي تقوية العلاقة بين المهاجرين والأنصار من جهة ومؤازرة بعضهم البعض في وقت الشدة.

المرحلة الثانية و في هذه المرحلة شرع الميراث بالوصية الواجبة للوالدين والباقي للأقربين من الولد وغيره قال تعالى: "كُتِبَ عَلَيْكُمُ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ، فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ" البقرة الآية 181/180³، فكان المتوفى يوصي من كان معه بتوزيع تركته على والديه و أقاربه ، دون مراعاة لما هو معمول به اليوم ، ولذلك قد يوصي للبعيد درجة على حساب القريب منه درجة إلى المتوفى.

المرحلة الثالثة : ثم نسخت الشريعة الإسلامية هذه الأسباب وجعلت القرابة هي سبب الميراث قال تعالى "النَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ وَأَزْوَاجُهُ أُمَّهَاتُهُمْ وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ وَالْمُهَاجِرِينَ إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَّعْرُوفًا كَانَ ذَلِكَ فِي الْكِتَابِ مَسْطُورًا"⁴ وفي تفسير بن كثير لهذه الآية عن أبي سلمة عن جابر بن عبد الله عن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول أنا أولى بكل مؤمن من نفسه فأَيُّما رجل مات وترك ديناً فإلي ومن ترك مالا فلورثته⁵.

وعن الزبير بن العوام قال أنزل الله عز وجل فينا خاصة معشر قريش والأنصار " وَأُولُو الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ" وذلك إننا معشر قريش لما قدمنا المدينة قدمنا ولا أموال لنا فوجدنا الأنصار نعم الإخوان فوافيناهم وورثناهم ... حتى أنزل الله هذه الآية فينا معشر قريش و الأنصار خاصة فرجعنا إلى موارثنا⁶.

وقوله " إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَىٰ أَوْلِيَائِكُمْ مَّعْرُوفًا " وهنا يقتصر بجواز الوصية وقوله -كان ذلك في الكتاب مسطورا - وأريد بالكتاب اللوح المحفوظ"⁷

¹ الآية 72 من سورة الأنفال

² - قيس عبد الوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية ط1، 2008 دار الحامد للنشر ولتوزيع، عمان، ص 49

³ - محمد شريف محمد ضيف الله، ميراث المرأة في الفقه بشهادة باطلة وحقائق، ص 9

⁴ - سورة الأحزاب الآية 6

⁵ - رواه أبو داود عن احمد بن حمبل

⁶ - أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الديمشقي تفسير القرآن العظيم، ط جديدة، دار حزم، لبنان، ص 1483

⁷ - عادل الصعيدي، الإعجاز التشريعي في الميراث <http://www.jameataleman>



أحكام الميراث لم تأت دفعة واحدة حتى لا تباغت الناس بما ألفوه ، فتدرجت في أسباب الميراث من المؤاخاة التي كان المسلمون في أمس الحاجة إليها، نظرا لما لاقوه المسلمين في مكة من الكفار، وحتى تزداد العلاقة متانة وترابط بين المهاجرين المقبلين من مكة والأنصار الذين يقطنون بالمدينة ، ثم بعد ذلك انتقلت إلى سبب آخر وهي الوصية للوالدين والأقربون ، ثم أخيرا إلى السبب الأزلي وهي القرابة و النسب و النكاح وهذا بعد انتشار الإسلام في أرض المسلمين كافة.

ج- التيسير ورفع الحرج:

1- جاءت القواعد العامة في التشريع الإسلامي خالية من التكاليف التي تمتاز بالشدة والحرج وقد ورد بهذا الشأن كثير من الآيات

قال تعالى: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" البقرة الآية 185

"وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمُ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ" الحج 78

"يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمُ وُحْلُقَ الْإِنْسَانِ ضَعِيفًا" النساء الآية 28

2- وفي تكاليف الصوم فقد فرض الله عز و جل صيام شهر رمضان وأباح للناس الإفطار عند السفر أو المرض .

قال تعالى: "فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ وَمَنْ كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ يُرِيدُ

اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" البقرة الآية 185

3- كما أباح قصر الصلاة في السفر ركعتين في الصلاة الرباعية

4 - في الحج : فرض الله الحج على الناس مرة واحدة في العمر لمن استطاع إليه سبيلاً¹، و الاستطاعة هنا تتمثل في الاستطاعة المادية و الصحية و أمن الطريق، و بمفهوم المخالفة فمن لم تتوفر له هذه الاستطاعة تسقط عليه فريضة الحج .

5- وفي الزواج جعلها لله ميثاقا غليظا مؤبدا، ولكن إذا وصل الزوجين إلى التنافر واستحالت الحياة الزوجية بينهما، شرع الله عز وجل الطلاق والخلع لفك الرابطة الزوجية كما جعل الله الطلاق مرتين، فإذا وصلت الحياة الزوجية إلى طريق مسدود أوجب الطلاق و ذلك باتباع هدي النبي صلى الله عليه وسلم ، وذلك بأن يطلق طلاقة واحدة حتى تكون له فرصة المراجعة إن أراد ذلك قبل انتهاء العدة ولو بدون رضاها وبدون عقد ، و تبقى له طلاقة أخرى مثلها، ثم إذا طلقها بعد ذلك فلا يستطيع إرجاعها وهي الطلاقة التي تسمى بالبينونة الكبرى قال تعالى: "الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ"²

¹ - على محمد جعفر ، نشأة القانون وتطورها، ص 202-203

² -سورة البقرة الآية 229



د- أحكام قطعية الدلالة: تنوعت نصوص القرآن الكريم في معانيها فمنها قطعي الدلالة ومنها ظني الدلالة، فالأحكام قطعية الدلالة تدل على معنى واحد لا تحتمل غيره ونجد ذلك في آيات الموارث التي تمنح للزوج من ميراث زوجته النصف إن لم يكن لها ولد، و للذكر مثل حظ الإناث في ميراث الذكور مع الإناث ، أما الأحكام الظنية الدلالة فهي التي تحتمل أكثر من معنى مما يجعلها محلا للتأويلات¹. فالأحكام القطعية الدلالة هي التي تحقق مبدأ الأمن القانوني بحيث تكون صريحة و واضحة لها تفسير واحد.

هـ- تحقيق ميزة المساواة: لم يسبق لنظام قبل النظام الإسلامي في تحقيق مبدأ المساواة ، ففي ظله وجد الإنسان كرامته، ونبين ذلك في بعض نصوص القرآن الكريم.

1- المساواة في القيمة الإنسانية: قال تعالى: "يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ"²

لقد خلق الله الناس من أب واحد وأم واحدة فلا فضل للإنسان على إنسان آخر إلا بالتقوى.

2- المساواة أمام القضاء قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ"³ المائدة.

ثانيا: مبدأ الأمن القانوني في السنة الشريفة

السنة هو ما صدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن من قول أو فعل أو تقرير

- فالقول كقوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى" رواه البخاري ومسلم.

- والفعل كأفعاله صلى الله عليه وسلم "في الوضوء وكيفية الصلاة وأداء مناسك الحج.

- التقرير: وهو ما أقره صلى الله عليه وسلم عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم إنكاره أو بموافقته و استحسانه⁴.

وهي المصدر الثاني من مصادر التشريع الإسلامي فجاءت أحكامها مؤكدة لما جاء في القرآن مفسرة له ومخصصة للعام ومقيدة للمطلق ومفصلا للمجمل كما أنها أضافت أحكاما جديدة لم ترد في القرآن الكريم

¹ - إبراهيم نعيمة، أصول التشريع الدستوري في الإسلام، الطبعة الأولى ديوان الوقف السني -مركز البحوث و الدراسات الإسلامية بغداد جمهورية العراق 2009 ص 150

² - سورة الحجرات الآية 13

³ - إبراهيم نعيمة، أصول التشريع الدستوري في الإسلام، مرجع سابق ص ص 218-221

⁴ - مناع قطان، التشريع والفقہ في الإسلام تاريخا ومنهجيا، مرجع سابق ص 72



إن الأسلوب الذي اختاره الرسول صلى الله عليه و سلم في بيان الأحكام الشرعية هو نفسه الذي جاء في القرآن الكريم لأن الرسول صلى الله عليه و سلم مؤيد بالوحي وسنته وحي قال تعالى "وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ إِنْ هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ عَلَّمَهُ شَدِيدُ الْقُوَىٰ"¹.

ومعرفة أسلوب الرسول صلى الله عليه و سلم في عرض الحال له أهمية بالغة، حيث يكشف قصور المناهج الوضعية التي لا تتعدى الحيز الزماني لها، ومن جهة أخرى يظهر شمولية وديمومة أحكام الشريعة الإسلامية التي لا يحدها زمان و لا يحصرها مكان مما يستوجب الاقتداء بسنته و إتباع منهجه .

أ- مسلك السنة النبوية في التدرج في تطبيق الأحكام الشرعية .

1-إرسال معاذ بن جبل إلى اليمن: لما بعث النبي صلى الله عليه و سلم معاذ بن جبل إلى أهل اليمن قال له :إنك تقدم على قوم من أهل الكتاب فليكن أول ما تدعوهم إليه أن يوحدوا الله تعالى فإذا عرفوا ذلك فأخبرهم أن الله فرض عليهم خمس صلوات في يومهم وليلتهم ، فإذا صلوا فأخبرهم أن الله افترض عليهم زكاة أموالهم تؤخذ من غنيمهم فترد على فقيرهم فإذا أقرؤا بذلك فخذ منهم و توق كرائم أموال الناس² ، ففي هذا الحديث يعلم الرسول صلى الله عليه و سلم معاذ بن جبل أسلوب التدرج في الدعوة، و بمفهوم المخالفة أن غير هذا الأسلوب وهو إن تأتي الأحكام دفعة واحدة غير محبب لدى الناس .فأول ما يبدأ به دعوته هو التوحيد ، أي دعوة الناس لأن يشهدوا أن لا اله إلا الله و أن محمد رسول الله لأنه يرى في ذلك تصحيح للعقيدة .فإذا تمكنوا من ذلك فأخبرهم أن الله فرض عليهم الصلاة ثم بعد ذلك أخبرهم بأن الله قد فرض عليهم زكاة أموالهم تأخذ من أغنيائهم و ترد على فقرائهم .

2-تعطيل بعض الأحكام الشرعية مؤقتا تحبيبا للدخول في الإسلام: ورد عن النبي صلى الله عليه و سلم لما بايع ثقيفا على الإسلام اشترطوا عليه أن لا صدقة عليهم ولا جهاد فقبل منهم رسول الله صلى الله عليه و سلم و قال بعد أن بايعهم " سيتصدقون و يجاهدون إذا أسلموا"³ . فالرسول صلى الله عليه و سلم فهم طبيعة أهل ثقيف بأنهم حديثي عهد بالإسلام لا يتقبلون كل الأحكام دفعة واحدة و هذه طبيعة النفس البشرية كلها بحيث تقبل الأشياء رويدا رويدا ، و لو رفض رسول الله صلى الله عليه و سلم شروطهم لما دخلوا في الإسلام، و لكن كان يعلم أنه إذا تمكن الإيمان في قلوبهم سيتصدقون و يجاهدون في سبيل الله .

¹ - سورة النجم الآية 3 و4 و5

² -الامام ابي عبد الله محمد -صحيح البخاري كتاب التوحيد 97 حديث رقم 7372 دار ابن كثير بيروت دمشق -ص 1820

³ - ماهر حامد الحولي - التدرج في تطبيق الأحكام الشرعية و مظاهره في قطاع غزة-بحث منشور 2010 ps Site.iugaza.edu



ب - قاعدة لا ضرر ولا ضرار في عقود البيع

روى عن سمرة بن جندب كان له عضد من نخل في بستان لرجل من الأنصار قال و معه أهله وكان سمرة يدخل إلى نخله و يشق عليه فطلب إليه أن يبيعه فأبى فطلب منه أن يناقله فأبى فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فطلب إليه النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيعه فأبى فطلب إليه أن يناقله فأبى قال فهبه و لك كذا و كذا أمرا رغبة فأبى فقال أنت مضار و قال للأنصاري اذهب فاقلع نخله¹.

في هذا الحديث منع الرسول صلى الله عليه وسلم الضرر بالغير و ساوم سمرة من أجل رفع الضرر، بالرغم من ذلك أبى أن يأخذ بالحلول المقترحة عليه، ففهم النبي صلى الله عليه وسلم أن سمرة كان قاصدا الضرر بالأنصاري و ذلك ما يستشف من عبارة "أنت مضار"، ثم بعد ذلك استعمل أسلوب آخر و هو القرار الانفرادي باعتباره رئيس دولة بعد فشل الطرق الودية لحل النزاع، أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم الأنصاري بأن يقتلع نخل سمرة و لو بدون رضاه.

الشاهد في هذا الحوار الذي دار بين الثلاثة الرسول صلى الله عليه وسلم و سمرة و الأنصاري أن الرسول صلى الله عليه وسلم اتبع أسلوب التدرج في إيجاد حل لهذه القضية بحيث لم ينتقل إلى القرار الانفرادي إلا بعد ما فشل الأسلوب الرضائي، وبهذا لم يفاجئ سمرة بالأسلوب الثاني مباشرة و لذلك قال صلى الله عليه وسلم "لا ضرر و لا ضرار"².

وتعتبر هذه القاعدة من أجلّ القواعد في الفقه الإسلامي، و لها تطبيقات واسعة في مختلف المجالات الفقهية، باعتبار أن الأحكام الشرعية إما لجلب المنافع أو لدرء المفسد، فتشتمل على الضروريات الخمس وهي حفظ النفس و المال و الدين و النسب و العقل، و هي عدّة الفقهاء و ميزانهم في أسلوب تقرير الأحكام الشرعية للحوادث³.

تكمن أهمية هذه القاعدة في اتساع استعمالها إما باكتساب حقوق جديدة أو عدم المساس بالحقوق المكتسبة، فالنهي كل النهي عن الإضرار بالغير ابتداء و أن لا يرد الضرر بالضرر و منعا لتقوية دائرة الانتقام، و تأكيدا لهذا المفهوم جاءت القاعدة التي تفرعت عنها "أن الضرر لا يزال بمثله". نجد تطبيقات هذه القاعدة في ميدان الزراعة فلو أحد المزارعين استأجر أرضا لزراعتها و قبل جني المحصول انتهت مدة

¹ - دليّة بوزغار قاعدة لا ضرر ولا ضرار نماذج تطبيقية في الاقتصاد الإسلامي جامع الأمير عبدا لقادر قسنطينة مقال منشور على الموقع ص

435

² - رواه ابن ماجة و الدار قطني و غيرهما حديث صحيح

³ - د. ناهد عطا الله الشمروخ تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية - قاعدة لا ضرر و لا ضرار و المشقة تجلب

التيسير منشور على الموقع <http://elibrary.medi.u.edu.my/books/MAL05447.pdf>



الإجارة، فإن هذه الأرض تبقى في يد المستأجر بإيجار المثل إلى غاية رفع المحصول منعا لضرر المستأجر الذي يضطر لقلع زرعه قبل أوانه¹.

فالمؤجر يستطيع أن يسترجع أرضه بعد انتهاء مدة الاستئجار، و لكن حفاظا على حقوق المستأجر وهي الغلة التي لم يحصدها بعد لأنه لم يحن أوانها، يمدد له في مدة الاستئجار إلى غاية رفع محصوله الأمر الذي يبعث الثقة و الاطمئنان في مجال التعاقد .

ومن تطبيقات قاعدة لا ضرر ولا ضرار ما نجده في عقد البيع الذي جعل فيه خيار الرؤية والشرط، فالأول شرع لدفع الضرر عن المشتري بدخول ما لا يلائمه في ملكه و الثاني جعل للحاجة و التروي لئلا يقع في ضرر الغبن².

و الأمر لا يقف عند هذا الحد إنما لدى الأئمة الثلاثة (مالك و الشافعي و أحمد ابن حنبل) رضي الله عنهم يرون أن خيار الرؤية من الحقوق المالية ، لذلك يستطيع ورثة المتوفى أن يرثوا هذا الحق، وعليه لا يمكن أن يسقط بوفاة المشتري و بالتالي يمكن لهم طلب إبطال البيع لعدم العلم الكافي³. و هذا من شأنه أن يوفر الحماية لحقوق الورثة و يجعلهم في مأمن من أي ضرر كما أن العلاقة بين المشتري و البائع تزداد متانة و تقوي الثقة بين الطرفين .

ج- تطبيق القاعدة في نظام الشفعة

من الأنظمة التي أقرها الإسلام النظام الذي كان سائدا في الجاهلية وأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم لما فيه من المصلحة ودفع الضرر عن البشر نظام الشفعة.

الشفعة: لغة: هي الضم والزيادة لأن الشفيع يضم حصة شريكه إلى حصته.

اصطلاحا هي استحقاق شريك أخذ ما باعه شريكه بثمنه الذي باعه به⁴

عن حديث جابر "قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة على كل ما لم يقسم" رواه البخاري. و عن أبي سلمة أبو عبد الرحمان "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فيما لم يقسم بين الشركاء فإذا رفعت الحدود بينهم فلا شفعة فيه"⁵.

الحكمة من تشريع الشفعة هو دفع الضرر الذي يمكن أن يلحق بالشريك الأول بسبب عملية البيع التي لم يكن يعلم بها فيتفاجئ بشريك جديد لم يكن قد اختاره بنفسه.

¹- عبد العي ابرو دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة (لا ضرر و لا ضرار) مقال منشور على الموقع <http://pu.edu.pk/images/journal/alqalam/>

²- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - الطبعة الثانية دار القلم النشر و التوزيع دمشق 1989 ص 166

³- محمد حسنين - عقد البيع في القانون المدني الجزائري - ط 4 ديوان المطبوعات الجامعية بنعكنون الجزائر ص 59

⁴- د.الصادق عبد الرحمان الغرياني - الفقه المالكي و أدلته ط 1- 2002 الجزء الرابع مؤسسة الريان للطباعة والنشر التوزيع بيروت لبنان

ص 161

⁵- د.الصادق عبد الرحمان الغرياني - الفقه المالكي و أدلته. المرجع نفسه- 162



وعند جمهور العلماء أن تنصب الشفعة على عقار وعلى الشفيع أن يأخذ المبيع بالثمن المتفق عليه سابقا ويلزم بما أنفقه المشتري كأجرة الدّلال أو الكتابة أو الرسوم وتحسب قيمة المبيع يوم البيع لا يوم الأخذ بالشفعة¹.

وقد أحسن المشرع الجزائري عندما نظم الشفعة لاكتساب الملكية في المواد من 794 إلى 807 من التقنين الجزائري واعتبرها المشرع رخصة تجيز حلول الشفيع محل المشتري على بيع العقار وفق شروط معينة، وأن يلزم الشفيع بجميع الحقوق التي التزم بها المشتري وهذا من أجل دفع الضرر عن الشفيع و في نفس الوقت المحافظة على حقوق كل من البائع والمشتري.

د- بيع السلم

السلم مثل السلف وهو بيع موصوف مؤجل في الذمة بغير جنسه إلى أجل بثمن معجل، ويسميه الفقهاء بيع المحاويج لأنه بيع تدعو إليه ضرورة احتياج كل طرف في عقد السلم فالبائع محتاج إلى الثمن لينفق على سلعته حتى تنضج والمشتري محتاج للسلعة². والأصل أن هذا البيع محرم لأن المبيع غير موجود ولذلك فالإنسان لا يبيع ما ليس عنده ولكن يمكن أن يوجد مستقبلا.

وفي الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قدم إلى المدينة وهم يسلفون بالتمر السنيتين والثلاث، فقال "من أسلف في شيء ففي كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم"³ فبيع السلم كان قبل الإسلام ووجد النبي صلى الله عليه وسلم أهل المدينة يسلفون فأقره النبي صلى الله عليه وسلم ووضع له شروط، منها أن يكون في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم ، وهذا من أجل المحافظة على حقوق كل من المشتري الذي يدفع الثمن عاجلا ، وينتظر مدة معينة ليأخذ المنتج و البائع الذي أخذ الثمن مقدما لاحتياجه له و يسعى ليسلم السلعة للمشتري في المستقبل ، و حتى لا تضيع الحقوق اشترط الرسول صلى الله عليه وسلم أن يكون الكيل و الوزن و الأجل معلوم لدى الطرفين .
هـ- ضرب الأمثال لتوضيح المعنى: اتخذ الرسول صلى الله عليه وسلم أسلوب ضرب المثل لتوضيح المعنى، وجلاء الغموض اقتداء بما جاء في القرآن الكريم من ضرب الأمثال.

من ذلك ما رواه أبو داود عن أنس رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "مثل المؤمن الذي يقرأ القرآن مثل الأترجة ريحها طيب و طعمها طيب ، و مثل المؤمن الذي لا يقرأ القرآن كمثل

¹ - د. فرج على الفقيه حسين ، مظاهر التسيير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ط 2003، 1، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا، ص 238

² - د. فرج على الفقيه حسني ، مظاهر التسيير ورفع الحرج على الشريعة الإسلامية ، ط 1، 2003، دار قتيبة، سوريا، ص 223

³ - الصادق ع الرحمان / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج 3، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، ص 325



التمرّة طعمها طيب ولا ريح لها، و مثل الفاجر الذي يقرأ القرآن كمثل الريحانة ريحها طيب وطعمها مر، و مثل الفاجر الذي لا يقرأ القرآن كمثل الحنظلة طعمها مر و لا ريح لها " ¹. ففي هذا الحديث صنف الرسول صلى الله عليه و سلم الناس وفق ارتباطهم بالقرآن الكريم على أربعة أصناف، كل صنف يشبه فاكهة أعلاها الاترجة و أدناها الحنظلة ، ليقرب المعنى ويبين قيمة أهل الإيمان.

أيضا عندما أراد أن يبين الفرق بين أصحاب الخير و أصحاب الشر و عاقبة من جالسهم فقال "مثل الجلّيس الصالح كمثل صاحب المسك إن لم يصبك منه شيء أصابك ريحه، و مثل جلّيس السوء كصاحب الكير إن لم يصبك من سواده أصابك من دخانه" ².

وهذا أبلغ ترغيب في الخير و أزجر تحذير عن الشر بأقرب أسلوب يدركه المخاطبون و فيه إرشاد إلى الرغبة في صحبة الصالحين و العلماء و مجالستهم فإنها تنفع في الدنيا و الآخرة ³.

هذا الأسلوب الذي اختاره الرسول صلى الله عليه و سلم لمخاطبة الناس من الأساليب التي يكون معناها واضحا، فيكون تأثيرها مباشر على النفوس و سلطانها جلي مشفوعة بالدليل، فتقرب المعنى بيسر أو يصل القارئ إلى مفهوم العبارة دون عناء، و أقرب النصوص إلى القبول هي التي تكون واضحة المعنى محددة المجال.

الفرع الثاني: مبدأ الأمن القانوني في عصر ما بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم

تعتبر هذه الفترة من أهم فترات أدوار التشريع الإسلامي حيث بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم والتحاقه بالرفيق الأعلى توقف الوحي، فظهرت مسائل جديدة لم تقع في زمن الرسول صلى الله عليه وسلم ولم يوجد في حكمها نص في الكتاب ولا في السنة مما أدى ذلك إلى احتلال الاجتهاد المكانة المرموقة في مجال تشريع الأحكام فيما لا نص فيه ويمكن أن نعرج على الاجتهاد في عهد الخلفاء الراشدين (أولا) ثم عصر التابعين (ثانيا)

أولا: مظاهر الأمن القانوني في عصر الخلفاء الراشدين

استطاع الصحابة أن يقيموا حياتهم على المجتمع الإسلامي وفق منهج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد وفاته ولقد أخبر بأن ذلك كائن، ففي الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد من حديث حذيفة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "تكون النبوة فيكم ما شاء الله أن تكون ثم يرفعها ثم

د.عبدالفتاح أبو غدة - الرسول المعلم وأساليبه في التعليم ط1 / 1996 دار البشائر الاسلامية لطباعة و النشر و التوزيع بيروت لبنان

¹ص113

²د.سعید اسماعيل علي - السنة النبوية رؤية تربوية - ط1 - 2002 دار الفكر العربي القاهرة

د.عبدالفتاح ابو غدة - الرسول المعلم و اساليبه في التعليم - ط1/1996 دار البشائر الاسلامية للطباعة و النشر و التوزيع بيروت لبنان ص

³114



تكون خلافة على منهاج النبوة فتكون ما شاء الله أن تكون ثم يرفعها الله ...¹ وقد أمر عليه الصلاة والسلام بإتباع سنة الخلفاء الراشدين فقال: "عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين المهديين من بعدي عضو عليها بالنواجذ وإياكم ومحدثات الأمور" رواه أبو داود والترمذي.²

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم واجهت الخليفة الأول أبي بكر الصديق أحداث خطيرة، منها ارتداد الكثير من الناس عن دين الإسلام، فحاربهم بجيش جرار في غزوة أهل اليمامة، واستشهد فيها عدد كبير من الصحابة القراء. فأقترح سيدنا عمر بن الخطاب على الخليفة تدوين القرآن وجمعه خوفا من الضياع بموت بقية الصحابة، فرفض أبي بكر الصديق هذا الأمر في البداية وبعد إلحاح من عمر بن الخطاب شرح الله صدره إلى هذا العمل، واسند هذه المهمة الشاقة إلى زيد بن ثابت، فستطاع أن يجمع ما في صدور القراء والمكتوب لدى الصحابة، وبقيت هذه الصحف عند أبي بكر الصديق ثم بعد وفاته انتقلت إلى عمر بن الخطاب ثم بعد وفاته احتفظت بها حفصة إلى أن طلب منها عثمان بن عفان رضي الله عنه ليقوم هو الآخر بنسخها وتوزيعها على الأمصار.³

وبهذا العمل يكون الخليفة الأول قد توصل إلى وسيلة تحمي للمسلمين منبع دينهم الحنيف من التحريف من خلال تدوينه، مما يجعل التعرف على أحكامه ييسر وتمكين الأمة الإسلامية من كتاب ربها تلاوة وعملا وتطبيقا.⁴

ومن نتائج هذا العمل أنه تم حفظ القرآن من الضياع والتحريف وسهولة الرجوع إليه من قبل عامة الناس الذين لم يتمكنوا من حفظه في الصدور. كما أن أحكامه لم تبق سرا عند بعض الصحابة فقط، بل تسهل تبليغه إلى المسلمين. ولا شك أن هذا العمل هو من موجبات فكرة الأمن القانوني في القانون الوضعي، فلا يفاجئ المسلمون بأحكام مطالبين بتطبيقها وهم لا يعلمون بها ولم تبلغ إليهم. وكذلك ما فعله سيدنا عمر رضي الله عنه الخليفة الثاني في الأرض التي فتحت عنوة فكانت تقسم على الغزاة أربعة أخماس، والخمس الباقي توضع في بيت مال المسلمين عملا بالآية الكريمة قال تعالى: "وَأَعْلَمُوا أَنَّ مَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ إِنْ كُنْتُمْ آمَنْتُمْ بِاللَّهِ..."⁵

1- حديث حسن، مسند الإمام أحمد 355/30 حديث 18406، منقول عن عمر سليمان الأشقر، المدخل إلى الشريعة الإسلامية والفقاه الإسلامي، ص 139.

2- حديث حسن، مسند الإمام أحمد 367/28-375 حديث 17142، المرجع نفسه ص 140.

3- د. مناع القطان، التشريع والفقاه في الإسلام، مكتبة وهبة، القاهرة، مرجع سابق ص 191

4- حاوة الطاهر أحكام التسيير في الشريعة الإسلامية كعامل من عوامل تطبيقها، رسالة ماجستير 2005، جامعة الجزائر، ص 104

5- سورة انفال الآية 41



فلما فتحت الفتوحات في زمن عمر رضي الله عنه رأى أن مستقبل المسلمين في هذه البلاد وما تحتاجه من نفقات في إدارتها وتنظيم شؤونها وتحقيق مصالح الناس فيها والتفكير في الأجيال القادمة. فأبقى هذه الأرض دون أن تقسم ووقفها لصالح المسلمين و ترك الأرض في أيدي أهلها على أن يوضع عليهم ما يحتملون من خراج تكون منه أعطيات للمسلمين وما يحتاجون إليه من نفقات للجند والقضاة والعمال وسد حاجة المعوزين من اليتامى والمساكين. ولعمر رضي الله عنه مبرر في قوله تعالى: "للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم يبتغون فضلا من الله ورضوانا و ينصرون الله و رسوله أولئك هم الصادقون"¹.

إن العمل الذي قام به عمر بن الخطاب رضي الله عنه أراد به مستقبل الأجيال القادمة باعتباره رئيس دولة و هو تحقيق المصلحة العامة، فالذين طالبوه بتقسيم الأرض كانت نظرتهم ضيقة، تتوقف على تحقيق مصلحة شخصية وذلك بتوزيع الأرض على الغزاة. ولكن لما رأى عمر أن الدولة الإسلامية توسعت وزاد العبيء عليها لسد نفقات المسلمين والجند والموظفين منع تقسيمها، وهذا ما يصطلح عليه اليوم في الدولة الحديثة بالتنمية المستدامة، حيث كان عمر رضي الله عنه يفكر في أجيال الحاضر وأجيال المستقبل، فإن قسم هذه الأرض لم يبق شيء للأجيال التي تأتي من بعدهم.

كذلك ما فعله عثمان رضي الله عنه الخليفة الثالث حيث نسخ أربع مصاحف، ثم أرسلها إلى مكة والشام والعراق ومصر، وأحرق المصاحف الأخرى كي تجتمع الأمة الإسلامية على كتاب واحد وحتى لا يمسح التحريف، كما أنه لا يبقى حكرا على مجموعة دون غيرها ولا على مدينة دون أخرى، وكذلك ما قام به علي كرم الله وجهه الخليفة الرابع في واقعة إنكار الزواج وتعدد حدوثها في المجتمع الإسلامي، فكان توثيق الزواج علاجا لهذه المشكلة التي حلت بالمجتمع، وحتى لا تضيع الحقوق والأنساب وتهتز أركان الأسرة.²

ويعتبر توثيق عقد الزواج ضمانا لحفظ الحقوق من الجانبين (حقوق الزوجة وحقوق الزوج) فيقوي الروابط الأسرية، ويحافظ على استقرار المراكز القانونية، كما يعتبر من العناصر التي تقوم عليها فكرة الأمن القانوني.

ثانيا: مظاهر مبدأ الأمن القانوني في الدولة الأموية

تبدأ هذه المرحلة بتولى معاوية بن أبي سفيان الحكم، وانقسمت الأمة بسبب موضوع الخلافة إلى ثلاثة طوائف شيعة وخوارج وسنة، وتعصبت كل فئة إلى مذهبها لأغراض سياسية، مما جعل الكثير من العلماء اعتزال الحياة العامة، واتجهوا إلى تأسيس علم الفقه الأمر الذي أدى إلى ظهور مدرسة

¹ - مناع قطان، التشريع والفقه في الإسلام تاريخا ومنهجيا، مرجع سابق ص 200

² - أحمد، الإجماع بالنظرية والتطبيق، ص 224-225



الحديث¹، ومدرسة أهل الرأي التي نشأت في الكوفة والتي جعلت الحكم يدور مع العلة وجوداً وعدمها، مما جعلهم يعالجون الأحداث بمرونة وبعد نظر وكثرة التفرع للمسائل الفقهية، ومن أعلام هذه المدرسة الإمام علي كرم الله وجهه وعبد الله بن مسعود ثم جاء من بعدهم الإمام أبو حنيفة².

من الأمثلة التي جاءت بها مدرسة الحديث يرى الإمام مالك أن من نهي عن تلقي الركبان ولم ينته بل عاد إليه يعامل بنقيض قصده، وقصده هو طلب الربح لنفسه دون أصحاب السوق، فتباع عليه السلعة التي تلقاها، فإن ربحت أنزل مع أهل السوق أي الباعة جميعاً في الربح وإن خسرت فالخسارة عليه وحده تأديباً له، ولحكمة في ذلك هو دفع الضرر عن سائر البائعين. وكذلك حكم من طلق امرأته ثم راجعها قبل انقضاء عدتها، ثم طلقها من غير أن يمسه فإن قصد بذلك إضرارها بتطويل عدتها لا تدخل في عدة جديدة بل تستأنف في ما مضى من عدتها الأولى³.

ومن الأمثلة التي جاءت بها مدرسة الرأي، ما جاء به في المذهب الحنفي وهو في الأصل المدين ينفذ تصرفاته على أمواله كالهبة والوقف ولو كانت ديونه مستغرقة لأمواله كلها، لكن بعد ما فسدت ذمم الناس وكثر الطمع وقلّ الورع، وأصبح المدين يتحايل على دائته بهذه التصرفات في أمواله، أفتى المذهب الحنفي عدم نفاذ هذه التصرفات من المدين إلا فيما يزيد عن وفاء الدين من أمواله⁴.

وهذا ما يحفظ به حقوق الدائنين لدى المدين خوفاً من أن تنتقل أموال المدين إلى الغير ولم يبق شيء للدائنين مما يعرضهم إلى أكل حقوقهم بالتحايل.

أ - المسائل التي أجمع عليها العلماء

من الأمثلة التي أجمع عليها المسلمون وتحافظ على حقوق الأفراد و بالتالي تحقق الأمن القانوني ما تقرر في زمن الخليفة الثالث عثمان بن عفان رضي الله عنه في التقاط ضوال الإبل، حيث إذا جاء صاحبها أعطى ثمنها، مع العلم أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك حتى يأتيها صاحبها، فعن مالك أنه سمع ابن شهاب يقول كانت ضوال الإبل في زمان عمر بن الخطاب إبلا مؤبلة تنائج⁵ لا يمسه أحد حتى إذا جاء زمان عثمان بن عفان أمر بتعريفها ثم تباع فإذا جاء صاحبها أعطي ثمنها⁶.

¹ - نشأت في الحجاز وفي ربوع المدينة، والتي كان لها الفضل في المحافظة على الحديث وجمعه ومن أعلامها عبد الله بن المسيب وعبد الله بن عمر و من بعدهم الإمام مالك والإمام الشافعي وأحمد ابن حنبل

² - على محمد جعفر، نشأة القوانين وتطورها، مرجع سابق ص ص 214 إلى 217

³ - محمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ص 1059

⁴ - محمد الزرقاء المدخل الفقهي العام، مرجع سابق ص 445

⁵ - أي تتوالد (تتكاثر)

⁶ - أحمد راتب - عمروش موطأ الإمام مالك - ط 14 / 2009 دار النفائس للطباعة والنشر و التوزيع بيروت لبنان ص 538



لقد تغير هذا الحكم بسبب تغير الناس عن العهد الأول، حيث كانت الإبل الضالّة لا يمسها أحد فهي ترعى في أرض الله حتى يجدها صاحبها، أما في زمن عثمان رأى بعض الناس امتدت أيديهم إليها، ففعل سيدنا عثمان بالمصلحة وبني الحكم على مقصود النص.

(ب) عدم التسوية في العطايات:

عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه أول من قام بتدوين الدواوين بعد استشارة الصحابة في ذلك من أجل تحديد عدد المقاتلين ، وكان منهج عمر رضي الله عنه عدم توزيع العطاء بالتساوي بين الناس، خلافا لما كان يفعله أبي بكر الصديق حيث كان يقسم العطاء بين الناس بالتسوية على الصغير والكبير والحر والملوك والذكور والأنثى، فجاء بعض من المسلمين فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم إنك قسمت هذا المال بالتسوية بين الناس ومنهم من له فضل وسوابق وقدم، فلو فضّلت أهل السوابق والقدم والفضل بفضلهم ، فلما كان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجاءت الفتوحات قال لا اجعل من قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم كمن قاتل معه، ففضّل أهل السوابق والقدم من المهاجرين والأنصار ممن شهد بدرًا 5000 ولمن لم يشهد بدرًا 4000، وقرض لمن كان للإسلام كإسلام أهل بدر دون ذلك، فأنزلهم على قدر منازلهم من السوابق، ولقد كان هذا التقسيم على تفضيله الصحابة على العطاء بناء على مصلحة شرعية معتبرة بقوله "والله ما أحد أحق بهذا المال من أحد (مال الدولة) وما أنا بأحق من أحد والله ما من المسلمين من أحد إلا وله على هذا المال نصيب، إلا عبدا مملوكا ولكننا على منازلنا من كتاب الله تعالى وقسمنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم فالرجل وبلاؤه في الإسلام (عمله وإنتاجه) والرجل وقدمه في الإسلام، والرجل وغناؤه على الإسلام والرجل وحاجته، وهكذا حدث الإجماع على تدوين الدواوين¹.

المبحث الثاني: مفهوم مبدأ الأمن القانوني وعناصره

لا يعد الأمن القانوني الأساس الجوهرى الذي تستند عليه حقوق الأفراد وحرّياتهم فحسب، بل يعد من الركائز الهامة لدولة القانون، بالنظر إلى ما يشهده العالم من تطور في جميع المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية، باعتبار القانون مرآة عاكسة لهذه الظروف، فيتأثر بها ويؤثر فيها. الأمر الذي يتطلب تطورا في النظم القانونية، وبالتالي تكون فكرة الأمن القانوني مطلبا ملحا لحماية المراكز القانونية.

¹ - الشيخ إبراهيم نعمة، أصول التشريع النبوي الإسلامي، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، ديوان الوقف السني 2009، بغداد، ص 94-



لا يقتصر مبدأ الأمن القانوني في مجال معين ، بل تتعدى ذلك لیتعلق الأمر بعدة مجالات ، مما يصعب وضع تعريف ثابت ومستقر ، لذا يسود مبدأ الأمن القانوني الغموض ، وتعدد مدلولاته في نفس الوقت وهذا ما جعل الفقهاء يختلفون في تعريفهم له تبعاً لاختلاف الزوايا التي ينظرون منها .
إذا كانت المنظومة القانونية تتماشى وفقاً للتطور الحاصل في كل دولة ، فإنها عرضة للتغيير والتبديل حتى لا تحدث فجوة بين الواقع المعاش والقانون . الأمر الذي يجعل فكرة الأمن القانوني تتعرض للعديد من العوائق باعتبارها فكرة هشّة تتأثر إما إيجابياً أو سلبياً .

غير أن الذي لا مريّة فيه هو ظهور مصطلح الأمن القانوني ليعلن عن انهيار النظم القانونية القديمة ، وحلول أخرى تتلائم مع تطور المجتمع ، ويفرض وجوده بقوة كنهج ضروري في السياسة التشريعية للدولة ، وكدرع واقٍ يحول دون انتهاك الحقوق والحريات وكموضوع هام في خضم تسارع الأحداث ، وعيله سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق فيه إلى المقصود بالأمن القانوني (المطلب الأول) ونتطرق في (المطلب الثاني) إلى آليات تحقيقه

المطلب الأول: المقصود بالأمن القانوني وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات

يظهر مصطلح الأمن القانوني من الوهلة الأولى مصطلح متناقض المفردات يوحي بأننا نبحث عن الأمن في القانون ، وبمفهوم المخالفة أن القانون أصبح مصدراً للخطر الذي يهدد الأفراد في مراكزهم القانونية ، مما يعني أن القانون غير آمن ، بينما يفترض أن القانون هو الذي يوفر للأفراد الحماية ، فالفرد عندما يحس بالخطر يلجأ إلى القانون ليحميه ويطمأن إليه باعتباره هو مصدر الحق ووسيلة لحمايته في آن واحد ، فكيف لنا أن نصف القانون بأنه غير آمن؟ هذا ما سوف نجيب عليه في المحطات المقبلة .

الفرع الأول: تعريف الأمن القانوني

للتعرف أكثر عن مصطلح الأمن القانوني في البداية نستطيع أن نفككه إلى كلمتين (الأمن ، القانون) ولنتعرف على كل كلمة على حدة ، ثم نتطرق إلى محتوى الأمن القانوني والعناصر المكوّنة له .

أولاً: تعريف الأمن: يجدر بنا أن نتطرق إلى التعريف اللغوي و الاصطلاحي لمبدأ الأمن القانوني
1-تعريف الأمن لغة: كلمة الأمن من المفاهيم ذات الثراء في المعنى ، حيث وردت بمعان كثيرة كعدم الخوف والطمأنينة ، الثقة ، عدم الخيانة ، والتصديق والحفظ ، وعليه لتحديد معناها يتوقف على طبيعة الموقف الأمني المراد التعبير عنه ، غير أن أهل اللغة أجمعوا على أن كلمة الأمن هو عدم الخوف ما دامت كل



المعاني مشتقة من جذر لغوي واحد مادته الألف، الميم، النون¹، كما يقصد بكلمة الأمن هو الأمان وهو ضد الخوف واطمئنان النفس وارتياحها وهدوئها².

وعليه فكلمة الأمن هو الاطمئنان وعدم الخوف والسكون النفسي في الحاضر و في المستقبل من المجهول الذي قد يفاجئ الفرد . قال تعالى: "... فَلْيَعْبُدُوا رَبَّ هَذَا الْبَيْتِ الَّذِي أَطْعَمَهُمْ مِّنْ جُوعٍ وَآمَنَهُمْ مِّنْ خَوْفٍ"³

2 - تعريف الأمن اصطلاحاً:

اختلف الفقهاء في تعريفهم لكلمة الأمن بحسب الزاوية التي ينظر منها كل واحد وفق تخصصه.

الأمن هو اطمئنان المجتمع إلى زوال ما يهدد مظاهره المادية كالسكون والاستقرار الدائم والتوافق مع الغير، ومظاهره النفسية كاعتراف المجتمع بالفرد ودوره ومكانته فيه ، كما عرفوه بأنه هو السكينة التي يشعر بها الفرد نتيجة لإشباع دوافعه العضوية والنفسية⁴.

يظهر أن الأمن هو مصدر الحياة كلها واستقرارها ، فلا حياة بدون أمن وإذا أردنا من الأفراد القيام بواجباتهم اتجاه المجتمع واتجاه الوطن علينا أن نزيل عنهم كل القوى التي تشدهم عن تحقيق ذلك، فيشعرون بوجود الأمن من حولهم وهو زوال الخوف وبث الطمأنينة في نفوسهم ولطالما حثت الشريعة الإسلامية على زوال كل أشكال الخوف والحفظ والطمأنينة وعدم الخيانة وزرع الثقة بين أفراد المجتمع بمصدرها القرآن والسنة ، بطرق مختلف وأساليب متعددة.

فقد جاءت كلمة الأمن بمعنى الخوف في قوله تعالى "فِيهِ آيَاتٌ بَيِّنَاتٌ مَّقَامُ إِبْرَاهِيمَ وَمَنْ دَخَلَهُ كَانَ آمِنًا"⁵ . بحيث من يدخل الحرم المكي لا يروع ولا يخوف حتى ولو استجوب عقوبة لزمته فهو آمن ما دام فيه حتى يخرج منه، وقيل أيضاً أنه يأمن من كل سوء داخل الحرم المكي

وجاءت بمعنى الحفظ في قوله تعالى: "قَالَ هَلْ آمَنُكُمْ عَلَيْهِ إِلَّا كَمَا أَمِنْتُكُمْ عَلَىٰ أَخِيهِ مِنْ قَبْلُ فَاللَّهُ خَيْرٌ حَافِظًا وَهُوَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ"⁶ .

وقد جاءت كلمة أمن بمعنى الطمأنينة في قوله تعالى: "فَإِنْ خِفْتُمْ فَرِجَالًا أَوْ رُكْبَانًا فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَأَذْكُرُوا اللَّهَ كَمَا عَلَّمَكُم مَّا لَمْ تَكُونُوا تَعْلَمُونَ"⁷

¹ - دليلة بوزغار، نظرية الأمن في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2011، ص 65

² - مشرى سلى - الأمن السياسي- رسالة ماجستير ، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2010، ص 23

³ قریش الآية 3 و 4

⁴ - دليلة بوزغار ، نظرية الأمن في الفقه الإسلامي - مرجع سابق، ص 90

⁵ - سورة آل عمران الآية رقم 97

⁶ - سورة يوسف الآية 64

⁷ - سورة البقرة الآية 239



وقد جاءت بمعنى الثقة في قوله تعالى: "فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ"¹.

3- المقاربة التقليدية للأمن:

عرفت الحرب الباردة سابقا للتسلح لم يعرف له التاريخ مثيل ، وذلك من أجل تحقيق الأمن في الدول من جراء التهديدات الخطيرة التي تواجهها، فيعرّف الأمن بنوعية التهديد. فإذا أطلقنا على شعب أنه آمن معنى ذلك غياب كل أنواع التهديدات، وذلك من خلال رسم سياسية عسكرية ناجعة وامتلاكه لوسائل مواجهته.

وتعتبر النظرية الواقعية أن تعارض مصالح الدول هو الذي يؤدي إلى اندلاع الحروب ولا يمكن تحقيق الأمن إلا بالقوة. هذا التصور للنظرية الواقعية الذي حصر طبيعة التهديدات في الجانب المادي فقط، ومواجهتها بالوسائل العسكرية قلص من مفهوم الأمن وهو تأمين الدولة من التهديدات ، وهذا المفهوم فرضته ظروف واقعية معاشة آنذاك من فوضى وحروب وتسلح والقوة العسكرية لذلك تظهر قوة الدولة في ما تملكه من قوة عسكرية².

في هذه المقاربة تنطلق النظرية الواقعية من استنتاجات العديد من السياسيين والفلاسفة نذكر البعض منهم لنكشف عن ركائز مفهوم الأمن التقليدي.

* مكيا فيللي: يرى أن نجاح السياسة تقاس بمدى استخدامها للقوة ، فهو يحاول أن يعطي صورة واضحة للقوة وكيفية استخدامها من قبل الحكام انطلاقا من مقولته الشهيرة الغاية تبرر الوسيلة هنس مورجانثو Hans Morgenthau الذي ألف كتاب تحت عنوان السياسة بين الأمم، أوضح فيه أن السياسة هي صراع القوة التي تبقى هي الهدف العاجل لكل سياسات الدولة ، بغض النظر عن الأهداف النهائية لتلك السياسات (الحرية، الأمن، الرفاهية)³.

4- المقاربة الحديثة للأمن:

بعد فشل المعسكر الاشتراكي برزت إلى الوجود القوة الأحادية بقيادة الولايات المتحدة الأمريكية، مما أدى إلى تغيير كثير من المسميات و النظريات بتغير اهتمامات الباحثين، ومنها مفهوم الأمن الذي كان مفهومه يقتصر على الأمن من التهديدات العسكرية ليتعدى إلى مجالات أخرى .

4-1- توسيع طبيعة التهديدات:

ويقصد به توسيع في قائمة التهديدات إلى مجالات غير عسكرية، وهي مخاطر جديدة ترهق كاهل المجتمعات، وهذا التوسيع في مفهوم الأمن يعود إلى بروز تهديدات جديدة لا يكمن مواجهتها بالقوة

¹ - سورة البقرة الآية 283

² - حموم فريدة، الأمن الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام 2004

³ - على عودة العقابي ، العلاقات الدولية، بدون ط، بدون دار نشر، ص 145-146



العسكرية. ويرى الكثير من منظري الواقعية الجدد ومنهم ديلون أنه في الوقت الذي نعرف ما يجب أن نخاف منه، فنحن نبحث كذلك عن كيفية وضعه وممارسة الإكراه عليه¹.

وهذا ما يؤكد أن ظاهرة الأمن أصبحت الشغل الشاغل لكل من المفكرين والسياسيين. ونجد أن نداء التوسع في المفهوم التقليدي للأمن جاء من قلب النظرية الواقعية بعد ما تغيرت الظروف وتطورت طبيعة التهديدات وبالتالي لم تعد تنحصر في المجال العسكري فقط.

2-4- مدرسة كوبنهاغن في المفهوم الموسع للأمن:

تعتبر مدرسة كوبنهاغن من أبرز المدارس التي عملت على توسيع المفهوم التقليدي للأمن، وقدمت له قراءة جديدة ليضم قطاعات مختلفة غير العسكرية، كالقطاع الاقتصادي والسياسي والمجتمعي والبيئي، كما طرحت هذه المدرسة مفهوم الأمننة. أي إضفاء الطابع الأمني، والذي يهدف إلى تجاوز الخلاف والصعوبات في تعريف الأمن. فاللجوء إلى هذا المفهوم يسمح بتكليف قضايا ما على أنها تهديدات أو مشكلات أمنية تتطلب معالجة استثنائية².

إذن فالأمن هو تأمين كيان المجتمع من الأخطار التي تهدد مصالحه، وتهيئة الظروف المناسبة لتحقيق الرضا التام في المجتمع. والأمن الحقيقي هو أمن الأفراد باعتباره يشكل مادة المجتمع ومضمونه من خلال إشعاره بالاستقرار والطمأنينة وغياب كل ما يمكن أن يهدده³.

مما تقدم يتضح لنا أن ظاهرة الأمن لم تعد تقتصر على أمن الدولة وحدها، المتمثل في التهديدات الخارجية أو الداخلية الذي يدخل في المجال العسكري حسب ما كان سائدا في التصور التقليدي، لتتحول ظاهرة الأمن إلى أوسع من ذلك، حيث انتقل من أمن الدولة إلى أمن الأفراد، الأمر الذي أدى إلى اتساع رقعة ليضم مجالات أخرى اقتصادية وسياسية واجتماعية تبعا لتغيير مصدر الخطر وطبيعة التهديدات.

و الأمر لا يتوقف عند هذا الحد، بل قد تكون الدولة مصدر تهديد الحقوق والحريات من خلال النظم السائدة والوسائل المستعملة في تحقيق أهدافها، سواء في الحالات العادية أو غير العادية، وبالرغم من أن زمن الديكتاتورية والحكم المطلق وعدم مسؤولية الحاكم عن ما يصدر منه من أعمال اندثر بغير رجعة، إلا أن أسلوب الظلم والتعدي على حقوق الآخرين وانتهاك حرية المواطن لا زال قائما في كثير من الحالات بكيفيات مغايرة وبأشكال متنوعة، ومن بينها القوانين التي تصدرها الدولة التي قد تكون

¹ - حموم فريدة، الأمن الإنساني، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2004، مرجع سابق ص 17-18

² - تباي وهيبية، الأمن المتوسطي في إستراتيجية الأطلسي، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص 35-36

³ - د. نجدت صبري ناكرة بي (الإطار القانوني للأمن القومي) منتدى سور الأزيكية



مصدر خطر على حقوق وحرية الأفراد ، وهو نوع من التهديدات التي ساهمت في توسيع مفهوم الأمن، و بما أن القانون يمس كل مناحي الحياة فإن فكرة الأمن تتوسع لتشمل كل المجالات.

فالمفهوم الجديد للأمن أو الأمانة ينذر بوجود تهديدات جديدة خطيرة تمس كل مناحي حياة الأفراد والجماعات ، مما يستوجب اختيار وسائل جديدة كفيلة لمواجهتها.

ثانياً: تعريف القانون

1-تعريف اللغوي للقانون:ترجع كلمة قانون إلى الأصل اليوناني kanun التي تعني العصا المستقيمة¹ أو مقياس كل شيء وطريقه²، وتعني كذلك الأصول، ولفظ القانون في النظام الذي يجعل الأمور تسير على وجه مستمر و مستقر وثابت³، ويقصد به حدوث ظاهرة معينة كلما توافرت مسبباتها كنظام الكون المستقر وقانون الجاذبية ودوران النجوم والكواكب⁴ ، ولذلك فمن الناحية اللغوية كلمة قانون لها عدة معاني ولا يمكن أن تقتصر على مجال واحد.

لم تبق كلمة قانون في بلد المنشأ وإنما انتقلت إلى بلدان العالم بلغات بمصطلحات مختلفة ، فلقد انتقلت إلى لغتنا العربية بأصلها اليوناني kanun وفي فرنسا نجدها بكلمة droit وفي ايطاليا diritto وفي ألمانيا recht وبذلك يكون القانون هو الذي يميز بين الاستقامة والانحراف⁵.

2-التعريف الاصطلاحي للقانون:

هو مجموعة القواعد الملزمة التي تنظم علاقات الأفراد في المجتمع تكفل السلطة العامة احترامها بتوقيع جزاء من يخالفها⁶ ، أو هو مجموعة من القواعد والمبادئ والأنظمة التي يضعها أهل الرأي في امة من الأمم لتنظيم شؤون الحياة المجتمع استجابة لمتطلبات الجماعة و سدا لحاجاتها و هو تعبير عن واقعها و مدى تطورها و تقدمها وبقدر ما تستفيد من تجارب بقدر ما تصحح من قوانينها حتى يكون ملائماً لطبيعة حياتها⁷.

و حسب هذا المفهوم الأخير للقانون فإنه يشمل على عدة مسائل.

يأخذ هذا التعريف بالمفهوم الواسع من خلال عبارة (مجموعة القواعد و المبادئ والأنظمة)وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على تنوع مصادره، يعتبر قانون بغض النظر عن السلطة التي أصدرته. ينظم علاقات الأفراد داخل المجتمع ولذلك يعتبر القانون هندسة للعلاقات الاجتماعية.

¹ -د. منذر فضل -تاريخ القانون -ط2/2005 السلسلة الثقافية دارناراس للطباعة و النشر العراق ص 18

² -علي بن هادية-بلحسن البليش-الجيلاني بن الحاج يحيى-القاموس الجديد للطلاب -ط7/1991المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائرص 807

³ -د.غالب علي الداودي -المدخل الى علم القانون -ط7/2004 دار وائل للنشر عمان ص 10

⁴ -د. محمد حسين منصور-المدخل الى القانون -القاعدة القانونية ،ط1/2010 منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 7

⁵ -د. أحمد محمد الرفاعي ، المدخل الى العلوم القانونية، نظرية القانون، جامعة بنها 2008 برنامج المستوى الأول منشور ص 02

⁶ -د. علي فيلاي - مقدمة في القانون - طبعة جديدة 2010موفو للنشر الجزائر ص 30

⁷ -مناع القطان -التشريع و الفقه في الإسلام تاريخاً و منهجاً -ب.ط/2001 مكتبة وهبة القاهرة ص 12



يعتبر القانون مرآة عاكسة لواقع الدولة و تطورها، و لذلك يختلف من دولة لأخرى، ومن زمن لأخر، قابل للتغيير إذا أصبح لا يتماشى مع تطور المجتمع.

والمعنى الضيق يستعمل للدلالة على معان كثيرة، فقد يطلق على مجموعة القواعد الصادرة عن السلطة التشريعية في الدولة والتي تنظم نوع معين من الروابط القانونية، فيقال قانون العمل الذي ينظم العلاقة بين العمال وأرباب العمل، وقد يقصد بها كذلك لتقييد كلمة قانون من حيث الزمان والمكان والأشخاص¹. فمن حيث الزمان فيقال القانون القديم أو الملغى أي الذي كان سائدا في السابق، ومن حيث المكان فيقال القانون الجزائري أو الفرنسي أو المصري ويقصد به مجموعة القواعد القانونية السائدة في إقليم معين، ومن حيث الأشخاص فيقال قانون المحاماة ويعني بذلك مجموعة القوانين القانونية التي تنظم مهنة المحاماة².

لذلك نقول أن كلمة قانون متعددة الدلالات والاستعمالات غير أن القانون الذي نعنيه نحن في هذه الدراسة هو القانون التقويمي الذي يهتم بما سيكون وليس بما هو كائن والذي يحدث تغيير في الحياة الاجتماعية نحو الأحسن سواء بمفهومه الواسع أو الضيق وهو مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة والعامة الصادرة من قبل الدولة وتسهر على احترامه وتطبيقه في الحالات العادية والاستثنائية.

ثالثا: تعريف الأمن القانوني

لم يعد مبدأ الأمن القانوني محصورا على مجال واحد بل له ارتباط وثيق في جميع المجالات وهنا تكمن صعوبة تعريف المصطلح، فاختلف الفقهاء في تعريفه باختلاف المجالات واختلاف الزاوية التي ينظر منها كل واحد، الأمر الذي أدى بالبعض منهم أن يستند في تعريفه إلى المعيار الشخص (أ) والبعض الآخر يستند إلى المعيار الموضوعي (ب)

أ- محتوى الأمن القانوني وفقا للمعيار الشخصي:

ويقصد به التزام السلطة العامة بتحقيق قدر من الثبات للعلاقات القانونية، وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية، بهدف توفير الأمن والطمأنينة لجميع أطراف العقد القانوني³. بحيث تتمكن هذه الأطراف من التصرف باطمئنان على هدى من القواعد والأنظمة القانونية القائمة وقت قيام هذه العلاقات، وترتيب أوضاعها على ضوء منها دون التعرض لمفاجآت، أو تصرفات مباغته صادرة عن السلطة العامة يكون من شأنها زعزعة هذه الطمأنينة أو العصف بهذا الاستقرار⁴.

¹ محمد حسين منصور- المدخل الى القانون -القاعدة القانونية، ط1/2010 منشورات الحلبي الحقوقية، ص 7

² د. عمر بدوي محمد، المدخل للعلوم القانونية، النظرية القانونية، مجموعة محاضرات يقدمها مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح برنامج الدراسات القانونية، ص 3

³ عليان بوزيان، أزمة الأمن القانوني للحقوق الدستورية، مجلة النحو القانونية والسياسية، العدد3، 2014، ص 103

⁴ د. رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، ب-ط، ص 11



كما عرّف أنه عملية و ليس مجرد فكرة، تستهدف توفير حالة من الاستقرار في العلاقات و المراكز القانونية ، وذلك من خلال إصدار تشريعات متطابقة مع الدستور ومتوافقة مع مبادئ القانون والعدالة¹ من خلال هذين التعريفين الذين ركزا على الاستقرار والاطمئنان على طرفي العقد فيبدو بأن الأمن القانوني يدور حول أطراف العقد فقط في حين أن هذا المبدأ يخص جميع مناحي الحياة، فاقصر هذا التعريف على طرفي العقد وعلى العناصر المكونة للأمن القانوني المتمثلة في الاستقرار والاطمئنان.

لا تستقيم الحياة بدون استقرار. فهدف كل فرد وكل مجتمع هو أن تستقر الأوضاع وتهدأ، ولكن الاستقرار الذي نعنيه ليس الجمود المطلق والدائم ، وإنما الاستقرار النسبي الذي يمكن أن تتغير الأحوال من الحسن إلى الأحسن وتعديل الأشياء إلى الأفضل و تتعدل فيه القوانين كلما دعت الضرورة لذلك و متى أصبحت لا تليي الطلب ، فتستدعي الحاجة إلى قانون جديد أصلح للمجتمع .

أما الاطمئنان فهو عدم الخوف والإحساس بالثقة فينتج عنه سكون النفس وارتياحها.

كما عرفه الفقه على أنه "كل نظام قانوني للحماية ،هادف إلى تأمين دون بغتة والتنفيذ الأمثل للالتزامات أو على الأقل يقلص الشك في تطبيق القانون".²

كما يقصد بالأمن القانوني عند آخرين نوع من الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد أدنى من الاستقرار للمراكز القانونية لغرض إشاعة الأمن والطمأنينة بين أطراف العلاقة القانونية سواء كانت أشخاص عامة أو خاصة بحيث تستطيع هذه الأشخاص ترتيب أوضاعها وفقا للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها دون أن تتعرض لمفاجئات أو أعمال لم تكن في الحسبان صادرة عن إحدى السلطات الثلاث والتي من شأنها زعزعة ركني الاستقرار والاطمئنان بالدولة وقوانينها.³

ولم يذهب هذا التعريف بعيدا عما سبقوه من التعريفات المتقدمة بحيث حصر فكرة الأمن القانوني في أطراف العلاقة القانونية للمحافظة على مراكزهم القانونية باستقرار القواعد التي تنظم هذه الروابط

¹ - د. محمد بن عمارة - إزالة معوقات الامن القانوني لاحترام التوقعات -مداخلة في الملتقى الوطني ليومي 24 و25/02/2016 المنظم

بجامعة قاصدي مرياح ورقلة تحت عنوان احترام التوقعات القانونية. ص 58

² -دويني مختار-ضوابط جودة القاعدة القانونية-أطروحة دكتوراه جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس 2015 ص 305

³ -د. عامر زغير محسين، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، من مجلة مركز دراسات الكوفة ، ع 18

لسنة 2010 جامعة الكوفة العراق ص 2



ب- محتوى الأمن القانوني وفقا للمعيار الموضوعي:

هو الفعالية المثلى لقانون يمكن الوصول إليه وفهمه و الذي يسمح للأشخاص بأن يتنبؤون ما يترتب عن تصرفاتهم من آثار قانونية ، ويحترم توقعاتهم المشروعة المبنية مسبقا و العمل على تحقيقها¹ بينما يعرفه آخرون على أنه القاعدة القانونية النموذجية المفهومة وسهلة الوصول إليها أو أنه كل ضمانة وكل نظام قانوني يهدف إلى حسن تنفيذ الالتزامات القانونية دون مفاجآت ويستبعد أو يقلل كل صور عدم التأكيد عند صياغة القانون²

كما يعرف من خلال الأهداف التي يحققها الأمن القانوني وذلك بأنه يهدف إلى حماية الأفراد من الآثار السلبية للقانون والتي منها التضخم التشريعي الذي يؤدي إلى عدم الانسجام بين النصوص القانونية وتعقيد القوانين وعدم وضوحها وصعوبة الولوج إليها وتعديلها المتكرر والاستثناءات الكثيرة واتساع مجال رجعية النصوص القانونية وغيرها. كل ذلك يجعل من القانون مصدر خطر على المخاطبين به بدلا من أن يكون مصدر أمان وثقة³.

ولذلك من الناحية الموضوعية فإن الأمن القانوني يجب أن ننظر إليه من زاوية احترام تدرج القواعد القانونية، وهو ما يساهم في تناغم وتناسق النظام القانوني. من هنا فإن وظيفة المجلس الدستوري تدفعه ليساهم في ترسيخ المبدأ من خلال الرقابة على دستورية القوانين. كما أن دور مجلس الدولة في ترسيخ المبدأ من خلال الرقابة القضائية على ضرورة احترام السلطة التنفيذية للسلطة التشريعية⁴.

ذلك لأن النظام القانوني في الدولة يشكل هرما تتدرج من خلاله القواعد القانونية يأتي في قمة هذا الهرم الدستور. فكل قاعدة تستمد وجودها وقوتها من القاعدة التي تعلوها وفي نفس الوقت تكون سببا في وجود القاعدة التي تدونوها. وبما أن مصادر القاعدة القانونية متنوعة بتنوع المؤسسات التي أسندت إليها هذه الوظيفة في الدولة ، فإن الدستور وزع الاختصاصات ونظم العلاقات بين السلطات وفقا لمبدأ الفصل بين السلطات، ولذلك أصبح التعاون بين المؤسسات في مجال صنع القوانين بين السلطتين التنفيذية والتشريعية ، لذلك يجب احترام الحدود الفاصلة بين السلطتين، وبات من الضروري إحداث

¹ - Thomas Piazzon- La sécurité juridique - thèse, Défrénois , coll doctorat et notariat. T.35 .2010p.62

((la sécurité juridique est l'idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible ,qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridique de leurs actes ou comportements et qui respecte les prévisions légitimes déjà baties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation))

² - رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية القضائي الدستوري، دار النهضة العربية، القاهرة، دراسة مقارنة، طبعة الأولى، 2011، ص 143

³ - عجالى بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، ص 1 مداخلة القيت بجامعة المدية

⁴ - thomas piazzon- la sécurité juridique-..p 75



التوازن بينهما باعتبار أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص الأصيل تضع القواعد العامة، والسلطة التنفيذية تضع التفاصيل الدقيقة على أرض الواقع.

لذا يمكننا وضع التعريف المختار نجمع فيه بين المعيارين الشخصي والموضوعي فنقول " أن الأمن القانوني انتقل من فكرة إلى مبدأ يهدف إلى إحاطة المراكز القانونية والعلاقات التعاقدية بسياج من الحماية والاستقرار من خلال إصدار قوانين واضحة غير معقدة متناغمة فيما بينها و متناسقة وغير مبالغتة لتحقيق الطمأنينة وزرع الثقة بين أطراف العلاقات القانونية وتبعد كل شك في تنفيذ القواعد القانونية."

فمن خلال هذا المبدأ يستطيع كل فرد أن يحدد مركزه القانوني والإطار القانوني الذي يتحرك فيه، وإن هذه التعريفات المختلفة تكشف بجلاء صعوبة وضع إطار محدد لمضمون الأمن القانوني .
وكنتيجة لما سبق انتهى العديد من الفقهاء أن فكرة الأمن القانوني هي فكرة غامضة يصعب حصرها بشكل محدد، فضلا عن مضمونها الضبابي والواسع ونطاق تطبيقها غير مؤكد يصعب معه استخلاص تفسير واضح و متماسك¹.

الفرع الثاني: تمييز الأمن القانوني عن ما يشابهه من مصطلحات:

مما تقدم يتضح لنا أن الأمن القانوني يهدف إلى حماية الحقوق المكتسبة للأفراد التي تحصلوا عليها بطريقة مشروعة، لذلك يجب على السلطات العامة عدم المساس بهذه الحقوق عند إصدارها للقواعد القانونية، سواء كانت تشريعية أو تنظيمية وعدم تطبيقها بأثر رجعي إلا وفق ضوابط، كما يهدف إلى حماية التوقعات المشروعة منعا من أي مفاجئة بقوانين جديدة لم تصل إلى علمهم أو تكون غامضة وغير مفهومة مما تجعل الأفراد في حيرة من أمرهم².

وبهذا المعنى فإن الأمن القانوني يختلف عن الأمن الفردي (أولا) ويختلف كذلك على الأمن المادي (ثانيا)

أولا- الأمن الفردي: يعتبر الأمن الفردي أحد الحقوق الأساسية التي يقع على عاتق الدولة حمايتها، ويشتمل على العناصر التالية.

- مبدأ مشروعية الجرائم والعقوبات
- تحديد الأفعال المجرمة مسبقا تحديدا دقيقا
- المتهم بريء حتى تثبت إدانته

¹ - رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في النظامين الدستوري والإداري (دراسة مقارنة) ط1، 2011، دار النهضة العربية، القاهرة، ص

² - د. رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، الناشر دار النهضة العربية القاهرة ص 11



أ- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات: ونعني بهذا المبدأ أن الأمر لو ترك للقاضي هو الذي يحدد الأفعال المجرمة و تحديد لها العقوبات حسب أهوائه لبلغ الفساد إلى ذروته و عندها لن يكون للحرية الفردية أي احترام ، و تفاديا لذلك سعى المشرع لوضع هذا المبدأ الأساسي من أجل شرعية الجرائم¹، بمعنى أن الأفعال التي تعد جرائم ويعاقب عليها القانون تكون مبيّنة في نص قانوني واضح هو قانون العقوبات والقوانين الأخرى ذات الصلة.

لذا اعتبر الفقهاء أن النص القانوني هو أحد الأركان المكونة للجريمة، وهو ما أطلق عليه اسم الركن الشرعي الذي يقصد به "النص القانوني الذي يبيّن الفعل المكون للجريمة ويحدد العقاب الذي يفرضه على مرتكبها"، فالفعل لا يعتبر جريمة إلا إذا وجد في قانون العقوبات نصا يطابق معه ويضفي عليه صفة عدم المشروعية، ولهذا أصبح نص التجريم أمرا ضروريا لقيام الجريمة إذ تنتفي الجريمة بانتفائه وتوجد بوجوده².

لذا لا يجوز إدانة شخص بارتكاب جريمة أو توقيع عقوبة عليه إلا تطبيقا لنص في القانون أو بناء على قانون، وعند قيام الجريمة يجب أن تتناسب العقوبة الموقعة على مرتكبها مع جسامة الفعل المرتكب. وذلك كله من أجل استبعاد تعسف السلطة العامة من المساس بأمن الأفراد، الأمر الذي يشعر الفرد بأنه لن يكون عرضة لأي تدابير تعسفية تسلب حريته كالقبض أو الاعتقال دون سند قانوني³.

هذا المبدأ هو ما عمل المشرع الجزائري على تحقيقه من خلال النص عليه في المادة الأولى من قانون العقوبات، حيث جاء في نصها "لا جريمة ولا عقوبة ولا تدابير أمن بغير قانون" ، ومعني ذلك أنه يجب حصر الجرائم والعقوبات المقررة لها في القانون، وذلك بتحديد الأفعال المجرمة وبيان أركانها من جهة وتحديد العقوبات المقررة لها، ونوعها ومدتها من جهة أخرى قبل ارتكاب الجريمة .

ومفاد ذلك أن بيان الجرائم والعقوبات هو من عمل المشرع وحده، فلا يملك القاضي إلا تطبيق النص والتقيّد بكافة الشروط التي جاء بها تحديدا للجريمة وتوقيعا للعقاب⁴.

ب-مبدأ قرينة البراءة للمتهم: يقصد بقرينة براءة المتهم كل شخص مشتبه فيه أو متهم بجريمة مهما بلغت جسامتها وجب معاملته معاملة الشخص البريء حتى تثبت جهة قضائية مختصة إدانته بحكم بات في محاكمة عادلة تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه⁵، لأن الأصل في الإنسان البراءة.

¹د. لحسين بن شيخ آثملوية-دروس في القانون الجزائري العام -ب.ط-2012 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر ص 58

²عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام 7/2009 ج1-ديوان المطبوعات الجامعية بنعكنون الجزائري، ص 68

³د. رفعت عبد الله سعيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق ص 11-12

⁴عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق ص-74

⁵خطاب كريمة-قرينة البراءة -أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 2015 ص22



من المعلوم أن إجراءات القضاية تمر بمراحل، مرحلة جمع المعلومات و التحري لدى الضبطية القضائية و مرحلة تحريك الدعوة العمومية وهي مرحلة تقصي الحقائق تأتي بعدها مرحلة مباشرة الدعوة العمومية التي تبدأ بالتحقيق ثم المحاكمة، وتبعا لهذه المراحل تضي على المدعى عليه أوصاف مختلفة ، ففي المرحلة الأولى تكون له صفة المشتبه فيه ثم المرحلة الثانية له صفة المتهم، ثم بعد ذلك إذا أدين بالجريمة فيصبح محكوم عليه، وخلال المراحل التي تسبق المحاكمة فالمتهم والمشتبه فيه له قرينة البراءة، بحيث يعامل معاملة البريء حتى تثبت إدانته بحكم قضائي .

وقرينة البراءة تعد من أهم العناصر لتحقيق الأمن الفردي، حيث أن المتهم بريء حتى تثبت إدانته في محاكمة قانونية منصفة تحترم حقوق الدفاع حتى يتمكن الشخص المدان من العلم بما هو منسوب إليه، و تمكينه من تقديم دفاعه أمام محكمة محايدة ومستقلة¹.

ولقد نص الدستور الجزائري على هذا المبدأ حيث جاء في المادة 56 "كل شخص يعتبر بريئا حتى تثبت جهة قضائية نظامية إدانته في إطار محاكمة عادلة ، تؤمن له الضمانات اللازمة للدفاع عن نفسه"².
المشرع الدستوري الجزائري اعتبر قرينة البراءة حق دستوري يجب احترامه، كما نص على حق الدفاع للمتهم بنص المادة 169 "الحق في الدفاع معترف به، الحق في الدفاع مضمون في القضايا الجزائية"³. و في حالة اختراق هذه الحقوق يتعرض للعقوبات المنصوص عليها في القانون المعمول به حسب ما نصت عليه المادة 41 من الدستور "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات ..."⁴.

ثانيا-الأمن المادي

مما تقدم يتجلى لنا أن عناصر الأمن الفردي هي حقوق خاصة بالفرد. لذلك يطلق عليها بالحقوق الشخصية، وإلى جانب ذلك هناك الأمن المادي الذي يتعلق بالحقوق الاجتماعية وهي حقوق يجب أن تكفلها الدولة.

- كالحق في العمل

- الحق في الرعاية الصحية

- الحق في معاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة والتأمينات الاجتماعية. وهذه الحقوق

مكرسة من طرف المشرع الدستوري الجزائري في المواد 55.54.59 من الدستور.

¹- رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق-ص 12

²- القانون 01/ 16 الصادر بتاريخ 03 / 03 / 2016 ج ر ج العدد 14 الصادرة 03 / 03 / 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري.

³- المرجع نفسه

⁴- القانون 01/ 16 الصادر بتاريخ 03 / 03 / 2016 ج ر ج العدد 14 الصادرة 03 / 03 / 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري.



أ- الحق في العمل: يحتل العمل مكانة هامة في حياة الفرد والجماعة فهو المصدر الأساسي لمعيشته غالبية الناس والدور الذي يلعبه في تحقيق الرخاء للبشرية.

وكان حق العمل غير مفهوم ولا مقدرا خلال المراحل الأولى لتطويره، إلا أن بمجيء الديانات السماوية بينت قيمة العمل ومكانته في المجتمع، وزادت هذه القيمة خاصة بعد تطور التشريعات الوضعية المصاحبة لقيام الثورة الصناعية وزوال فكرة العمل بطاعة يتحكم فيها الأسياد.

في هذا المجال فقد أولت الصكوك الدولية وكذا دساتير الدول أهمية بالغة في حياة الأفراد والجماعات، فنجد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان كرس حق العمل للأفراد في مادته 23 التي تنص على ما يلي "لكل شخص الحق بالعمل وفي حرية اختيار عمله وفي شروط عمل عادلة ومرضية والحماية من البطالة".

وقد أوضح الميثاق الدولي المتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية الغاية من إقرار حق العمل وهي تأمين حياة لائقة للأفراد وعائلاتهم.

أما في الدساتير المقارنة، فتكاد تجمع على تكريس هذا الحق، والمشرع الدستوري الجزائري على غرار بقية المشرعين سار في هذا الاتجاه وأعطى له قيمة دستورية وجعله من الحقوق الأساسية وذلك بنصه في المادتين 63-69 من دستور 2016.

المادة 63 "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون" والمادة 69 "لكل المواطنين الحق في العمل..."¹

ب- الحق في الرعاية الصحية: بما أن حق في الرعاية الصحية ذو أهمية بارزة في تحقيق الأمن المادي للأفراد قرر المجلس الدستوري الفرنسي أنه وبالرغم من الاعتراف بحق الإضراب إلا أن ذلك لا يمنع من وضع ضوابط من طرف المشرع يهدف من ورائها إلى حماية الصحة ومنه يسعى هذا الحق إلى تأمين استمرارية وجود الفرد وبقائه وتكوين عائلته صحيا²

وفي هذا الصدد وتطبيقا لذلك نص الدستور الجزائري في مادته 66 على ما يلي "الرعاية الصحية للمواطنين، تتكفل الدولة بالوقاية من الأمراض البوائية والمعدية وبمكافحتها"³.

لقد تكفلت الدولة بتكريس هذا الحق ميدانيا، بحيث فتحت المستشفيات والمستوصفات الصحية في كل تجمع سكاني وجعلتها مجانية حتى تستطيع الفئة المعوزة من الاستفادة من هذا الحق، كما فتحت

¹ - القانون رقم 01/16 المتضمن التعديل الدستوري مرجع سابق

² - رفعت عبد سيد ، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق -ص 13

³ - القانون رقم 01/16 مرجع سابق



الاستثمار في هذا المجال بغية تحسين الظروف الصحية للمجتمع وبترويج المنافسة في هذا المجال ولم يقتصر على الدولة .

ج- الحق في معاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة والتأمينات الاجتماعية:

لا يختلف اثنان أن التأمينات تهدف إلى حماية الأفراد في مواجهة الأخطار الناشئة عن الحياة الاجتماعية. لذلك أنيط بالدولة لتقديم خدماتها للمواطنين بجميع فئاتهم في هذا المجال في الحدود التي يبيتها القانون. وغاية ذلك كله هو أن التأمينات الاجتماعية تؤمن المشمولين بها على مستقبل أيامهم عند تقاعدهم، أو عجزهم أو مرضهم، والحقوق التي تنشأ للأسرة بعد وفاتهم¹.

ولقد عنى المشرع الدستوري الجزائري بهذه الحقوق في المادة 59 والتي تنص على ما يلي "ظروف معيشية المواطنين الذين لم يبلغوا سن العمل والذين لا يستطيعون القيام به والذين عجزوا عنه نهائيا مضمونة"².

فقد ضمنت الدولة الجزائرية ضرورة العيش للفئات التي لم تعمل، إما لعجزها عن العمل سواء بسبب المرض أو بسبب كبر السن و هم الذين أحيلوا على التقاعد. وإما بسبب عدم بلوغهم سن العمل وهم فئة القصر.

مما تقدم يظهر بجلاء الفرق بين الأمن القانوني من جهة و الأمن الفردي والمادي من جهة أخرى، و تكمن هذه التفرقة في أن الأمن الفردي يتعلق بالحقوق الشخصية للفرد والأمن المادي يتعلق بالحقوق الاجتماعية، و في المقابل يتعلق الأمن القانوني بالحقوق المعنوية للأفراد، وعليه فإن مبدأ الأمن القانوني لا يقل أهمية على الأمن المادي و الأمن الفردي إلا أنه لم تهتم به النصوص الدستورية، ولا حتى في وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في 1948، ولا في إعلان حقوق الإنسان والمواطن الفرنسي الذي صدر في عام 1789 بشكل صريح، وإن كان قد أشار إليه ضمنا في المادة 16 من الإعلان إلى مفهوم قريب من مفهوم الأمن القانوني، حيث جاء في المفهوم الأول نص المادة 2:" أن الأمن يعد أحد حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تقبل التقادم وهي الحرية، الملكية، ومقاومة الظلم " و المفهوم الثاني في نص المادة 16:" كل مجتمع لا تكون ضمانات الحقوق مؤمنة، وفصل السلطات محددًا، لا يكون فيه دستور".

المطلب الثاني: عناصر الأمن القانوني

إن فكرة الأمن القانوني تهدف في حقيقتها إلى حماية الأشخاص من أوصاف القانون التي ترتب آثار محببة لدى الأشخاص، فالأمن الذي نتحدث عليه مرتبط ارتباطا وثيقا بالقاعدة القانونية، لذلك يجب

¹ - رفعت عبد سعيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق ص 14

² - دستور 96 الجزائري المادة 59



أن تكون القاعدة معيارية، مما يؤدي إلى التقليل من اللجوء إلى تفسيرات متعددة قد تفرغها من محتواها، ولا تكون مباحة للأفراد الذين تعاملوا مع غيرهم على أساس القوانين المعلومة لديهم.

لذلك لا يكتمل مفهوم مبدأ الأمن القانوني إلا بالتعرف على العناصر التالية: وهي الوصول إلى القاعدة القانونية، والتوقع المشروع، واستقرار القانون، والتي نعتبرها في المجموع العناصر المكونة للأمن القانوني في المجال القاعدة القانونية و إن كانت لا تستغرق كل العناصر.

الفرع الأول: الوصول إلى القانون

من المعلوم أن القاعدة القانونية هي خارجة عن إرادة الأشخاص الذين يخضعون لها¹. فالدولة هي صاحبة الاختصاص في إعداد القوانين، وإصدارها وتنفيذها، من هنا تظهر أهمية الوصول إلى القاعدة القانونية باعتباره مطلباً ملحا ومنطقيا.

ومفهوم الوصول إلى القاعدة القانونية يأخذ صورتين، الصورة الأولى تتعلق بالوصول المادي، بحيث أن الأشخاص يحق لهم العلم بمجموع القواعد القانونية التي تخاطبهم، لذا يقع على الدولة التزام نشرها وتبليغها للمواطنين، بمفهوم المخالفة لا يكون القانون سرا،

أما الصورة الثانية تتعلق بالوصول المعنوي للقواعد القانونية بمعنى فهمها و استيعابها، وعليه يمكن الحديث عن الوصول الرسمي في الصورة الأولى والوصول الجوهري والأساسي في الصورة الثانية².
و حسب هذا المفهوم فمن البديهي أن يتم إعلام الأفراد بالقاعدة القانونية، و إنه لمن العدل أيضا أن لا يسأل المكلف عن سلوك أتاه إلا إذا كان على علم بالسلوك المقرر قانونيا و الذي كان ينبغي إتباعه³، من هنا كان على الدولة أن تتخذ كل التدابير لجعل إمكانية الوصول إلى القانون سهلا، ومضمونه واضحا، وعندئذ يمكن إعمال المادة 74 من الدستور والتي تنص على ما يلي "لا ليعذر بجهل القانون"، والمادة 2 من القانون المدني الجزائري "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، و لا يكون له اثر رجعي".

الأمر الذي يدفع بالأشخاص إلى الرغبة في معرفة القانون، حتى يتصرفون بمنطوقه و يقيمون الروابط على ضوءه. وبهذا المفهوم فإن عنصر الولوج إلى القانون يشكل أحد العناصر الأساسية المكونة للأمن القانوني، وبالنتيجة فهو يساهم في استقرار المجتمع، وتحقيق السلم الاجتماعي، لذلك فإن دولة القانون تعمل على تحقيق هذا التوازن بين مبدئين أساسيين هما، مبدأ لا يعذر بجهل القانون، ومبدأ

¹ - حامق ذهبية - نشر القانون كوسيلة لضمان الوصول اليه - مداخلة القيت في الملتقى المنظم يومي 16 و17/02/2014 تحت عنوان

الوصول الى القانون بجامعة قاصدي مرياح ورقلة ص 105

² - Thomas Piazzon la sécurité juridique doctora notariat collection de thesedefrénois édition Alpha.T35/2010.paris.p.19.

³ - د.علي فيلاي - لغة القانون علم نسبي و واقع-مداخلة القيت في الملتقى الوطني المنظم يومي 16 و17/02/2014 تحت عنوان الوصول الى

القانون بجامعة قاصدي مرياح ورقلة ص 7



إمكانية الولوج إلى القانون ، و تحقيق هذا التوازن متوقف على مدى تحقيق الإمكانية التقنية للوصول إلى القاعدة القانونية¹.

فضمان البلوغ إلى القاعدة القانونية بسهولة ويسر، من خلال وضعها بين يدي المخاطبين بها. وهذا ما يمكن تحقيقه بعملية التقنين التي تهدف إلى توفير النصوص القانونية وإتاحتها، والوصول إلى أحكامها من طرف جميع المخاطبين بها ، مما يؤدي إلى احترامها وحسن تطبيقها والانتفاع بما تقرره، ويفرض هذا النظام الانضمام إلى القانون وترسيخ دولة القانون².

يتضح مما سبق أن الولوج إلى القاعدة القانونية يتضمن من جهة كيفية الوصول إلى القاعدة القانونية والاطلاع على أحكامها والعلم بها ، وهو ما نسميه بالولوج المادي للقاعدة القانونية (أولاً) ومن جهة أخرى أن تكون هذه القاعدة مفهومة المعنى وواضحة الدلالة، وهو ما نسميه الولوج المعنوي للقاعدة القانونية (ثانياً).

أولاً- الولوج المادي للقاعدة القانونية:

لا شك أن النصوص القانونية تمر بمراحل عدة لتخرج إلى الوجود، وهذه المراحل قد تطول وقد تقصر وفقاً لإجراءات إعدادها، تماشياً مع أهمية الموضوع التي تعالجه هذه النصوص، وعليه فإذا ما تم سن قانون من الجهة المتخصصة ، فقد تحقق له الوجود القانوني ولكنه غير نافذ في حق الكافة إلا بعد نشره حتى يعلمون به، والجهة المكلفة بهذه المهمة هي السلطة التنفيذية، بحيث تتخذ كل السبل من أجل إعلام المواطنين بالقانون، وهو ما نستشفه من المادة 8 من القانون الذي ينظم العلاقة بين الإدارة والمواطن، حيث نصت على ما يلي "يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها وينبغي في هذا الإطار أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام"³.

والسلطة التنفيذية باعتبارها تتعاون مع السلطة التشريعية في هذه الوظيفة فهي الأخرى تقوم بإعداد التنظيمات و إصدار ونشر التشريعات التي تقوم بإعدادها السلطة التشريعية ، وهذا ما يسمى بالفصل المرن بين السلطات .

لذلك فإن تحقيق الوصول إلى القاعدة القانونية مرهون بمدى قدرة السلطة التي كلفت بهذه المهمة بأن تعلم المواطنين بكل القوانين الصادرة عن الدولة ، وأخذها لكل التدابير وأنجع السبل من أجل تذليل الصعاب لتمكين المواطنين من الوصول إلى القانون والعلم بأحكامه ، ومن بين ما تقوم به الدولة لتحقيق ذلك عمليتي النشر والتقنين.

¹ - محمد بكار شواش، ملتقى قابلية الوصول إلى القانون ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 17/16 فيفري 2014، ص 5

² - دويبي مختار، ظوابط جودة القاعدة القانونية، رسالة دكتوراه جامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس 2015، ص 20

³ - مرسوم 131/88، المؤرخ في 1988/07/4، ج ر ج ع 27 الصادرة في 1988/07/06 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن



أ- عملية نشر القوانين: يقصد بعملية النشر هو إعلام المواطنين بالقانون، فلا يعقل أن يبقى القانون سرا، ونلزم المواطنين بأحكامه، لذلك فالنشر هو الوسيلة التي يتم بها شهر القاعدة القانونية، وإعلام المخاطبين بها¹، وهو آخر مرحلة من المراحل التي تمر بها النصوص القانونية، وهو الإجراء المادي الذي بموجبه يعلم الكافة بالقانون²، كما يقصد به قيام جهات إدارية بإجراءات محددة و شكليات معينة ترمي إلى إعلام الكافة بمحتويات قراراتها التي أصدرتها لكي يكونوا على بينة من أمرها وإطلاع على مضمونها و من ثم الالتزام بما ورد فيها³.

وتختلف هذه الإجراءات من سلطة لأخرى، فالسلطة التشريعية تقوم بإجراءات طويلة حتى يظهر القانون للوجود، بينما الأوامر الرئاسية والتنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية لا تستغرق وقتا طويلا، غير أن في كل الحالات فإن إصدار القانون ونشره يتم عن طريق السلطة التنفيذية، وهذا ما يدل على تطبيق مبدأ الفصل بين السلطات المرن، باعتبار أن السلطة التشريعية تقوم بإعداد القوانين وتشاركها السلطة التنفيذية في ذلك من خلال القيام بمهمة الإصدار والنشر، وأحيانا السلطة التنفيذية هي التي تكون سببا في إطالة مراحل إعداد القانون، كالقراءة الثانية التي يطلبها الرئيس من البرلمان من أجل إصدار قانون، أو إحالة قانون ما إلى المجلس الدستوري للرقابة، بالإضافة إلى القانون العضوي الذي يمر وجوبا على المجلس الدستوري قبل إصداره ونشره.

وبالرغم من هذا التداخل الذي سمح به للسلطتين في إطار التعاون بينهما، إلا أن الدستور قد حدد من الناحية الموضوعية اختصاصات السلطة التشريعية على سبيل الحصر، بموجب المادة 140- 141 من الدستور، وما تبقى فهو من اختصاص السلطة التنفيذية ومهما تكن السلطة المختصة في إعداد القوانين فإن وظيفة الإصدار والنشر تقوم بهما السلطة التنفيذية.

وفي هذا الصدد تنص المادة 4 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "تطبيق القوانين في تراب الجمهورية الجزائرية الشعبية ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية..."⁴، وعليه فإن القانون يصبح نافذا في ذاته بمجرد إصداره، ولكنه لا يصبح ملزما للأفراد إلا بعد نشره، وفق الطرق المتعارف عليها في كل دولة، فالنشر ضروري لجعل القوانين ملزمة للمخاطبين بها⁵.

¹ - محمد حسيني منصور، المدخل إلى القانون، مرجع سابق -ص 127

² - بوحميذة عطاء الله، النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ-ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر 2008 ص 150 - يوسف شباط موعد الطعن في دعوى الإلغاء و دوره في توطيد سيادة القانون - مجلة جامعة دمشق المجلد الأول العدد الأول 1999 ص

187³

⁴ - الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم

⁵ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 127



1- وسائل النشر: الوسيلة المعتمدة لنشر النصوص القانونية هي الجريدة الرسمية. وذلك حسب ما جاء في المادة 4 من التقنين المدني الجزائري "...ابتداء من يوم نشرها في الجريدة الرسمية..." وكذلك مدونة القرارات الإدارية بالنسبة للإدارة المحلية.

2- النشر في الجريدة الرسمية:

تم إنشاء الجريدة الرسمية في جانفي 1927 صدر العدد الأول للجريدة الرسمية للدولة الجزائرية في 6 جويلية 1962 احتوت على رسالة القائد دي جول الذي يعترف فيها باستقلال الجزائر، و نتائج استفتاء 1962/07/1، وخلال هذه السنة صدرت 31 عدد باللغة الفرنسية، و ابتداء من 1964/05/29 صدر أول عدد باللغة العربية¹، وبموجب المرسوم رقم 147/64 نص في المادة الأولى " تصبح القوانين و الضوابط نافذة المفعول في كافة التراب الوطني يوما كاملا بعد نشرها في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الشعبية إلا إذا قرر ما يخالف ذلك"².

فعملية النشر تهدف إلى إدراج النص القانوني في الجريدة الرسمية بصفة إجبارية سواء كان النص تشريعيًا أو تنظيميًا، وبفضل هذه العملية تصبح النصوص القانونية علنية ورسمية وبالتالي إلزامية تسري في مواجهة كافة³، كما أنها الوسيلة الوحيدة التي تجعل القانون معلوم لدى كافة، و الأكثر نبلا في هذه العملية هو الدور الجيد الذي يلعبه و هو مقاومة الاستبداد من خلال معرفة الأفراد لحقوقهم⁴. و مقتضى العدالة يدعو أن تكون القواعد القانونية في متناول المواطنين وجودا و مضمونا، حتى يلتزمون بمقتضاها ويحددون السلوك الواجب إتباعه، و في حالة مخالفتها يترتب عليهم الجزاء المرصد لكل مخالفة، و لما كان القانون هو مصدر الحقوق و حمايتها، فيمكن للأفراد الدفاع عنها، و ما يجب الإشارة إليه هو أنه قد يختلط عند البعض بين عملية الإصدار والنفاد، فعملية الإصدار تأتي قبل عملية النشر، وهي تعبر بها السلطة التنفيذية على ميلاد قانون جديد، وفي نفس الوقت إعطاء الضوء الأخضر لنشره في الجريدة الرسمية أما النفاذ فهو يأتي بعد عملية النشر فيكون المواطنون ملزمين بتطبيقه.

د. حسان نادية - النشر في الجريدة الرسمية كوسيلة للوصول الى القانون - مداخلة القيت في الملتقى المنظم يومي 16 و 17/02/2014 جامعة

¹ قاصدي مرياح ورقلة، ص 145

² - مرسوم رقم 147/64 المؤرخ في 1964/05/28 ج.ر.ج عدد1 الصادرة في 1964/05/29 بشأن تنفيذ القوانين والضوابط.

³ - د. حامق ذهبية، نشر القانون كوسيلة لضمان الوصول اليه، جامعة الجزائر مداخلة القيت في الملتقى المنظم يومي 16 و 17/02/2014 جامعة قاصدي مرياح ورقلة، ص 107

⁴ -Viridiana Fernandez les qualités de la loi these pour le doctoraten droit univercité des sciences sociales de toulouse faculté de droit france 16/12/2003. p33



وعليه يتبين لنا أن هناك فترة ولو وجيزة بين عملية الإصدار والنفاد، وهي الفترة التي يكون فيها القانون موجودا ولكنه غير نافذ، فيحق للأشخاص أن لا يلتزمون بالقانون إلا بعد نشره حتى لا يفاجئ المخاطبين به والزاهمهم بأحكام لا يعلمون بها.

غير أن نشر القانون في الجريدة الرسمية يبقى محدودا لأنها ليست في متناول الجميع وذلك الحصول عليها يكون بشرائها أو الاشتراك الذي لا يضمن التوزيع السليم للجريدة، كما أن وصولها لآخر مكان في الدولة ليس مضمونا من الناحية العملية مما يؤدي إلى محدودية نشر التشريع ومن ثم صعوبة الولوج إليه¹.

3- النشر الإلكتروني:

لا شك أن التطور المتسارع طال جميع مناحي الحياة خاصة في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، مما أحدث ثورة في التغييرات الإدارية لمواكبة هذا التطور وأدى ذلك إلى إحداث تغييرات في وسيلة الاتصال بين المواطنين والإدارة إعمالا بما جاء في المادة 08 من القانون الذي ينظم علاقة المواطن بالإدارة والتي تنص على ما يلي: "يتعين على الإدارة أن تطلع المواطنين على التنظيمات والتدابير التي تسطرها وينبغي في هذا الإطار أن تستعمل وتطور أي سند مناسب للنشر والإعلام"².

غير أن ما يشد الانتباه أن المشرع الفرنسي تبنى هذا الاتجاه بموجب الأمر 164/2004 المتعلق بنشر التشريعات وبعض القرارات الإدارية في الجريدة الرسمية في الشكل الإلكتروني حيث نص على أن هذا النشر يساوي النشر على الورق الأمر الذي دفعه إلى تعديل المادة الأولى من التقنين المدني الفرنسي بحيث أصبح التشريع ملزما في كل التراث الوطني الفرنسي يوم كامل بعد نشره³.

بمعنى آخر فإن النشر الإلكتروني في فرنسا له قيمة قانونية، فيمكن للإدارة أن تحتج أمام المواطنين بهذه الوسيلة على فرضية العلم بالقانون، وعليه فالمواطنون ملزمون بأحكام التشريعات التي تنشر سواء في الشكل الورقي أو الإلكتروني.

أما في الجزائر فالأمر ما زال غامضا بالرغم من أنها اتجهت في هذا الإطار إلى مبادرة الحكومة الإلكترونية⁴ التي تهدف من وراءها إلى تحسين الخدمات للمواطنين، وتمكينهم من الولوج إلى المعلومات

¹ - حامق ذهبية، مداخلة مرجع سابق ص 110.

² - مرسوم تنفيذي 131/88 مرجع سابق

³ - حامق ذهبية، مداخلة، مرجع سابق ص 111

⁴ - عرفت الحكومة الإلكترونية بأنها استخدام تكنولوجيا المعلومات بهدف تغير أداء الحكومة من خلال جعلها أكثر كفاءة و فاعلية.



بأسرع وقت ممكن وبأقل التكاليف، عصرنة الإدارة¹ وأنشأت موقعا على مستوى الأمانة العامة للحكومة تأسيا بفرنسا .

أما في المجال القانوني فالمشعر الجزائري فضّل السكوت في هذا النطاق، مما يعني أن هذه التشريعات حتى ولو أنها منشورة في الشكل الإلكتروني فليس لها أية قيمة قانونية تجاه المواطنين. لكننا نجد نص المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري تنص على ما يلي " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"²، فهل يمكن أخذ هذا النص بعين الاعتبار بالنسبة لعلاقة المواطنين بالإدارة؟ في اعتقادنا لا يمكن ذلك لأن هذا النص ينظم العلاقة بين الدائن والمدين ولا علاقة له بالنشر، بل يتعلق الأمر بوسيلة الإثبات فلكل من الطرفين أن يثبت بها ليدحض ادعاءات خصمه، ولا يمكن بأي حال من الأحوال أن نقيس عليها علاقة الإدارة بالمواطنين.

ولذلك على المشعر أن يخرج عن صمته في هذا المجال، ويزيح الغموض بصدور نص صريح باعتماد النشر الإلكتروني، و تكون له قيمة قانونية وبالتالي توحيد إلزامية تطبيق القانون المنشور في كل أنحاء التراب الوطني بعد يوم من نشره، تحقيقا لمبدأ عدم اعتذار الجهل بالقانون، لأن المكلفين بخطاب القانون ليس الذين يعلمون به فقط، بل حتى الذين يجهلون.

من نافلة القول أن القواعد القانونية لا تقتصر على التشريع، بل يتضمن قواعد الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأول و كذلك العرف، فبالرغم من عدم نشرها في الجريدة الرسمية فلا يمكن للأفراد الاعتذار بجهلهم لهذه القواعد³، فلقد استقر لدى فقهاء الشريعة القاعدة الأصولية " لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام " فالعلم بأحكام الشريعة و القرآن و السنة أمر مفترض لا يسع لمسلم يقيم في دار الإسلام الجهل به، و لهذا لا يعد الجهل بها عذرا مسوغا لإسقاط حكم شرعي⁴.

4- تبرير مبدأ عدم الاعتذار بالجهل بالقانون:

القاعدة الأصلية أنه لا يمكن لأي مواطن أو إدارة على حد السواء الاعتذار بجهل بالقانون بعد نشره، وعليه فإن الجهل لا يحول دون تطبيقه على من يجهله، وتبرير ذلك أنه لو عمل بعكس هذه

¹ - الياس شاهد، الحاج عرابية، عبد النعيم درفور - تقييم تجربة تطبيق الحكومة الإلكترونية في الجزائر الجلة الجزائرية للدراسات المحاسبية و المالية عدد3/ 2016/ ص131

² - الامر 75/ 58 المؤرخفي 26/ 09/ 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم

³ - د. علي فيلاي - مقدمة في القانون (ب.ط) موقف للنشر ص 299

⁴ - د.محمد محمود منطاوي -الفقه الجنائي الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي -ط1/ 2015 المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة



القاعدة لمالت الأمور إلى الفوضى، ولقفز الكثير على القانون، كما أن تبرير هذه القاعدة مرتبط بمبدأ آخر وهو افتراض العلم بالقانون، وهو مبدأ قديم عرفته النظم السابقة¹.

لذلك لا يجوز الاعتذار بالجهل بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية، لأنه يفترض في كل مواطن أو هيئة إدارية عامة أو خاصة العلم به. غير أن في القانون الجزائري يوجد استثناء الذي يسمح بإمكانية الاعتذار بالجهل بالقانون للمناطق النائية، والمدن الداخلية التي تأخذ وقتاً أطول للوصول إليها، بالإضافة إلى ظروف أخرى قاهرة تحول دون العلم بالقانون سنذكرها لاحقاً.

وقد ثار جدل كبير حول قاعدة افتراض العلم بالقانون إن كانت قرينة² أم حيلة³؟ حيث اعتبرها فريق من الفقهاء بأنها حيلة، واعتبرها فريق آخر قرينة قانونية، مع العلم أن القرينة تجعل القانون ملزماً لمجرد أن العلم به ممكن و محتمل ، أما الحيلة فهي تجعل القانون ملزماً ، لأن العلم به متحقق عن طريق التزام قانوني⁴.

يرى الفقيه جيني أن قاعدة العلم بالقانون حيلة لأنها مخالفة للحقيقة، وضرب مقارنة بين شهادة الدكتوراه الفخرية وقاعدة فرضية العلم بالقانون، فيقول إذا كان مسموح لكليات الحقوق منح شهادة الدكتوراه الفخرية في القانون لبعض العلماء، والزعماء الذين لم يدرسوا القانون، وذلك على سبيل المجاز والتكريم، فإن قاعدة افتراض العلم بالقانون تمنح ما هو أكثر وهو العلم الكامل بالقانون لكافة الناس وليس لبعضهم فقط، و حسب هذا المفهوم يصبح كل فرد عالماً بالقانون رغماً عنه. أما دبان اعتبر افتراض العلم بالقانون قرينة قانونية تستدعيها ضرورة الحياة الاجتماعية، ولا يشترط أن يعلم كل شخص بكل القواعد القانونية، إذن لو اشترطنا ذلك لانتقلنا من نطاق القرينة والحيلة إلى نطاق اليقين، وبذلك فإن نشر القانون في الجريدة الرسمية يؤدي إلى احتمال علم الأشخاص بالقانون، وهذا الاحتمال يعبر عن قرينة قانونية تجعل من الشيء المحتمل صحيحاً⁵.

فالفريق الأول أسس مبدأ افتراض العلم بالقانون على الحيلة، باعتبار أن الحيلة تجعل الشيء غير موجود موجوداً، فحيلة شهادة الدكتوراه المجازية أن أصحابها ليست لهم كفاءة هذه الشهادة وبالتالي لا يستحقونها ومثل ذلك ظاهرة الدولة التي هي غير موجودة في الواقع الحسي، وإنما موجودة في الواقع

¹ - سمير سيدتناغو، مرجع سابق ص 595

² - عرفتها المادة 1349 من القانون المدني الفرنسي " القرائن هي نتائج يستخلصها القانون أو القاضي من واقعة معلومة لمعرفة واقعة مجهولة"

"Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le Magistrat titre d'un fait connu a un fait inconnu"

³ - فالحيلة القانونية كما يقول الدكتور صوفي أبو طالب تقوم على أساس تجاهل الواقع الملموس بغية الانحراف بالقاعدة القانونية إلى غرض آخر، أو تجاهل وجودها، فهي مخالفة للحقيقة والقانون معاً.

⁴ - د. عصمت عبدالمجيد بكر- مجلس الدولة - ب ط - ب س- دار الكتب العلمية ص 151

⁵ - سمير تناغو، مرجع سابق ص ص 597-598



الافتراضي بأن لها الشخصية القانونية ، فكذلك الحيلة في مجال القانون استعملها الفريق الأول لإعمال عدم الاعتذار بالجهل بالقانون ، أما الفريق الثاني الذي أسس هذا المبدأ على القرينة القانونية ، فإنه لم يبين طبيعة هذه القرينة إن كانت قاطعة لا يجوز إثبات عكسها ، أم بسيطة يمكن لكل شخص أن يثبت عكسها ، وفي هذا المجال لا يتعلق الأمر بنوع القرينة و إنما يكفي احتمال العلم بالقانون ليصبح ملزما للكافة سواء علم به يقينا أم لم يعلم به .

لو كنا نختار بين الفريقين لاخترنا الفريق الثاني باعتبار أن الحيلة تجعل الشيء غير صحيح صحيحا ، أما القرينة فتجعل الشيء على الغالب ، معنى ذلك أن أغلبية الشعب يعلم بالقانون وهذا لم يقصد به الشعوب السائرة في طريق النمو أو المتخلفة ، باعتبار أن لديها نسبة كبيرة من الأمية ، و إنما القصد به الشعوب التي بلغت حدا من التقدّم التكنولوجي ما يجعلها في مصاف الدول المتطورة .

لكن كنا نفضّل أساس العدل لإعمال مبدأ افتراض العلم بالقانون على حساب الحيلة و القرينة ، لأن القاعدة القانونية من خصائصها العمومية والتجريد والإلزامية ، لذلك فمن العدل أن يتساوى كل المواطنين المخاطبين بالقانون ، فالكل خاضع لأحكامه ولا صوت يعلو على صوت خطاب القانون ، من هنا يكسب القانون السيادة في المجتمع ، ثم بعد ذلك تأخذ الحالات الخاصة بعين الاعتبار حيث يخضع تنفيذ القواعد القانونية لمبدأ العدالة ، بحيث تراعى فيهما كل حالة والظروف المحيطة بها.

5- الاستثناءات الواردة على مبدأ عدم الاعتذار بالجهل بالقانون:

انتهينا إلى أن القاعدة العامة لا يمكن لأحد أن يتعذر بجهله للقانون بعد نشره في الوسائل المعتمدة قانونا لدى الدولة ، غير أن هذه القاعدة لا يأخذ بها على إطلاقها فلكل قاعدة استثناء .

5-1- القوة القاهرة:

يقصد بالقوة القاهرة الحالة التي يستحيل فيه على الإنسان العلم بالقانون وهي ظروف تحول دون العلم بالقانون فلا يجوز مساءلة الفرد في هذه الحالة عن مخالفته لأحكام القانون¹ ، ومن أمثلة القوة القاهرة قيام حرب أو ثورة أو احتلال أجنبي أو كارثة طبيعية عامة يترتب عليها عزل إقليم من أقاليم الدولة وتعذر وصول الجريدة الرسمية إليه²

لقد أخذ المشرع الجزائري بهذا الاستثناء عندما نص عليه في المادة الرابعة (4) من التقنين المدني "...وفي النواحي الأخرى في نطاق كل دائرة بعد مضي يوم كامل من تاريخ وصول الجريدة الرسمية إلى مقر الدائرة ويشهد على ذلك تاريخ ختم الدائرة الموضوع على الجريدة" فالمشرع الجزائري لم يحدد اليوم الذي يكون فيه القانون نافذا في أي منطقة من الوطن ، واعتبر ذلك بعد يوم من وصول الجريدة الرسمية

¹ - غالب على الداودي ، مرجع سابق ، ص 123

² - محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 137



ووصولها قد يطول وقد يقصر حسب ظروف كل منطقة وإذا لم تصل الجريدة الرسمية فعندها يمكن قبول الاعتذار الجهل بالقانون، من هنا يمكن أن نسجل على المشرع الجزائري بعض التأخر في آلية نشر النصوص القانونية، بحيث لا زال يعتمد على الجريدة الرسمية الورقية دون الالكترونية، و إلا كيف نفسر عدم تعديل المادة الرابعة من التقنين المدني بالنسبة لعدم نفاذ القانون في منطقة دون أخرى ن مما قد يسبب ارتباك لدى المواطنين .

ب: عملية التقنين لتحقيق الولوج المادي للقانون

تلعب عملية التقنين دورا هاما في بلوغ القاعدة القانونية باعتبار أنها تسهل على المخاطبين بالقانون عناء البحث عن القواعد القانونية الخاصة بمجال معين كما توفر الوقت الذي يصل فيه المواطن إلى القاعدة القانونية.

وإذا كانت عملية التقنين تهدف إلى إمكانية الوصول إلى القاعدة القانونية بسهولة ويسر وفي ظرف معقول وبذلك تكون قد عملت على تحقيق عدة مبادئ قانونية كتحقيق مبدأ المساواة بين المخاطبين بالقانون ومحاربة ظاهرة التضخم القانوني بالإضافة إلى تحقيق مبدأ الأمن القانوني خدمة لدولة القانون فإنها في المقابل تحتاج إلى إدارة سياسية لتحقيقها¹

لذلك سوف نتطرق إلى مفهوم عملية التقنين والغاية التي نجنمها من ورائها.

1- تعريف التقنين لغة واصطلاحا:

1-1-تعريف التقنين لغة: التقنين من قن والقنّ تتبع الأخبار واقتننا اتخذنا وقنه كل شيء طريقه ومقياسه ومنه التقنين².

وكذلك فان فكرة كلمة التقنين تعني لغة من قن يقن تقنينا بمعنى الوضع والسن ومنه التقنين أي وضع المشرع القوانين أو سنها³،

1-2-تعريف التقنين اصطلاحا: هو تجميع النصوص القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية والخاصة بفرع من فروع القانون في تقنين واحد يطلق عليه المدونة code (كالقانون المدني والقانون الجنائي والقانون التجاري⁴).

¹ د. دويبي مختار، ضوابط جودة القاعدة القانونية مرجع سابق ص 205

² محمد الحسن البغا، التقنين في عملية الأحكام العدلية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية المجلد 25، العدد2، سنة 2009، ص 746

³ د. محمد تهايمي ذكره، امكانية تبديل الشريعة إلى قانون، الأهمية الواقعية، النتيجة، ص 216

⁴ د. غالب على الداودي المدخل إلى علم القانون، 2004، ص 142



والتقنين هو أيضا جمع أحكام المسائل على شكل أبواب في مواد مرقمة ومتسلسلة حتى يسهل الأمر على القضاة وعلى الناس الاطلاع عليها والرجوع إليها بسهولة¹.

و التقنين التي تعني باللغة الفرنسية codification هو جمع القواعد الخاصة بمجال معين من القانون وترتيبها على شكل مواد مع إزالة ما بها من تناقص وغموض في مدونة واحدة (code) ثم إصدارها على شكل قانون تفرضه الدولة². فهو عملية تجميع القواعد القانونية الخاصة بمجال معين في مجموعة واحدة مرتبة بشكل يضمن التنسيق والملائمة بين هذه القواعد³.

أما من جانب الباحث فإنه يعرف التقنين على أنه " هو جمع المشتت من القواعد القانونية المتعلقة بمسألة معينة أو مجال معين في مدونة واحدة ، يكون من خلال تبويب كل مسألة على حدة وترتيب موادها وترقيمها تضعها السلطة المختصة وتفرضها الدولة على المخاطبين بها ، وذلك تحقيقا لسهولة الرجوع إليه لإزالة عناء البحث عنه ، و يجعل هذه المدونة في متناول المواطنين وسهولة الوصول إليها.

(2) تطور التقنين:

إن فكرة التقنين ليست وليدة هذا العصر وإنما ضاربة في جذور التاريخ قديما ، فلقد عرفت حضارة بلاد الرافدين خمسة شرائع مدونة شريعة أو كاجينا شريعة أرمنو، قانون اشنونا وشريعة أليت عشتار وشريعة حمورابي، وهي التي كتبت بأمر من حمورابي على الحجر والطين لكي يعلم بها كل من القضاة والناس ذلك تحقيقا للعدل. ونجد الحضارة الرومانية أكثر الحضارات التي اهتمت بعملية التقنين وخير شاهد على ذلك هو تجميع القواعد القانونية العرفية بتقنين واحد سمي آنذاك بمجموعة الألواح الاثني عشر التي كانت تهدف إلى إخراج هذه القواعد من السرية إلى العلن ، كما عمل الإمبراطور جستنيان على تجميع القواعد الحقوقية وسمها باسمه حيث عرفت بقانون جستنيان وكان يهدف بها إلى رفع الظلم الذي كانوا يتعرضون له الأفراد بسبب جهلهم بالقواعد القانونية⁴.

أما في الدولة الإسلامية فإن فكرة التدوين نشأت منذ بزوغ فجر الخلافة الراشدة في عهد الخليفة الأول سيدنا أبي بكر الصديق رضي الله عنه⁵، حيث اقترح عليه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن يجمع القرآن بكتابه خشية الضياع، خاصة بعد الخسائر البشرية التي تكبدها الجيش الإسلامي بعد غزوة اليمامة في حرب المرتدين عن الإسلام ، والتي استشهد فيها عدد كبير من الصحابة القراء، فنفر أبي بكر الصديق في بداية الأمر ثم طابت نفسه لذلك ، وأرسل إلى زيد بن ثابت لمكانته في القراءة والكتابة والحفظ

¹- د. محمد الحسن ، البغا، مرجع سابق، ص 746

²- د. محمد زكي عبد البر ، التقنين الفقه الإسلامي ، المبدأ والمنهج، ص 8

³- د. محمد حسين منصور، المدخل القانوني، القاعدة القانونية، ص 110

⁴- د. غالب على الداودي، المدخل إلى القانون، مرجع سابق - ص 142/143

⁵- د. محمد الحسن ، البغا، التقنين في الأحكام العدلية، مرجع سابق - ص 746



والفهم والعقل، وبدأ مهمته الشاقة معتمداً على المحفوظ في صدور القراء والمكتوب لدى الصحابة وبقيت تلك الصحف عند الخليفة الأول، ثم انتقلت إلى الخليفة الثاني عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبعد وفاته احتفظت بها حفصة إلى أن جاء عهد عثمان بن عفان رضي الله عنه¹.

لما رأى سيدنا عثمان بن عفان في عهده خطر اختلاف الأمة ظاهر للعيان في قراءة القرآن، أرسل إلى بعض الصحابة لينسخوا عدة نسخ من المصحف الذي جمع في عهد أبي بكر، وأرسل لكل ناحية نسخة وأمر بحرق النسخ الأخرى، وبهذا العمل قضى الخليفة الثالث على ذلك التراجع والاختلاف في مهده. فبواسطة الكتابة حفظ الصحابة نص القرآن من الضياع، وحفظوه من الاختلاف في طريقة القراءة وكل ذلك بتوفيق من الله عز وجل لهذه الأمة، وهو ما جاء في قوله تعالى "إنا نحن نزلنا الذكر وإنا له لحافظون"².

ثم بعد ذلك دونت السنة النبوية الشريفة بعد ما كان قد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن ذلك، فعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال أن النبي صلى الله عليه وسلم قال "لا تكتبوا عني شيئاً إلا القرآن فمن كتب عني شيئاً غير القرآن فليمحاه"³ ثم أذن بتدوينها بعد ما اطمئن عن القرآن، ولكن لم يكن بالشكل الرسمي الذي لم يبدأ إلا في العهد الأموي على يد الخليفة عمر بن عبد العزيز، الذي بعث في الأمصار لجمع شتات السنة المطهرة، وكان التدوين الرسمي الثاني في العهد العباسي على يد أبي جعفر المنصور عندما طلب من الإمام مالك أن يوطئ (يبسر) للناس السنة النبوية، والتدوين الثالث كان في القرن الثالث الهجري حيث إهتم العلماء بالسنة جمعاً وتديناً وتصنيفاً على المسانيد والجوامع والسنن⁴.

وكان التدوين في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم معروفاً خاصة ما كان يجريه من عهد كصلح الحديبية، وكتابة وثيقة المدينة التي اعتبرت أول دستور ليضمن العيش في مجتمع متعدد الأجناس والأديان والطوائف، حيث استطاع الرسول صلى الله عليه وسلم بمقتضاه أن يقيم دولة بمواصفات الدولة الحديثة التي تحلم بها المجتمعات المتطورة، وكتابه ملوك وأمراء يحثهم بالدخول في الإسلام، بالرغم من ذلك وكان في بداية الأمر قد نهى عن كتابة السنة المطهرة بالشكل الرسمي خشية اختلاطها بالقرآن من جهة والتفرغ للقرآن فقط دون غيره.

¹- د. مناع القطان التشريع والفقاه الإسلامي، مرجع سابق -ص 291

²- د. عمر سليمان الأشقر المدخل إلى الشريعة والفقاه الإسلامي، مرجع سابق ص 144

³- محمد رضا السيدي الجلاي -تدوين السنة الشريفة - ط 1413/1 دار الهدى للباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان ص 289

⁴- محمد حسن نورالدين إسماعيل - تدوين السنة النبوية - شبكة الألوكة منشور على الموقع

<https://www.alukah.net/library/0/70997/>



وتعتبر مجموعات نابليون الفرنسية هي الحدث الأول في هذا المجال خاصة التقنين المدني 1804 ثم انتقلت عملية التقنين إلى باقي البلدان الأوروبية تأسيا بفرنسا في تدوين القانون. كما تم الاشتراك في عهد الإمبراطورية العثمانية لجمع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات في مجلة الأحكام العدلية الصادرة 1876¹.

(3) الآثار المترتبة على عملية التقنين: ترتب على عملية التقنين آثار في غاية الأهمية لتحقيق مبدأ الأمن القانوني، إذ بمجرد أن يتم جمع مختلف التشريعات المتناثرة هنا وهناك في مدونة واحدة، وإصدارها من قبل السلطة المختصة ونشرها تفلت من يد صانعيها لتصبح في متناول المواطنين والمخاطبين بأحكامها²، فهذه العملية تسهل الاطلاع على النصوص القانونية سواء المختصين أو المواطنين، كما أنها تمنح المرونة في وضع القاعدة القانونية و يسمح بتطوير مضمونها بإختيار المصطلحات الملائمة ، و إدخال تصحيحات قانونية على النص و كذلك حذف الأحكام الملغاة صراحة أو ضمنا بأحكام جديدة³، بالإضافة الى ذلك تعمل على توضيح النصوص من خلال تحيين المصطلحات و ترتيبها حسب ترتيب المعايير و تقييم تجانس النصوص فيما بينها ، و بهذا تسمح بتناغم القانون ، و عليه فإن عملية التقنين تعالج مشاكل النصوص القانونية المبعثرة⁴.

هذا ما يساهم في التخفيف من عناء البحث عن النصوص في أكثر من وسيلة نشر ، حتى و إن كانت الوسيلة الوحيدة هي الجريدة الرسمية ، فإن الوصول إلى القانون من قبل المعنيين يجعلهم البحث عنه في أكثر من عدد من الجرائد الرسمية ن مما يرهق المواطن في وقته و ماله ، ثم أن توحيد المصطلحات في المدونة يسهل تطبيق القوانين بشكل صحيح بإزالة كل ما يجعلها مربية .

4: رأي الفقه في التقنين: لم يتفق فقهاء القانون على رأي موحد حول عملية التقنين فقد انقسموا بين أنصار وخصوم لهذه العملية.

1-4- رأي الخصوم في عملية التقنين:

تقود هذا الرأي المعادي للتقنين المدرسة التاريخية وعلى رأسها العلامة سفياني، والتي تعتبر أن القانون يتكون في ضمير أفراد الشعب، ويتطور باستمرار مثله مثل اللغة. أما التقنين فهو يؤدي إلى تجميد القانون كما لو كان شيئاً ثابتاً لا يتغير، مما يذهب من مرونته وقدرته على التلاؤم والتطور⁵.

¹ - غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق ص 143-144

² - د. دويبي مختار- ضوابط جودة القاعدة القانونية - مرجع سابق ص-209

³ - د. حسان نادية فعالية عملية التقنين في محاربة التضخم القانوني في المجالين الاقتصادي والاجتماعي مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الأمن القانوني بجامعة قاصدي مرباح ورقلة

⁴ -Jean-lucwarnsmann simplifions nos lois pour agir un mal francais .la documentation francaise paris 2009 p.82

⁵ - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق - ص 369



ذلك لأن القواعد القانونية تصب في صيغ ثابتة يصعب تغييرها ، ذلك لأن المجتمعات التي وضعت أحكامها القانونية في مجاميع مقننة تحرص عليها كثيرا، مما يكسبها القداسة فيحول هذا الشعور دون تطور الأحكام القانونية. وهذا ما حدث قديما بعد أن وضع جستنيان في روما مجاميعه ومنع الفقهاء من شرحها أو التعليق عليها ، و لقي هذا الرأي التأييد في فرنسا من قبل الفقيه كايبتان الذي يرى أن التقنين يصب القواعد القانونية في قالب الجمود ، وهو يرى أن التقنين يمر بمراحل ثلاث، الأولى وتأتي مباشرة بعد صدوره يحتدم فيها النقاش بين مؤيد ومعارض. والثانية تأتي بعد مدة وجيزة من إصداره، وفيها يكتسب التقنين الاحترام و المهابة و التقديس .و الثالثة تأتي بعد مدة غير وجيزة تبرز عيوبه بعد تطبيق أحكامه¹.

فحسب مفهوم هذا الرأي أن القانون يكتسب القداسة بمجرد تجميعه في تقنين واحد فيستشعر الكل بالزاميته و عدم تعديله . وربما هذا الفهم مستخلص من النزعة المسيحية التي كانت تحكم من قبل بحيث ظلت القواعد سرا لدى الحكام و لا يمكن المساس بها مهما تغيرت الظروف. بالرغم من ذلك نقول أن القانون وجد لينظم علاقات الأفراد داخل المجتمع وفق ما يتناسب و حياتهم الاجتماعية و السياسية والاقتصادية، فإذا تغيرت هذه الظروف حتما ستكون القوانين القديمة غير نافعة مما يستوجب تعديلها، وبما أن المشرع هو الذي يوجه المجتمع في الاتجاه الذي يريده بواسطة التشريع فلا يوجد ما يمنعه من تعديل التشريع القديم و حلول تشريع جديد أنسب لمرحلة التطور .

4-2- رأي أنصار عملية التقنين:

لم يكتب لخصوم التقنين الانتصار سواء من الناحية النظرية أو من الناحية الواقعية. فمن الناحية النظرية: فإن المدرسة التاريخية قد أخطئت إلى ما ذهبت إليه ،عندما اعتبرت أن القانون كاللغة يتكون ويتطور في ضمير الأمة بشكل غير إرادي، بل القانون من صنع إرادة الإنسان الواعية، فإن كان القانون من صنع إيرادات كثيرة متداخلة ومتصارعة، فإن صياغته لن تكون إلا من صنع إرادة واحدة متناسقة ومتكاملة. ومن هنا تبدو أهمية التقنين باعتباره عملا إراديا منطوقيا. ومن الناحية العملية: فإن عملية التقنين اكتسحت العالم كله خلال القرن التاسع عشر والقرن العشرون حتى أصبح ميزة هذا العصر².

لما كان التقنين صورة من صور التشريع، فهو يتميز بكافة المزايا التي يحققها التشريع بالإضافة إلى مزايا أخرى تترتب على عملية التقنين، من ذلك التقليل من احتمالات التعارض، أو التكرار بين القواعد

¹ - غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق -ص 147

² - سمير تناغو، مرجع سابق ص 369



القانونية، وكذلك السهولة التي يوفرها للباحث عند الرجوع إليه لمعرفة حكم قاعدة قانونية معينة¹.

5: مزايا التقنين وعيوبه: للتقنين عدة مزايا و عيوب نذكر منها

5-1- سهولة التعرف على الأحكام القانونية بعد جمعها في مدونة واحدة مما يعود بالفائدة على المجتمع ككل وعلى المتخصصين في القانون قضاة وباحثين بسهولة الوصول إليه .

5-2- توحيد القانون في الدولة الواحدة وذلك بإصدار القواعد القانونية الخاصة بكل فرع من فروع القانون في مدونة واحدة مثل ما حدث في فرنسا اثر صدور قانون نابليون في القرن التاسع عشر، وفي ألمانيا في القرن العشرين وذلك ما يحصل عن طريق العرف أو العادات، باعتبارها مصدرا للقاعدة القانونية وذلك لبطأهما في تكوين القاعدة القانونية وعدم عموميتها في الغالب²

5-3- إن تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يضفي دقة صياغة النصوص القانونية فيزيل الغموض والتعارض الذي قد يكون بين القواعد القانونية المختلفة المتناثرة بين تشريعات متعددة قبل تقنينها وبذلك يتحقق التناسق والتناغم بين القواعد القانونية³.

أما من جانبنا فإننا نقول أن الانتقادات التي وجهت إلى التقنين كانت مبنية على اعتقادات سيئة الفهم ، كما أن العداء للثورة الفرنسية فعل فعلته ذلك أن المدرسة التاريخية عندما وصفت التقنين بأنه يؤدي إلى الجمود واكتسابه للاحترام والقدسية ، وإن كانت لها جانب من الصحة فإن ذلك لا يعني الجمود المطلق ، وإنما استقرار نسبي، وبإمكان المشرع أن يعدل في هذه القوانين متى دعت إليه الضرورة ، ذلك لأن الجمود المطلق تأباه سنة التطور، و حق الأمة في تعديل قوانينها مصون متى أرادت. ومن نافلة القول أن الاستقرار النسبي لأحكام القانون يجعل الناس في أمن من القانون ، حتى لا يفاجئهم بتغيرات وتعديلات متتالية، كما أن بناء العلاقات والروابط على وفق الأحكام الواضحة والمعروفة لدى الجميع يحقق فكرة الأمن القانوني.

إن عملية التقنين تحقق تناسق وتناغم القواعد القانونية، ووحدة النظام القانوني وتجعل القاعدة القانونية سهلة المنال وإمكانية الوصول إليها دون عناء، بيسر و في وقت قصير.

ثانيا- الولوج المعنوي للقانون:

إن الولوج المادي للقانون لا يطرح إشكال كبير، بينما الولوج المعنوي أو الجوهرية فإنه أكثر تعقيدا وتشعبا لكونه يحيل إلى المقروئية والوضوح و المفهومية و سوف نتطرق الى هذه العناصر باعتبارها تمثل الآليات الأساسية للولوج المعنوي للقانون .

¹- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 121-122

²- محمد زكي عبد البر تقنين الفقه الإسلامي، المبدأ والمنهج إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر(ب.ط) (ب.س)ص 9-10

³- د. غالب علي بدوي، المدخل إلى علم القانون، مرجع سابق ص 146



أ- المقروئية: ليس هناك تعريف جامع مانع للمقروئية بسبب تعدد مجالاتها ، لذلك اختلف الفقهاء في تعريفها بحسب مجال البحث . و نجتهد نحن بدورنا لنضع التعاريف الفقهية المناسبة لمجال بحثنا ثم نختار تعريف خاص بنا .

يقصد بمقروئية النص في أبسط معانيها هي نتيجة لتقييم سهولة قراءة الكتابة في مقابل المقاييس الناتجة عن تجميع المعايير اللغوية في بناء جملة، مثل كلمة معروفة تقرأ أكثر من كلمة غير معروفة ، والجملة المعقدة أصعب في القراءة من الجملة البسيطة¹. و المقروئية هي قابلية النص لأن يكون مفهوماً². كما يقصد بالمقروئية السعي لجعل النص سهلاً، مرناً، يسيراً، و أن تتوفر فيه شئ من المتعة والجادبية، أو بأنها السهولة التي يمكن أن يقرأها نص ما، ويتوقف ذلك على العوامل التي يمكن أن تؤثر في نجاح قراءة النص و فهمه، و يقع ذلك ضمن اهتمام القارئ و دافعيته فضلاً عن وضوح النص و حسن إخراجها و درجة تعقيد الكلمة و الجملة³، فالنص المكتوب بلغة ممتدة و مجهولة لدى الشعب مخزنة كأسرار شفوية ، فإن المواطن لا يستطيع أن يحكم شخصياً كيف تكون أفعاله على حريته و ممتلكاته⁴. ولهذا يمكن القول أن النص المقروء هو ذلك النص الذي تظهر فيه كلمات واضحة وجملة بسيطة غير معقدة تسمح للقارئ أن يفهمه بكل سهولة و يسر، ولذلك فإن فعالية النص تبدأ من المقروئية ، أي يكون النص في متناول المتلقي فكرياً بعدما تمكن منه على المستوى المادي .

وعليه تتحدد مشكلة المقروئية في الاتصال بين المادة المكتوبة أو المطبوعة في وضوحها وغموضها، أو سهولتها و صعوبتها، وبين القارئ و توافقه مع المقروء و مدى فهمه لما يقرأ⁵، وعليه يمكن القول أن المشكل لا يتعلق بالنص وحده ، بل كذلك بمستوى المخاطب بالنص ، و لهذا إذا أسقطنا هذا المفهوم في المجال القانوني ، فيجب أن تعطى أهمية اللغة لصياغة النص من جهة ، و مراعاة مستوى الفئة المخاطبة بالنص، فإذا كان النص القانوني يخاطب عامة الناس فيجب أن يتسم ببساطة جملة وأن تكون مفرداته معروفة و متداولة في الوسط الاجتماعي .

لكن في الجزائر يزداد الأمر تعقيداً إذا علمنا أن كثير من النصوص القانونية الرسمية تصدر باللغة الفرنسية ، و ما النصوص المحررة باللغة العربية إلا مجرد ترجمة للفرنسية ، بحيث إذا اعتري نص

¹-Céline Beaudet. Université de sherbrooke .clarté. Intelligibilité des textes www.vcharite.univ.fr le 28/08/2018

²- دويبي مختار ضوابط جودة القاعدة القانونية اطروحة دكتوراه جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس 2015 ص 181

³-www.alukah.net le03/08/2018. د. خالد حسين أبو عمشة - المقروئية و أهميتها و كيفية قياسها - ص 4 مقال منشور على الموقع

⁴-Viridiana Fernandez les qualités de la loi these pour le doctoraten droit université des sciences sociales de toulouse faculté de droit france 16/12/2003. p152

⁵-د.رحيم علي صالح اللامي .م.ابتسام صاحب الزويبي - المقروئية (مستوياتها -العوامل المؤثرة فيها -صعوبة تطبيقها) مجلة كلية التربية

الاساسية العدد 17. ايلول 2014 جامعة بابل ص 173



من النصوص الغموض يرجع فيه إلى النص الفرنسي باعتباره النص الأصلي¹، وهذا النهج المتبع يتعارض مع الدستور في مادته الثالثة التي تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية و الرسمية من جهة، وتحريف النصوص في ترجمتها حسب الأهواء دون اعتبار لنية المشرع ، الأمر الذي يهدد مبدأ الأمن القانوني .

لذا يمكن لنا أن نختار تعريفا للمقروئية إذ هي قابلية النص القانوني للفهم و الاستيعاب من قبل المخاطبين به، من خلال وضوح عباراته ، و قصر جملة ، و خلوه من كل تعقيد ، و تحديد موضوعه. **أبعاد المقروئية:** تتمثل أبعاد المقروئية في ما تحمله من ميزات التي تحقق هدفها وهي البصرية، اللغوية، المجازية ، المنطقية ،الفعالية² ، فالمقروئية تهتم بشكل القاعدة القانونية ، أي بدها أن تكون مكتوبة بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون النص مقروءا، وترى السيدة كوبي.koubi بأن المقروئية هي نوعية النص الذي يمكن قراءته واستيعابه بسهولة ،وتكون عناصره الأساسية مشخصة ومستوعبة بشكل بسيط³ . هذا الأمر يتعلق بالمقروئية المادية، بحيث يكون عرض النصوص متناسقا فيما بينها من شأنه المساعدة على بزوغ المعنى، لذلك يطرح السؤال حول تعزيز النصوص من خلال التحسين لمواكبتها زمنيا وكذلك الاستخدام الأمثل للغة⁴ .

بمعنى أن النص بالإمكان قراءته واستيعابه بسهولة ،حتى عند غير المتخصصين وذلك باستعمال اللغة البسيطة ،واختيار العبارات الصريحة لا الضمنية، و الكلمات الشائعة الاستعمال ،و عدم الإطناب الذي يؤدي إلى عدم الجاذبية عند المتلقي، و بالتالي يستشعر المخاطب بالقانون قد تلقى معلومات جديدة محددة تستوعبها الذاكرة وتحفظها بسهولة ويسر.

ب- الوضوح وهو أن تختار العبارات السهلة والغير معقدة عن المقصود وتحقيقه بيسر، بحيث يتمكن القارئ والمستمع من أن يحدد المفهوم الحقيقي دون عناء⁵ .فالعامل الأساسي المساعد على استيعاب النص هو ضبط اللغة المستعملة، والتي تعبر عن الحس القانوني وتبين قدرة المبدع القانوني (المشرع) المتمكن من فن الصياغة⁶ .

¹-أ.علي فيلاي- احترام التوقعات القانونية –مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني المنظم يومي 24 و25/02/2016 جامعة قاصدي مرياح ورقلة ص19

²-دويني مختار، مرجع سابق ص 183

³ - G faure et G. koubieconomica. Colletudejuridiquet 16.2003 p 15 et p 227

⁴ -Thomas piazzonlasecurité juridique.doctorat.notariatcollection de theses édition alpha.t35. .p19

⁵ -عليوة مصطفى فتح الباب –الوسيط في سن و صياغة و تفسير التشريعات الكتاب الثاني –دار الكتب للقانونية –دار شتات للنشر و البرمجيات مصرص 116

⁶ -فاطمة الزهراء رمضاني، أثر الصياغة الجيدة للنص في دعم مبدأ الأمن القانوني في الجزائر،مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني ليومي 11 و12/11/2014 تحت عنوان الأمن القانوني في الجزائر بجامعة المدينة ص 7



وتتجلى أهمية الوضوح في فهم المخاطبين بالقاعدة القانونية لأحكام التشريع ، مما يجعله يحقق الهدف المرجو من صدوره، وعلى العكس من ذلك فإن غموض النص، يؤدي حتما إلى اختلاف تطبيقه وبالنتيجة يؤدي إلى عدم الاستقرار، وعدم الاطمئنان لأحكام القانون، الأمر الذي يجعل صورة المشرع تهتز أمام المخاطبين بالقانون¹.

ج - المفهومية: وهي أن تكون القاعدة القانونية محددة ودقيقة ، حتى يتسنى للمتقاضي معرفة ما له وما عليه وتحديد مركزه القانوني ، ونجد المحكمة الفدرالية السويسرية قضت في عدة حالات بضرورة سن قواعد قانونية واضحة وجليّة، شفافة ومفهومة ، وأن الأحكام القانونية التي تكون عكس ذلك بمعنى غير واضحة وغير جليّة ومعقدة ، تخلق نزاعا محتملا مع مبدأ الأمن القانوني².

وحتى تكون القاعدة القانونية مفهومة يجب إقصاء الكلمات والعبارات التي تحتمل عدة معاني وأن تختار العبارات ذات المعنى الدقيق، والابتعاد عن أسلوب التلميح، حتى تسمح للمخاطب بالقانون من استيعاب وفهم محتوى النص، وما ورد فيه من أحكام ، فعندئذ يكون صالحا للتطبيق ، لذلك يقع لزاما على المشرع مراعاة مفهومية النص بالنسبة للمخاطب بأحكامه، وذلك بالابتعاد عن كل ما يجعله معقدا وغير مفهوم. وقد يختلط لدى البعض بين المفهومية والوضوح ، لذلك ارتأينا في هذا المقام أن نبين الفرق بينهما، فالوضوح أشمل وأوسع من المفهوم ويعتبر هذا الأخير فرع من فروعه وللتوضيح أكثر سوف نبين العلاقة بينهما.

د- علاقة الوضوح بالمفهومية:

قسم الأصوليون الوضوح إلى منطوق ومفهوم ، فيكون لدينا الواضح بمنطوقه و الواضح بمفهومه .

1- الواضح بمنطوقه: يشمل النص³ والظاهر⁴ والعموم⁵.

2- الواضح بمفهومه وهو ما دل عليه اللفظ في محل النطق، وإنما حكما لغير المذكور، وينقسم بدوره إلى مفهوم بالموافقة ومفهوم بالمخالفة. فالأول وهو ما دلّ عليه اللفظ في غير محل النطق و كان حكمه موافقا للمنطوق. قال تعالى " ولا تقل لهما أف " فإن الآية دلت على هذا المعنى في غير محل النطق و هو

¹ - عليوه مصطفى ، الوسيط في سن وصياغة وتغيير التشريعات ، مرجع سابق، ص 118

² - دويني مختار ، مرجع سابق ص 186

³ - النص هو ما دل على المعنى دلالة قطعية صريحة لا تحتمل التأويل.

⁴ - الظاهر ما دل على أمرين يرجح أحدهما، وهي دلالة ضمنية .

⁵ - العموم هو كل لفظ شمل شيئين فأكثر.



الحرمة موافق للمنطوق و هو حرمة التأفيف¹، و الثاني وهو الحكم المسكوت عنه مخالف للحكم المنطوق به ويسمى دليل الخطاب².

أي ما يخالف حكمه المنطوق مثل " يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا " الحجرات الآية6، فبمفهوم المخالف إن جاءكم من غير الفاسق فصدقوه القول أي قبول خبر الواحد العدل³.

ونحن ندرج هذه المفاهيم حتى ندرك أقوى الأحكام من أضعفها، ونعلم أن لكل لفظ في وسط المبنى الكامل للجملة لقانونية له قيمته، ونستطيع أن نميز بين الواضح والمفهوم، إذ ليس كل واضح مفهوم هذا من جهة، ونميز بين الواضح بمنطوقه والواضح بمفهومه.

وبالرغم من اختلافهم في المعنى فإن المقرئية والوضوح والمفهومية إذا توفرت في النص القانوني تمكن الأشخاص من الولوج المعنوي إليه.

ه-المعايير النصية :

يعد دي بوجراند من أوائل علماء النص الذين حددوا بدقة متناهية معايير نصية بحيث جاءت شاملة لكل تعاريف النص على اختلافها، و قد قسمها على ثلاث فئات فئة المعايير المتعلقة بالنص، و فئة المعايير المتعلقة بالمنتج (المشرع) و المتلقي (المخاطب بالقاعدة القانونية)، و فئة المعايير المتعلقة بظروف الإنشاء و التلقي⁴.

1- المعايير المتعلقة بالنص : وهما معيارين (الاتساق -الانسجام)

الاتساق أو السبك: يحيل إلى العلاقات المعنوية القائمة داخل النص و التي تحدده كنص، أو يقصد به التماسك الشديد بين الأجزاء المشكلة للنص، أما الانسجام والالتحام فيقصد به وجود علاقات متنوعة و متداخلة بين عناصر النص و مقاطعه، فالنص المتفكك الأوصال يصحبه حتما تفكك دلالي وعندها يتعذر فهمه⁵.

¹ - عبدالله بن سعد بن عبدالله آل مغيرة -دلالات الألفاظ عند شيخ الإسلام ابن تيمية الجلد الأول ط1 2010 دار الكنوز اشبيليا للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية ص 788

² - عبد المهدي أحمد العملي، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005، ص 215 – 217

³ - جلال الدين السيوطي الإتيقان في علم القرآن المجلد الثالث من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية و الأوقاف و الدعوى و الإرشاد المملكة العربية السعودية ص81

⁴ - محمد الأخضر الصبيحي -مدخل إلى علم النص و مجالات تطبيقه-الدار العربية للعلوم ناشرون. منشورات الاختلاف arbics1.blogspot.com

⁵ -عوض عباس الهادي -محمد داود محمد-محمد علي محمد-لسانيات النص ومعايير الخطاب الصحافي-مجلة العلوم الإنسانية مجلد 18 2017/(1) جامعة السودان للعلوم و التكنولوجيا كلية اللغات ص 50



2- المعايير المتعلقة بالمنتج (المشروع) والمتلقي وهما معياري (المقصدية – المقبولية)

المقصدية وهو التعبير عن هدف النص الذي يغدو وسيلة متاحة بغية الوصول إلى هدف محدد. ويتضمن موقف منشئ النص، من كون صورة من صور اللغة، القصد منه أن يكون نصا يتمتع بالسبك والالتحام¹، أما المقبولية ويقصد به موقف متلقي النص تجاه كونه شكل من أشكال اللغة ينبغي أن يكون مقبولا².

3- المعايير المتعلقة بظروف الإنشاء والتلقي وهما معيارين (التناسق، الإعلامية).

التناسق يتضمن العلاقات بين نص ما ونصوص أخرى مرتبطة به أي تداخل النصوص في أشكالها ومضامينها³. و أما الإعلامية أو البلاغية و هو أن يحمل كل نص قدرا معلوما من القدرات الإخبارية للمتلقى⁴.

من خلال هذه المعايير التي وضعت للنص يتبين لنا أن النص القانوني تدخل في تكوينه عوامل داخلية و التي تعبر عن ذاتيته كنص مفهوم، و عوامل خارجية تكشف عن إبداع المشرع و مستوى المتلقي، وهذه العوامل في مجموعها تكون علاقات فيما بينها تنتج لنا بناء حصيف ، و إغفال أي عامل من هذه العوامل يؤدي إلى تفكك وحدة النص و بالتالي تفكك دلالاته .

الفرع الثاني: الاستقرار القانوني

يعد الاستقرار التي تسعى الأنظمة القانونية إلى تحقيقه مطلب منشود، وضرورة ملحة لأنه يؤدي إلى الطمأنينة والهدوء واليقين والثبات في المراكز القانونية، وفقدانه يؤدي إلى تهديد الحقوق المكتسبة فضلا عن الحقوق التي تكون في مجال مجرد الأمل و هي الحقوق التي لم تكتسب بعد، ولتوضيح الاستقرار القانوني كعنصر أساسي في تكوين الأمن القانوني التي تعمل الدولة الحديثة على تحقيقه، و للتعرف عن الاستقرار القانوني كركن من أركان الأمن القانوني نتطرق إليه في هذه المحطات.

أولا: مفهوم الاستقرار القانوني:

المقصود بالاستقرار القانوني هو نوع من الثبات النسبي للقواعد القانونية من جهة وللمراكز الشخصية من جهة أخرى ، فالاستقرار بهذا المعنى يكون عملة واحدة لوجهين .

وهذا ما يجعلنا أن نكشف بجلاء العلاقة القائمة بين القانون والمراكز الشخصية و لتوضيح ذلك

يجب أن نبين (أ) الاستقرار الشكلي للقواعد القانونية، (ب) الاستقرار الموضوعي للقواعد القانونية

¹ - بن الدين بخولة-الإسهامات النصية في التراث العربي –أطروحة دكتوراه جامعة احمد بن بلة وهران 2016 ص 69

² - بن يحيى ناعوس-تحليل الخطاب في ضوء لسانيات النص – أطروحة دكتوراه جامعة وهران 2013 ص 12

³ - عوض عباس الهادي –محمد داود محمد – محمد علي محمد-مرجع سابق ص 51

⁴ - بن الدين بخولة – الإسهامات النصية في التراث العربي مرجع سابق ص 71



أ-الاستقرار الشكلي للقاعدة القانونية : يقصد به الكيفية التي تعرض بها القاعدة القانونية وهنا يقودنا الحديث إلى المصدر الأساسي وهو التشريع الذي يتضمن القاعدة القانونية مكتوبة صادرة عن سلطة مختصة مقرونة بجزاء يكفل احترامها ، فصدور التشريع في وثيقة مكتوبة هو ما جعله يتفوق على غيره من مصادر القانون وخاصة العرف، و لا يدع أي مجال للشك حول إثبات وجود القاعدة القانونية أو تاريخ نشأتها وتحديد نطاق سريانها من حيث الزمان والمكان¹، وهذا ما يعبر عنه باليقين القانوني، الأمر الذي يسهل على الأفراد مستقبلا معرفة ما يرتبه القانون من نتائج مسبقا، فيبنون علاقاتهم القانونية على هدى منه .وبهذا يكون التشريع المكتوب الوسيلة الأولى لتحقيق الأمن القانوني واستقرار المعاملات².

إذن فالتشريع بهذا المعنى له ايجابيات تجعله آمنا، وأول هذه الايجابيات أن قواعد مكتوبة، وهذا يحدد بجلاء السلطة التي أصدرته وتاريخ صدوره وتاريخ نفاذه، مما يزرع في نفوس المخاطبين الطمأنينة والثقة بأن يتصرفوا وفق هذه القواعد، ويعرفون مسبقا نتائج معاملاتهم. كما أنها تحدد ما هو مسموح وما هو ممنوع بشكل صريح.

وفي هذا الاتجاه سار المشرع الجزائري حيث نص في المادة الأولى من القانون المدني "يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفضها او في فحواها، إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...

فمن خلال هذه المادة يتبين لنا أن المصدر الأساسي في الجزائر هو التشريع، وهذا ما يجعل الوصول للمادي إلى القانون سهل ومضمون ،ويجب التذكير هنا أن هذا النوع من التشريع قد يصاب بالقصور في بعض الحالات بسبب التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية المتلاحقة والسريعة في المجتمع ،مما يجعله غير ملائم في تطبيقه، ولا يساير الظرف الزمني المعاش، وهنا يتعرض التشريع إلى أزمة الاستقرار .فإذا استدرك المشرع هذا القصور بإصداره نصوص معدلة جديدة تتماشى وتتلائم مع هذا التطور، فإن إصدار القاعدة القانونية لم يتغير وبالتالي يضمن الاستقرار الشكلي.

ولكن في الحالة الأخرى، وهي الحالة التي يسكت فيها المشرع ولم يتدخل ، فمن واجب القاضي أن يتدخل ليكمل هذا القصور باجتهاده ، ومعنى ذلك أن مصدر القاعدة القانونية تغير وبالتالي عدم الاستقرار الشكلي.

وفي حقيقة الأمر أن الاجتهاد القضائي يكون في حالتين. الحالة الأولى عدم وجود نص يحكم حالة أو واقعة معينة لأنه لا اجتهاد في مورد النص، و الحالة الثانية عند وجود نص ولكنه غامض تتسع عباراته لمعاني ودلالات مختلفة ،أو لم يعد هذا النص يتلائم مع تطور المجتمع ،وهو ما يسمى بالقصور الإنتقادي

¹-د. سمير تناغو عبد السيد- النظرية العامة للقانون ، ص 297

²- أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، ص 194



لأن القاضي في هذه الحالة ينتقد القانون القائم، ويسى كذلك بالقصور الغائي لأن غاية القانون القائم لم تنسجم مع الواقع وبالتالي يتم تجاهلها¹.

ففي مثل هذه الحالات عدم الاستقرار ليس في الشكل فقط أي تغيير مصدرية القاعدة القانونية، بل حتى في المضمون مما يدعو إلى القلق وعدم الاطمئنان، والأمر هنا يتوقف عن شخصية القاضي وقدرته في تفسير النصوص واستنباط الأحكام، وعلى هذا الأساس فقد يتغير الحكم من محكمة إلى أخرى، و من قاضي إلى آخر، وهذا يدعونا الى طرح إشكالية أخرى تتعلق بالأمن القضائي.

ب- الاستقرار الموضوعي للقاعدة القانونية :

ونقصد به مضمون ومحتوى القاعدة القانونية، والأمر هنا يتعلق باحترام تدرج القواعد القانونية من الناحية الموضوعية. إذ لا بد أن تكون القاعدة في مأمن من أي اتهام، وذلك باستنادها إلى قاعدة قانونية أسى وأعلى منها درجة. وهذا ما يبرر الطابع المسبق للرقابة على دستورية القوانين، حيث يمتزج الاستقرار هنا بفكرة التيقن والتأكيد².

ذلك لأن القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني في الدولة، ليست على درجة واحدة من القوة الإلزامية، بل يعلو بعضها على بعض في شكل هرم قانوني، يأتي الدستور في قمة هذا الهرم، حيث كل قاعدة قانونية تستمد وجودها وقوتها من القاعدة التي تعلوها، ولذلك فان متطلبات الأمن القانوني يتوجب على القاعدة السفلى بعدم الخروج عن مسار و توجهات القاعدة العليا، فالسلطة التشريعية حرة في إنشاء ما تراه مناسباً من القواعد القانونية، وهذا الذي يفهم من المادة 112 من الدستور الجزائري و التي تنص "يمارس السلطة التشريعية برلمان يتكون من غرفتين وهما المجلس الشعبي الوطني، ومجلس الأمة، وله السيادة في إعداد القانون والتصويت عليه"، وهذا شيء طبيعي لأنها هي صاحبة الاختصاص غير أن هذه الحرية ليست مطلقة بل قيدها المشرع الدستوري ببعض القيود منها:

1- التزام باحترام الحقوق والحريات :

تلتزم السلطة التشريعية وهي تضع القواعد القانونية بعدم إلغاء للحقوق والحريات العامة مثل المادة 46 " لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن وحرمة شرفه ويحميها القانون...". لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية، ويعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم". فإذا صدر نص تشريعي يخالف مضمون هذه المادة يعتبر غير دستوري.

¹- د. فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي منشور على الموقع بتاريخ 2009/03/10

[http:// www. Aloor.se](http://www.Aloor.se) le 20/03/2017 a 15.32 m n

²- دويني مختار، مرجع سابق ص 324



2- قيد تحقيق المصلحة العامة:

تنص المادة 115 من الدستور الجزائري "واجب البرلمان في إطار اختصاصاته الدستورية أن يبقى وفيما لثقة الشعب ويظل يتحسس تطلعاته". وعليه فيجب أن يكون التشريع موافقا لروح المجتمع وأن يسعى لتحقيق المصلحة العامة، وإلا اعتبر ذلك انحرافا في استعمال السلطة التشريعية¹. وهذا ما يجعل التشريع عرضة للطعن أمام المجلس الدستوري، الذي حتما يحكم بعدم دستوريته، الأمر الذي يؤدي إلى عدم استقرار التشريع.

ثانيا- استقرار المراكز القانونية الشخصية:

من المعلوم أن المراكز القانونية على نوعين المراكز القانونية الموضوعية، وهي مراكز عامة يفوز بها كل من توفرت فيه الشروط القانونية، مثل مركز الموظف العام. ومراكز قانونية شخصية للدلالة على طابعها الشخصي، ومضمونها يختلف من شخص لآخر مثل مركز المتعاقد، فالمراكز القانونية الموضوعية يجوز تعديلها، لأنها مراكز تستمد وجودها من القوانين والأنظمة التي تحدد محتواها دون احتجاج بفكرة الحقوق المكتسبة، بينما لا تتأثر المراكز القانونية الشخصية بتعديل القوانين والأنظمة أو إلغائها، لأن مضمونها محدد بصورة فردية. لهذا يقال أن هذه المراكز غير قابلة للمساس بها².

فالنصوص القانونية ليست غاية في ذاتها، وإنما هي السبيل للوصول إلى ما يحفظ حقوق الأفراد والمجتمع ويصون الإنسانية³.

إن استقرار الحقوق ليس بالمطلب الحديث، وإنما يمتد إلى وقت سابق وذلك ما يبرر اليوم بعض الأسس المهمة التي ارتكز عليها النظام القانوني، كآلية التقادم، وقاعدة عدم رجعية القوانين. ولذلك فإن استقرار الحقوق الشخصية يتموضع في إطار مفاهيم تربط بين الزمن والحق.

إن آلية التقادم بنوعيه المسقط والمكسب، تضع المراكز القانونية الشخصية في مأمن من كل احتجاج حتى ولو خالفت قواعد العدالة. فالتقادم المسقط لا يقوم على قرينة الوفاء أكثر مما يقوم على وجوب احترام الأوضاع المستقرة التي مضى عليها من الزمن ما يكفي للاطمئنان إليها، وإحاطتها بسياج من الثقة المشروعة، وأما التقادم المكسب يؤدي إلى اكتساب ملكية الشيء، أو حق عيني آخر وذلك بحيازته مدة معينة من الزمن⁴.

¹ - أحمد حميودة، مبدأ تدرج قواعد القانونية وأثاره على الوضعية القضائية، اجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006، ص 16

² - د. زياد خالد المفرجي-الحق المكتسب في القانون الإداري-منشور في الانترنت يوم 17/03/29 ص 3

³ - عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية، مجلة المسلم المعاصر، العدد 150

<http://almvslimalmvase. Of le 30/3/2017 a 9.10 m n>

⁴ - بوزيد صبرينة، قانون المنافسة اللا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني، ماجستير، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2016، ص 28



لا يمكن أن تبقى هذه الوضعيات مهددة إلى ما لا نهاية. لذلك فإن استقرار الأوضاع والمعاملات يستوجب إعمال هذه الأسس لعدم المساس بها وحمايتها ، مما يبعث في نفسية الشخص الاطمئنان على حقوقه وانبعث الثقة في القواعد القانونية، وإنما الاختلاف بين التقادم في الماضي والحاضر هو شروط التقادم وكيفية التمسك به ومدده. ولقد لجأ القانون الوضعي إلى نظام التقادم باعتباره وسيلة هامة من وسائل تحقيق الاستقرار واليقين في المراكز القانونية ، وهذا المنطق يقضي بتسليم الحق لمن حازه مدة طويلة، وتعامل الناس على هذا الأساس بتغليب الحيابة وهي مركز فعلي واقعي على الحق، وهذا من شأنه إشاعة الاطمئنان في نفوس المتعاملين على ما يظهر أمامهم وهو الحيابة. ويقول آخر إن عدم تقرير الحماية للمالك المهمل يتفق مع تغليب استقرار المعاملات على مصلحة ذلك المالك¹.

ثالثا- العلاقة الثنائية للاستقرار

إن إجراء التجارب الصاروخية التي قامت بها كوريا الشمالية واستعراضاتها العسكرية المتكررة ، و الأسلحة التي تقوم بتصنيعها إيران ، و قبلهما التطور العلمي و التكنولوجي وإنتاج الأسلحة المدمرة ، تجعل من باقي دول العالم في تأهب وقلق مستمر ، و ما قامت به أمريكا من حرب و فرض عقوبات اتجاه الدول التي تطورت في ها المجال إلا دليل على ذلك ، هذه الوضعية تنبأ بخطورة الوضع و حالة اللأمن العسكري ، فكذلك حالة كثرة التعديلات أو الإلغاءات التي تقوم بها الدولة، تجعل المواطنين في حالة قلق وعدم الاطمئنان على حقوقهم وحررياتهم، وبالنتيجة تنشأ حالة اللأمن القانوني في الوسط الاجتماعي ، وتزداد درجة القلق عندما تتعرض حقوق الأفراد للانتهاك.

فاستقرار الحقوق الشخصية مستخلص من الالتزام بالأمن القانوني، حيث تعتبر هذه الحقوق موجودة وموضوعة ومؤسسة من أجل منح وإعطاء صاحبها وضعية آمنة، من هنا فلا يجوز إفساد هذه الغاية الأمنية من طرف قواعد القانون الموضوعية التي تتفرع الحقوق الشخصية منها دائما².

لذلك فإن هذه الحقوق هي من إنشاء القواعد القانونية، وتعتبر من الحقوق المكتسبة شرعا ، يحرم على هذه القواعد التي أنشأتها أو قواعد أخرى جديدة المساس بها، بمعنى أن تكون هذه الحقوق في مأمن من المصادرة والانتقاص والإلغاء في وقت استقرار القانون أو تعديله أو تفسيره ، باعتبار أن القانون الوضعي قاصر بقصور واضعيه في تقييم الحالات الاجتماعية ، مما يستدعي التعديل المستمر، فمبدأ الأمن القانوني مرتبطا ارتباطا وثيقا بالاستقرار النسبي للقواعد القانونية وحماية المراكز الشخصية.

لذلك فمراعاة لمقتضيات الاستقرار النسبي للقانون فلا يكون تعديل القانون في فترات قصيرة قبل أن يستقر في أذهان المواطنين، بمعنى أن لا يولد القانون وهو مهدد بالتعدي أو بعدم تطبيقه تماما،

¹ - أحمد إبراهيم حسن، غاية القانون، مرجع سابق ص 200

² - دويني مختار، ضوابط القاعدة القانونية. مرجع سابق - ص 328



بالإضافة إلى التدخل التشريعي في العلاقات التعاقدية، بما يحفظ حقوق الأطراف، ويزداد هذا التدخل في العقود الإدارية نظراً لعدم تساوي فيها الأطراف وذلك بتفوق المصلحة المتعاقدة لما تتمتع به من امتيازات السلطة من أجل تحقيق المصلحة العامة، وهذا التدخل يمكن أن يكون له هدف مزدوج فمن جهة الحفاظ على حقوق الطرف المتعاقد مع الإدارة، ومن جهة أخرى زرع الثقة وتشجيع التعاقد مع الإدارة.

الفرع الثالث: التوقع المشروع

يعتبر عنصر مبدأ التوقع المشروع هو العنصر الأكثر أهمية باعتباره محل الأمن القانوني فهو العنصر المعاش له، ولذلك يتطلب عند تطبيق قانون ما، يجب أن تأخذ في الحسبان زاويتين، الأولى السلطة صاحبة الاختصاص في صدور القانون، بأن تهتم بجودة القاعدة القانونية، وذلك بسهولة الوصول إليها مادياً ومعنوياً. والثانية مدى قدرة المخاطبين بهذه القاعدة على بناء مشاريعهم وفق ما تمليه القاعدة القانونية الجديدة والآثار المترتبة عن تطبيقها؟.

أولاً: نشأة مبدأ التوقع المشروع:

يعود الفضل إلى القضاء الألماني في ظهور هذا المبدأ، حيث كرسه القضاء الإداري غداة الحرب العالمية الثانية، عند تجسيد دولة القانون و تغيير إستراتيجيتها في علاقتها مع المواطنين القائمة على التعاون، بدلاً من الخضوع على أساس الثقة. واعترفت المحكمة الدستورية الفدرالية بالقيمة الدستورية لمبدأ الثقة المشروعة. كما ظهر في اجتهاد محكمة العدل الأوروبية سنة 1957 بالدعوة للحفاظ على التوقعات المشروعة، وفي فرنسا عرفه مجلس الدولة في تقريره لسنة 2006 بأنه المبدأ يفرض عدم الإخلال بالثقة التي وضعها المتعاملون مع الإدارة بصفة مشروعة ومؤسسة في ثبات مركز قانوني¹.

ثانياً: تعريف التوقع المشروع:

ويقصد به أن القواعد العامة المجردة التي تصدرها السلطة التشريعية في صورة قوانين والتي تصدرها السلطة التنفيذية في صورة تنظيمات، يجب أن لا تصدر بشكل فجائي ومباغت، تصطدم مع توقعات الأفراد التي بنوها في ظل القانون القائم، لذا يجب احترامها، وذلك من أجل اطمئنان أصحابها على نتيجة أعمالهم وتصرفاتهم².

¹ - بلخير محمد آيتعودية - عبد الرحمان زهواني، التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، مداخلة ألقبت في الملتقى الوطني المنظم يومي 24 و25/02/2016 بعنوان احترام التوقعات القانونية 2016 جامعة قاصدي مرباح ورقلة، ص 2

² - عليان بوزيان، أزمة الأمن القانوني للحقوق الدستورية، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والسياسية، العدد 03 لسنة 2014، ص



كما يقصد به عدم تعديل المراكز القانونية بصفة مفاجئة ، وحظر هدم الثقة المشروعة في النصوص الجديدة، وعندما يطلب من السلطة احترام الثقة المشروعة فإن ذلك يعني حماية المواطنين من الأثر المباشر للتعديل الوارد على النصوص القانونية بدون سابق إنذار من قبل النصوص الحالية¹. ويقصد بالتوقع المشروع بأنه عبارة عن تمثيل حالي للمستقبل، أما التوقعية (prévisibilité) فإنها خاصة بما هو متوقع أي ما يمكن توقعه عادة².

لذلك فإن مفاهيم التوقعية والتنبؤ والتقدير تفرض نفسها وبالتالي فإن التوقعية تشكل الجوهر الحقيقي للأمن القانوني والتي تعتبر هي ميزة كل ما هو قابل للتوقع والتنبؤ أي ما يمكن تقديره عاديا وما هو متوقع بقدر معقول³،

ومن جانبنا يمكن أن نعرف التوقع المشروع بأنه ازدواجية قراءة كل شخص لوضعيته القانونية على المستقبل فمن جهة استمرار حماية مركزه القانوني ومن جهة أخرى اطمئنانه عن القانون الجديد أن لا يفاجئه بهدم التوقعات التي بناها وعلق عليها أمانه لذلك فإنه يمكن القول أن الأمن القانوني لا يخص بالماضي فقط أي بالاستقرار وإنما كذلك يعني بالمستقبل باحترام التوقعات المشروعة.

من هنا يظهر أن كل من الاستقرار والتوقع مرتبط بالوقت، مما يحيلنا إلى القول بأن الوقت عنصر جوهري في دراسة الأمن القانوني. فالاستقرار يعني احترام الماضي والتوقع يهتم بالمستقبل في نظرة للأشياء بأكثر ديناميكية. لذلك فإن الأمن القانوني لا يكون له معنى أو قيمة إلا بقدر ما يوفر حماية للتوقعات القانونية للأشخاص⁴.

ثالثا : إمكانية بناء التوقعات

إن علم الإنترنتولوجيا⁵ يشير إلى فكرة إمكانية إقامة التوقعات هو إشارة واضحة للمجتمعات الإنسانية المتطورة، وعليه يعتبر تطورا إنسانيا تقديم الإمكانية للأشخاص لبناء توقعات فردية قانونية، ولذلك فإن القانون يقدم الأمان للإنسان عن طريق الاستمرارية ضد عدم التوقع، وأيضا النظام في مواجهة الفوضى⁶، وعمليا فإن ترجمة هذا الالتزام يستلزم بعض الحلول التقنية من أجل السماح للأفراد ببناء توقعات تفادي عدم الانسجام والحلول المهمة⁷.

¹ - حميد زايدي، احترام الثقة المشروعة، مبدأ يلزم القاضي والمشرع، جامعة مولود معمري تيزي وزو على الإنترنت، ص 3

² - Thomas piazzon . la sécurité juridique Doctorat collection de these édition alpha.t35 p 44

³ - دويني مختار، مرجع سابق، ص 331

⁴ - thomas piazzon la sécurité juridique edition alpha.p44

⁵ - هو العلم الذي يدرس البشر في جميع أنحاء العالم و تاريخهم التطوري و سلوكهم و تكييفهم مع مختلف البيئات و تواصلهم و اختلاطهم معا.

⁶ - Artpre. ADD 1965 p 204 eldul ajoute : dans le flexibilité. Dand l'incertitude des" relations humaines p 183.

⁷ - THMAS PIAZZON- la sécurité juridique P45



إذن فالقانون يوفر الأمان للأشخاص مستقبلا، لكي يتمكنوا من بناء توقعاتهم دون خوف من هدمها، وهذا ما يجعل الأشخاص يمثلون للقانون حتى وإن لم يشاركوا في وضعه، مما يجعلنا نحكم على النظرة الثاقبة والسديدة للمشرع. وحتى يكتسب القانون الصفة الإلزامية يجب أن يتخلص من الأوصاف التي تجعله مصدر خطر، ومنها عدم مراعاة الوضعيات القانونية للأشخاص وتوقعاتهم المشروعة فتكون محل تهديد واهتزاز وبالتالي عدم الثقة في القواعد القانونية .

رابعا: المحافظة على التوقعات المبنية مسبقا

يتعلق الأمر هنا بالحقوق الشخصية والمراكز الفردية، فالقانون لا يتوقف عند إعطاء إمكانية التوقع بل يجب أن يحافظ على التوقعات التي بنيت ونشأت في ظله.

والذي يهم هو المعرفة المسبقة للأثار والنتائج القانونية المترتبة على سلوك معين مع أكبر قدر من اليقين، فالقانون لا أن يكون واضحا ومفهوما بالقدر الذي يسمح ببناء توقعات فحسب، بل يفترض كذلك أن لا يأتي بعد ذلك لهدم ما بني من توقعات معدة بصفة مشروعة مسبقا¹، و التوقعية هي مفهوم معروف تقنيا في قانون العقد " القيام بعقد هو التوقع " فتعريف العقد كعقد توقعي أصبحت كلاسيكية لكن ما هي هذه التوقعات ؟ هي الوقائع الموجودة في القبول الإرادي، فالمتعاقدون يرضون بالاحتياجات ويحترمونها².

وبهذا المفهوم فإن القانون تزول عنه مصدرية الخطورة التي تهدد الأفراد في حقوقهم ومراكزهم القانونية ليس في الحاضر فقط ، بل يؤمن لهم طريق المستقبل، من خلال المحافظة على توقعاتهم المشروعة التي أقاموها في ظله وتحت سيادته فلا يفاجئون بقانون جديد يمحي كل ما بنوه.

مثلا مظهر احترام التوقعات في مجال العقود تنص المادة 182 مدني جزائري في فقرتها الثانية "...غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد"³.

وهذه جراءة من المشرع الجزائري بتوفير الحماية الكاملة لأطراف العقد ليس بما اتفقوا عليه فقط وإنما حماية حتى التي يمكن أن يتوقعها القاضي ولا تخطر على بال المتعاقدين، ولذلك فإن التوقع شديد الصلة بالعقد وكما قيل التعاقد هو التوقع.

¹- دويبي مختار ، مرجع سابق - ص 333

²-Thomas piazzon. La securité juridique .p46

³- القانون المدني الجزائري



ولقد رأى الفقيه هوريو بأن العقد هو المؤسسة الأكثر قوة والتي يمكن من خلالها فرض هيمنة الإرادة الإنسانية على الوقائع وذلك بإدراجها مسبقا في التوقعات¹.

إن مهمة العقد تتمثل في الحفاظ على توقعات الأطراف ، ولذلك فإن نظرية الظروف الطارئة ترفض نظريا من هذه الناحية ، ذلك بأن أمن المعاملات هو أن تبقى الالتزامات كما هي محددة في العقد دون تغيير ، وأخيرا فإن التوقع هو قلب العقود لكونه يتجه نحو المستقبل².

لقد أخذ المشرع بهذا الاتجاه في نص المادة 106 مدني جزائري "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين...".

فإبرام العقد بين طرفين يعني التفاهم على إنشاء حقوق والتزامات لكلا الطرفين، فلا يمكن لأحد أن يغير في محتوى العقد بإرادته المنفردة. ذلك لأن هذا العقد قد نشأت بمقتضاه توقعات يجب احترامها فلا يفاجئ أحد الأطراف بهدم تلك التوقعات من خلال التغيير في محتوى العقد.

غير أن هذا الأسلوب الحمائي للتوقعات المشروعة في مجال العقود الخاصة نجدها تصاب بالهشاشة في مجال العقود الإدارية ، نظرا لتفوق الطرف الإداري من خلال استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة وسوف نتطرق إلى العقد الإداري أكثر تفصيلا في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

الفرع الرابع: تداخل مكونات الأمن القانوني:

نقصد بالمكونات هي العناصر السابق ذكرها والتي نعتبرها عناصر أساسية لتكوين الأمن القانوني وفي نفس الوقت لا تستنفذ كل الفكرة. لذلك يمكن إضافة عناصر أخرى.

فالاستقرار، وإمكانية الوصول إلى القانون وتوقعه ، عناصر تتداخل مع بعضها البعض ، وفي نفس الوقت تمتزج في مفهومها مع مفهوم الأمن القانوني، لتكوّن لنا صورة واضحة لمبدأ الأمن القانوني.

أولا- علاقة الاستقرار بإمكانية الوصول إلى القانون

إن الاستقرار كما رأينا يهتم بالقانون الموضوعي والمراكز الشخصية والوضعيات الفردية ، وإذا كان استقرار الحقوق والمراكز الشخصية تتم باسم الأمن القانوني ، فإن استقرار القانون الموضوعي ليس كذلك، لذلك فإن عدم استقرار هذا الأخير يعالج بصورتين ، تتمثل الصورة الأولى في ضمان احترام التوقعات المسبقة التي تكوّنت في ظله، وتتمثل الصورة الثانية في إمكانية الوصول المادي والمعنوي للقانون، حتى يتمكن الأفراد من بناء توقعات جديدة³.

¹-Maurice hauriou principes de droit public librairie de la societ  des reculilsirey.Paris 1916 p206

²- Thomaspiazzon la securite juridique p 47.

³- دويني مختار ، مرجع سابق ص 338



إن فكرة الاستقرار مرتبطة بشكل أساسي بإمكانية الولوج إلى القانون، وتضع السلطة العامة حلولا لعدم الاستقرار للقانون الموضوعي بالعمل على إمكانية الوصول إليه ذلك من أجل تحقيق مبدأ الأمن القانوني، وهذا ما يعطي تفوق واهتمام عنصر إمكانية الولوج إلى القانون على حساب عنصر الاستقرار وإن كانا لا يعتبران غاية في حد ذاتهما، وإنما غايتهما هي بناء توقعات وهو الهدف الحقيقي للأمن القانوني¹.

ويظهر أن الاستقرار هو الذي يخدم الوصول إلى القانون. سواء في حالة التكاثر التشريعي (التضخم)، أو في حالة التعديلات المتكررة و المتسارعة، لأن المخاطبين بالقانون ليسوا على مستوى واحد، فممنهم من يعلم بالقانون بمجرد صدوره في الجريدة الرسمية، وممنهم من يبقى مدة زمنية بعد صدوره حتى يعلم به. ومعرفة الحقوق لا يكون إلا بالوصول إلى القانون، باعتباره هو مصدر من مصادر الحق، وفي نفس الوقت هو الذي يوفر لها الحماية اللازمة، لذلك يجب على السلطة أن تتخذ كل التدابير الناجمة من أجل تحقيق قدر من الاستقرار النسبي ليتمكن الأشخاص من الوصول إلى القانون وبالتالي معرفة حقوقهم وبناء توقعاتهم.

ثانيا- علاقة الولوج إلى القانون بالتوقع المشروع:

في هذه العلاقة يشتد الترابط بين العنصرين، إذ لا يمكن بناء توقعات على المجهول، فلا بد من العلم بالقانون، ولهذا يظهر أن عنصر الولوج إلى القانون أسبق في الوجود من عنصر التوقع المشروع، فإذا كان التوقع المشروع هو البناء العالي، فإن الولوج إلى القانون هو الأساس المتين الذي يستند عليه البناء، فمعرفة القانون وفهمه يسمح للأشخاص معرفة النتائج التي تترتب على كل تصرف قانوني، فبناء التوقعات المستقبلية تكون على معرفة كاملة بالقانون.

ولقد قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أنه لا يعتبر من قبيل القانون إلا ما كان واضحا ودقيقا ومحددا بالقدر الذي يسمح للأشخاص ببناء توقعاتهم وتنظيم سلوكياتهم من جهة، وإمكانية الوصول إلى القانون من الناحية المادية والمعنوية، فتمتزج إمكانية الوصول إلى القانون مع التوقعية لتحقيق فكرة الأمن القانوني.

ويحدث أحيانا أن يقوم الأشخاص ببناء توقعاتهم خارج إطار القواعد القانونية، وذلك من خلال توقع هؤلاء الأشخاص تصورا مستقبليا للقانون الموضوعي وهي فرضية يجعلها القانون حيث يكون متغيراً².

¹ - thomas prazzon la securité juridique. P 54

² -thomas piazzon la sécurité juridique. P 56



هذه الأفكار ليست نظرية حبيسة الذهن ، أو من نسج الخيال ، وإنما هي ممارسات يومية ينبغي من خلالها مراعاة المراكز القانونية للأفراد ، مما يدفع إلى تحسين العلاقة بين الدولة والمواطن . وتظهر هذه العناصر في مجملها لتكوّن عقدا مترابطا مترابعا ، لا يمكن الاستغناء عن أي عنصر منها ، فالاستقرار يأتي في مقدمتهم الذي يعمل من أجل إمكانية إتاحة القانون للأشخاص ، وكلا العنصرين يعملان من أجل بناء توقعات مشروعة ، وذلك هو مبدأ الأمن القانوني الذي يزيل عن القانون كل الصفات غير المحببة التي تجعل منه مصدر خطر .

بالرغم من أن مصطلح الأمن القانوني حديث العهد نسبيا ، إلا أننا نجد ما يشبه لتطبيقاته عبر العصور الماضية منذ أن عرف الإنسان التجمعات البشرية ، مع احتفاظ كل عصر بميزته ، و سعى رجال القانون والفقهاء و الفلاسفة كل حسب مجاله أن يضع حقوق الأفراد و حرياتهم في مأمن من الخطر ، لكن كلما مرت مرحلة من مراحل التاريخ يكتشف الإنسان قصور محاولاته ، و عدم قدرته على الإلمام بكل شيء وعجزه عن قراءة المستقبل قراءة دقيقة ، مما أدى بالقوانين التي يضعها تحمل أوصاف النقص والتعارض والتضخم و كثرة التعديلات ، الأمر الذي جعل القانون في كثير من الحالات مصدر خطر على حقوق الأفراد و حرياتهم ، وعلى العكس تماما ما نجده في أحكام الشريعة الإسلامية التي جاءت لترتقي بالإنسان إلى المكانة التي يريد الله لعباده ، و فضّلهم على كثير من خلقه من خلال الأحكام التي أنزلها على الرسول صلى الله و عليه و سلم أو ما جاء في سنة المصطفى و ما اجتهدت عليه الأمة .

ولما كانت أحكام الشريعة الإسلامية مصدرها الله جاءت خالية من الأوصاف التي التصقت بالقانون الوضعي ، مما جعلها كاملة شاملة صالحة لكل زمان ومكان ، فأقامت التوازن بين مصالح الأفراد ومصالح المجتمع ، ولم تنزل أحكامها لفئة أو طائفة معينة أو لزمان محدد بل للناس أجمعين . ولذلك كانت كل مظاهر الأمن القانوني مجسدة في أحكامها ، وما على البشر إلا الإيمان بمنزلها والتصديق بمبلغها . و لو عمل بها أهل الأرض لمدتهم بكثير من الحلول التي عجز عنها القانون الوضعي ، لذلك فإن القانون في كثير من الحالات يكون مصدر خطر لا مصدر أمن مما يجعل حقوق الأفراد و حرياتهم في وضعية غير آمنة .

وحتى يقوم القانون بوظيفته على أكمل وجه ويحقق الغرض المرجو منه ، يجب أن يخلو من التعارض والتضخم و الغموض و المباغطة و أن يكسب نوع من الاستقرار النسبي بدلا من التعديلات المتتالية ، وهذا من شأنه أن يبعث في نفوس الأفراد حالة الأمن القانوني و الاطمئنان على مراكزهم القانونية ، و من أجل ذلك وضعت عدة مبادئ تحقيقا لفكرة الأمن القانوني ، فلا يكون نافذا في حق الأفراد حتى يتم تبليغه أو نشره في الجريدة الرسمية ، و أن لا ينطبق على الماضي إلا في حالات ضيقة ينص عليها القانون .



الفصل الثاني: ماهية الأعمال الإدارية القانونية

تقوم الإدارة العمومية بعدة أعمال من أجل تحقيق الوظيفة الإدارية سواء تلبية الحاجيات العامة أو حماية النظام العام وفي كلتا الحالتين تسعى من وراء ذلك تحقيق المصلحة العامة، والأعمال الإدارية قد تكون مادية أو قانونية، وما يهمنا في هذا المجال الأعمال القانونية الصادرة عن السلطة الإدارية وللتفرقة بين الأعمال الإدارية القانونية فقد استعمل الفقهاء معيار تكوين العمل القانوني، ووفق هذا المعيار فإن الأعمال الإدارية القانونية تنقسم إلى نوعين:

العمل الإداري الانفرادي الذي يصدر عن إرادة الإدارة وحدها واصطلاح على تسميته بالقرار الإداري (المبحث الأول) والعمل الإداري الإتفاقي أو التعاقدية والذي يصدر باتفاق إرادتين أو أكثر وهو العقد الإداري (المبحث الثاني)

المبحث الأول: ماهية القرار الإداري

يعد القرار الإداري من بين الوسائل القانونية الهامة التي تمتلكها الإدارة للقيام بوظائفها الإدارية، وتظهر أهمية القرار الإداري في الواقع العملي، حيث غياب هذه الوسيلة يؤدي حتما إلى شلل الإدارة، ويعتبر في نفس الوقت مظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة، إذ تصدره بإرادتها المنفردة دون أن يتوقف على رضا المخاطبين به، الأمر الذي قد يؤدي برجل الإدارة إلى سوء استعمالها، و بالتالي تصبح مصدر قلق وخوف على المراكز القانونية، باعتبار أن القرارات الإدارية يفترض مشروعيتها، و الطعن القضائي لا يوقف تنفيذها، ولو أن الإدارة تريد به تحقيق المصلحة العامة، فقد تتعارض في حالات عدة مع المصلحة الخاصة، ويتم تغليب الأولى على الثانية، إلا أنه يستوجب إقامة التوازن بين هذه المصالح.

ولمعرفة هذه الوسيلة أكثر، سوف نتطرق في هذا المبحث إلى المقصود بالقرار الإداري، والخصائص التي تميزه عن باقي الأعمال الأخرى (المطلب الأول) ثم بعد ذلك نتطرق إلى أنواع القرارات الإدارية (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم القرار الإداري وخصائصه

لكي نحدد معنى القرار الإداري يستوجب منا التطرق إلى تعريف القرار الإداري (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى الخصائص التي يتميز بها (الفرع الثاني)

الفرع الأول: تعريف القرار الإداري

لم يتفق رجال القانون على تعريف جامع مانع للقرار الإداري، لذا نجد كل من الفقه والقضاء والمشرع، كل أدلى بدلوه في هذا المجال، فكانت تعاريفهم متفاوتة بحسب الزاوية التي ينظر إليها كل واحد. لذا سوف نسوغ تعاريف كل فئة على حدة.



أولاً: التعريف اللغوي للقرار الإداري:

القرار لغة ما أقر به الرأي من الحكم في مسألة، أو أمر من الأمور ، وتعني كذلك المستقر الثابت المطمئن في الأرض. مصداقاً لقوله تعالى: "وَمَثَلُ كَلِمَةٍ خَبِيثَةٍ كَشَجَرَةٍ خَبِيثَةٍ اجْتُثَّتْ مِنْ فَوْقِ الْأَرْضِ مَا لَهَا مِنْ قَرَارٍ"¹.

وتعني العزم والمنزل والمستقر والمستقى ومنه قول الله تعالى: "قَالُوا بَلْ أَنْتُمْ لَا مَرْحَبًا بِكُمْ أَنْتُمْ قَدَّمْتُمُوهُ لَنَا فَبَيِّنْ الْقَرَارُ" أي بنس المنزل والمستقر والمصير².

ثانياً: التعريف الاصطلاحي للقرار الإداري:

تعددت التعاريف من الناحية الاصطلاحية للقرار الإداري بحسب كل من الفقه والقضاء.

أ- التعريف الفقهي للقرار الإداري:

تباينت التعاريف الفقهية لديهم لذا سوف نتطرق إلى الفقه الغربي و الفقه العربي

1-الفقه الغربي: فقد عرفه ليون دوجي "بأنه كل عمل إداري يصدر بقصد تعديل الأوضاع القانونية كما هي قائمة وقت صدوره أو كما تكون في لحظة مستقبلية معينة، وعرفه فيرو بأنه العمل الذي بواسطته تقوم الإدارة باستعمال سلطتها في تعديل المراكز القانونية بإرادتها المنفردة ، وعرفه بونار: بأنه " كل عمل إداري يحدث تغييراً في الأوضاع القانونية القائمة"³.

وحسب هذا التعريف فإنه لم يحدد طبيعة العمل الإداري الذي يحدث تغييراً في الأوضاع، بالإضافة إلى أنه خصص الأوضاع القائمة فقط ، الأمر الذي يجعل الأوضاع القانونية الأخرى تخرج من التعريف كالإنشاء أو الانقضاء ، لذا فإن هذا التعريف لا يلي الطلب.

كما عرفه فيدال : القرار الإداري بأنه "عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة من قبل الإدارة ويكون من شأنه تعديل الأوضاع القانونية بما يفرضه من التزامات وما يمنحه من حقوق". هذا التعريف أكثر ووضوحاً ودقة من سابقه باعتبار أنه تطرق لخصائص القرار الإداري ، كما أنه يبين الآثار التي يمكن أن يترتبها القرار الإداري كترتيب التزامات أو حقوق غير أنه تشابه مع التعريف السابق باقتصاره على التعديل دون الإنشاء و الانقضاء، أما فالين: فقد عرفه على أن القرار الإداري "عمل قانوني يصدر عن هيئة إدارية

¹ - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرار الإداري في أحكام ام ا ج ،رسالة ماجستير، تيزي وزو، 2012، ص 24

² - كوسة فضيل ، القرار الإداري في ضوء مجلس الدولة، دار هوية، ص 14

³ - د. أزال محمد صديق، أثر تحصيل القرار الإداري من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي (دراسة مقارنة) ، مكتبة الوفاء القانونية ،

الإسكندرية، الطبعة 2016، ص 21



أو هيئة خاصة لها امتيازات السلطة العامة ويكون موضوعه إداريا ويصدر تنفيذا للقوانين ولسلطات ممنوحة في الدستور"¹.

في هذا التعريف يبين انه بإمكان الهيئات الخاصة أن تصدر قرارات إدارية إذا كانت تتمتع بامتيازات السلطة العامة أي تعمل لصالح الإدارة العامة .

عرفه هوريو: بأنه تصريح وحيد الطرف عن الإرادة صادر عن السلطة الإدارية المختصة بصيغة النفاذ بقصد إحداث أثر قانوني².

تعريف ايزمان : بأنه عمل غير تعاقدى ينظم سلوك الأفراد في المجتمع ويصدر عن عامل أو أكثر من عمال الإدارة يعملون معا³.

في هذا التعريف الأخير أخرج ايزمان الأعمال التعاقدية فقط ، أما ما تبقى من أعمال اعتبرها قرارات إدارية ، بينما الإدارة لا تصدر القرارات الإدارية فقط و إنما لها كذلك الأعمال التشريعية خاصة في الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل المرن بين السلطات ، و عليه يكاد تعريف الفقيه هوريو هو الجامع المانع من بين التعاريف السابقة ، باعتباره جمع بين خصائص القرار الإداري و الآثار القانونية التي يمكن أن يحدثها، غير انه يتوقف على القرارات الصريحة بعبارة "تصريح وحيد الطرف" و بالتالي يخرج منه القرار الضمني و السلي .

2- **الفقه العربي:** حاول الفقه العربي أن يدلوه بدلوه في تعريف القرار الإداري محاولا أن يميز القرار الإداري عن بقية الأعمال الإدارية الأخرى.

تعريف الأستاذ محمد سليمان الطماوي بقوله : "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا و جائزا قانونا وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة" ، و قد عرفه عبد المنعم خليفة" هو تصرف قانوني منفرد صادر عن الإدارة قاصدة به تحقيق المصلحة العامة من خلال تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة ما دام هذا الأمر ممكنا من الناحية الواقعية وجائزا من الناحية القانونية في ظل القوانين واللوائح المعمول بها حال صدور القرار الإداري"⁴.

من خلال هذين التعريفين نسجل بعض الملاحظات.

فالتعريف الذي جاء به الدكتور محمد سليمان الطماوي اقتصر على القرارات الصريحة فقط وذلك عندما عبر عن القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة" ، فكلمة إفصاح تخص

¹ - سلام عبد الحميد محمد زكنة ، الرقابة القضائية على مشروعية القرار الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ما جستير، ألمانيا، 2008، ص 67

² - د. ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع، ص 246

³ - عمار عوابدي نظرية القرار الإداري بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري دار هومة طبعة 2005 ص 22

⁴ - د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة بدون طبيعة، دار هومة ، الجزائر، ص 15



القرارات الصريحة فقط ، وهي وسيلة من وسائل التعبير التي تختارها الإدارة ، غير أنه في حالات أخرى لا تفصح الإدارة عن إرادتها ، إذ تستعمل وسيلة أخرى وهي السكوت ، وفي هذه الحالة الإدارة بسكوتها تريد أن تأخذ موقفا معينا ، وهي حالة القرار السلبي أو الضمني وقد أخذ ق إ م إ الجزائري بعين الاعتبار هذا السلوك الذي تستعمله الإدارة ، فعبر عنه في المادة 830 كما يلي "...يعد سكوت الجهة الإدارية للمتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض"¹.

وكذلك ما جاء في قانون البلدية "...تصبح مداوات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد وعشرين يوما من تاريخ إيداعها بالولاية"² ، بمعنى أن الوالي الذي يلتزم الصمت حيال مداولة المجلس الشعبي البلدي لمدة واحد وعشرون يوما يعتبر بمثابة قرار قبولها ضمينا .

أما عبد المنعم خليفة فأقتصر تعريفه على القرارات التي تعدل أو تلغي المراكز القانونية القائمة ، وبذلك تخرج من تعريفه القرارات المنشئة للمراكز القانونية الجديدة ، إلا انه قد جمع بين خصائص القرار الإداري و أركانه ، حيث ركز على ركن الاختصاص و السبب والغاية التي تبتغي الإدارة تحقيقها . تعريف الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب: هو الذي حدد فيه القرار الإداري بأنه "عمل قانوني يصدر بالإرادة المنفردة للإدارة"³.

بالرغم من أن هذا التعريف ظهرت فيه بعض الخصائص التي تميزه عن غيره من الأعمال التي تقوم بها الإدارة ، إلا أنه جاء ناقصا من بعض العناصر الأساسية ، فلقد جاء في التعريف أنه عمل قانوني أي ليس من الأعمال المادية ، وجاء بالصفة الانفرادية للقرار الإداري ، أي صدره من جانب الإدارة وحدها ، مما يخرج العقد الإداري عن هذا التعريف ، كما أنه جاء خاليا من ذكر الآثار القانونية التي يرتبها القرار الإداري ، و التي تريد الإدارة تحقيقها إما إنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل مركز قانوني قائم أو إلغاؤه تماما ، كما أغفل التعريف عن ذكر عنصر الغاية من القرار الإداري وهو ابتغاء المصلحة العامة أي الهدف النهائي من القرار مما يجعلنا نقول أن هذا التعريف لا يحقق الغرض .

تعريف الدكتور عمار عوابدي: "هو عمل قانوني يخلق أثارا قانونية عن طريق إنشاء مراكز قانونية عامة أو خاصة لم تكن موجودة وقائمة ، وتعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة أو خاصة كانت موجودة وقائمة ، يختلف عن الأعمال الإدارية المادية التي تأتتها وتقوم بها السلطة الإدارية دون أن تستهدف وراء القيام بها إحداث آثار قانونية معينة"⁴.

¹ - ق إ م إ رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 ، ج ر ج رقم 21 الصادرة بتاريخ 2008/04/23 المادة 830

² - مادة 56 من قانون 10/11 المؤرخ في 2011/06/21 ج ر ج رقم 37 المؤرخة في 2011/07/03

³ - د. محمد فؤاد عبد الباسط ، أعمال السلطة الإدارية ، القرار الإداري ، العقود الإدارية ، (ب،ط) دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، مصر ، ص



نجد الدكتور عمار عوابدي في تعريفه للقرار الإداري في نطاق علم الإدارة يركز على إرادة الإدارة في اختيار البديل الأنسب من بين البدائل المطروحة كحل للمشكلة التي تواجه الإدارة ، أو الهدف الذي تتبغيه الإدارة، أما تعريفه للقرار الإداري في نطاق علم القانون الإداري، فإنه أبرز فيه الخاصية التي تميزه عن العمل المادي، كما ركز على التغيرات القانونية التي يحدثها القرار الإداري ، غير انه أغفل على بعض العناصر الأساسية للقرار الإداري .

من خلال هذه التعاريف الفقهية الغربية و العربية يظهر التباين الواضح بينهما في تعاريفهم للقرار الإداري، و يمكن أن نختار تعريف كل من الفقيهين هوريو وعمار عوابدي لأنهما الأقرب إلى الإلمام بعناصر القرار الإداري .

ب- التعريف القضائي للقرار الإداري:

عرّفت المحكمة الإدارية العليا القرار الإداري بأنه "إفصاح الإدارة المختصة في الشكل الذي يتطلبه القانون عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة عامة بمقتضى القوانين واللوائح وذلك بمقصد إحداث مركز قانوني معين يكون ممكنا وجائزا قانونا ابتغاء مصلحة عامة¹ .

وقد عرفه كذلك في أحكامه بأنه "إفصاح من جانب الإدارة العامة يصدر صراحة أو ضمنا في أثناء قيامها بأداء وظائفها المقررة لها قانونا في حدود المجال الإداري ويقصد منه إحداث أثر قانوني ويتخذ صفة تنفيذية"² .

أما القضاء الجزائري فقد حاول أن يعرف القرار الإداري بصدوره لعدة قرارات نذكر منها، قرار مجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2002/07/15 " بما أن ما يسمى بالقرار الإداري في الفقه والاجتهاد القضائي أنه يقصد به إفصاح الإدارة عن إرادتها المنفردة، بقصد إحداث أثر قانوني أو بأعمال مادية وإجراءات تنفيذية وتستخلص هذه العناصر بالنظر إلى طبيعة القرار الذاتية"³ .

من خلال هذين التعريفين يظهر تفوق القضاء المصري في تعريفه للقرار الإداري، كما انه كان أكثر وضوحا و دقة من بين التعاريف الفقهية ، وهذا منتظر لان القضاء هو الذي يسلط عليه الرقابة على مشروعيته ، لذلك أعطى أهمية كبيرة لكل العناصر التي لها تأثير في القرار الإداري.

من جانبنا يمكن أن نعرف القرار الإداري بأنه "هو الوسيلة القانونية التي تمتلكها الإدارة للقيام بوظائفها، ويعد في نفس الوقت مظهر من مظاهر امتيازات السلطة العامة من أجل تحقيق المصلحة العامة، وهو عمل قانوني انفرادي تنفيذي يعبر عن إرادة الإدارة الملزمة سواء صراحة أو يستخلص من

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ص 29

² - محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص 7

³ - قرار مجلس الدولة، الغرفة 4 رقم 005038 فهرس رقم 398 بتاريخ 2002/07/15 منشور في مرجع د. كوسة فضيل ، القرار الإداري في ضوء

قضاء مجلس الدولة، ص 22



ظروف الحال عندما تلتزم الإدارة الصمت ،ويكون ممكنا من الناحية الواقعية و مشروعاً من الناحية القانونية بقصد إحداث آثار في المراكز القانونية إنشاء أو تعديلاً أو إلغاء ابتغاء المصلحة العامة".
 من خلال هذا التعريف يمكن ملاحظة بعض الاختلاف الواضح عن باقي التعاريف السابقة، ذلك عن قصد منا ليس لإبراز الخصائص التي تميزه عن باقي الأعمال و العناصر المكونة له فحسب، وإنما لنظهر فيه مظاهر السلطة العامة التي يحملها كوسيلة في يد الإدارة، حيث يتمتع بقرينة المشروعية وامتياز الأولوية اللذان يسمحان للقرار الإداري بأن يكون فوري التنفيذ بمجرد صدوره دون أن يتوقف ذلك على رضا من وجه إليهم القرار، وكذلك بالرغم من أن هذا القرار يكون محل طعن أمام القضاء المختص إلا أنه سيظل ينتج آثاره ، وبمفهوم المخالفة أن الطعن ضد أي قرار إداري لا يوقف تنفيذه إلا في حالة واحدة فقط و هي نزع الملكية ، و ذلك ما نستشفه من نص المادة 13 من قانون نزع الملكية للمصلحة العامة " يحق لكل ذي مصلحة أن يطعن في قرار التصريح بالمنفعة العمومية لدى المحكمة المختصة...و في هذه الحالة يوقف تنفيذ القرار المصرح بالمنفعة العمومية "1 أو في الحالات التي يطالب فيها المتضرر من القضاء توقيف تنفيذ القرار الإداري وفق شروط و ضوابط محددة.

وفي هذا الصدد يقول أحمد ماحيو "يتمتع القرار الإداري قبل كل تحقيق من قبل القاضي بقرينته ملائمة مع القانون التي تؤدي إلى نتائج مهمة مرتبطة بامتياز الأولوية، ومن أهمها امتياز التنفيذ الفوري للقرار الإداري"².

ومن جهة أخرى فإن القرار الإداري يكشف بصورة أو بأخرى عن مدى كفاءة وحكمة السلطة التي أصدرته، ودرجة وعي المواطنين، ومدى ثقتهم في هذه السلطة.

الفرع الثاني: خصائص القرار الإداري

من خلال التعاريف السابقة نستطيع أن نستخرج الخصائص التي يتميز بها القرار الإداري وتجعل له ذاتية مستقلة عن غيره وهي على التوالي.

أولاً: القرار الإداري عمل قانوني

كما سبق ذكره فإن الإدارة تقوم بنوعين من الأعمال في الوظيفة الإدارية، أعمال قانونية وأعمال مادية ، فالعمل القانوني يقصد به ترتيب آثار قانونية في المراكز القانونية. إما بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم ، أو ما يعبر عنه بالآثار الايجابية أو السلبية. وعليه فإذا عبرنا على القرار الإداري بأنه عمل قانوني، نعني بذلك أن الإدارة تقصد من وراءه ترتيب آثار في المراكز القانونية سواء كانت هذه المراكز عامة ، بحيث تتحقق لكل شخص تتوفر فيه الشروط كمركز الزوج أو الموظف

¹ -- القانون 91/ 11 المؤرخ في 27/ 04/ 1991 ج ر ع 21 الصادرة في 08 / 05 / 1991 المتعلق بنزع الملكية للمصلحة العمومية

² - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام ق.إ.م.إ. الجزائري رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، فيفري 2012



العمومي، أو مراكز شخصية فردية تتحقق لدى شخص معين بذاته. كقرار تعيين أو قرار الفصل من الوظيفة.

وبهذا المعنى تخرج كل الأعمال التي لا ترتب آثار قانونية في المراكز القانونية كالأعمال المادية و كواقعة بسيارة الإدارة، وقد تمثل هذه الأعمال المادية المظهر الخارجي للقرار الإداري، كعملية التحقيق قبل صدور توقيع الجزاء التأديبي¹.

ثانياً: القرار الإداري عمل إنفرادي

في المعاملات بين الناس كثيراً من الأشياء تختلج في النفوس، ولكن لا يعتد بها إلا بعد خروجها إلى العالم الخارجي، فالإدارة لا يعتد بإرادتها إلا بعد ما تعبر عنها في شكل قرار إداري، وهذا التعبير قد يكون صريحا من خلال صدور القرار الإداري، وقد يكون سلبيا وهي الحالة التي يلزم فيها القانون الإدارة بأن تأخذ موقفا صريحا فتلتزم الصمت، وهو الذي يعبر عنه بالقرار السلبي، والذي نكتشفه من ظروف الحال لمدة معينة من الزمن يفهم منها أنه تعبير سلبي للإدارة، لا يدع أي مجال للشك في وجود قرار سلبي. إذن فالتعبير عن إرادة الإدارة وحدها قد يكون ايجابيا أو سلبيا، دون مراعاة لرضا المخاطبين بالقرار. وبهذا المعنى فإن العقود التي تبرمها الإدارة تخرج من هذا المجال باعتبارها تنشأ بتوافق إرادتين.

ولا تتعارض الانفرادية في صدور القرار الإداري مع تعدد جهات أخرى تشترك الهيئة المختصة في إعداده، سواء قبل صدوره كهيئة استشارية، أو كهيئة توافق بالمصادقة لإصدار القرار باعتبار أن هذه الهيئات تتصرف كهيئة واحدة².

ثالثاً: القرار الإداري فوري التنفيذ

يقصد بالخاصية التنفيذية للقرار الإداري، جاهزيته لأن يوضع موضع التطبيق دون أن يتوقف ذلك عن رضا المخاطبين به، أو بأمر من القضاء، وقد حازت الإدارة هذا الامتياز من قبل المشرع لاعتبارين أساسيين، أولهما أن الهدف من إصدار القرار الإداري هو ابتغاء المصلحة العامة، وثانيهما قرينة الصحة المفترضة في القرار الإداري.

وبناء على ذلك فإن القرارات الإدارية تكسب الصفة التنفيذية مباشرة بعد صدورها، وترتب آثارها ولو جبراً، لذلك تأصل مبدأ في القانون الإداري وهو أن الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية لا يوقف تنفيذه، إلا في الحالات التي يقررها القانون أو القضاء³.

¹ - محمد رفعت ع الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 530

² - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام ق إ م ا مذكرة ماجستير، جامعة تيزي وزو 2012، ص 30

³ - د. غيتاوي عبد القادر، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 9، جوان 2013، ص 192



من هنا تكمن خطورة القرار الإداري كوسيلة في يد الإدارة إذا ما أسيئ استعماله، لأن الذي يتصرف باسم الإدارة ولصالحها هو شخص طبيعي، قد ينحرف عن الغاية التي صدر من أجلها القرار الإداري وهي المصلحة العامة، وبذلك تتكون الخطورة على حقوق وحريات الأفراد، مما يجعل في بعض الحالات أن القرارات الإدارية تنشأ حالة اللأمن لدى الأفراد. الأمر الذي جعل على هذه القاعدة استثناء، وهو إمكانية توقيف تنفيذ القرار الإداري من قبل القضاء، إذا رأى في ذلك أن الإدارة حادت عن جادة الطريق بقرارها.

لقد سار في هذا الاتجاه المشرع الجزائري في المادة 833 ق إ م إ الجزائري حيث تنص على ما يلي "لا توقف الدعوى المرفوعة أمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، غير أنه يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر بناء على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري"¹.

من خلال هذه المادة يكون المشرع قد اعترف للإدارة بهذا الامتياز من جهة كقاعدة عامة، وفي نفس الوقت جعل لهذه القاعدة استثناء من جهة أخرى، وهو إمكانية توقيف تنفيذ القرار الإداري بأمر من القاضي الإداري بناء على طلب من الطرف المتضرر من القرار الإداري، ولا يلجأ القضاء إلى مثل هذا الاستثناء إلا في حالة اقتناع القاضي الإداري بعدم مشروعية القرار بصفة شبه مؤكدة.

رابعا: القرار الإداري يصدر عن سلطة إدارية وطنية:

ويقصد بهذه الخاصية السلطة الإدارية العمومية التي تتمتع بامتياز إصدار القرارات الإدارية، وأن تخضع للقانون العام الوطني ويختص القضاء الإداري الوطني في حل نزاعاتها، وقد أشار المشرع الجزائري لهذه السلطات بصفة غير مباشرة عندما استعمل المعيار العضوي لاختصاص المحاكم الإدارية وهي الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصيغة الإدارية.

فهي السلطات الإدارية التي تكون أحد أشخاص القانون العام الداخلي سواء كانت سلطات إدارية مركزية كالوزراء أو سلطات إدارية محلية سواء إدارية أو مرفقيه².

الفرع الثالث: تمييز القرار الإداري عن باقي الأعمال:

من المعلوم أن نشاط الدولة لا يقتصر على إصدار القرارات الإدارية، بل يتعداه إلى العمل التشريعي والقضائي، مما يقتضي التمييز بين أعمال السلطات، ويكون الأمر ملحا في الدول التي تتبنى

¹ - ق إ م إ الجزائري

² - محمد بن عبد الله بن محمد الحاكم، القرار الإداري المستمر وآثاره في الفقه والنظام، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، السعودية، 1431، رسالة ماجستير، ص 26



الفصل المرن بين السلطات العامة ، حيث يكثر التداخل في الوظائف ، كما تظهر أهمية التمييز بين هذه الأعمال في مدى إمكانية الطعن ضدها ، وما هي الجهة المختصة التي تفصل في نزاعاتها .

من الوهلة الأولى يظهر التمييز بين أعمال هذه السلطات سهلا ميسرا ، ولكن الأمر ليس كذلك ، بل يزداد تعقيدا عندما يتم التمييز بين أعمال تصدرهم نفس السلطة الإدارية .

لذا يجب علينا إظهار مختلف المعايير التي اعتمدها كل من الفقه والقضاء للتفرقة بين القرار الإداري وبقية الأعمال الأخرى في الدولة ، لذلك سوف نتطرق في البداية إلى التفرقة بين القرار الإداري والأعمال التشريعية (أولا) ثم التفرقة بين القرار الإداري والأعمال القضائية (ثانيا)

أولا: تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية

يتدرج الفقه بين معيارين للتفرقة بين القرار الإداري والعمل التشريعي هما المعيار الشكلي (أ) والمعيار الموضوعي (ب)

أ- المعيار الشكلي: وبمقتضى هذا المعيار فيرجع تحديد العمل إلى السلطة التي أصدرته بغض النظر عن طبيعة العمل ذاته¹ . وعليه يكون العمل قرارا إداريا اذا صدر عن السلطة الإدارية ، ويكون عملا تشريعيًا (قوانين) إذا صدر من السلطة التشريعية. وهذا المعيار يعرفنا بالعمل من خلال السلطة القائمة بإصداره ، ولذلك يمكن أن نعرف القوانين مثلا كل عمل صادر عن السلطة التشريعية وتعرف القرار الإداري بأنه كل عمل صادر عن هيئة إدارية ، وكان بإمكاننا التسليم بهذا المعيار لو أخذنا العمل بمبدأ الفصل بين السلطات الجامد والمطلق ، أما ما دام العمل بمبدأ الفصل المرن الذي يسمح بالتعاون بين السلطات وتداخل في الصلاحيات ، فإن هذا المعيار لا يلبي الغرض لهذا قامت مجموعة من الفقهاء بالبحث عن معيار آخر بديلا للمعيار الشكلي .

ب- المعيار الموضوعي

انتقدت المدرسة الواقعية بقيادة الفقيه ليون دييجي المعيار الشكلي لم توقفه على الشكليات وعدم اهتمامه بجوهر العمل . لذلك فإن المعيار الموضوعي هو المعول عليه لتمييز العمل الإداري عن العمل التشريعي الذي يبحث في مضمون العمل وطبيعته وموضوعه ، دون النظر لصفة مصدره² . ويرى أصحاب هذه المدرسة أن القانون يدور حول فكرتين أساسيتين هما الأعمال القانونية والمراكز القانونية ، فالمراكز القانونية وهي التي تحدد صفة الفرد إزاء القانون أي الحالة القانونية التي يكون فيها وهي تنقسم بدورها إلى قسمين مراكز قانونية عامة أو موضوعية ومراكز شخصية أو فردية³ .

¹ - بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود العمرانية ، ط 2011 دار الهدى للنشر والتوزيع عين مليلة الجزائر ص 12

² - ماهر الجبوري ، القرار الإداري ، دار اليازوري ، عمان الأردن ، (ب.ط) (ب.س) ص 38

³ - محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، 1957 ص 128



- أما الأعمال القانونية فهي تنقسم إلى ثلاثة أقسام الأعمال المشروعة والأعمال الذاتية أو الشخصية، والأعمال الشرطية.

الأعمال المشروعة: هي تلك الأعمال التي تضع قواعد موضوعية عامة¹، وفيها تستوي القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية والقرارات لتنظيمه (التنظيمات أو اللوائح) التي تصدرها السلطة التنفيذية. أما الأعمال الشرطية فهي مكملة للأعمال المشروعة، فهي تسند إلى فرد أو أفراد معينين مراكز قانونية عامة أو موضوعية². و عليه فالأعمال الشرطية هي ترتقي بالفرد ليصبح في حالة مركز قانوني عام إذا توفرت فيه شروط معينة.

أما الأعمال الشخصية والذاتية: وهي التي تنشأ أو تعدل أو تلغي مركز قانوني فردي أو ذاتي³. مما تقدم يتضح لنا أنه يعتبر من العمل التشريعي الأعمال المشروعة، سواء صدرت من قبل السلطة التشريعية أو السلطة التنفيذية، لأن كلا منها تصدر قواعد عامة أو قواعد موضوعية، ويعد عملاً إدارياً الأعمال الشرطية والأعمال الشخصية أو الذاتية. ويبدو أن المعيار الموضوعي الذي يتعرض لجوهر العمل وتحليل مضمونه الأنسب في تمييز القرار الإداري عن العمل التشريعي.

ثانياً: معيار التفرقة بين القرار الإداري والأعمال القضائية

بالرغم من المساحة الضيقة بين العاملين الإداري والقضائي في وظيفة تنفيذ القواعد القانونية العامة، حتى بلغ بفريق من الفقهاء إلى إنكار الوظيفة القضائية كسلطة ثالثة في الدولة، إلا أن التفرقة بين القرار الإداري والعمل القضائي نالت من الاهتمام الفقهي ما يشفي الغليل، نظراً لما تكتسبه هذه التفرقة من أهمية بالغة. ومن المعايير المعتمدة في هذا المجال المعيار الشكلي (أ) والمعيار الموضوعي (ب)

أ- **المعيار الشكلي**: كما رأينا سابقاً فكرة المعيار الشكلي لا يهتم بجوهر العمل، بل يهتم بصفة الهيئة مصدره العمل وعليه، إذا كان العمل صادراً من السلطة القضائية اعتبر عملاً قضائياً، وإذا صدر من قبل هيئة إدارية اعتبر عملاً إدارياً. وحسب هذا المعيار يبدو الأمر سهلاً، ولكنه ليس كذلك، خاصة وأن الهيئات الإدارية تصدر أحياناً أعمالاً قضائية بطبيعتها، كما أن السلطة القضائية لا تصدر دائماً أحكاماً قضائية، بل قد تصدر أعمالاً إدارية كالأعمال الولائية التي يصدرها القاضي.

وعلى هذا الأساس انتقد هذا المعيار باعتباره لا يهتم بجوهر العمل، ثم إنه لا يلبي المطلوب للتفرقة الأمر الذي دفع بفريق من الفقهاء للنداء بالمعيار الموضوعي.

¹ ماهر الجبوري - القانون الإداري - مرجع سابق ص 39

² محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق ص 130

³ ماهر الجبوري، القانون الإداري، مرجع سابق، ص 39



ب- المعيار الموضوعي:

يركز أنصار المعيار الموضوعي للترقية بين القرار الإداري والعمل القضائي على تحليل محتوى العمل، غير أنهم اختلفوا في أساس هذا التمييز، كل حسب الزاوية التي يرى منها ومن أبرزها، أساس السلطة التقديرية و أساس التلقائية في العمل و أساس موضوع العمل، و أساس غرض العمل.

1- أساس السلطة التقديرية: اتجه فريق من الفقه القديم وعلى رأسهم الفقيه لابند في مدى حرية مصدر العمل للتمييز بين العمل القضائي والقرار الإداري، وحسبهم فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في إصدارها للقرارات الإدارية في الوقت المناسب لها، بينما القضاء لا يملك هذه الحرية في التقدير، إذ يقتصر عمله على تكييفه كواقعة معينة اتجاه القانون¹. غير أن هذا الأساس وجهت له انتقادات شديدة بحيث غاب عن أصحاب هذا الاتجاه أن الإدارة تملك هذه الحرية في الحالات التي يترك لها المشرع فسحة للتقدير فقط، أما في الحالات الأخرى يحدد لها العمل والشروط الواجب توافرها لاتخاذ قرار إداري، مما يجعل سلطتها مقيدة. وكذلك القضاء فإنه مقيد أثناء تطبيق القانون على واقعة معينة ولكنه في نفس الوقت له سلطة تقديرية في الوظيفة الولائية، وكذلك في إنزال العقوبة بين حدها الأدنى والأقصى وهذا ما يجعل العمال متشابهين ويكشف عن قصور هذا الأساس.

2- أساس العمل التلقائي: يتجه فريق آخر من الفقهاء أن القرارات الإدارية تصدر عن تصرف تلقائي، أما الأحكام القضائية فلا تصدر إلا بناء على طلب من أصحابها، وهذا الأساس غير صحيح لأن كثير من الأعمال لا تصدر إلا بطلب من أصحابها كالرخص مثلا².

3- أساس موضوع العمل: وبموجب هذا الأساس يكون العمل قضائيا إذا كان موضوعه الفصل في نزع قائم³، بينما العمل الإداري لا يكون كذلك.

وقد وجه إلى هذا الأساس انتقادات بأنه لا يلي الغرض، ذلك لأن الإدارة تصدر قرارات ذات طابع إداري، بالإضافة إلى أن المشرع خول لها إصدار قرارات ذات طبيعة قضائية، كما أن القضاء ليس دائما يصدر أحكاما قضائية للفصل في الخصومة، بل في كثير من الحالات ما يصدر أعمالا ذات طبيعة إدارية ليس الغرض منها الفصل في الخصومة.

4- أساس الغرض من العمل: يركز أصحاب هذا الاتجاه على الغرض من العمل للتمييز بين العمل القضائي و العمل الإداري، وعليه فالقرارات التي تصدرها الإدارة تستهدف إشباع الحاجات العامة، أما

¹ - د. ماهر الجبوري، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 43

² - محمد سليمان طماوي، النظرية العامة للقرارات الادارية، مرجع سابق، ص 136

³ - ماهر الجبوري، القرار الإداري، مرجع سابق، ص 44



وظيفة القضاء فالغرض منها حماية النظام القانوني في الدولة من خلال الفصل في المنازعات وفقاً للقانون وتوقيع الجزاءات على مخالفة أحكامه¹.

وبناء على هذا الاختلاف في الغرض تختلف مواصفات الأعمال، فمواصفات العمل الإداري تتسم بالمرونة بينما مواصفات العمل القضائي تتسم بالثبات والاستقرار. مما يؤدي إلى تطبيق مبدأ مهما في الأحكام القضائية وهو حجية الشيء المقضي به². ذلك لأن الإدارة تتماشى وفقاً لحاجيات المواطنين المتجددة باستمرار، وعليه فإن عملها يتسم بالمرونة بحسب نظرة رجال الإدارة وكفاءتهم في التسيير، ولذلك فإن من مبادئ المرافق العامة الاستمرارية والتكيف. أما العمل القضائي فإن فكرة الحجية المترتبة عنه تكشف عن الحقيقة المتنازع فيها. وإن كان القرار الإداري يشبه بعض الأحكام القضائية، فإن المشرع حر في أن يرتب على أي منهما حجية الشيء المقضي فيه فيصبح العمل قضائياً³.

ج- موقف القضاء الإداري في التمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي:

لم يستقر القضاء الإداري في مصر على الأخذ بمعيار معين للتمييز بين القرار الإداري والعمل القضائي، ففي بداية الأمر يظهر أنه أخذ بالمعيار الموضوعي من خلال حكمة الصادر 15/06/1948 "أنه يشترط في القرار القضائي أياً كانت السلطة التي تصدره توافر شروط ثلاثة. الأول قيام خصومة بين طرفين، والثاني أن تقوم هذه الخصومة على مسألة قانونية، والثالث أن يكون للقرار عند الفصل في الخصومة قوة الشيء المقضي فيه. وبعبارة أوضح أن يكون عنوان الحقيقة فيما يقضي به ولا عبء بعد ذلك بالسلطة التي تصدره"⁴.

فيركز هذا المعيار على تحليل مضمون العمل، فيكون العمل قضائياً إذا توافرت فيه الشروط الثلاث المبينة أعلاه مهما كانت السلطة التي أصدرته، فهو لم ينشأ مركزاً قانونياً جديداً أو يعدل أو يلغي مركزاً قانونياً كان قائماً، إنما يفصل في نزاع بين طرفين بإظهار الحقيقة التي يدعى كل طرف بها، وعلى هذا الأساس يكون ذا حجية قوية لتجعله ثابتاً ومستقراً، لأنه يعبر عن الحقيقة المطلقة، وإن كان القرار الإداري ثابتاً ومستقراً إلا أن هذا الثبات والاستقرار نسبي تبعاً لطبيعة العمل الإداري.

ولكن مجلس الدولة بدأ يخفف من غلواء المعيار الموضوعي، وقد اتجه إلى الأخذ بالمعيارين معا في حكمه الصادر 13/12/1959. حيث ينص "إن شرح القانون العام قد اختلفوا في وضع معايير للترقية بين القرار القضائي والقرار الإداري، فمنهم من أخذ بالمعيار الشكلي... ومنهم من أخذ بالمعيار الموضوعي

¹ - محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 136

² - ماهر الجبوري، القانون الإداري مرجع سابق ص 45

³ - محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 137

⁴ - د. ماهر الجبوري القانون الإداري مرجع سابق ص 46



...بينما آخرون يرون أنه يجب الأخذ بالمعيارين معاً الشكلي والموضوعي ، وقد اتجه القضاء في فرنسا ثم في مصر إلى هذا الرأي الأخير وهو الأخذ بالمعيارين معاً مع بعض الضوابط...."

الفرع الرابع : أركان القرار الإداري

إن التعرض إلى تعريف القرار الإداري وبيان خصائصه التي تميزه عن باقي الأعمال الأخرى، لا تعني استكمال ماهيته ، فلن يتحقق ذلك إلا بالخوض في البحث عن مكوناته الضرورية المتمثلة في عناصره الشكلية والموضوعية، ليكون قراراً صحيحاً ومنتجاً لآثاره القانونية التي تريد الإدارة تحقيقها ، لذا يجب أن نتطرق إلى أركان القرار الإداري المتمثلة في الاختصاص و الشكل و السبب و المحل والغاية.

أولاً: ركن الاختصاص : إن إصدار القرارات الإدارية التي تؤثر مباشرة في المراكز القانونية للأفراد. لا ينعقد اختصاصها لكل أفراد الإدارة، بل حصرت لفئة محددة كالقيادات الإدارية العليا في الوزارات والمصالح العامة والهيئات العامة والوحدات المحلية¹.

ويقصد بركن الاختصاص هو تحديد الأشخاص أو الهيئات التي تملك إبرام التصرفات العامة، ولأجل ذلك شبه الفقهاء ركن الاختصاص في القانون العام كركن الأهلية في القانون الخاص² ، غير أن الفرق بينهما يبدو جلياً ، حيث أن الاختصاص في القانون العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ويعد من النظام العام فلا تملك الإدارة التنازل عليه إلا بنص صريح ، أما الأهلية في القانون الخاص فتهدف إلى تحقيق مصلحة خاصة.

ويقصد به كذلك "الأهلية أو القدرة القانونية الثابتة لجهة الإدارة أو الأشخاص التابعين لها في إصدار قرارات محددة من حيث موضوعها أو نطاقها المكاني أو الزماني"³. وعليه فإن ركن الاختصاص هو القدرة التي يمنحها المشرع لهيئة إدارية في المستوى المركزي أو المحلي بإصدار القرارات الإدارية محددة من حيث الموضوع والزمان والمكان ، ولذلك فإن اختصاص هيئة إدارية بإصدار القرارات لا يكون على إطلاقه، بل محدد بمجالات معينة ، و بالمدة الزمنية ، وبنطاقه المكاني.

ويمكن استخلاص بعض النتائج على ما تقدم:

- ركن الاختصاص يتم توزيعه من قبل المشرع.

- الاختصاص من النظام العام فلا يمكن للإدارة أن تتنازل عنه.

- ركن الاختصاص ليس تأهيل الهيئة الإدارية فقط ، وإنما من الناحية الموضوعية ونظامها الزماني والمكاني.

¹ - د. محمد رفعت ع الوهاب النظرية العامة للقانون الإداري الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 535

² - محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 201

³ - د. ع العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري في قضاء ، مجلس الدولة، ط 2011، ص 49



أ- عناصر ركن الاختصاص:

يشمل ركن الاختصاص على العناصر التالية العنصر الشخصي والعنصر الموضوعي والعنصر المكاني والعنصر الزمني.

1- العنصر الشخصي في الاختصاص:

حتى يكون القرار الإداري صحيحا ويرتب كامل آثاره، يجب أن يصدر من الشخص أو الهيئة التي حددها القانون، ولكي تكون له سلطة التعبير عن إرادة الدولة، يجب أن يكون لمصدر القرار وجود قانوني. وتثبت هذه السلطة بقرار التعيين إذا كان فردا أو بالقرار الصادر بتشكيله إذا كان هيئة. وعليه فإن مشروعية القرارات الصادرة من قبل الإدارة أو الهيئة الإدارية، تتوقف على مشروعية قرار التعيين أو التشكيل¹، ويفهم ظاهريا من هذا القول أن أي شخص يصدر قرار، ويكون غير مؤهل قانونا، إما قرار تعيينه معيبا أو لم يصدر أي قرار لتعيينه أو تشكيله، فإن القرارات التي يصدرها تعتبر عديمة الأثر.

وقد فرق الفقه والقضاء بين القرار الباطل والقرار المعدوم، فالقرار المعدوم هو الذي بلغ في عدم مشروعيته حدا من الجسامة يفقده صفة القرار الإداري، و يعتبر عندئذ مجرد عمل مادي. ويعد القرار باطلا إذا لم يبلغ هذه الجسامة²، وهذه التفرقة أعطت نتائج جد مفيدة، فالقرار المنعدم لا يرتبط بأجل وعدم الخضوع له من قبل المخاطبين به لا يحملهم المسؤولية. أما القرار الباطل هو المشوب بعين بسيط وسيظل صحيحا ويرتب آثاره، إلا أن يطعن ضده أمام القضاء الإداري في المدة المخصصة للطعن. وإذا تجاوزت هذه المدة ولم يطعن ضده صار صحيحا، و يكسب الحصانة الدائمة التي تجعله في منأى عن البطلان، ضمنا لاستقرار المعاملات و الثبات النسبي لقرارات الإدارة. فليس من العدل في شيء أن تظل هذه القرارات مهددة بالبطلان طيلة مدة التي تمنح لحياة القرار الإداري.

وحفاظا على حقوق الأفراد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي نظرية الموظف الفعلي أو الواقعي في حالة صدور قرار منعدم، في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، ففي الظروف العادية تنطبق هذه النظرية على أساس الظاهر حماية للغير حسن النية الذي يتعامل مع فرد عادي يظهر بمظهر الموظف العام دون أن يعلم بحقيقته، وفي الظروف الاستثنائية المتمثلة في حالة الحرب أو الثورات، يقوم فرد عادي بضمان تسيير مرفق عام. فالتصرفات التي يصدرها تعتبر صحيحة ومنتجة لآثارها³.

¹ - د. سلام عبد الحميد محمد زيكنه، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الأكاديمية العربية المفتوحة في

الدنمارك، رسالة ماجستير ألمانيا، 2008، ص 81

² - ماجد راغب القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ط1995، الإسكندرية

³ - د. سلام عبد الحميد محمد زيكنه، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات، مرجع سابق، ص 82



مثل هكذا نظرية تحقق فكرة الأمن القانوني، وذلك بالمحافظة على العلاقة بين المواطن والإدارة، باعتبار أن المواطن لا توجد لديه كل المعلومات الحقيقية لكل موظف في الإدارة، فمعاملته مع الموظف الذي يعمل باسم الإدارة تكون عن حسن نية، فإذا كان قرار تعيين موظف الإدارة باطلا، أو لم يصدر قرار التعيين إطلاقا، لا يمكن أن يعلم به المواطن البسيط، لذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي فكر في حقوق الفرد العادي البسيط حسن النية وجعل من هذه النظرية الشيء المعدم موجودا وصحيحا.

1-1- استثناء الاختصاص الشخصي:

القاعدة العامة أن الشخص أو الهيئة التي منح لها المشرع حق إصدار القرارات الإدارية، هي المؤهلة قانونا لهذا الاختصاص. فلا يمكن لها أن تتنازل عنه لموظف أو هيئة أخرى من تلقاء نفسها، إلا إذا رخص المشرع بالتفويض الإداري الذي تدعو إلى أعماله عدة اعتبارات يقتضيها سير النشاط الإداري.

1.1.1- التفويض الإداري وصوره

إن محتوى التفويض الإداري واسع في نظر الفقهاء بتعدد الزوايا التي ينظرون إليه منها، باعتباره من جهة وسيلة قانونية وفنية للحد من التركيز الإداري، ومن جهة أخرى يعتبر استثناء الذي يرد على العنصر الشخصي في الاختصاص. وللتعرف أكثر عن التفويض يجب التطرق إلى تعريفه ثم إلى صورته.

2.1.1- تعريف التفويض الإداري:

يرى الدكتور عبد الغني بسيوني بأن التفويض "هو الأسلوب الأمثل لتحقيق عدم التركيز داخل التنظيم الإداري، والمقصود منه قيام الرئيس الإداري بنقل جانبا من اختصاصاته إلى بعض رؤوسيه ليمارسونها دون الرجوع إليه، مع بقاء مسؤوليته أمام الرئاسات العليا¹. كما يقصد به أن يعهد صاحب الاختصاص بممارسة جانب من اختصاصه إلى فرد آخر². كما يقصد به أيضا هو أن يعهد الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته إلى رؤوسيه ليباشروها دون الرجوع إليه، مع بقائه مسؤولا عن تلك الاختصاصات المفوضة³.

مما سبق يتبين لنا أن التفويض الإداري له مدلول واسع و آخر ضيق. فالأول يعتبر وسيلة فنية لإصلاح التنظيم الإداري، يتصف بالديمومة والاستمرار يهدف إلى التخفيف من غلواء أسلوب المركزية الإدارية، كما هو الحال في التنظيم الإداري في الجزائر حيث أسلوب عدم التركيز الذي اعتمده كالولاية بالنسبة لوزارة الداخلية بإعطائها صفة عدم التركيز الإداري.

¹ - نقلا عن خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر، تلمسان، 2008، ص 10

² - د. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 1957، ص 206

³ - كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، رسالة ماجستير جامعة أبي بكر بلقان، تلمسان، 2011 ص 60



ومدلول ضيق وهو الإجراء الذي يقوم به صاحب الاختصاص لأحد موظفيه للقيام بجزء من اختصاصاته دون الرجوع إليه ، مع عدم المساس بالاختصاصات الأخرى التي لم تفوض .وما يجب الإشارة إليه هو أن التفويض لا يكون إلا جزئي ، ولا يكون إلا حيث يسمح المشرع به، كما أن صاحب الاختصاص الأصلي يبقى يراقب المفوض إليه رغم وجود قرار التفويض ، لأن مسؤوليته تبقى قائمة في حالة ما إذا أخل المفوض إليه باختصاصاته.

3-1-1- صور التفويض الإداري:

يشمل التفويض عدة صور ونحن نكتفي بصور التفويض من حيث الموضوع في هذا المجال وينقسم إلى تفويض اختصاص وتفويض توقيع.

* **تفويض اختصاص:** ويقصد به أن يعهد الرئيس بنقل بعض اختصاصاته إلى أحد مرؤوسيه، وهو ما يترتب عليه قيام المفوض إليه بهذه الاختصاصات دون الرجوع إلى الأصل¹. ويقصد به كذلك تحويل صلاحية اتخاذ بعض القرارات الإدارية من صاحب الاختصاص في الأصل إلى غيره من المرؤوسين الإداريين². وتحويل هذا الاختصاص من قبل صاحب الاختصاص الأصلي لا يكون في القرارات ذات الأهمية القسوة ، بل يتم في القرارات البسيطة التي يستطيع أحد موظفي الرئيس القيام بها. وفي هذا الصدد لا يمكن للأصيل ممارسة الاختصاصات التي تم تفويضها إلا إذا تم إلغاء التفويض بقرار صريح، ويرتبط هذا التفويض بالوظيفة وليس بالشخص المفوض إليه . وعليه فان تفويض الاختصاص لا ينتهي بالانتهاء التلقائي بسبب صفة المفوض إليه .

* **تفويض توقيع:** يختلف تفويض التوقيع على تفويض الاختصاص، بحيث يحتفظ صاحب الاختصاص الأصلي بكامل اختصاصاته و يمارس سلطته على أعمال المفوض إليه، فيملك التعديل و الإلغاء و السحب و الحلول في الوثائق محل التفويض بالإمضاء ، و على هذا الأساس فإن هذا التفويض لا يشكل تغيير في توزيع الاختصاصات³.

هذا النوع من التفويضات مرتبط بطبيعة العلاقة بين المفوض و المفوض إليه، لأنه مبني على الثقة، و لذلك فهو ينتهي بمجرد انتهاء صفة المفوض أو المفوض إليه .

2- **الاختصاص الموضوعي:** لا يكتفي المشرع بتحديد الأشخاص المؤهلين للاختصاصات الإدارية، وإنما يعين في نفس الوقت الأعمال التي يجوز لكل واحد أن يمارسها⁴. بمعنى أن رجل الإدارة وإن كان قد منح له

¹ - خليفي محمد، النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص 17

² - كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري مرجع سابق، ص 71

³ - خليفي محمد - النظام القانوني للتفويض الإداري في الجزائر- مرجع سابق- ص 59

⁴ - سليمان محمد الطماوي، النظرية القرارات الإدارية مرجع سابق، ص 24



المشروع إصدار القرارات الإدارية، فإن هذا الاختصاص غير مطلق، بل محدد بالمواضيع التي يمكن أن يمارس اختصاصه فيها من قبل المشروع. وعليه فإن المشروع يمنح الاختصاص ويحدد المواضيع في نفس الوقت بكل وضوح، فيجب على صاحب الاختصاص أن يتصرف وفق ما حدده له المشروع صراحة، ولا يجوز له الاعتداء على مواضيع أخرى ليست من اختصاصه، فإن حاد عن ذلك اعتبرت تصرفاته غير قانونية.

ولتحديد الاختصاص الموضوعي تنتهج عدة طرق:

- فقد تخول النصوص القانونية سلطة إصدار القرارات لموظف عمومي معين بذاته أو هيئة إدارية بدون مشاركة جهات أخرى في هذا العمل
- أو قد تخول تلك النصوص لعدة أشخاص أو هيئات إدارية ممارسة اختصاص معين بشكل منفصل دون استئذان واحدة للأخرى. أو قد يشتركان في عمل واحد فيكون إصدار قرار إداري متوقف على موافقة الهيئة الأخرى كالقرارات الوزارية المشتركة¹.

3- الاختصاص الزماني:

لكل صاحب اختصاص نطاق زمني محدد يمارس فيه نشاطاته القانونية ويفقد بعدها هذا الاختصاص. فحياة الشخص الإدارية لها تاريخ معين لبدايتها ونهايتها، وبين هذين الحدين يعبر عنه بالاختصاص الزمني². ويترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية، وهي أن الشخص المعين في وظيفة إدارية أو الهيئات المنتخبة لا يمكن لها ممارسة اختصاصاتها الممنوحة من قبل المشروع إلا في النطاق الزمني المحدد، من يوم التعيين إن كان فردا أو من يوم صدور قرار التنصيب إذا كانت هيئة منتخبة، فالأعمال التي يتم إصدارها خارج النطاق الزمني تعتبر باطلة.

غير أننا نجد المشروع الدستوري الجزائري سمح للحكومة التي قدم وزيرها الأول الاستقالة لرئيس الجمهورية، بسبب عدم حصوله على موافقة المجلس الشعبي الوطني للمرة الثانية وينحل المجلس الشعبي الوطني وجوبا على أن تستمر هذه الحكومة لمدة ثلاثة أشهر كأقصى أجل ريثما يتم انتخاب مجلس شعبي وطني جديد. حسب نص المادة 96 من الدستور الجزائري³.

¹ - كنتاوي عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري مرجع سابق، ص 28

² - سلام عبد الحميد زنكنة، مرجع سابق، ص 84

³ - نص المادة 96 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري " إذا لم تحصل من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني ينحل وجوبا. تستمر الحكومة القائمة في تسيير الشؤون القائمة الى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني و ذلك في أجل أقصاه ثلاثة أشهر³



4- الاختصاص المكاني:

إذا كان لبعض رجال الإدارة أن يمارسوا اختصاصاتهم على إقليم الدولة كرئيس الجمهورية، والوزير الأول، والوزراء كل حسب اختصاصه، فإن المشرع كثيراً ما يحدد النطاق المكاني الذي لا يجوز لرجل الإدارة أن يتعداه عندما يمارس اختصاصاته¹.

المشرع عندما يمنح الاختصاص لفرد أو هيئة إدارية فبالإضافة إلى تحديد المواضيع والنطاق الزمني فإنه يحدد كذلك النطاق المكاني وهو الدائرة الجغرافية التي يستطيع أن يمارس فيها اختصاصاته. وعليه فإن رئيس المجلس الشعبي البلدي لا يجوز له أن يصدر قرارات إدارية يخاطب بها مواطنون خارج إقليم البلدية. وكذا الوالي فإنه يمارس اختصاصاته داخل إقليم الولاية.

ثانياً: ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري:

يعرفون فقهاء القانون ركن الشكل والإجراءات بأنه مجموعة القواعد الإجرائية والشكلية التي أوجب القانون على رجل الإدارة مراعاتها قبل إصدار القرار الإداري، وعرف الشكل بأنه الإطار الخارجي الذي يصدر به القرار أو القالب الذي تعبر به الإدارة عن إرادتها².

فالشكل هو المظهر الخارجي للقرار الإداري، كالكتابة والتوقيع وذكر التاريخ وتسبيب القرار إذا ألزم القانون ذكره. وأما الإجراءات فهي المراحل التي يمر بها إعداد القرار الإداري، والخطوات التي تسبق صدوره. كأخذ رأي جهة معينة، أو إجراء تحقيق قبل صدور القرار، أو سماع أقوال الموظف قبل صدور قرار معاقبته وترك فرصة للدفاع عن نفسه³.

القاعدة العامة أن الإدارة حرة في الشكل الذي تختاره لإصدار قرارها والتعبير عن إرادتها. لكن في كثير من الحالات نجد أن المشرع يلزم الإدارة بإتباع شكل وإجراءات معينة لحماية للمصالح العام والخاص في آن واحد. وإتباع الإدارة لهذه القواعد واحترامها يجعلها في حالة من التروي والتدبر قبل إصدار القرار، وبذلك تتجنب التسرع في اتخاذ القرار.

وقواعد الشكل والإجراءات تجد مصدرها من القوانين والتنظيمات، أو من الأحكام القضائية التي استنبطها القاضي من التوسع في تفسيره للنصوص القانونية، أو استلهمها من روح التشريع وقواعد العدالة، كحق الدفاع قبل إصدار أي قرار تأديبي في حق الموظفين حماية لمصالح الأفراد⁴، وبمفهوم المخالفة فإن الإدارة التي تخالف الشكل والإجراءات التي يلزم القانون بإتباعها، فإن قراراتها تصبح غير

¹ - د. سليمان محمد الطماوي، نظرية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 229

² - نقلا عن د. عدنان عمرو، ابطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين والهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن 2001، رام الله فلسطين، ص 120

³ - د. أيوب بن منصور الجريوع، عيب الشكل في القرار الإداري، مجلة العدل، العدد 56 لسنة 14 شوال 1433، ص 210

⁴ - ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، مصر 1995، ص 378



مشروعة، غير أن هذا القول إذا أخذ على إطلاقه سوف يؤدي إلى بطئ الإدارة في أداء نشاطها، أو جمودها في بعض الحالات، وبالتالي يؤدي إلى نتائج عكسية .

لذلك ليست أشكال القرار الإداري في مرتبة واحدة غيابها تجعل القرار الإداري غير مشروع، فقد استقر مجلس الدولة في فرنسا فيما يتعلق بركن الشكل والإجراءات في التمييز بين الأشكال الجوهرية والأشكال غير الجوهرية في القرار الإداري. غير أنه لا يوجد معيار قاطع متفق عليه الذي يميّز بين الأشكال الجوهرية وغير الجوهرية. ويتوقف ذلك على مدى تأثير هذه الشكليات على إصدار القرار الإداري، ومدى تأثير مخالفتها على موضوع القرار وضمانات مصالح الأفراد¹، بمعنى أن شكليات القرار الإداري ليست على درجة واحدة فمنها ما تجعل القرار الإداري باطلا عند مخالفتها وهي الأشكال والإجراءات الجوهرية أو الأساسية، ومن الشكليات لا يؤثر مخالفتها على القرار، وبالتالي لا تبطل القرار الإداري، وهذه ما اصطلح عليها باسم الشكليات الثانوية وسوف ننظر إلى هذا الركن بأكثر تفصيل في الباب الثاني .

ثالثاً: ركن السبب:

يقصد بركن السبب في القرار الإداري الواقعة المادية أو القانونية التي تقع مستقلة وبعيدة عن نية وإرادة السلطة الإدارية المختصة، فتدفعها إلى إصدار قرار إداري معين². كحدوث اضطرابات في الأمن العام يمثل الحالة الواقعية، وتقديم أحد الموظفين لاستقالته يمثل الحالة القانونية، فالسبب سابق على اتخاذ القرار³.

فلكل قرار إداري سبب ألهم رجل الإدارة أن يتدخل في مجال اختصاصه لإصدار قرار يهدف من خلاله إلى تأثير قانوني، و يشترط لسلامة سبب القرار الإداري توافر شرطين أساسيين هما

1- أن يكون السبب قائماً، بمعنى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية التي دفعت رجل الإدارة للتدخل مستمرة حتى تاريخ صدور القرار الإداري.

2- أن يكون السبب مشروعاً، بمعنى أن تكون الحالة الواقعية أو القانونية التي استندت إليها الإدارة لإصدار القرار موافقة للنصوص القانونية⁴.

¹ عبد الحميد زنكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، للأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك، ألمانيا، مذكرة ماجستير 2008

² أ. سليمان سعيد، ملخص محاضرات في مقياس القانون الإداري للسنة الثالثة LMD السنة الجامية 2012-2013 جامعة محمد الصديق بن يحي جيجيل، ص 6

³ فؤاد محمد موسى عبد الكريم، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، معهد الغدارة العامة، مركز البحوث بالمملكة العربية السعودية 2003م، ص 130

⁴ - رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، جامعة الشرق الأوسط 2013



رابعاً: ركن المحل

محل القرار هو موضوعه والأثر القانوني الذي يترتب عليه مباشرة ، ويؤدي إلى إحداث تغيير في المركز القانوني، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد ، أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم¹.
لذا محل أي قرار إداري يتمثل في مضمونه، وهو الأثر القانوني الذي يترتب عليه سواء بإنشاء كقرار تعيين موظف أو قرار التعديل كقرار الترقية وقرار الإلغاء كقرار الفصل من الوظيفة. ولتحقيق محل القرار الإداري يجب أن يتوفر شرطان

1- أن يكون محل القرار ممكناً واقعياً وقانوناً، ومتى كان القرار مستحيلاً كان معدوماً.

2- أن يكون المحل مشروعاً بحيث يكون ترتيب الأثر القانوني جائزاً قانوناً وموافقاً للنصوص القانونية السائدة².

مثاله القرار الإداري الذي يكون محله إحداث ضريبة، يكون غير مشروع في الجزائر ذلك لأن الدستور أوجب إحداثها بنص قانوني وليس بقرار إداري. وهو ما نصت عليه المادة 140 من الدستور الجزائري في فقرتها الإثنا عشر 12/140 بنصها "يشعر البرلمان في الميادين... والمجالات التالية... إحداث الضرائب والجبايات والرسوم والحقوق المختلفة...".

خامساً: ركن الغاية:

ويقصد بركن الغاية هو النتيجة النهائية التي يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها. وهو عكس ركن السبب الذي يكون خارج إرادة مصدر القرار. فإن ركن الغاية يمثل الجانب الشخصي في القرار الإداري، لأن رجل الإدارة عندما تستدعيه الأسباب الواقعية أو القانونية للتدخل ، فإنه يفكر في الغاية التي يريد من تدخله فإذا اتضحت له فإنه يتدخل ويصدر القرار³. وفي جميع الأحوال فإن الإدارة تستهدف من وراء قراراتها المصلحة العامة ، فالقرار الصادر بحضر التجوال في منطقة ما لوجود الاضطرابات بها ، غايته المحافظة على الأمن العام⁴. وما امتيازات السلطة العامة التي منحها المشرع للإدارة إلا لتحقيق المصلحة العامة. ولذلك فالقرارات التي تصدرها تستهدف تلك الغاية. لذلك تعتبر هذه قاعدة عامة لا تحتاج لتأكيد عليها بنصوص قانونية ، إلا في حالة تخصيص الأهداف ، لذلك يمكن القول أن ركن الغاية تحكمه قاعدتين ، قاعدة المصلحة العامة وقاعدة تخصيص الأهداف.

¹ - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام ق إ م إ الجزائري ، رسالة ماجستير ، 2012 ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، ص

40

² - أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام ق.إ.م.إ. الجزائري نفس المرجع، ص 40

³ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ط 1975

⁴ - فؤاد محمد موسى عبد الكري، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المحكمة العربية العمومية، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث السعودية،

2003، ص 132



المطلب الثاني: أنواع القرارات الإدارية

تنقسم القرارات الإدارية إلى أنواع عدة نوجزها على سبيل المثال لا الحصر، إذ تختلف وتتنوع بتنوع الزاوية التي ينظر منها كل فقيه ، ولهذا كل مرة نجد أنفسنا أمام تقسيم جديد. ولذلك يلزم الباحث نفسه بإتباع التقسيمات الهامة التي لها تأثير على الواقع العملي، وهي القرارات من حيث مداها من حيث تكوينها ثم من حيث تأثيرها ثم من حيث رقابة القضاء عليها.

الفرع الأول: القرارات الإدارية من حيث مداها

تنقسم القرارات الإدارية من هذه الناحية إلى نوعين. القرارات الفردية والقرارات التنظيمية (اللوائح)

أولاً: القرارات الفردية: وهي مجموعة القرارات التي تخاطب فرداً أو مجموعة من الأفراد معينين بذواتهم¹. وتلجأ الإدارة لهذا النوع من القرارات استناداً لقانون أو قرار تنظيمي بغرض إنشاء مركز قانوني خاص أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم².

وبالرغم من انصراف أثره إلى مجموعة من الأشخاص المعينين بذواتهم يبقى قرار فردي، مثل القرار الذي يخاطب مجموعة من الجماهير لإخلاء المكان، أو الاقتراب من مسكن آيل للسقوط، وتمتاز هذه القرارات عن غيرها بأنها تنتهي في غالب الأحيان بمجرد تطبيقها على حالتها الشخصية لأنها فورية التنفيذ، فلا توجد فترة زمنية تفصل بين صدور القرار و تنفيذه .

وعلى ذلك يتضح معيار التفرقة بالنسبة لتنفيذ القرارات الإدارية ، ففي القرارات الإدارية ذات الأثر المباشر ينتهي أثارها بمجرد صدورها وتنفيذها، أما القرارات الإدارية التي يستمر تنفيذها مدة طويلة أو يكون تنفيذها مستمرا ، فإن الإدارة تسعى إلى تطبيقه على الحالات التي تتوفر فيها شروط تطبيقه، ويرجع ذلك إلى قوة التنفيذ الذي يتمتع بها القرار و إلا لجأت الإدارة إلى استعمال وسائلها الجبرية في التنفيذ³.

ثانياً: القرارات التنظيمية: يقصد بها تلك القرارات التي تضمنت قواعد عامة تخاطب المراكز القانونية والأفراد غير المحددين بذواتهم بغرض إنشاء أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية عامة. فهي تتميز عن القرارات الفردية بالتجريد والعمومية⁴.

¹ - محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات ، مرجع سابق ص 311

² -أزاد محمد صديق ، اثر تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي، ط2016، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية . ص 59

³ - ذنون سليمان يونس العبادي -سقوط القرارات الإدارية -الكتاب الأول ط 2015 دار الكتب القانونية و دار شتات للنشر و البرمجيات

مصر -الأمارات ص222

⁴ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ص 43



العمومية هنا لا تعني أن القرارات التنظيمية تطبق على جميع أفراد المجتمع، وإنما تطبق على فئات معينة بصفاتهم، وهي في حقيقتها تشريع فرعي يقوم إلى جانب التشريع العادي¹.

ولذلك فإن شراح القانون لما يدمجون التشريع الفرعي مع التشريع العادي، يطلقون عليه مصطلح القانون بالمفهوم الواسع وفق المعيار الموضوعي، وبالرغم من أنهما يختلفان في الإجراءات، إلا أنهما يحملان نفس المميزات، وهي التجريد والعمومية. وكما تتميز بأنها لا تستنفذ بعد تطبيقها مباشرة على حالات معينة، بل ستظل قائمة وترتب آثارها على كل الحالات التي تنطبق عليها في المستقبل إلى غاية تعديلها أو إلغائها. وفي هذا الصدد تنص المادة 143 من الدستور الجزائري كما يلي:

"يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون. يندرج تطبيق القوانين في المجال التنظيمي الذي يعود للوزير الأول"².

وحسب هذه المادة فإن هناك نوعين من التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية في الحالات العادية. النوع الأول هي تنظيمات مستقلة قائمة بذاتها كالقرارات التنظيمية التي يصدرها رئيس الجمهورية من أجل تنظيم المرافق العامة أو حماية النظام العام بعناصره الثلاثة الأمن العام، والسكينة العامة والصحة العامة والقرارات الضبطية هي أشد خطورة لأنها تقيد حريات الأشخاص.

والنوع الثاني وهي التنظيمات التنفيذية التي تصدرها الإدارة بغرض تنفيذ قانون، باعتبار أن القانون يصدر عن السلطة التشريعية، والتي تضع الأحكام العامة والقرارات التنفيذية تضعه موضع التطبيق، بحكم أن السلطة التنفيذية هي أدنى بالجزئيات والتفصيلات باعتبارها أقرب للجمهور واحتكاكها به باستمرار وبصفة مباشرة.

بالإضافة إلى الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية باعتباره رئيس السلطة التنفيذية والتي تختلف عن تلك التي عرفناها سابقا، والتي تتميز عن التنظيمات بأن لها قوة القانون وسرعة إصدارها لأنها تعالج مسائل عاجلة لا تحتمل الانتظار وطول الإجراءات. وتصدر هذه الأوامر في حالات التالية:

المادة 142 من الدستور "لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في مسائل عاجلة في حالة شعور المجلس الشعبي الوطني أو خلال العطل البرلمانية بعد رأي مجلس الدولة، ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها، تعد لاغية الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان، يمكن رئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية المذكورة في المادة 107 من الدستور، تتخذ الأوامر في مجلس الوزراء"³.

¹- رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، جامعة الشرق الأوروبية، رسالة ماجستير 2013، دراسة مقارنة في الأردن، مصر.

²- المادة 143 دستور 01/16 المؤرخ في 06/03/2016 ج ر 14 المؤرخ في 07/03/2016

³- المادة 142 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري.



وحسب هذه المادة فإن المشرع الدستوري منح لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر في الحالات التالية

1- في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني.

2- في مدة العطلة البرلمانية.

3- في الحالة الاستثنائية.

ومما يجب الإشارة إليه هو أن نميز بين مرحلتين بالنسبة لهذه الأوامر

المرحلة الأولى وهي التي تسبق المصادقة عليها من قبل البرلمان بغرفتيه والمرحلة الثانية التي تلي المصادقة عليها والتي تكتسب فيها الأوامر صفة القانون ما يهمننا في هذا المجال في المرحلة الأولى والتي تكون فيها الأوامر مجرد قرارات إدارية وفق المعيار الشكلي بالرغم من أن لها قوة القانون ولكنها ليس لها طبيعة التشريع العادي ويمكن أن نتعرض لهذه الأوامر بأكثر تفصيل في موقعه.

ثالثا: أهمية التفرقة بين القرارات التنظيمية والفردية

بالرغم من أن القرار التنظيمي والقرار الفردي يصدران من قبل السلطة الإدارية ويؤدي ذلك إلى التشابه في كثير من الجوانب. إلا أنهما يفتقان في عدة نواحي وتظهر هذه التفرقة في ما يلي:

1- طريقة الإعلان: تعتمد الإدارة في هذا المجال إلى أسلوبين مختلفين، ففي القرارات التنظيمية يتم إعلام المواطنين عن طريق أسلوب النشر أو الإشهار، وقد أكد المشرع الجزائري على هذا الأسلوب في المادة 9 من المرسوم 131/88 "يتعين على الإدارة أن تنشر بانتظام التعليمات والمناشير والمذكرات والآراء التي تهم علاقاتها بالمواطنين...وإذا لم يتوفر هذا النشر صراحة في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية فإنه ينجز في النشرة الرسمية للإدارة المعنية التي يتم إعدادها ونشرها وفقا لأحكام التنظيم الجاري به العمل"¹. أما القرارات الفردية فتتبع الإدارة أسلوب التبليغ ليتم إعلام المعنيين بها، سواء كان التبليغ كتابة أو التبليغ الشفوي.

ونجد المشرع الجزائري قد ألزم الإدارة اعتماد هذا الأسلوب بالنسبة للحالات الفردية، و إلا صار قرارها غير نافذ للمعنيين. و ذلك ما جاء في نص المادة 35 من المرسوم 131/88 والتي تنص على ما يلي: "لا يحتج بأي قرار ذي طابع فردي على المواطن المعني بهذا القرار إلا إذا سبق تبليغه إليه قانونا"².

2- القرارات التنظيمية هي قواعد عامة ومجردة، لتنظيم مراكز قانونية عامة ومعنى ذلك أنها لا ترتب حقوق مكتسبة بينما القرارات الفردية فهي الإطار الطبيعي لترتيب الحقوق المكتسبة وينتج عن ذلك أن القرارات التنظيمية يجوز تعديلها أو إلغائها في أي وقت، ولا يجوز للمخاطبين بها التمسك بالإبقاء عليها.

¹ - المادة 9 من المرسوم 131/88 المؤرخ في 04/07/88 ينظم العلاقات بين الإدارة والمواطن

² - المادة 35 من المرسوم 131/88 المرجع السابق



أما القرارات الفردية إذا صدرت صحيحة وترتيب عنها حقوق للأفراد فلا يجوز المساس بها من قبل الإدارة سواء بالسحب أو الإلغاء.¹

3- يمكن الطعن أمام القضاء الإداري ضد القرارات التنظيمية ولو انقضت مدة الطعن أما بالنسبة للقرارات الفردية فلا يمكن الطعن ضدها بعد فوات مدة الطعن.²

بمعنى آخر أن القرارات الفردية بعد فوات ميعاد الطعن المقرر قانوناً في المادة 29 من ق إ م إ والمحدد بأربعة أشهر، تكسب حصانة ضد أي نوع من الطعون. أما القرارات التنظيمية فلا تكتسب هذه الحصانة ولو بعد فوات ميعاد الطعن، وبذلك يمكن الطعن ضدها سواء مباشرة في ميعاد الطعن أو بصفة غير مباشرة (بالدفع بعدم المشروعية) وذلك بعد فوات ميعاد الطعن.

الفرع الثاني: أنواع القرارات من حيث تكوينها

تنقسم القرارات الإدارية من حيث تكوينها إلى قسمين قرارات بسيطة وقرارات مركبة.

أولاً: القرارات البسيطة:

ونقصد بها تلك القرارات القائمة بذاتها وتنتج آثارها دون أن تتصل بعمل قانوني آخر. مثل قرار منح إجازة أو قرار التعيين.³ نفهم من اسمها البسيط أنها تشمل عملية قانونية واحدة ولذلك يسهل الطعن ضدها.

ثانياً: القرارات الإدارية المركبة:

ويقصد بها تلك القرارات التي تدخل في تكوين عملية قانونية مركبة، تتم على مراحل كقرار نزع الملكية أو إرساء المزاد أو المناقصة.⁴

فقرار نزع الملكية للمنفعة العامة تصاحبه أعمال إدارية أخرى قد تكون سابقة أو معاصرة أو لاحقة له، تتم على شكل مراحل متعددة كالتصريح بالمنفعة العامة للعقار المعني، ومحضر فشل المساعي الودية لنزع الملكية، ثم قرار نزع الملكية.⁵

أما المجال الخصب لهذه القرارات على سبيل المثال لا الحصر قرارات متعلقة بالعقود الإدارية، قرارات متعلقة بالعملية الانتخابية، قرارات متعلقة بالمنازعات الضريبية.

¹ - محمد طماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية

² - أزاد محمد صديق، أثر تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي ، ط1، 2016، مكتبة الوفاء القانونية، ص

60

³ - أزاد محمد صديق، أثر تحصين القرارات الإدارية من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي مرجع سابق، ص 66

⁴ - محمد سليمان الطماوي، نظرية القرارات الإدارية مرجع سابق، ص 295

⁵ - مازن راضي ليلو ، القانون الإداري ، منشورات الأكاديمية العربية، في الدنمارك، 2008، ص 172



في العقود الإدارية بالرغم من التقاء إرادة الإدارة و إرادة المتعاقد المتعامل، إلا أن هذه العلاقة لا تخلو من القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة بإرادتها المنفردة، لها صلة قوية بالعقد الإداري، قد تصدر قبل إبرامه أو مصاحبة لتنفيذه أو تضع نهاية لكل العملية برمتها ، و هي القرارات التي اصطلح على تسميتها بالقرارات المنفصلة فما هي هذه القرارات؟

أ)تعريف القرارات المنفصلة: هي التي تصاحب أعمال إدارية أخرى قد تأتي سابقة أو معاصرة أو لاحقة لصدوره مع وجود صلة ارتباط بينهما¹، و حسب هذا التعريف فإن الأمور تبقى معقدة و غامضة باعتبار أن القرارات تصدر في كل مراحل العقد، مما قد يلتبس الأمر لعدم التمييز بين القرار المنفصل و القرار التنفيذي(المتصل).

كما يعرف على أنه القرار الذي يكون جزء من بنيات عملية قانونية تدخل في اختصاص القضاء العادي أو الإداري، بناء على ولايته الكاملة، و لكن القضاء يقوم بفصل هذه القرارات عن تلك العملية و يقبل الطعن فيها بالإلغاء، أو هو القرار الذي يدخل في تكوين العقد الإداري يستهدف إتمامه، إلا أنه ينفصل عن هذا العقد الأمر الذي يجعل الطعن فيه بالإلغاء جائز².

لذا يمكن القول بأنه هو القرار الإداري الذي يدخل ضمن عملية مركبة، و يمكن فصله عنها دون التأثير على العملية برمتها، و بالتالي الطعن ضده بالإلغاء .

ب) مراحل تطور الطعن بدعوى الإلغاء في القرارات القابلة للانفصال: مر الطعن بالإلغاء ضد القرارات التي تدخل في عملية مركبة بمرحلتين

1-مرحلة عدم الاعتراف بالطعن ضد القرارات المنفصلة: كان مجلس الدولة الفرنسي لا يعترف بجواز الطعن استقلالا في القرارات التي تصدر ضمن عملية مركبة و يقبل الطعن فيها أمام القضاء الكامل، وكان يركز في ذلك على أساسين كمبرر لعدم الطعن هما الدفع وجود دعوى موازية واحترام الحقوق المكتسبة³.

1-1 وجود دعوى موازية: لقد درج القضاء الإداري الفرنسي على عدم قبول دعوى الإلغاء شكلا إذا توافر للطاعن طريق قضائي آخر يحقق له نفس المزايا و الحقوق التي تحققها له دعوى الإلغاء⁴.

و حسب هذا المفهوم فإن القضاء الإداري الفرنسي، كان لا يقبل الطعن بالإلغاء في العملية المركبة، لأن توجد دعوى أخرى يمكن رفعها و هي دعوى القضاء الكامل .

¹ - شريف سمية -رقابة القاضي الإداري على منازعات الصفقات العمومية -رسالة ماجستير جامعة مولود معمري تيزي وزو ص15/2016

² -عبدالعزیز خليفة- الأسس العامة للعقود الإدارية (ب- ط) دار الفكر الجامعي الإسكندرية .مصر 2007 ص 256

³ - قرميس إسماعيل - محل دعوى الإلغاء دراسة في التشريع و القضاء الجزائريين مرجع سابق ص112

⁴ - براء محمد عيسى صلاح -النظام القانوني لميعاد الطعن في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري الفلسطيني -مذكرة ماجستير الجامعة الإسلامية غزة 2018 ص 37



غير أن هذه الفكرة تعرضت للانتقاد من قبل الفقه الفرنسي و على رأسهم André de laubadere حيث يرى أن فكرة الدعوى الموازية غير كافية لاستبعاد دعوى الإلغاء في العقود الإدارية ، ذلك أنها و إن صحت عند المتعاقدين فإنها ليست كذلك بالنسبة للغير الذي لا يملك الطعن أمام قاضي العقد ، بالإضافة أن دعوى الإلغاء تحقق ما لم تحققه دعوى أخرى عند المتعاقدين.¹ و هذا إن دل على شيء فإنما يدل على التوجه الجديد و هو إمكانية الطعن بالإلغاء في القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية .

2-1 - إحترام الحقوق المكتسبة: تتقيد فكرة الحق المكتسب في القانون الإداري بشكل كبير بمبدأ التقديس أو عدم المساس، بمعنى لا يمكن للإدارة المساس بالتصرف القانوني الذي ينشأ آثار قانونية فردية ، إلا عن طريق تصرف قانوني مضاد في الحالات التي يسمح بها القانون.² و هي بمجرد إبرام العمل المركب و صيرورته نهائيا ، فإنه لا يمكن الطعن بالإلغاء في أي من القرارات المساهمة في تكوينه و المتداخلة في بنيانه إذ هذه العملية المركبة يتولد عنها حقوق مكتسبة لأطرافها و أن إلغاء أي من القرارات المرتبطة بهذه العملية يتضمن المساس بهذه الحقوق.³

مما تقدم من التعاريف فإن الحق المكتسب لا يخص مجال واحد فقط ، فقد يكون في العمليات البسيطة والعمليات المركبة ، وعليه نحن نحدد مجالنا في العملية المركبة فقط.

2-مرحلة الاعتراف بالطعن ضد القرارات المنفصلة: بعد التطورات التي شهدتها القضاء الإداري الفرنسي تراجع عن حضر الطعن بالإلغاء في العملية المركبة، و عدل عن ما كان عليه سابقا، و منح إمكانية الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال عن عملية مركبة و قد برر القضاء الإداري هذا العدول بما يلي :

2-1-1-منح القضاء الإداري إمكانية الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال، نظرا للمزايا التي تغري المتقاضى باللجوء إليها، و ذلك من خلال ما تحققه هذه الدعوى من الناحية القانونية ما لم تحققه دعوى قضائية أخرى ، فالحكم الصادر عنها تكون له الحجية المطلقة.⁴
بمعنى أن دعوى الإلغاء دعوى تعدم القرار المنفصل بالنسبة للماضي و المستقبل، و هذا الحكم يلزم الكافة و ليس المتقاضيين. و عليه لا يمكن لأي دعوى أخرى تحقق هذا الهدف.

2-2-لقد تم التخلي عن شرط عدم وجود دعوى موازية لقبول دعوى الإلغاء ، وذلك بعد التطور الذي طرأ على هذه الدعوى ، حيث تحولت من دعوى إحتياطية إلى دعوى الشريعة العامة ، الأمر الذي يسمح

¹ بوغازي وهيبية. تطور الإلغاء في العقود الإدارية. مذكرة ماجستير جامعة فرحات عباس سطيف 2010 ص20

² حمدي أبو النور السيد عويس – مبدأ إحترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري. ط1/2011 دار الفكر الجامعي الإسكندرية ص10

³ محمد سمير محمد جمعة –مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري – المجلة القانونية و

الاقتصادية عدد49/ 2011/جامعة المنصورة مصر ص 193

⁴-قرميس إسماعيل- مرجع سابق -114-



للمتقاضي أن يختار دعوى الإلغاء أو دعوى قضائية أخرى ، و لا تقف أمامه الدعوى الموازية¹ . لكن هذا التوجه الجديد يخلق إشكالية أخرى و هي كيف نميز بين القرارات المنفصلة عن العقد الإداري التي يمكن الطعن ضدها بدعوى الإلغاء استقلالا ، و لذلك يستوجب البحث عن المعايير المعتمدة للترقية بين القرارات المنفصلة عن غيرها في العملية المركبة .

2-2-2-معايير تحديد القرارات المنفصلة : لقد استند القضاء الإداري الفرنسي على معيارين لتحديد القرارات المنفصلة المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي .

1.2.2 المعيار الشخصي : و هو المعيار الذي يعتمد على صفة الطاعن و تشمل عدة عناصر منها صفة الغير و استعمال دعوى الإلغاء لأنها هي الأصلح للمحافظة على حقوق المدعي و مركزه القانوني أكثر من إستعمال دعوى القضاء الكامل² . و قد أعتد القضاء الإداري الفرنسي على هذا المعيار لتحديد القرار المنفصل نذكر حكمه في قضية مارتن (MARTIN) بتاريخ 04.08.1905. حيث طعن هذا الأخير بالإلغاء في قرارات المجلس العام لإقليم Loire et chair المتعلقة بمنح عقد التزام لشركة نقل ترام واي (TRAMWAY) وكان دفع الإدارة بان هذه القرارات لا يمكن الطعن فيها بالإلغاء لأنها تتعلق بعقد إداري من اختصاص قاضي العقد إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قبل الطعن شكلا و رفضه موضوعا³ .

ما يهمننا في هذا الحكم هو قبول مجلس الدولة الفرنسي الطعن بالإلغاء في القرارات الإدارية المتعلقة بالعملية المركبة و التي يمكن فصلها ، و قد رفض مجلس الدولة الدفع الذي تقدمت به الإدارة المتعاقدة ، و هو عدم اختصاص قاضي المشروعية في مثل هذه القرارات لأنها قرارات متعلقة بعقد إداري الذي يرجع فيه الاختصاص لقاضي العقد و لم تنجح في ذلك ، مما يؤكد على التوجه الجديد الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي بعد سنة 1903 و هو تاريخ ظهور نظرية القرارات المنفصلة ، و إمكانية الطعن ضدها بالإلغاء .

2.2.2.المعيار الموضوعي : يركز هذا المعيار على مضمون القرار بغض النظر عن شخص الطاعن و يشتمل على عدة عناصر منها أهمية القرار الإداري في تكوين العقد الإداري ، فاعتبر القرارات التي تسبق عملية الإبرام هي قرارات منفصلة كقرار الإعلان عن الصفقة و قرار المصادقة عليها من السلطات الوصية ، و عنصر نوعية القرارات الإدارية المنفصلة هي التي تخاطب مراكز قانونية عامة⁴ . أما القرارات

¹ - محمد سمير محمد جمعة مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري، مرجع سابق -ص 197

² -عمار عوابدي. النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري ج2. ط3 د.م.ج. الجزائر 2004 ص442

³ -C.E de France d'cision 14220 du 04.08.1905. www.legifrance.gouv.fr .

⁴ .بن دياب إكرام. القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقات العمومية. مذكرة ماجستير جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان 2017



غير المنفصلة عن العقد الإداري أو ما تسمى بالقرارات التنفيذية و هي إجراءات تصدرها المصلحة المتعاقدة تنفيذًا لبنود العقد التي اتفق عليها الطرفان¹. وهي الأعمال التي تكون في مرحلة التنفيذ و لا يمكن فصلها عن العقد الإداري .

بالرغم من هذين المعيارين لتحديد القرارات المنفصلة إلا أن الأمر أولاً و أخيراً يرجع إلى القاضي الإداري و دوره الإنشائي في هذا المجال. وتظهر أهمية التفرقة بين القرار المنفصل والقرار التنفيذي في جوانب عديدة نذكرها تباعاً.

3- طبيعة الدعوى المرفوعة أمام القضاء:

يترتب على التفرقة السابقة أن القرارات المنفصلة يمكن الطعن فيها بدعوى الإلغاء. بينما لا يمكن ذلك بالنسبة للقرارات التنفيذية المتعلقة بالعملية برمتها. وذلك ما نستشفه من قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1905/08/04 في قضية مارتان حيث صرح بقابلية القرارات المستندة إلى النصوص التنظيمية للعقد الإداري للطعن فيها بالإلغاء، خلافاً للقرارات التي تصدر تنفيذًا لبنود العقد التي لا يجوز الطعن فيها إلا في إطار القضاء الشامل².

4- سلطة القاضي: تقتصر سلطة القاضي في دعوى الإلغاء على النطق بإلغاء القرار الإداري كله أو بعضه، ولا يتعدى الحكم إلى إلزام أو فرض شيء على الإدارة، أو تصحيح أمر ما أو إعادة الحال إلى ما كان عليه في السابق أو ما شابه ذلك³. أما سلطة القاضي في دعوى القضاء الكامل أوسع مما هي عليه في دعوى الإلغاء، فله أن يحدد المركز القانوني للمدعي، أو يعدل القرار الإداري، أو يحكم بالتعويض عن الأضرار التي لحقت بالمدعي، أو إجبار الجهة الإدارية على اتخاذ موقف معين⁴.

5- حجية الحكم الصادر من قبل القاضي: يحوز الحكم الصادر بإلغاء القرار الإداري المنفصل حجية مطلقة⁵. متى ثبت للمحكمة عدم مشروعيتها⁶ باعتبار أنها دعوى عينية تتعلق بمخاصمة القرار الإداري ذاته .

¹ - زياد أحمد العرسان - الطبيعة القانونية للإجراءات التنفيذية للعقد الإداري - مجلة جامعة البعث المجلد 39 العدد 25/ 2017 ص 51

² - محمد ألقصري - القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية - المجلة العربية للفقہ و القضاء العدد 46 بحوث و دراسات المغرب

³ - د.ذنون سليمان يونس العبادي - مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري - دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات مصر و الإمارات 2015 ص 540

⁴ - شريف محمد يوسف بعلوشة - دعوى إلغاء القرار الإداري - رسالة ماجستير جامعة الأزهر غزة فلسطين 2010 ص 26

5- تعني الحجية المطلقة ان حكم الإلغاء في مواجهة الكافة أي يلتزم به الطرف و الغير سواء كان لصالحهم او ضدهم وهو مثل سائر الأحكام القطعية يعد من الناحية الموضوعية عنواناً للحقيقة و العدالة يحوز على قرينة قوية غير قابلة لإثبات العكس وعليه لا يجوز عرض نفس النزاع على أي محكمة حتى و إن كان بالإمكان الرجوع إليه في حالة التفسير أو التصحيح المادي.

⁶ - زياد أحمد العرسان - مرجع سابق ص 69



أما الحكم الصادر في القرارات التنفيذية فيحوز على الحجية النسبية¹، لا تتعدى أطراف الخصومة في دعوى التعويض².

حيث أن القضاء الإداري الفرنسي كان لا يسمح بالطعن بالإلغاء إلا ضد القرارات البسيطة. أما القرارات المركبة فلا يمكن الطعن ضدها إلا بعد انتهاء كامل العملية المركبة ثم يتم الطعن في العملية بتمامها³.

الفرع الثالث: أنواع القرارات من حيث آثارها: تنقسم القرارات الإدارية من حيث آثارها إلى قسمين وهي قرارات من حيث نفاذها في حق الأفراد وقرارات كاشفة وأخرى منشئة

أولاً: القرارات الإدارية من حيث نفاذها في حق الأفراد

تنقسم هذه القرارات بدورها إلى نوعين من القرارات. قرارات نافذة في حق الأفراد وأخرى غير نافذة

1- القرارات النافذة في حق الأفراد: وهي تلك القرارات الملزمة للأفراد المخاطبين بها. وهذا النوع من القرارات هو الغالب. ويستوي أن تكون هذا القرارات شفوية أو مكتوبة صريحة أو ضمنية، و على الأفراد الامتثال لهذه القرارات، والإدارة تهدف من وراء إصدارها إحداث آثار قانونية، وذلك بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة تحقيقاً للمصلحة العامة⁴. وتعتبر نافذة في حق الأفراد لافتراض مشروعيتها وترتب آثارها حتى ولو طعن المخاطبين ضدها أمام القضاء تطبيقاً لمبدأ الأثر غير الموقف للقرارات الإدارية محل الطعن وهو ما نستشفه من المادة 833 ق إ م إ ج الجزائري⁵.

2- القرارات الإدارية غير نافذة في حق الأفراد:

وهي القرارات التي يقتصر أثرها على الإدارة ذاتها، فلا ترتب آثار قانونية على مركز الأفراد لا بالإلغاء ولا بالتعديل أو الإلغاء. وبالتالي لا يلتزم الأفراد بتلك القرارات⁶.

ويتمثل هذا النوع من القرارات للإدارة قسمان

1-2- المنشورات والتعليمات: وهي التي تصدر من قبل رئيس المصلحة إلى رؤوسه تتضمن تفسير القوانين وكيفية تنفيذها تنفيذاً سليماً. يلتزم بها موظفو المصلحة إعمالاً لمبدأ واجب طاعة المرؤوس لأوامر الرئيس. ولكن الأفراد غير ملزمين بها ولا تحدث تغييراً بالنسبة للمراكز القانونية⁷، وهو الأمر المميز للقرارات الإدارية. لذا لا ترتقي إلى قيمة القرار الإداري لخلوها من العنصر المغير للمراكز القانونية، كما

¹ - و يقصد بها أن اثر الحكم يقتصر على أطراف الدعوى و خلفهم العام و الخاص و الدائنين العاديين و لا يتعدى الى غيرهم .

² - زياد أحمد العرسان مرجع سابق ص 72

³ - أزاد محمد صديق ، مرجع سابق، ص 69

⁴ -د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 214

⁵ - "لا توقف الدعوى المرفوعة إمام المحكمة الإدارية تنفيذ القرار الإداري المتنازع فيه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".

⁶ -د. محمد سليمان طماوي-النظرية العامة للقرارات الإدارية – مرجع سابق ص 340

⁷ - محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 305



وأن القصد من إصدارها توجيه العاملين بالمصلحة وتسيير العمل بصفة جيدة وبالنتيجة لا تصلح لأن تكون محل طعن بالإلغاء.

2.2- إجراءات التنظيم:

هي الإجراءات التي تتخذها الإدارة دون الاستناد إلى تنظيمات أو نصوص قانونية معينة، القصد منها السير العادي للمرفق العام و تنظيمه ، لتقديم الخدمة على أحسن وجه. وهي نوع من الأوامر من قبل الرئيس الإداري تتميز بخصائص ثلاث. أنها داخلية محضة وخالية من الآثار القانونية قبل الأفراد. وأنها تقديرية إلى أقصى حد ممكن، لذا اعترف القضاء الإداري للرؤساء الإداريين لبعض المرافق التي بطبيعتها تتطلب قدرا من الطاعة والنظام ، يعتبر من السلطة التقديرية يمارسونها على المرؤوسين وعلى المنتفعين بتلك المرافق دون رقابة القضاء¹.

مما تقدم يتضح لنا أن غالبية القرارات الإدارية نافذة في حق الأفراد، والقصد من إصدارها إحداث تغييرات في المراكز القانونية. لذا يمكن الطعن ضدها أمام القضاء الإداري بدعوى الإلغاء. أما القرارات الإدارية غير نافذة فالقصد منها تقديم الخدمة على أفضل وجه ، لذا يلزم بها العاملين في المصلحة المعنية دون غيرهم من الأفراد. لذا لا يمكن الطعن ضدها بدعوى الإلغاء.

ثانيا: القرارات الإدارية المنشئة والكاشفة:

1-القرارات المنشئة: نقصد بها تلك القرارات التي تحدث تغييرا في المراكز القانونية سواء بالإ إنشاء أو التعديل أو الإلغاء، ومعظم القرارات الإدارية تكون من هذا النوع، وقد تكون فردية كما هو قرار التعيين أو تنظيميه بإنشاء قواعد قانونية جديدة ، أو تعديل قواعد كانت موجودة². فتترتب عن صدور هذه القرارات آثار جديدة في عالم القانون³.

بمعنى أنها القرارات التي تنشأ مراكز قانونية جديدة منذ صدورها ولا تركز على أعمال قانونية أخرى ، ولا نقصد بها إلا القرارات المنشئة للحقوق فحسب ، ولكن بالإضافة إلى ذلك تشمل القرارات المنشئة للالتزامات⁴ ، والقرارات المنشئة للأوضاع الوظيفية⁵.

¹ - محمد سليمان طماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص 306

² - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري مرجع سابق، ص 220

³ - د. محمد الطماوي ، مرجع سابق، ص 309

⁴ - وتشمل الأوامر و العقوبات الإدارية. فالأوامر تعبر فيه الإدارة عن إلزام العاملين بأداء عمل او الامتناع عن عمل. أما العقوبات الإدارية

فهي التي توقعها الإدارة على الموظف بسبب مخالفة ارتكها

⁵ - وهي لانتشأ حقوق ولا التزامات وإنما المركز الوظيفي ينشئ نظاما قانونيا دائما يتولد عنه حقوق و التزامات كقرارات التعيين و الترقية فهي

قرارات تنشأ عنها حقوق و التزامات أخرى. وبالتالي تكون ه تطبيق لنص قانوني ينشئ مركز قانوني عام و تنشأ هي بدورها مراكز

قانونية خاصة



و ما دامت أن هذه القرارات لا تعتمد على تطبيق قاعدة قانونية فإن ذلك يظهر في المقابل السلطة التقديرية للإدارة .

2- القرارات الكاشفة: وهي تلك القرارات التي تصدرها الإدارة ، لا تحدث تغييرات بذاتها وإنما لإثبات واقع قانوني قائم ومرتب لكافة آثاره القانونية¹. فهي لا تحدث مركز جديدا في عالم القانون، بل تقتصر مجملها في تقرير حالة موجودة من قبل بكل آثارها القانونية، كالقرار الصادر بفصل موظف عن وظيفته سبق الحكم عليه في جريمة يترتب عليها فقد وظيفته العامة².

ومن جانبنا نقول أن القرارات الكاشفة هي التي تكشف عن وضع قائم قبل صدورها يكون أساسا لوجودها، لا تحدث تغييرا في الواقع القانوني. وإنما تظهر هذا الواقع وتضعه موضع التنفيذ. ولذلك فلا تحوز الإدارة السلطة التقديرية في هذا النوع من القرارات و إنما تخضع للسلطة المقيدة ، لأنها قرارات تطبيقية، ولعل الحكمة في التفرقة بين هذين النوعين من القرارات ، هو أن القرارات المنشئة ترتب آثارها من يوم صدورها. أما القرارات الكاشفة فالآثار مترتبة من قبل صدورها. أي من تاريخ إنشاء المركز القانوني أو العمل الإداري، وبمعنى آخر أن القرارات الكاشفة تطبق بأثر رجعي بينما القرارات المنشئة يقتصر تطبيقها على المستقبل فقط.

خلافًا لما يشاع عن القرارات الكاشفة بأنها ليست قرارات إدارية بل لها طبيعة القرارات الإدارية ، بحيث تقوم الإدارة بنقل أحكام القانون من صورته العامة المجردة إلى صورة خاصة واقعية متعلقة بحالة معينة بالذات، فدور الإنشاء ظاهر و مؤكد، و إنما تتميز بقابلية الرجوع عنها في أي وقت³.

الفرع الرابع: أنواع القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء الإداري عليها.

إعمالا لمبدأ المشروعية ودولة القانون، تخضع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري كقاعدة عامة متى كانت محلا للطعن، غير أن لكل قاعدة استثناء وخروجا عن هذه القاعدة تستثنى بعض القرارات الإدارية عن نطاق الرقابة القضائية، وعليه سوف نقسم هذا الفرع إلى قرارات إدارية خاضعة لرقابة القضاء الإداري (أولا) وقرارات إدارية محصنة عن رقابة القضاء (ثانيا).

أولا: القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة القضاء الإداري:

كما سبق القول أن القاعدة العامة هو خضوع جميع القرارات الإدارية لرقابة القضاء الإداري، وهذا دأب الدول الحديثة القانونية، فكما يخضع الأفراد للقانون، فكذلك تخضع الدولة إلى القانون، ونعني بالدولة كل الهيئات التي تعتبر امتدادا لها كالتجمعات المحلية والمرافق العمومية ، وقد أكد المشرع

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري مرجع سابق، ص 222

² - محمد سليمان الطماوي النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق، ص 309

³ - عصام نعمة إسماعيل - الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية - ط 1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ص 276



الجزائري هذا المنحى في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بعدما أصبح لقضاء مجلس الدولة اختصاص عام وشامل بالنسبة للفصل في المنازعات المتولدة عن القرارات الإدارية إلغاء وتعويضاً، بالنسبة للدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء (القضاء الإداري والقضاء العادي) وإن كانت الرقابة القضائية يضيق نطاقها لدى الدول التي تأخذ بنظام القضاء الموحد ، حيث تأخذ مظهر واحد وهو قضاء التعويض¹.

ثانياً: القرارات الإدارية المحصنة ضد رقابة القضاء الإداري:

بالرغم من أن الدولة القانونية الآن تخضع كل أعمالها لرقابة القضاء ، حتى توفر الحماية اللازمة لحقوق الأفراد وحررياتهم. وقد نصت على ذلك المواثيق الدولية و الإقليمية و الوطنية من خلال النص عليها في دساتيرها ، ففي الدستور الجزائري نصت عليه المادة 161 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري " ينظر القضاء في في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " إلا أنه في كثير من الحالات يبدي رغبته في تحصين القرارات الإدارية بصفة كلية ، و تكتسب هذه الحصانة اما بفوات موعد الطعن فيها، أو صدور نص قانوني أو تنظيمي يخرج بعض الأعمال الإدارية من رقابة القضاء وهو ما اصطلح على تسميته بالتحصين التشريعي ، أو تكتسب هذه الحصانة من طبيعة الأعمال الإدارية ذاتها كما هو الحال في أعمال السيادة أو أعمال الحكومة، و نكتفي في هذا المقام بنظرية التحصين التشريعي ونؤجل نظرية أعمال السيادة إلى الباب الثاني من هذه الأطروحة و الطرف على فوات ميعاد الطعن.

أ-محتوى نظرية التحصين التشريعي: مقتضى هذه النظرية أن ينص المشرع على تصرفات التي تقوم بها الحكومة، لا يكون موضع أي طعن ، فيصبح محصنا من الرقابة القضائية بكافة أشكالها بناء على نص قانوني²، و يذهب بعض الفقه إلى أن الإدارات الحديثة في بعض الدول لا تقنع بالامتيازات التي تتمتع بها، كالسلطة التقديرية، و الظروف الاستثنائية، و أعمال السيادة، و تحاول إخراج بعض تصرفاتها من نطاق رقابة القضاء عن طريق إضفاء حماية تشريعية كاملة، أو جزئية على قرارات بعينها تحيط بها ظروف خاصة³، و هي حصانة تشريعية يسبغها المشرع على بعض القرارات الإدارية بهدف

¹ - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري، مرجع سابق ص 288

² - فادي نعيم جميل علانة - مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية فلسطين 2011 ص 93

³ - أزاد محمد صديق اثر تحصين القرارات الرادارية من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي ط1 2016 مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية ص 79



استبعادها من ميدان الرقابة القضائية و بذلك يعمل المشرع على تجريد الأفراد من حق التقاضي ومخاصمة القرار الإداري المحصن تشريعياً أمام القضاء¹.

من خلال هذه النظرية تريد السلطة التنفيذية اكتساب المزيد من الحرية في نشاطاتها ، لتجعل أكبر عدد من تصرفاتها خارج الرقابة القضائية ، فلم تكتف بكرم مجلس الدولة على تنازله بعدم التعرض لبعض الأعمال الإدارية ، توسعت دائرة الحصانة لتشمل هذه المرة ما يصدر عن المشرع سواء التشريع العادي أو الفرعي .

(ب) تمييز نظرية التحصين التشريعي على نظرية أعمال السيادة: تعتبر كل من نظريتي التحصين التشريعي و أعمال السيادة عار في جبين مبدأ المشروعية، باعتبار تهدر فيه الحقوق و الحريات و تشكلان معاول هدم التي تجهز على مبدأ الأمن القانوني، و بالرغم من تشابههما في الهدف إلا أنهما يفترقان في عدة أوجه .

1- من حيث المصدر: تختلف نظرية التحصين التشريعي عن أعمال السيادة ، فإذا كانت هذه الأخيرة من صنع مجلس الدولة الفرنسي فهي ذات طبيعة قضائية ، فإن نظرية التحصين التشريعي من صنع المشرع ، فهو يضيف الحصانة القانونية على القرارات الإدارية ، و بذلك يستبعد رقابة القضاء عليها ، و بالتالي فإن نظرية أعمال السيادة ذات مصدر قضائي ، و نظرية التحصين التشريعي ذات مصدر تشريعي².

2- من حيث الباعث: إذا كان الباعث لنشأة نظرية أعمال السيادة هو رغبة مجلس الدولة الفرنسي للمحافظة على وجوده ، و سرعان ما قلصها إلى أقصى قدر ممكن بمجرد أن استقرت أوضاعه، فإن الباعث لنشأة نظرية التحصين التشريعي يكمن في رغبة المشرع في عدم عرقلة النشاط الإداري، وتمكين السلطة التنفيذية من أداء مهامها بسرعة و دون تخوف من التعرض للمخاصمة القضائية التي يطول مداها³ ، و إذا كان من المستساغ أن بواعث نظرية أعمال السيادة ترجع إلى الأسباب التاريخية التي واكبت ميلاد مجلس الدولة الفرنسي ، فإن البواعث التي أدت إلى إنشاء نظرية التحصين التشريعي غير مستساغة، ذلك لأن ادعاءات الطعن القضائي يؤدي إلى عرقلة النشاط الإداري ، و التخوف من إطالة إجراءات التقاضي ليس صحيحاً، باعتبار أن الطعن ضد القرارات الإدارية أمام القضاء لا يوقف التنفيذ ، وعلى هذا الأساس فإن هذه البواعث غير مشروعة و لا مبرر لها .

3- من حيث المجال: استقر الفقه لتحديد مجال أعمال السيادة على القائمة القضائية بعد فشل المعايير الفقهية و التي حددت المجال بأربعة فئات وهي (الأعمال التي تتعلق بعلاقة الحكومة بالبرلمان، وعلاقة

¹ - يوسف أحمد الزمان - حق التقاضي و تحصين القرارات الإدارية من الطعن القضائي في قطر بتاريخ 2013/06/03 بحث منشور على

الموقع www.gulf.policies.com

² - على خطار الشطنناوي موسوعة القضاء الإداري ج 1 ط 3/2011 دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ص 113

³ - فادي جميل علاونة - مرجع سابق - ص 96



الدولة بأشخاص المجتمع الدولي، وحالة الحرب، والحالات التي تتعلق بالأمن الداخلي). بينما مجال نظرية التحصين التشريعي غير قابل للتحديد، لأن المشرع هو الذي يحصن هذه القرارات من الطعن القضائي في جميع المجالات و في مختلف المواضيع¹.

و مهما يكن فإن نظرية أعمال السيادة قد وضع لها معيار لتحديد مجالها، لكن نظرية التحصين التشريعي لم يوضع لها معيار لتحديد مجالها، و هو ما يتسبب في إطلاق العنان للمشرع في أن يحصن أي قرار إداري من الرقابة القضائية، بغض النظر عن مصدره او محتواه و هذا ما يشكل خطورة على حقوق الأفراد و حرياتهم.

4- من حيث الآثار القانونية: بعد التطورات التي شهدتها القضاء الإداري في فرنسا، اقتضت حصانة الأعمال السيادية على رقابة المشروعية فقط دون قضاء التعويض، و ذلك ما نستشفه من حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1966/03/30، الذي أقر فيه إمكانية تعويض الأضرار الناجمة عن المعاهدات و الاتفاقيات الدولية، في حين تتمثل آثار نظرية التحصين التشريعي في استبعاد أي طعن قضائي أمام أي جهة قضائية، إلغاء أو تعويضاً، و أحيانا يتم استبعاد الرقابة الإدارية أيضا مما يضي عليها الحصانة القانونية المطلقة ضد الرقابة القضائية و الإدارية بجميع مظاهرها و صورها².

على هذا الأساس فإن نظرية التحصين التشريعي تشكل خطورة على حقوق الأفراد و حرياتهم أكثر مما تشكله نظرية الأعمال السيادية، باعتبار أن هذه الأخيرة يمكن أن يطالب الأفراد بالتعويض عن ما تسببه من إضرار، الأمر الذي ينعقد بصورة كلية لدى نظرية التحصين التشريعي مما يجعل السلطة التنفيذية تتخلص من كل القيود و تتصرف دون رقابة.

5- آثار نظرية التحصين على حق التقاضي: يعتبر حق التقاضي من الحقوق الطبيعية للصيقة بالإنسان، و هو أحد أهم الحقوق باعتباره ضمانا للحريات الأخرى، فبدون تمكين الأفراد من اللجوء إلى القضاء لحل نزاعاتهم و استرجاع حقوقهم المهضومة تفقد كل الحقوق قيمتها و أهميتها³، فلا يمكن أن يعتبر نظام حكم دولة ما ديمقراطيا، إلا بكفالاته لحق التقاضي الذي يطمئن الأفراد على حقوقهم و يزيل عن نفوسهم الشعور بالظلم⁴.

إذا كنا ننادي بكفالة هذا الحق، بعدم التعرض له بالمصادرة أو الانتقاص، فإننا نساهم في إزالة العدالة الخاصة التي عانت منها الأمم ردحا من الزمن. فلا يمكن الرجوع إلى نظام الانتقام أو الثأر أو استرجاع

¹ -علي خطار الشطناوي -مرجع سابق -ص 113

² -علي خطار الشطناوي -مرجع سابق -ص 115

³ -مشاكر مزوغي -حق التقاضي و دولة القانون -مجلة اثر الاجتهاد القضائي على التشريع العدد7 جامعة محمد خيضر بسكرة ص 56

⁴ -أزاد محمد صديق مرجع سابق ص 197



الحقوق بالقوة، ويعتبر حق التقاضي بديلاً للأنظمة البائدة، لذلك بات من الضروري على الدولة القانونية أن تقرر ضمانات لمبدأ حق التقاضي، وقد أقرته المواثيق الدولية والإقليمية والوطنية.

في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان نصت المادة 8 على أنه " لكل شخص الحق فيأن يلجأ إلى المحاكم الوطنية، لإنصافه عن أعمال فيها اعتداء على الحقوق الأساسية التي يمنحها له القانون"¹.

الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان نصت المادة 13 " لكل شخص انتهكت حقوقه و حرياته المعترف بها في هذه الاتفاقية الحق في الحصول على انتصاف فعال أمام هيئة نقض قضائية حتى و في حالة ارتكاب الانتهاك من أشخاص عاملين في إطار ممارسة مهامهم الرسمية². ونصت المادة 7 من الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان و الشعوب " حق التقاضي مكفولاً للجميع و يشمل هذا الحق، الحق في اللجوء إلى المحاكم الوطنية المختصة بالنظر في عمل يشكل خرقاً للحقوق الأساسية المعترف بها والتي تضمنتها الاتفاقيات و القوانين و اللوائح و العرف السائد..."³.

كما جاء في الميثاق العربي لحقوق الإنسان حيث نصت المادة 12 كما يلي " ... كما تضمن حق التقاضي بدرجاته لكل شخص خاضع لولايتها"⁴ و المادة 2/ 158 من الدستور الجزائري التي نصت على ان "... الكل سواسية أمام القضاء و هو في متناول الجميع و يجسده احترام القانون"⁵.

من خلال هذه النصوص تظهر أهمية مبدأ حق التقاضي بالنسبة لبناء دولة القانون، و ضمان حماية الحقوق و الحريات، فهو مكفول بموجب مختلف النصوص العالمية و الإقليمية و الوطنية، و من نافلة القول أنه يقع التزام على الدولة في تشريعاتها المختلفة، لا تتعارض مع القانون الأعلى فيها ألا وهو الدستور، و بذلك فهو تأصيل للحكم الديمقراطي، و نظرية التحصين التشريعي تعتبر اعتداء صارخ على حق التقاضي، و بذلك فهي تتعارض مع جميع النصوص المذكورة آنفاً.

إذا أخرج المشرع منازعة بعينها فقد انتقص من سلطة القضاء، و إذا حصن تصرف من التصرفات التي تمس حقوق الأفراد يكون قد اعتدى على حق التقاضي⁶. بالإضافة إلى أن هذه النظرية تنطوي على خطورة كبيرة وذلك بقلها لبعض المفاهيم رأساً على عقب، إذ كيف يستساغ لمثل الشعب أن يصادر حق بيساره أعطاه بيمينه، و نعي بذلك القوانين التي تحصن بعض الأعمال الإدارية.

¹- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 الف د3 بتاريخ 10/12/1948

²- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في روما بتاريخ 04/11/1950 المعدلة بالبروتوكولين 11 و 14 المتتممة بالبروتوكول الإضافي و

البروتوكولات 4-6-7-11-12

³- ربيع زكرياء استعاذ بجامعة البويرة - حق التقاضي في القانون الدولي لحقوق الإنسان - مداخلة منشورة في الانترنت

⁴- الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمد من قبل مجلس جامعة الدول العربية بموجب قرار صادر بتاريخ 04/03/2004

⁵- المادة 2/158 من القانون 01/16 المؤرخ 06/03/2016 ج. ر. عدد 14 الصادرة بتاريخ 07/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري

⁶- أزداد محمد صديق مرجع سابق ص 202



المبحث الثاني: نظرية العقد الإداري

إن نظرية العقد الإداري وجدت أساساً لتمكين الإدارة من تحقيق أهدافها العامة ، كوسيلة قانونية ثانية على أساس من التوازن والتوافق مع الطرف المتعاقد معها، وتختار الإدارة هذا النوع من الأساليب وهو أسلوب التعاقد، لأنها ترى فيه الأنجع والأنسب في كثير من الحالات، وهو الأصل في إنشاء المعاملات بغية تحقيق المصلحة العامة بأقل تكلفة وبأجود نوعية ، وعلى هذا الأساس كانت نظرية العقد الإداري مجالاً للتنافس الحر والنزيه ورباط تعاون بين الإدارة والمتعاقد معها.

والعقود التي تنشئها الإدارة كثيرة ومتنوعة، إلا أنها قسمت إلى طائفتين.

الطائفة الأولى: وهي عقود الإدارة التي تخضع للقانون الخاص¹. تظهر فيه الإدارة كشخص خاص، وبذلك تتساوى أطراف العلاقة ومنازعتها تخضع إلى القضاء العادي.

الطائفة الثانية وهي العقود الإدارية تخضع لقواعد قانونية متميزة هي قواعد القانون الإداري²، تظهر فيه الإدارة كشخص معنوي عام يتمتع بامتيازات السلطة العامة، مما يجعل طرفي العلاقة القانونية غير متساويين ، وهذا الأخير هو مجال دراستنا. وعليه يمكن أن نتطرق في هذا المبحث أولاً إلى ماهية العقد الإداري (المطلب الأول) ثم نتطرق بعد ذلك إلى أهم أنواع العقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية

سوف نتطرق إلى تأصيل العقود الإدارية (الفرع الأول) ثم مفهوم العقود الإدارية (الفرع الثاني) وفي الأخير نتعرض إلى المعايير المعتمدة للعقد الإداري (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تأصيل العقود الإدارية: وسوف نعرض في هذه الجزئية على تأصيل العقد الإداري في الشريعة الإسلامية وفي القانون الوضعي.

أولاً - تأصيل العقد الإداري في الشريعة الإسلامية:

الأصل في إبرام العقود الجواز والإباحة والحرية، سواء لدى الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية ما دامت لا تخالف القوانين وأحكام الشريعة الإسلامية.

وبالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها تحتوي على أحكام خاصة بالعبادات التي فرضها الله على عبادة، وهذه لا تثبت إلا بالشرع، ومعاملات يحتاج الناس إليها الأصل فيها الإباحة، إلا ما منعه الشريعة الإسلامية لفساده. ولذلك عاتب الله عز وجل المشركين الذين شرعوا من العبادات ما لم يأمر به وحرّموا

¹ - محمد سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - ط 2005 دار الفكر العربي القاهرة ص 25

² - د. محمود عاطف البنا - العقود الإدارية بط - ب س - دار الفكر العربي القاهرة ص 7



ما لم يحرمه¹. قال تعالى: "قل أريتكم ما أنزل الله لكم من رزق فجعلتم منه حراما وحلالا قال الله أذن لكم أم على الله تفترون" يونس الآية 59.

و لمعرفة العقد الإداري في الشريعة الإسلامية يتبين لنا من خلاله معرفة إن كانت الشريعة الإسلامية عرفت هذا النوع من العقود بمفهومه الحديث من جهة ، و هل تفرق بين العقود التي تبرمها الإدارة إلى عقود إدارة وعقود إدارية من جهة أخرى. ولتبيان ذلك سوف نتطرق في بداية الأمر إلى تأصيل العقد الإداري في القرآن الكريم (أ) ثم في السنّة المطهرة (ب) ثم لدى الخلفاء الراشدين (ج)

أ – مظهر العقد الإداري في القرآن الكريم:

وردت عدة آيات في كتاب الله عز وجل تدل على مشروعية العقود بصفة عامة.

1- قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" المائدة الآية 1. هذا أمر من الله عز وجل لعباده المؤمنين ، بما يقتضيه الإيمان بالوفاء بالعقود أي بإكمالها وإتمامها و عدم نقضها و نقصها².
قال تعالى: "وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا " الإسراء الآية 34. وهنا يقصد بالعهد الذي عاهدتم الخلق عليه أي أنتم مسؤولين عن الوفاء به و عدمه ، فإن وفيتم فلکم الثواب الجزيل ، و إن لم تفوا فعليكم الإثم العظيم³. جاءت هذه النصوص على إطلاقها، توصي المؤمنون بالوفاء بالعقد، و لم تشير إلى أي نوع من العقود. لأن العقود مهما تكن يجب الوفاء بما التزم عليه الطرفان .
و في موضع آخر قال تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هنّ حلّ لهنّ ولا هم يحلونّ لهنّ " الممتحنة الآية 10.

نزلت هذه الآية بعد صلح الحديبية الذي أبرمه رسول الله صلى الله عليه وسلم مع قريش والذي جاء فيه ما يلي: "هذا ما اصطاح عليه محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم ، وسهيل بن عمرو اصطلاحا على وضع الحرب عشر سنين، يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض ، على أن من أتى محمدا صلى الله عليه وسلم من قريش بغير إذن وليه رده عليهم ، ومن جاء قريشا مع محمد صلى الله عليه وسلم لم يردوه عليه..."⁴

¹ - د. خالد بن عبد الله الخضير مشروعية تأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي، ص 175

² - عبد الرحمن الناصر السعدي - تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان - ط1/2003 دار ابن حزم بيروت لبنان ص 197

³ - المرجع نفسه ص 432

⁴ - صحيح مسلم كتاب الجهاد والسير باب صلح الحديبية وسيره ابن هشام، ص 332



وجه الاستدلال:

يعتبر هذا الصلح بمثابة عقد بين الطرفين (الرسول صلى الله عليه و سلم من جهة بصفته رئيس دولة. و المشركين من جهة أخرى يمثلهم سهيت بن عمرو) تضمن شرطا أن من جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم من قريش دون إذن من وليه فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم يعيده إليهم، فهذا الشرط هو يلزم على رسول الله صلى الله عليه وسلم تطبيقه لأنه اتفاق ولا يجوز إلغاء أو تعديل هذا الشرط إلا باتفاق الطرفين في العقود الخاصة ولكن رسول صلى الله عليه وسلم بعد نزول هذه الآية بصفته ممثلا للدولة الإسلامية أجرى تعديلا في العقد بإرادته المنفردة ، بناء على المصلحة العامة ، المتمثلة في المحافظة على النساء ومراعاة ما يلحق بهن من مفسدة وأذى إن أرجعهن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى كفار قريش¹. لأن ذلك ينافي أحكام الشريعة الإسلامية حيث بعد دخولهن في الإسلام لا يجوز أن يتزوجهن من غير المسلمين كما جاء في الآية الكريمة "لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن".

ونحن نعتبر أن هذا العقد هو تأصيل للعقد الإداري باعتبار أنه يحتوي على كل مقوماته الحديثة ومنها:

- 1- أحد الأطراف شخص معنوي عام وهي الدولة الإسلامية التي يمثلها رسول صلى الله عليه وسلم
- 2- تعديل هذا الشرط بالإرادة المنفردة .
- 3- الهدف هو تحقيق المصلحة العامة.

ب – مظهر العقد الإداري في السنة المطهرة:

قال صلى الله عليه وسلم "أربع منكن فيه كان منافقا خالصا، ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها، إذ أؤتمن خان وإذا حدث كذب وإذا عاهد غدر وإذا خاصم فجر"². ووجه الاستدلال لفظ عاهد يتضمن جميع العهود على إطلاقها، لا يجوز للمسلم أن يغدر فيها. والعهد هو العقد وما التزم عليه الطرفان يجب الوفاء به، ومنها العقود الإدارية، وقوله "...المسلمون عند شروطهم"³.

تعاقد النبي صلى الله عليه وسلم مع أسرى بدر على تعليم أبناء المسلمين كان من أسرى بدر من لم يكن لديهم مال فجعل رسول صلى الله عليه وسلم فداءهم أن يعلموا أولاد الأنصار الكتابة⁴. وجه الاستدلال: مما يجب ملاحظته في هذا العقد هو إبرامه من قبل رسول صلى الله عليه وسلم كممثلا للدولة الإسلامية ، وبالتالي تحقق ركن من أركان العقد الإداري وهو أحد طرفي العقد شخص معنوي عام ثم اتصال هذا العقد بمرفق عام ألا وهو مرفق التعليم، والهدف هو تحقيق مصلحة عامة.

¹ - مشروعية وتأصيل العقد الإداري في الشريعة الإسلامية، ص 184

² - أخرجه البخاري ، مسلم وأبو داود عن عبد الله بن عمر

³ - خالد بن عبد الله الخضير ، مشروعية وتأصيل العقد الإداري، مرجع سابق ، ص 180

⁴ - مسند الإمام أحمد، ص 4



كما تعاقد رسول الله صلى الله عليه وسلم مع يهود بني قريضة، فعن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال "لما افتتحت خيبر، سألت اليهود رسول صلى الله عليه وسلم أن يقرهم على أن يعملوا على النصف مما خرج منها، فقال صلى الله عليه وسلم "أقركم فيها على ذلك ما شئنا، فكانوا على ذلك فقروا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحا"¹.

وهذا العقد يشبه عقد البوت الذي تمنح فيه الدولة لأحد الأشخاص الخواص، بناء أو تحديث مرفق عمومي علي حسابه الخاص وتمويله وإدارته بنفسه لمدة معينة يتم الاتفاق عليها، وبعد انتهاء المدة يلتزم المستثمر بنقل ملكية هذا المرفق إلى الدولة بجميع أصوله دون مقابل².

فنجد في هذا العقد الذي أبرم بين رسول الله صلى الله عليه وسلم لا بصفته الشخصية وإنما بصفته ممثلاً للدولة الإسلامية، وبذلك يتحقق الركن الأول في العقد الإداري وهو أحد أطراف العقد شخص معنوي تم اتصال هذا العقد بالمرفق العام وهي الأرض الزراعية التي هي محل العقد، ثم أن هذا العقد تضمن شرطاً غير مألوف في بقية العقود وهو لفظ الرسول صلى الله عليه وسلم "أقركم فيها على ذلك ما شئنا..." أي بالإرادة المنفردة للإدارة وقبل الطرف الآخر بذلك. ونجد الكثير من الأمثلة للعقود الإدارية التي أبرمها رسول صلى الله عليه وسلم ولكننا نكتفي بما تقدم.

ج - العقد الإداري في عهد الخلفاء الراشدين:

روي أبو عبيده القاسم بن سلام أن النبي صلى الله عليه وسلم أقطع بلال بن الحارث رضي الله عنه العقيق أجمع، فلما كان عمر رضي الله عنه قال لبلال، إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقطعك لتحيزه على الناس، إنما أقطعك لتعمر فخذ منها ما قدرت على عمارته ورد الباقي³.

وجه الاستدلال أن هذا العقد يتضمن كل مقومات العقد الإداري المعروفة في العصر الحديث ففي هذا العقد المستثمر هو بلال بن الحارث أبرم عقد امتياز مع الإدارة، ممثلاً في شخص الرسول صلى الله عليه وسلم للبحث عن المعادن واستخراجها وتملكها والتصرف فيها، ولكن عندما كان عهد عمر بن الخطاب رضي الله عنه، رأى أن صاحب الامتياز لم يستطع عمارة كل الأرض فقام باسترجاع الأرض الشاغرة التي لم يستطع عمارتها منه بإرادته المنفردة ليستفيد منها غيره.

ففي هذا العقد توفرت كل أركان العقد الإداري وهي

- أحد طرفي العقد شخص معنوي عام.

- محل العقد وهي الأرض التي فيها مصلحة الناس.

¹ - البخاري 2213 و 2983 ومسلم 1551، خالد بن عبد الله الخضير مشروعية وتأصيل العقد الإداري، ص 190

² - أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري، الجزائر، ماجستير جامعة تيزي وزو، 2013، ص 85

³ - مشروعية وتأصيل العقد الإداري، ص 200



- شرط استثنائي وهو فسخ العقد بالإرادة المنفردة.

ثانيا- نشأة العقد الإداري في فرنسا:

ظهرت نظرية العقد الإداري في فرنسا حديثا ، بحيث قام رجال الثورة آنذاك، بإبعاد البرلمانات (المحاكم العادية) من النظر في المنازعات الإدارية وذلك بتكريس مبدأ الفصل بين السلطات المطلق والجامد، وذلك بموجب القانون الصادر في 1790/08/24 والذي يعتبر القاعدة الأساسية للنظم الإدارية، الأمر الذي خلق ازدواجية القضاء (عادي ، إداري) ثم ازدواجية القوانين (عام ، خاص).

وعلى اثر هذه الازدواجية حددت معايير لتوزيع الاختصاص بين القضاء الإداري والقضاء العادي في فرنسا. ففي بداية الأمر كانت عقود الإدارة جميعا تخضع لاختصاص القضاء العادي باعتبار أن معيار السلطة العامة آنذاك لم يكن يشمل العقود الإدارية¹.

ثم في مرحلة لاحقة وبمبادرة من المشرع الفرنسي أخضع بعض العقود لاختصاص القضاء الإداري للفصل في منازعاتها، مثل عقود الأشغال العامة، بيع أملاك الدولة ، عقود القروض العامة التي تبرمها الدولة ، وأطلق على هذه العقود المعنية من قبل المشرع مصطلح العقود الإدارية.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي وسع من اختصاصاته بإدراج عقود أخرى لم ينص عليها المشرع، وإنما حددها مجلس الدولة قياسا بالعقود المحددة من قبل القانون، مثل عقد طلب المعاونة وعقد توزيع المياه وعقد كنس الشوارع².

غير أن الاعتماد على معيار واحد ووحيد وهو السلطة العامة في توزيع الاختصاص القضائي بين القضاء الإداري والعادي، لم يكن كافيا في ظل توسع اختصاصات مجلس الدولة ومع تنوع تصرفات الإدارة من أجل تحقيق أهدافها، الأمر الذي دفع كل من الفقه والقضاء الفرنسي الاستغناء عن هذا المعيار الذي يسوده الغموض واستبداله بمعيار المرفق العام.

وكان ظهور نظرية المرفق العام بصدور حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية تيري terrier في 1903/06/02 ومنذ هذا التاريخ تأكد هجر معيار السلطة العامة، وتبنى معيار المرفق العام لتوزيع الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري في فرنسا ، وأصبح تحديد العقد الإداري يعتمد على طبيعة العقد، إذ ورد في قرار الحكم انه في اللحظة التي تكون أمام حاجات جماعية تلتزم الأشخاص العامة بإشباعها سواء تعلق الأمر بمصالح قومية أو محلية ، فلا يمكن اعتبار هذه المصالح المحكومة بالضرورة بمبادئ القانون المدني³.

¹ - محمد الشافعي بوراس، العقود الإدارية، ص 9 ، منشور على الموقع www. Pdf factory.Com le 14/03/2017

² - محمد سليمان طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة، 2005، ص 38

³ - عليوات ياقوتة ، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه جامعة منتوري ، قسنطينة، 2009، ص 15



مما تقدم يتبين لنا أن نظرية العقد الإداري ليست حديثة النشأة في فرنسا كما هو راسخ في أذهان رجالات القانون . وإنما نظرية العقد الإداري جذورها ضاربة في عمق التاريخ، بداية من بزوغ فجر الإسلام . إلا أن فرنسا يرجع لها الفضل في انتشار هذه النظرية و تطويرها وتحديد المعايير التي تميز العقد الإداري عن باقي العقود ، ظهور المصطلحات الحديثة التي عرفتها النظرية التي لم تكن معروفة في الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى التضييل الذي مورس على الإسلام من خلال ابتداع مصطلح النهضة الأوروبية.

الفرع الثاني : مفهوم العقود الإدارية

إن العقود التي تبرمها الإدارة لا تنتهي إلى نظام قانوني واحد، فمنها ما يخضع للقانون الخاص، ومنها ما يخضع للقانون العام، باعتبار أن الإدارة بإمكانها ان تتصرف كشخص خاص، وفي حالات أخرى تتصرف كشخص معنوي عام، مزودة بامتيازات السلطة العامة، ولكي نفرق بين هاتين الحالتين يستوجب في بداية الأمر أن نلقي نظرة عن إنشاء العقود الإدارية في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

أولاً: تعريف العقد الإداري: سوف نتعرض لتعريف العقد لغة و اصطلاحاً شرعاً و قانوناً

(أ) معنى العقد لغة : هو الجمع بين أطراف الشيء و ربطها و شدها ، و ضده الحل . وأصل الكلمة هي الربط الحسي كربط الحبل ، إلا ان العرب استعملوها للربط المعنوي للكلام سواء أكان ربطاً توثيقياً وتقوية للكلام صدر عن شخص أم كان ربط بين كلامين لشخصين ، فيقال عقد البيع وعقد الإجارة¹، وحسب هذا المفهوم فإن العقد ينصرف الى معنيين الأول المعنى الحسي وهو الأصل في الكلمة، والثاني المعنى المعنوي و هو المستعار للدلالة على اتفاق طرفين لإنشاء التزام .

(ب) المعنى الاصطلاحي للعقد في الفقه الإسلامي:العقد في الفقه الإسلامي له معنيين عام وخاص

(1) المعنى العام :هو تصرف يعبر عنه بالقول أو ما يقوم مقامه ، لإنشاء التزام سواء أكان قومه إرادة منفردة تنشئ التزاماً دون ان يقابله التزام من طرف آخر ، و دون ان يتوقف على قبول آخر كالوقف واليمين و النذر، أم كان قوامه ارتباط إيجابي بقبول لإحداث أثر شرعي في محل الالتزام². أو كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي سواء كان من طرفين أو طرف واحد³ .

(2) المعنى الخاص :هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، أو هو الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادريين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي⁴ ، أو هو ارتباط إيجاب بقبول

¹- أحمد طلال عبد الحميد -قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية - رسالة ماجستير جامعة النهدين العراق 2012 ص47

²- د. فتحي الدريني -النظريات الفقهية - ط4 1997 منشورات جامعة دمشق ص 265

³- أ.د. محمد عثمان بشير- المدخل الى فقه المعاملات المالية ب ط- ب س - دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن ص200

- مزوغ ياقوتة -نطاق مبدأ نية العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري -رسالة ماجستير جامعة احمد بن بلة وهران

2015⁴ص11



على وجه مشروع يظهر أثره في المعقود عليه¹، أو هو الربط الحاصل بين كلامين أو ما يقوم مقامهما كالإشارة و الكتابة وعلى وجه يترتب عليه حكم شرعي ، أو ارتباطا بإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله².

مما تقدم يظهر أن المعنى العام للعقد يشمل الالتزام الذي ينشأ باتفاق إرادتين و الذي ينشأ بإرادة واحدة ، و حسب هذا المفهوم لا يوجد فرق بين العقد و الالتزام . فمن عزم على نذر معين أو ألزم نفسه على فعل شيء اتجاه شخص آخر يعتبر ذلك عقد ، أما المعنى الخاص والضيق فيركز على إيجاب و قبول بين شخصين ، فلا يعتبر العقد عقدا إلا بوجود طرفين ، و بذلك يخرج الالتزام من طرف إرادة واحدة .

ج) المعنى الاصطلاحي للعقد في القانون: العقد هو اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية كوجود دائن و مدين أو تعديلها كتأجيل الدين أو إنهاؤها كالوفاء بالدين³. أو هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما⁴.

أو أنه اتفاق واجب التنفيذ قانونا وهو ينشأ بين شخصين أو أكثر و به تكتسب الحقوق لشخص أو أكثر بأداء أعمال معينة أو الامتناع عن أداؤها من جانب الشخص الآخر أو الأشخاص الآخرين⁵.

من خلال هذه التعاريف يظهر جليا التركيز على الربط بين طرفين في إنشاء العقد و بذلك يتفق التعريف القانوني مع التعريف الخاص للعقد في الفقه الإسلامي، ذلك لان فقهاء الشريعة وهم قلة يأخذون بالمفهوم الواسع للعقد باعتبار إن الإرادة المنفردة تنشأ عقدا . كما أن التعريف القانون يعتبر الاتفاق هو العقد بينما هو ليس كذلك في الفقه الإسلامي إذ يعتبر العقد من آثار الاتفاق ، و عليه يمكن الاتفاق على إنشاء عقد ولكنه لم يكتمل (غير صحيح)، فوجد الاتفاق و لم يوجد العقد ، و يمكن الاتفاق على إنهاء عقد ، أي انحلال الرابطة القانونية ، و لذلك فالاتفاق أوسع من العقد ، و يظهر أن المشرع الجزائري قد اخلط بين تعريف العقد و الالتزام، و لتوضيح ذلك أكثر سوف نتعرض لتمييز العقد عن التصرف و الالتزام و الاتفاق و الوعد .

د) التعريف القضائي للعقد الإداري: عرّف القضاء المصري العقد الإداري كما يلي "هو العقد الذي يبرمه شخص من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام بمناسبة تسييره ، وتظهر نيته في الأخذ

¹ - احمد سمير قرني - عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير جامعة الشارقة 2008 ص 27

² - أ.د. محمد عثمان بشير- المدخل الى فقه المعاملات المالية ب ط- ب س - دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن ص 199

² - أ.د. محمد عثمان بشير- المدخل الى فقه المعاملات المالية ب ط- ب س - دار النفائس للنشر و التوزيع الأردن ص 201

³ - المادة 54 من الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المعدل و المتمم

⁴ - علي يوسف صاحب مفهوم العقد في القانون الانجلو امريكي - دراسة مقارنة - مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية العددان 1 و 2

المجل الثالث كانون الأول 2010 ص. 330



بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص¹.

وفي نفس الاتجاه سارت عليه المحكمة الدستورية المصرية، حين عرّفت العقد الإداري بأنه "يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسيير أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام، بما يتضمنه من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"².

هـ) التعريف الفقهي:

وقد ذهب كثير من الفقهاء³ في هذا الاتجاه في تعريفهم للعقد الإداري حيث عرفوه بما يلي "هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام وتنظيمه وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"⁴.

في حين عرفه جانب آخر من الفقه بأنه الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، ولذلك يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم ببعض، سواء أكان يتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أم بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة⁵.

وحسب التعريف الفقهي والقضائي للعقد الإداري كان الاتفاق سيد الموقف بينهما بتضمينهما عن ثلاثة عناصر أساسية في تكوين العقد وهي الشخص المعنوي العام وأن يرتبط العقد بالمرفق العام ويتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

و على هذا الأساس يمكن نضع من جانبنا تعريفاً للعقد الإداري "هو التقاء أرادتين تكون إحداها صادرة من شخص معنوي عام (المصلحة المتعاقدة) بقصد إدارة مرفق عمومي عام، أو المساهمة في تسييره، يظهر فيه أسلوب القانون العام، في إجراءات التعاقد و في التسيير و في الإنهاء، من خلال تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص.

¹- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، ص 281

²- خالد بن عبد الله بن عبد الرحمن الخضير، التحكيم في العقود الإدارية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ص 35

³- د. محمد سليمان الطماوي - مرجع سابق -.

⁴- حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط 2012، ص 411

⁵- أحمد طلال عبد الحميد - مرجع سابق - ص 49



ثانيا - تمييز العقد عن الألفاظ ذات الصلة :

1-التصرف: هو كل ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته و يترتب عليه نتيجة من النتائج سواء كانت لصالح هذا الشخص او لا. وهو نوعان التصرف القولي و التصرف الفعلي¹.

التصرف القولي: هو ما كان قوامه قولاً، و هو نوعان عقدي و غير عقدي .

التصرف القولي العقدي: وهو الذي يتكون من قولين من جانبين يرتبطان معا كالبيع و الإجارة أو يتم بقول واحد بالمعنى العام للعقد. و التصرف غير العقدي كالدعوى فهي طلب حق أمام القضاء².

التصرف الفعلي: و هو ما كان عملاً، وهو نوعان .

التصرف الفعلي المشروع و هو الذي يرتب عليه الشارع حكماً إذا صدر من مميز كالاستيلاء على المال المباح و قضاء الدين. و التصرف الفعلي غير المشروع وهو كالسرقة أو القتل³.

استنتاج: حسب هذا المفهوم للتصرف فإننا نبيّن أن العقد لا يعدو أن يكون جزء من التصرف، يقع في مجال التصرف القولي إذا كنا بصدد التعريف العام للعقد، و يكون في مجال التصرف القولي العقدي إذا كنا بصدد التعريف الخاص للعقد. و عليه نستنتج أن التصرف اشمل و أوسع من العقد، و بذلك يمكننا أن نضع القاعدة التالية " فكل عقد تصرف و ليس كل تصرف عقد".

2 - الالتزام: هو إيجاب الإنسان أمراً على نفسه باختياره و إرادته مما هو جائز شرعاً، و هو يختلف عن الإلزام الذي هو ما يوجبه الشارع على الإنسان المكلف من واجبات كالنفقة على القريب⁴. أو هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه، سواء كان صادراً من شخص واحد كالوقف أو من شخصين كالبيع⁵.

و الالتزام بهذا المعنى هو يقترب من التصرف إذن فهو أوسع من العقد بمفهومه الخاص، لان الالتزام ينشأ بالإرادة المنفردة و بالتقاء إرادتين، وهذه الأخيرة تكوّن العقد الذي يعتبر الالتزام من آثاره .

3- الوعد: هو مجرد إخبار عن إنشاء أمر في المستقبل دون التزام به في الحال، أما العقد أساسه التراضي يحدث التزاماً في الحال⁶. بمعنى أن العقد يترتب آثاره في الحال إذا انشأ صحيحاً ومستوفياً لأركانه و شروطه أما الوعد فيتضمن إنشاء التزام في المستقبل⁷.

⁵-مزوغ ياقوتة -نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الاسلامي و القانون المدني الجزائري -رسالة ماجستير جامعة أحمد بن بلة وهران 1.

2015 ص 15

²- أ.د. محمد عثمان بشير - المدخل الى فقه المعاملات المالية- مرجع سابق- ص 202

³-د. فتحي الدريني - النضرات الفقهية - مرجع سابق - ص 267

⁴- أ.د.محمد عثمان بشير - مرجع سابق - ص 203

⁵-مازوغ ياقوتة - مرجع سابق - ص 17

⁶-د. فتحي الدريني - مرجع سابق - ص 268

⁷- أ.د.محمد عثمان بشير -مرجع سابق ص 204



و يظهر أن الألفاظ التي تستعمل في الوعد تدل على المستقبل فقط، أما الألفاظ التي تستعمل في صيغة العقد فتشمل الماضي و المضارع المجرد الذي يكون حالياً أو في المستقبل.

ثالثاً: تحديد العقد الإداري في فرنسا وفي الجزائر:

أ) في فرنسا: بما أن الإدارة تتنوع عقودها منها ما يخضع للقانون الخاص وإلى القضاء العادي في حل نزاعاتها، ومنها ما يخضع للقانون العام وإلى القضاء الإداري في الفصل في منازعاتها. فإن التمييز بين هذين النوعين يكون صعباً باستثناء تلك العقود المحددة من قبل المشرع. و لذلك فإن وجود الإدارة كطرف في العقد غير كافي للتحديد العقود الإدارية.

كما أكد القضاء الإداري الفرنسي أن دفتر الشروط الذي يحتويه العقد لا يعد معيار قانون لإضفاء الصفة الإدارية على العقد، ولا خضوع العقد إلى قانون الصفقات العمومية. وذلك في حكمين صادرين عن محكمة التنازع الفرنسية في 5 جويلية 1919.

ولهذا هناك معياران آخران بإمكانهما أن يحددا العقد الإداري ، بالإضافة إلى الإدارة كطرف في العقد، وهما على التوالي أولهما يجب أن يتبع العقد أسلوب القانون العام ، أي شروط استثنائية وثانيهما أن يكون العقد له صلة بالمرفق العام¹.

ب) الجزائر: يختلف الأمر في الجزائر عن ما عرفناه في فرنسا. ذلك لأن القضاء الإداري الجزائري هو تابع للسلطة القضائية بينما في فرنسا هو تابع للسلطة التنفيذية، وهذا راجع إلى ظروف تاريخية عرفتها فرنسا. وعليه فالقاضي الإداري الفرنسي تابع من رحم الإدارة . ولذلك فهو مؤهل لإنشاء أحكام القانون الإداري، وهي الخاصية التي يوصف بها القانون الإداري الفرنسي. وعليه فإن العقد الإداري في الجزائر كان دائماً بتحديد من المشرع اعتماداً على المعيار العضوي سواء كان قبل دستور 96 أو بعده.

قبل دستور 96 وهو ما نستشقه من المادة 1/4 من المرسوم التنفيذي 01/89 تنص على ما يلي "امتياز احتكار الدولة للتجارة الخارجية عقد من عقود القانون الإداري تحدد بموجبه الدولة التبعات والشروط التي يخضع لها أصحاب الامتياز وتبين حقوقهم وواجباتهم إزاء الدولة"².

وقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا استعمال المعيار العضوي في تحديد العقد الإداري، وذلك من خلال الحكم الصادر عنها في 1982/05/29 في قضية (رئيس المجلس الشعبي) ضد (بن أ-ب)³. مما سبق يتضح أن المشرع و الغرفة الإدارية تبنا المعيار العضوي لتحديد العقد الإداري.

¹ - ناصر لبار، الوجيز في القانون الإداري ، ط4، دار المجدد للنشر والتوزيع، ص 272

² - مرسوم تنفيذي رقم 01/89 الصادر في 15/01/1989 الذي يهبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالامتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية

³ - ناصر لبار، مرجع سابق، ص 274



بعد دستور 96: أي بعد تبني الجزائر ازدواجية القضاء، استمر كل من القضاء والمشرع الجزائري في الاعتماد على المعيار العضوي لتحديد العقد الإداري، وذلك ما نستشفه من المادة 800 من ق.إ.م.إ. الجزائري حيث تنص على ما يلي: "المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها"¹. وأكد مجلس الدولة بعد إنشائه سنة 1998 هذا الاتجاه في عدة قرارات باستعمال المعيار العضوي لتحديد العقد الإداري.

كما استعملت محكمة التنازع المعيار العضوي لإضفاء الصفة الإدارية على العقد وذلك في حكمها الصادر 08 ماي 2000 في قضية (رايس حميدو) ضد (ج) حيث جاء في القرار "...حيث أنه من الثابت أن النزاع القائم بين الطرفين يرجع الفصل فيه للاختصاص الممنح للجهة القضائية الإدارية على أساس:

1- أن أحد الطرفين المتخاصمين هو بلدية رايس حميدو تطبيقا لمقتضيات المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية.

2- أن موضوع النزاع تنفيذ عقد صفقة عمومية وفقا لمقتضيات المرسوم التنفيذي رقم 434/91 المؤرخ في 1991/11/9..."²

وعليه يمكن تعريف العقد الإداري وفقا للاتجاه الذي سار فيه كل من المشرع والقضاء الجزائريين بأن "هو العقد الذي يكون أحد أطرافه شخص من الأشخاص العمومية (الدولة، الولاية، البلدية، المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري).

وهذا التعريف لا يفرق بين نوعي العقود التي تبرمهما الإدارة (عقد الإدارة والعقد الإداري) كما تقدم بيانه ففي كلا النوعين تكون الإدارة طرفا فيهما.

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري بعد صدور القانون 14/88 المعدل والمتمم للقانون المدني سقط في فسخ التعارض، فمثلا المادة 679 من القانوني المدني تنص على أنه "يتم الحصول على الأموال والخدمات لضمان سير المرافق العمومية، باتفاق رضائي وفق الحالات والشروط المنصوص عليها في القانون، إلا أنه يمكن في الحالات الاستثنائية و الإستعجالية وضمان لاستمرارية المرفق العمومي الحصول على الأموال والخدمات عن طريق الاستيلاء..."³.

¹ - قانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن ق إ م إ ج 21 المؤرخ في 2008/04/23

² - ناصر لبار، مرجع سابق، ص 275

³ - قانون 14/88



في هذه المادة حول المشرع الجزائري للإدارة أن تختار بين أسلوبين في إبرام عقودها للحصول على الخدمات ، إما بصفة رضائية وفي هذه الحالة تكون الأطراف متكافئة مما يجعل هذا العقد من عقود الإدارة الذي يخضع للقانون الخاص ويختص القضاء العادي في منازعاته.

وإما الأسلوب الذي تستعمل فيه الإدارة امتيازات السلطة العامة والذي عبر عنه بالإستيلاء. وفي هذه الحالة هو عقد إداري الذي يخضع فيه للقانون العام ويختص القضاء الإداري في النظر في نزاعاته .
ونص المادة 2 من القانون 11/91 على ما يلي : "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لكسب الأملاك أو حقوق عقارية ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية¹ .

أما عندما تحتاج الإدارة إلى ملكية أحد أشخاص القانون الخاص ، فلا تستعمل امتيازات السلطة لنزع الملكية من أجل المصلحة العامة ، إلا بعد فشل الطرق الودية ويراد بالودية هي إبرام عقد الإدارة الذي تكون فيه الأطراف متكافئة في مصالحهما، وفي حالة عدم الوصول إلى نتيجة فإن الإدارة تستعمل امتيازات السلطة العامة مع إعداد محضر تبين فيه فشل الطرق الودية.

وعلى هذا الأساس وبالرجوع إلى تعريف العقد الإداري وفق منظور المشرع والقضاء الجزائريان، فلا يمكن أن نعول عليه كتعريف للعقد الإداري باعتماده على المعيار العضوي، لذلك يتوجب في التعريف أن يشمل المعايير الثلاثة التي عرفها القضاء الإداري الفرنسي. ولذلك سوف نتطرق إلى التعريفات المختلفة .

الفرع الثالث: معايير تمييز العقد الإداري

ما تقدم من التعاريف يبين المجهود الذي بذله كل من الفقه والقضاء في الدول التي تأخذ بنظام ازدواجية القضاء وازدواجية القوانين من أجل تحديد العقد الإداري، ولم يتوقف تمييزه عن العقد الخاص فحسب بل حتى عن عقود الإدارة ، وهنا تزداد الأمور تعقيدا باعتبار أن نفس الشخص المعنوي العام يبرم عقودا إدارية وعقود الإدارة.

فإن أهمية وضع معايير لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود، لتعيين القانون الواجب التطبيق من جهة وتعيين القضاء المختص في الفصل في المنازعات المتعلقة بهذا العقد من جهة أخرى. وعند رجوعنا إلى نشأة العقد الإداري نجده قد مر بعدة مراحل حتى وصل إلى ما هو عليه الآن فكانت البداية بمبادرة المشرع الفرنسي بتحديد بعض العقود الإدارية ، وهذه المرحلة كانت كل العقود الإدارية بتحديد من القانون ثم في مرحلة ثانية تدرج القضاء الإداري الفرنسي في توسيع مجال اختصاصه إلى عقود لم يحددها

¹ - قانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 ج ر عدد 21 الصادر في 08/05/1992 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.



القانون و إنما قياسا بتلك التي حددها القانون، إلى أن وصل إلى وضع المعايير المعروفة حاليا والتي يمكن تسميتها بالمعايير القضائية للعقود الإدارية.

لذلك سوف نتطرق إلى العقود الإدارية بتحديد من القانون (أولا) والعقود الإدارية بتمييزها من القضاء (ثانيا)

أولا- العقود الإدارية بتحديد من القانون : يلجأ المشرع إلى إضفاء الصفة الإدارية لبعض العقود عندما يرى أن القانون العام لحل منازعات هذه العقود هو أكثر ملائمة من القانون الخاص، ويقرر اختصاص القضاء الإداري بالفصل فيها، ويطلق عليها العقود الإدارية بتحديد من القانون¹.

و يرجع تحديد العقد الإداري في فرنسا من قبل المشرع إما لطبيعة العقد الذاتية. كعقود الأشغال العامة، فهو من أوائل العقود تحديدا من المشرع، وفي نفس الوقت عقد إداري بطبيعته، وأحيانا أخرى نظرا لظروف تاريخية مرت بها فرنسا ، فقد يكون العقد من عقود القانون الخاص لكن أضفى عليها المشرع الصفة الإدارية مثل عقود بيع أملاك الدولة الخاصة العقارية².

وكانت من بين هذه النصوص المرسوم الصادر في 1806/06/11 المتعلق بعقود التوريد والقانون الصادر في 1790/07/17 والقانون الصادر في 1973/09/26 المتعلق بعقود القروض العامة وعقود بيع أملاك الدولة³.

أما في الجزائر كما أسلفنا أن تحديد العقد الإداري دائما كان من قبل المشرع، إما بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة⁴.

أما في مصر يختلف الحال بعض الشيء عما عرفنا سابقا ، فبالرغم من أن بعض العقود ينص عليها المشرع على أنها عقود إدارية يختص القضاء الإداري في حل نزاعاتها. إلا أنه لا يعتبرها كذلك إلا إذا توفرت فيها المعايير القضائية، كعقد التوريد عندما يكون عقدا مدنيا وفقا لخصائصه الذاتية وهو ما يأخذ به في فرنسا بالنسبة لعقد التوريد⁵.

وبذلك استبعد القانون في مصر إضفاء الصفة الإدارية على العقود وترك الأمر إلى القضاء الإداري الذي هو أدري في تحديد اختصاصه وفقا للمعايير المعترف بها، وهذا ما ذهب إليه محكمة القضاء المصري في حكمها الصادر في 1956/12/09 هذا نصه "... فلم يعد هذا الاختصاص مقصورا على عدد

¹ - حسام مرسي، أصول لقانون الإداري، دار الفر الجامعي الإسكندرية، ط 2012، ص 419

² - سليمان محمد طماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط 2005

³ - حسام مرسي، مرجع سابق، ص 419

⁴ - بصفة مباشرة عندما يضيف المشرع صفة عقد انه اداري كعقد احتكار الدولة للتجارة الدولية. و بصفة غير مباشر عندما ينص المشرع الفصل في منازعات بعض العقود يرجع الى القاضي الإداري .

⁵ - محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 2007، دار الفكر العربي ، القاهرة، ص 28



معين من عقود الإدارة بل انطوى على كافة العقود الإدارية وامتد إلى مختلف المنازعات المتعلقة بتلك العقود ... فقد أصبحت العقود الإدارية في مصر عقود إدارية بطبيعتها ووفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد من القانون ولا وفقا لإرادة الشارع...¹.

ثانيا- المعايير القضائية لتمييز العقد الإداري:

من التعاريف السابقة وإن اختلفت في التعابير إلا أنها التقت على الأسس التي يقوم عليها العقد الإداري بطبيعته ، وتكون له بذلك ذاتيته الخاصة و هي ثلاثة أسس:

- أن يكون شخص معنوي عام طرفا في العقد على الأقل.
- أن تكون للعقد صلة بالمرفق العمومي.
- أن يتضمن شروطا استثنائية وهو أسلوب القانون العام.

1- أن يكون شخص معنوي عام طرفا في العقد على الأقل:

يكاد يكون هذا الشرط المجمع عليه الفقه و القضاء الإداريان، وهو الشرط المفترض في العقد الإداري. لأن القواعد الإدارية ما وضعت إلا لتحكم أشخاص القانون العام دون نشاط الأفراد. وبذلك تخرج من هذا المجال العقود التي تبرم بين الأفراد.²

والمقصود بأشخاص القانون العام (الدولة ، الولاية، البلدية، المؤسسات المرفقية والإدارات العمومية.

وفي هذا الاتجاه أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر حكمها الصادر بتاريخ 18/01/1994 "العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية هو كون الإدارة طرفا فيها أمر طبيعي ، لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة ، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصا من أشخاص القانون العام، فإنه لا يمكن اعتباره عقدا إداريا..." ونقول أيضا "...إذا فقد العقد شرطا من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص"³.

وتجدر الإشارة إلى أن قانون القضاء الإداري قد خفف من إعمال هذا الشرط، حيث أقر إمكانية إضفاء الصفة الإدارية على العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص كاستثناء من الأصل ، وذلك عند تصرف أحد طرفي العقد كوكيل عن الإدارة، أي يعمل باسمها ولحسابها⁴،

¹ - سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 57

² - بوعمران عادل ، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 76

³ - خالد بن عبد الله بن عبد الرحمان الخضير، التحكيم في العقود الإدارية، جامعة الأزهر، ص 42

⁴ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 76



إلا أنه وإن كان هذا الشرط ثابتاً في العقد ومفترض وهو شرط جوهرى، ولكنه لا يكفي وحده لإضفاء الصفة الإدارية على العقد. فلا بد من توافر باقي الشروط.

2- أن يكون العقد له صلة بالمرفق العمومي:

إن النتيجة التي توصل إليها رجال القانون من دراستهم لفكرة المرفق العام، هو مبادئ القانون الإداري كلها تقوم على فكرة المرفق العام¹، لأن ضمان استمرارية سير المرفق العام لتحقيق المصلحة العامة تستدعي الخروج عن ما هو مألوف بين أشخاص القانون الخاص. لذلك يمكن القول بان هذا الشرط هو من مهام التي تقع على عاتق الدولة، ولذلك فهي تنشأ هذه المرافق وتتولى إدارتها بنفسها أو تعهد بإدارتها لأشخاص القانون الخاص تحت إشرافها ورقابتها².

وإذا كان حكم بلانكو الشهير 1873 أدى إلى ظهور علاقة بين وجود المرفق العمومي وتطبيق قواعد القانون الإداري، فإن فريق من الفقه الفرنسي (ليون دييجي ودي لوبادير) من مدرسة بورديو اعتبروا أن فكرة المرفق العمومي بالإضافة على أنها معيار لاختصاص القضاء الإداري أنها هي الأساس الوحيد للقانون الإداري³.

ويظهر من هذه الفكرة أن كل نشاط يتصل بالمرفق العام يضيف عليه الصفة الإدارية، وهذا حسب النشاط التقليدي للدولة المتمثل في النشاط الإداري المحض. لكن بعد تطور الأوضاع السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية دفع بالدولة للتدخل في كل المجالات حتى تلك التي كانت حكراً على الأفراد، وفي الجهة المقابلة قيام الأفراد بأعمال ذات المصلحة العامة، الأمر الذي جعل تحديد المرافق العامة ليس بالأمر الهين.

وعلى اثر ذلك ظهرت مرافق جديدة اقتصادية وصناعية إلى جانب المرافق الإدارية، مما جعلها تخضع لقواعد مختلفة وفقاً لطبيعة المرفق الذاتية وإن كانت تحكمها مبادئ المرافق العامة، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 1952/02/26 هذا نصه "...لم تعد المصالح العامة محصورة في نطاقها التقليدي، وهو النطاق الإداري الضيق الذي كان مألوفاً في القرن 19 والقرن 20، ذلك أن حاجات الأفراد تنمو وتتوسع كلما تقدمت الجماعة في طريق الرقي والحضارة، وقد اقتضى ذلك إنشاء مرافق ومصالح مختلفة النظم والأغراض لسد هذه الحاجات المختلفة، ومنها حاجات اقتصادية وأخرى ثقافية وصحية واجتماعية أوجبت على الدولة أن تتجاوز ميدان نشاطها الإداري البحث إلى ميادين أخرى كانت وقفاً على النشاط الفردي، وقد كثر إنشاء هذه المرافق والمصالح الجديدة في صورة

¹ - د. محمد سليمان الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية-مرجع سابق ص 73

² - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ص 39

³ - ناصر لباد- الوجيز في القانون الإداري-مرجع سابق ص 31



مؤسسات عامة. لأنها أيسر تحقيقا لتلك الأغراض المختلفة وخاصة أن الدولة تحتفظ بحق الإشراف عليها تضيف عليها من الحقوق والامتيازات ومظاهر السلطة العامة ما يعينها على تأدية رسالتها...¹.

فلم يعد معيار الإدارة كطرف في العقد كافي لتحديد العقد الإداري. أي لا يكفي الاعتماد على المعيار العضوي بل يجب في هذه الحالات المبيّنة أعلاه أن يكون البحث في موضوع العقد ومدى ارتباطه بالمرفق العام، بمعنى أن العقد إذا كان موضوعه يتعلق بنشاط من الأنشطة التي تقع على عاتق الدولة تحقيقها من أجل المصلحة العامة بأي وجه كان إعتبر العقد إداريا.

لذلك عرّف المرفق العام بأنه ذلك النشاط الذي تقوم به الدولة، أو تعهد بإدارته لأحد أشخاص القانون الخاص مع احتفاظها بالرقابة والتوجيه.

وقد صدر مجلس الدولة المصري في حكمة بتاريخ 1957/06/02 لتعريف المرفق العام بأنه "هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته، ويعمل بانتظام واستمرار ويستعين بسلطات الإدارة بتزويد الجمهور بالحاجات العامة التي يتطلبها، لا بقصد الربح بل بقصد المساهمة في صيانة النظام وخدمة المصالح العامة في الدولة...².

بما أن تنوع المرافق العامة لتلبية حاجيات الأفراد المتعددة والمتجددة فإن اتصال العقد بالمرفق العام تتعدد صورته. فقد يكون بمساهمة مباشرة من المتعاقد، سواء عند إنشائه كما هو الحال في عقود الأشغال العامة أو لضمان سيرورة المرفق بانتظام واطراد كعقود التوريد والتموين والنقل والخدمة، أو بإدارته وتنظيمه وتسييره كعقود الامتياز.³

ومما يجب الإشارة إليه أن في عقود الامتياز نشأت علاقتان. علاقة بين الملتزم والإدارة وهذه تحكمها قواعد القانون العام، مما يعني أن هذا العقد إداري كما سبق أن أوضحنا. أما العلاقة التي تنشأ بين المنتفعين والملتزم بتسيير المرفق العام فتخضع للقانون الخاص.

3- أن يتضمن شروطا استثنائية في القانون الخاص

من خلال دراستنا للعنصرين السابقين تأكد لنا أنه لا يكفي وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد لإضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري، ذلك لأن الشخص المعنوي العام يستعمل أسلوب القانون العام وأسلوب القانون الخاص. كما رأينا أن بعد ظهور مرافق جديدة غير إدارية أصبح عنصر اتصال العقد بالمرفق العام لا يصلح لأن يكون معيارا لتحديد العقد الإداري.

¹ - د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية- مرجع سابق ص 74

² - حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر العربي، 2012، ص 426

³ - بوعمران عادل، مرجع سابق، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ص 76



ذلك لأن القانون الإداري كان يقوم على نظرية المرفق العام قبل ظهور المرافق الجديدة. مما جعل قواعد القانون الإداري ذات علاقة حتمية بنظرية المرفق العام، وكان يكفي كميّار لتحديد العقد الإداري. ولكن بعد التطور الذي ذكرناه في العنصر السابق منحت الإدارة حرية كبيرة في اختيار الوسيلة الأنجع التي تحقق المصلحة العامة¹، فقد تلجأ إلى استعمال وسائل القانون العام أو وسائل القانون، ومناطق ذلك هو نية الإدارة التي تتجه إلى إحدى الوسيلتين، باعتبارها الأنجع والأسهل لتحقيق أهدافها. لهذا ظهر هذا الشرط الذي يعد هو الفيصل في تحديد العقد الإداري.

استقر كل من القضاء والفقهاء على أن العنصر المميز الرئيسي من بين العناصر الثلاثة المحددة للعقد الإداري هو العنصر المتمثل في الأخذ بوسائل القانون العام وأساليبه، وتتمثل هذه الوسائل والأساليب في نية الإدارة لاستخدامها لامتيازات السلطة العامة، فيتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في مجالات القانون الخاص، وهو ما يعتبر عنصرا مميزا للعقد الإداري².

هذا ما توصلت إليه محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1956 هذا نصه "...كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إداريا، فإنها ليست من ذلك كافية لمنحه تلك الصفة، اعتبارا بأن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام، إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام، لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة، ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق على أية صورة من الصور...مشتركا في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد..."³.

أما الفقهاء فقد سار في هذا الاتجاه، ومن ذلك ما قرره الفقيه أندريه دي لوبادير من أن عنصر تضمين العقد الإداري شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص هو العنصر الجوهرى لتمييزه عن العقد الإداري في الوقت الحاضر⁴.

من خلال أحكام القضاء الإداري وأقوال الفقهاء، يمكن لنا القول أن الإدارة كطرف في العقد ضروري، وكذا اتصال العقد بالمرفق العام يعبر عن النشاط الذي تقوم به الإدارة، إلا أنهما غير كافيان لتحديد العقد الإداري. إذن فلا صفة المتعاقد ولا اتصال العقد بالمرفق العام يضيفان على العقد الصفة

¹-د. محمد سليمان الطماوي-مرجع سابق، ص 86

²-د. محمد شافعي بوراس-العقود الإدارية-ص32 www.Pdfactory.Com

³-د. محمد سليمان الطماوي -الأسس العامة للعقود الإدارية-مرجع سابق ص 85

⁴- محمد الشافعي، بوراس،العقود الإدارية-مرجع سابق، ص 33



الإدارية ما لم يتضمن العقد شروطاً إستثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص. وبمفهوم المخالفة يمكن للإدارة أن تتجه نيتها في اتخاذ أسلوب القانون الخاص بالرغم من ارتباط العقد بالمرافق العام.

إذن يعد هذا الشرط حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقد الإداري، ويقصد بالشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص لدى مجلس الدولة الفرنسي هي الشروط تخول للأفراد حقوقاً أو تضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يرتضيها أولئك الذين يتعاملون في حدود القوانين المدنية والتجارية¹. بمعنى أن الأفراد إذا كانوا يعملون باسم الإدارة ولصالحها، فإنهم يزودون بامتيازات السلطة العامة من أجل القيام بذلك النشاط الذي تهدف الإدارة لتحقيقه، ومن أجله أبرمت العقد، مما يجعلها الطرف القوي في المعادلة. وهذه هي طبيعة العقود الإدارية التي يكون فيها الطرفان غير متكافئين.

4- تمييز الشروط الاستثنائية عن شروط عقد الإذعان:

قد يختلط لدى البعض ويظهر لهم الشروط الاستثنائية في العقد الإداري مثلها مثل شروط عقد الإذعان في القانون الخاص، باعتبار أن عقود الإذعان تتضمن شروطاً مجحفة يفرضها أحد الطرفين على الآخر، الأمر الذي يجعلهما متقاربين جداً، ويحدث التباس عند البعض، وعليه يستوجب منا إزالة هذا الغموض من خلال تعريف عقد الإذعان ثم نبين الفرق بينهما.

4-1- تعريف عقد الإذعان: هو العقد الذي يملي فيه أحد طرفيه شروطه و يقبلها الطرف الآخر دون أن يكون له حق مناقشتها أو تعديلها²، أو هو العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطاً محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه يعرض بموجبها سلعة أو خدمة معينة³.

يبدو أن عقد الإذعان يختلف عن باقي العقود بعدم وجود مفاوضات بين الطرفين، فالعقد مهياً والشروط موضوعة مسبقاً من قبل الموجب ينتظر من يقبل بالشروط الانضمام إلى العقد دون مناقشتها ليعتد فيه الحياة، مما يجعل المعادلة بين الطرفين غير متكافئة.

4-2- النقاط الفاصلة بين الشروط الاستثنائية وشروط عقد الإذعان: من خلال ما سبق يمكن أن نبيّن الفوارق بينهما في زاويتين

¹ - حسام مرسي، مرجع سابق، ص 430

² - منال جهاد أحمد خلة - أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي - رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية غزة 2008 ص 39

³ - لعشب محفوظ بن حامد نون، عقد الإذعان في القانون الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1990 ص 31



النقطة الأولى: أن العقود التي تتضمن شروط الإذعان تبقى عقوداً خاصة على أصلها، تحكمها قواعد القانون الخاص إذا فقدت هذه الشروط. بينما في العقود الإدارية إذا فقدت الشروط الاستثنائية تتحول إلى عقود مدنية بإزالة الصفة الإدارية عنها .

النقطة الثانية: يمكن للقاضي أن يعدل من شروط الإذعان في القانون الخاص أو يلغها تماماً فضلاً على أنه يلتزم بتفسيرها لصالح الطرف المدعى، بينما الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية لا يمكن للقاضي المساس بها لا تعديلاً ولا إلغاءً¹.

لذلك اعتبرت الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص هي المعيار الجوهرى لتمييز العقد الإداري عن بقية العقود، بحيث إذا لم يتضمن العقد هذه الشروط لا يكتسب الصفة الإدارية حتى ولو توافرت الشروط الأخرى، كما أن طبيعة العقد الإداري تجعل الأطراف غير متكافئة مما يسمح للإدارة بفرض التزامات على المتعاقد معها بإرادتها المنفردة من أجل تحقيق المصلحة العامة، ولا يمكن للقاضي أن يعدل أو يلغى هذه الشروط إلا بالتعويض في حالة ضرر الطرف الآخر.

5- مظاهر الشروط الاستثنائية:

يمكن رصد الشروط غير مألوفة في القانون الخاص في المجالات التالية:

* استعمال الإدارة امتيازات السلطة العامة في العقد: هذه الامتيازات هي أبرز ما يميز العقود الإدارية عن بقية العقود، إذ بمقتضاها تستطيع الإدارة فرض التزامات بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها، مما تجعل الطرفين غير متكافئين حيث تمنح الأولوية للإدارة ، ومن بين هذه الالتزامات تعديل شروط العقد وكذلك حق الإدارة في تغيير طريقة التنفيذ، وفسخ العقد أو إنهائه دون حاجة لرضاء الطرف الآخر ، كما يحق لها توقيع عقوبات على المتعاقد في حالة إخلاله بالالتزامات المتفق عليها دون أن تلجأ إلى القضاء². وهذه الامتيازات منحها المشرع للإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة ، ولكن إذا ما استعملت في غير ذلك، فمن شأنها أن تكوّن خطراً على حقوق المتعامل مع الإدارة ، الأمر الذي يجعل وضعيته في حالة اللأمن.

* منح المتعاقد مع الإدارة سلطات عامة في مواجهة الغير: الأصل أن المتعاقد مع الإدارة هو من أشخاص القانون، الخاص لا يتمتع بأي شيء من امتيازات السلطة العامة ، ولكن قد يحمل بعضها منها أحياناً بالقدر الذي يساعده على تنفيذ العقد، كحق استعمال الدومين العام أو حق التنفيذ المباشر³.

* اشتراك المتعاقد مع الإدارة في التسيير المباشر في المرفق العام:

¹ - محمد شافعي بوراس- مرجع سابق- ص 34

² -د. سليمان محمد الطماوي-الأسس العامة للعقود الإدارية-مرجع سابق - ص92

³ -د. محمد الشافعي بوراس- مرجع سابق-ص 36



إذا خلا العقد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص ، أو القرائن التي تكشف على أنه عقد إداري فإن القضاء الإداري الفرنسي استقر على أن عقد امتياز المرفق العام هو عقد إداري باستمرار، لأنه يؤدي إلى اشتراك الملتزم في إدارة المرفق بنفسه، فالشخص الذي يضع سفينته تحت تصرف الدولة دون مشاركة من جانبه يعتبر هذا العقد عقدا مدنيا، فهو عقد إيجار. أما إذا تولى بنفسه وبباخرته نقل الجنود وقت الحرب مثلا، فهذا العقد يعتبر عقدا إداريا. وليس مجرد المشاركة في حد ذاتها تجعل العقد إداريا، إنما يجب خضوع سير المرفق العام لقواعد القانون العام¹.

فهذه الأفكار إذا ما تجسدت في عقد من العقود التي ترميها الإدارة مع الخواص اعتبر العقد إداريا، يخضع لقواعد القانون العام، وينظر في المنازعات المترتبة عنه القضاء الإداري.

كما تجب الإشارة إلى أنه لا يشترط أن يتضمن العقد الإداري هذه الشروط في متنه، وإنما يكفي أن تنص عليها القوانين والتنظيمات، ويشير إليها دفتر الشروط التي تعدده الإدارة قبل التعاقد وتضعه في متناول من يريد التعاقد معها.

المطلب الثاني: أهم أنواع العقود الإدارية:

في إطار نشاطها المستمر تقوم الإدارة بإبرام العديد من العقود بلا حصر إلا ما يمنعه القانون، باعتبار أن نشاطات الإدارة متعددة ومواضيعها متنوعة، لذلك تتنوع العقود الإدارية بتنوع نشاطاتها. وعليه يمكن تقسيم العقود الإدارية إلى عقود مسماة، وهي العقود التي حددها القانون مسبقا ، و عقود أخرى غير مسماة تكتسب الصفة الإدارية كلما توافرت فيها الشروط التي بيّناها سابقا، و هي العقود الإدارية بطبيعتها، وسوف نكتفي بذكر بعض العقود الإدارية، (الفرع الأول) عقد الأشغال العامة (الفرع الثاني) عقد التوريد (الفرع الثالث) عقد الامتياز.

الفرع الأول: عقد الأشغال العامة:

يعتبر عقد الأشغال العامة من أوائل العقود التي حددها المشرع، فلا جدال في طبيعتها ولا جدوى في البحث عن مدى توافر الشروط القضائية لإضفاء الصفة الإدارية عليها، وبالرغم من ذلك فإن المشرع لم يجرأ عن تعريفها بشكل مباشر وترك ذلك للفقهاء والقضاء .

أولا- التعريف التقليدي لعقد الأشغال العامة نبين مجموعة التعاريف التي أوردها الفقه والتشريع والقضاء.

أ (التعريف الفقهي: وضع الفقه عدة تعاريف لعقد الأشغال العامة نذكر منها.

¹ - محمد سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية- مرجع سابق ص 96



عقد الأشغال العامة هو "عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات، لحساب شخص معنوي عام، بقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه ووفقا للشروط الواردة بالعقد"¹. أو هو "عقد بين الإدارة العامة وأحد أشخاص القانون الخاص، محله القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب جهة الإدارة، في مقابل مادي متفق عليه، ويستهدف تحقيق مصلحة عامة"².

و عرفت سعاد الشرقاوي عقود الأشغال العامة بأنها "عقود يلتزم بموجبها المقاولين في مواجهة الإدارة بتنفيذ أشغال عامة متعلقة بالعقارات مقابل مبالغ مالية متفق عليها"³.

كما عرفه الفقيه أحمد ماحيو "بأنه العقد الذي يتم بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات (مقاول)، بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشآت عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية، لتحقيق منفعة عامة مقابل ثمن"⁴.

بالرغم من اختلاف الفقهاء في تعبيراتهم عن تعريف عقد الأشغال، إلا أنهم يتفقون على أن عقد الأشغال هو أن يلتزم أحد الخواص سواء شخص طبيعي أو شركة القيام بأعمال ترد على عقار لصالح شخص معنوي عام، يستهدف مصلحة عامة مقابل ثمن يتفق عليه الطرفان.

ب - التعريف التشريعي :

عرّف المشرع الجزائري في البداية عقد الأشغال العامة بصفة غير مباشرة بأنه عقد إداري، من خلال تعريفه لعقد الصفقات العمومية في المادة 2. حيث تنص "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال العامة..."⁵. جاء في هذه المادة عبارة (المصلحة المتعاقدة) التي عرّفها المادة السادسة من هذا المرسوم، و تتمثل في الدولة -الجماعات الإقليمية أو مؤسسة عمومية ذات طابع اداري. وهي التي اسند المشرع الفصل في منازعاتها للمحاكم الإدارية من خلال المادة 800 من ق.ا.م.إ.م. الجزائري.

ثم بعد ذلك عرّف المشرع الجزائري عقد الأشغال العامة من خلال هدفها و ذلك في المادة 29 من المرسوم 236/10 المعدل و المتمم، والذي يتمثل في "قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو

¹ - د. محمد سليمان الطماوي، مرجع سابق، ص 122

² - محمد شافعي بوراس، مرجع سابق، ص 48

³ - نقلا عن عليوات ياقوتة تطبيقات النظرية العام للعقد الاداري الصفقات العمومية في الجزائر -اطروحة دكتوراه جامعة منتوري

قسنطينة 2009 ص 48

⁴ - نقلا عن فتيحة حاجي، النظام القانوني لصفقة انجاز الأشغال العمومية، ظل المرسوم 236/11 ماجستير جامعة تيزي وزو، 20، ص 11

⁵ - المرسوم الرئاسي 247/15 في 16/09/2015 في 2/50 في 20/09/2015



هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها...¹ و استمر في نفس النهج حول تعريف عقد الأشغال العامة في المرسوم الرئاسي 247/15.

ولكن ما يلفت الانتباه أن المشرع الجزائري قد وسع في عقد الأشغال العامة سائرا في ذلك على درب القضاء الفرنسي من خلال المرسوم 247/15، وذلك عندما نص في الفقرة الخامسة من المادة 29 على ما يلي "...إذا تم النص في صفقة عمومية على تقديم خدمات وكان الموضوع الأساسي للصفقة يتعلق بإنجاز أشغال فإن الصفقة تكون صفقة أشغال². وكان قد اشترط في المرسوم الرئاسي 236/10 شرط وهو يجب أن لا تتجاوز مبالغ تقديم الخدمات قيمة الأشغال، ويبدو أنه قد تراجع عن هذا الشرط في المرسوم الرئاسي 247/15، وذلك من أجل التوسع أكثر في مفهوم الأشغال العامة، بحيث تعتبر أشغال عامة كل الأشغال الواردة على عقار أو ما يخدم العقار كالعقار بالتخصيص³.

بالرغم من أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد الأشغال العامة بصفة مباشرة، إلا أنه وضع معايير لكي يكون العقد عقد أشغال عامة، نص عليهم المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وهي المعيار الشكلي والمعيار العضوي والمعيار المالي والمعيار الموضوعي.

1 - المعيار العضوي: يقصد بالمعيار العضوي الهيئة التي تقوم بالنشاط دون النظر إلى موضوع النشاط⁴، ولقد أطلق عليها المشرع الجزائري اسم المصلحة المتعاقدة التي ذكرناها سابقا. وتؤكد هذا المعيار بنص المادة السادسة من المرسوم الرئاسي 247/15⁵. إذن فالمعيار العضوي يرتكز على المصلحة المتعاقدة سواء على المستوى المركزي أو المحلي.

2 - المعيار الموضوعي: و يقصد به النشاط الذي تباشره السلطة الإدارية في سعيها لتحقيق المصلحة العامة فهذا المعيار يركز على وظيفة الإدارة⁶. وأكدت هذا المعيار المادة 29 من المرسوم الرئاسي 247/15 "

¹ - المادة 13 من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ج ر رقم 58 الصادرة في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

² - مرسوم 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 ج ر عدد 50 الصادرة في 20/09/ / المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 2015

³ - إن العقار بالتخصيص هو منقول بطبيعته منح له صفة العقار نظرا لاستغلاله و تخصيصه من قبل مالكه لخدمة عقاره. ورد في الفقرة الثانية من المادة 683 من القانون المدني تعريف هذا النوع من العقار، غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمته هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص

⁴ - فتحة حابي- النظام القانوني لصفقات انجاز الإشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 236/10-رسالة ماجستير جامعة تيزي وزو 2013 ص14

⁵ -نص المادة 6 "لا تطبق أحكام هذا الباب الا على الصفقات العمومية محل نفقات الدولة -الجماعات الإقليمية -المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري - المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كليا او جزئيا بمساهمة مؤقتة او نهائية من الدولة أو من الجماعات الإقليمية و تدعى في صلب الموضوع المصلحة المتعاقدة."

⁶ -د. كوسة عمار- إشكالية تحديد المعايير في المادة الإدارية التجربة المغربية نموذجا -مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد 4. ديسمبر



تشمل الصفقات العمومية إحدى العمليات الآتية أو أكثر. انجاز الأشغال ... تهدف الصفقة العمومية للأشغال إلى انجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول ...¹ وذكرت المادة 13 من المرسوم 236/10 ما يلي " تهدف صفقة الأشغال قيام المقاول ببناء أو صيانة أو تأهيل أو ترميم أو هدم منشأة أو جزء منها بما في ذلك التجهيزات المشتركة الضرورية لاستغلالها"². وهي مجموعة النشاطات التي تتفق المصلحة المتعاقدة مع المقاول لإنجازها نيابة عنها مقابل ثمن يحدد في العقد .

3- المعيار المالي : أعطى المشرع الجزائري أهمية بالغة للجانب المالي في الصفقات العمومية عامة و صفقة الأشغال العمومية خاصة ، نظرا لما تستهلكه هذه الأشغال من أموال ترهق الخزينة العمومية ، لذلك وضع حد مالي أدنى لكي تكون صفقة أشغال عمومية .

والعقود الإدارية التي ينظمها قانون الصفقات العمومية، لا تتعلق بجانب واحد وهو المصاريف العمومية التي تدعها الدولة من أجل تحقيق المصلحة العامة و إنما كذلك الصفقات التي تتضمن إيرادات أو مداخيل للدولة³ ، لذلك فإن نوع الصفقات العمومية التي نحن بصدددها هي التي تتضمن دفع أموال عمومية قصد إنجاز أشغال لحساب أشخاص عمومية⁴ .

المتبع للمراسيم الرئاسية التي تعاقبت على تنظيم الصفقات العمومية ، يكتشف أن العتبة الدنيا للمعيار المالي لنفقة الأشغال العامة يتغير باستمرار، رغبة من المشرع لإضفاء الشفافية لهذا النوع من العقود، لأن الأمر يتعلق بأموال ضخمة تدفعها الدولة لإنجاز المشاريع.

نجد المادة 5 من المرسوم الرئاسي 250/02 تنص على أنه كل عقد أو طلب يقل أو يساوي 4000.000 دج لا يقتضي وجوب إبرام صفقة⁵ ، ثم عدلت هذه المادة بموجب المرسوم الرئاسي 301/03 في المادة 2 حيث ارتفعت العتبة الدنيا لعقد الأشغال العامة الى 6000.000 دج⁶ ، ثم عدلت هذه العتبة بموجب المرسوم الرئاسي 338/ 08 في المادة 4 الى 8000.000 دج⁷ ، و بقيت هذه العتبة إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي

¹ - المرسوم الرئاسي 247/15 الصادر بتاريخ 2015/09/16 ج ر عدد 50 الصادرة بتاريخ 2015/09/20 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام

² - المرسوم الرئاسي 236/10 الصادر بتاريخ 2010/10/07 ج ر عدد 58 الصادرة بتاريخ 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المعدل و المتمم

³ - د. ناصر لباد - الوجيز في القانون الإداري - ط4 دار المجد للنشر و التوزيع سطيف ص 279

⁴ - فتحة حابي مرجع سابق ص 38

⁵ - المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2002/07/24 ج ر عدد 52 الصادرة بتاريخ 2002/07/28 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .

⁶ - المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2003/09/11 ج ر عدد 55 الصادرة في 2003/09/14 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250/02

⁷ - المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2008/10/26 ج ر عدد 62 الصادرة في 2008/11/90 الذي يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي 250/02



247/15 في المادة 13 هذا نصها " كل صفقة عمومية يساوي فيها المبلغ التقديري لحاجات المصلحة المتعاقدة اثني عشر مليون دينار جزائري 12000.000 دجأو يقل عنه للأشغال (...)¹.

4- المعيار الشكلي: يقصد بالمعيار الشكلي في مجال الصفقات العمومية، هو وجوبية كتابة عقد الصفقات العمومية . وهو ما نصت عليه المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15. " الصفقات العمومية عقود مكتوبة ..."². و هنا لا تعد الكتابة معيار للتمييز، و إنما هي شرط إلزامي في إبرام الصفقات العمومية عامة و الأشغال العامة على وجه الخصوص، و بذلك تستبعد كل طرق التعبير الأخرى التي نصت عليهم المادة 60 من القانون المدني كاللفظ و الإشارة المتداولة عرفا³.

غير أننا نجد المشرع الجزائري جعل استثناء عن هذا الإجراء، من خلال نص المادة 12 من المرسوم 247/15 السالف الذكر، بحيث يمكن أن يرخص بتنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة بموجب قرار معلل من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الوالي أو الوزير في حالة الاستعجال الملح المعلل بخاطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار .

ج - التعريف القضائي :

عرفت محكمة القضاء الإداري بمصر عقد الأشغال العامة في حكمها الصادر بتاريخ 23/12/1956 بأنه " عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام و فرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقد لحساب هذا الشخص المعنوي العام و تحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁴.

وعرفته المحكمة العليا الليبية بأنه " عقد مقاوله بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة بمقتضاها يتعهد المقاول بعمل من الأعمال البناء و الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام و تحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد"⁵.

إذن من خلال ما سبق فإن عقد الأشغال العامة لا يكون كذلك إلا إذا توارت فيه ثلاث شروط وهي (أن يرد عقد الأشغال على عقار، وهذا ما يميزه عن بقية العقود الإدارية الأخرى، أن يكون العقد لصالح شخص معنوي عام، وأن يكون الهدف منه تحقيق المصلحة العامة). من خلال هذه الشروط يبدو

¹ - المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 ج ر ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 20/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

² - المادة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15 -مرجع سابق

³ - فتيحة حابي- مرجع سابق- ص 41

⁴ - عليوات ياقوتة تطبيقات النظرية العام للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر - أطروحة دكتوراه جامعة منتوري قسنطينة 2009 ص 48

⁵ - د. محفوظ علي التواتي -فكرة العقود إدارية بتحديد القانون -مجلة الجامعة الاسمية -العدد 28 السنة 11 ص 338



أن عقد الأشغال العامة شديد الصلة بالعقار. و عليه تخرج من هذا المجال كل العقود التي ترد على المنقولات .

لذا هذا الأساس لم يعتبر القضاء الإداري عقود الأشغال العامة تلك الاتفاقات التي يكون محلها إعداد او بناء أو ترميم سفينة ، و على العكس من ذلك يعتبر العقد من عقود الأشغال العامة إذا تناولت الأشغال عقارا بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية و مد أسلاك تحت الماء¹ .

لذا حسب ما تقدم من مفاهيم يمكن أن نستخلص شروط لاعتبار العقد عقد أشغال عامة وهي

- ان ينصب العقد على عقار.

- ان تتم الأشغال لصالح شخص عام .

- أن يحقق منفعة عامة .

ثانيا: التعريف الحديث لعقد الأشغال العامة

لكن بعد التطور الذي شهدته الدولة في كل المجالات، أصبح عقد الأشغال العامة من استراتيجيات الدولة الحديثة ، الأمر الذي أحدث تغير في مفهومه ، فنجد القضاء الفرنسي قد توسع في مفهوم عقد الأشغال العامة . حيث بعد انفصال فكر الأشغال العامة عن الدومين العام كخطوة أولى، اتبعها بالانفصال عن المرفق العام كخطوة ثانية ، فاعتبر القضاء الإداري الفرنسي أشغال عامة تلك الأشغال التي تتعلق بمرفق خاص و لكنها تقدم خدمة عامة² ، وكان ذلك بموجب حكم صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 1921/01/10 في قضية commune de monsegur، وذلك بالنسبة للأشغال التي تتم على عقارات مخصصة لدور العبادة و التي لاتعد مرافق عامة³ ، وكذلك محكمة التنازع في حكمها الشهير في قضية 1955/03/28 éffimie⁴ .

إذن فالقضاء الفرنسي اعتبر أن الأشغال التي تنجز لصالح شخص معنوي عام والهدف منها النفع العام وترد على عقار، ولا يهم إن كان هذا العقار لشخص عام أو خاص، وبذلك لم يعد عقد الأشغال العامة مرتبط بالمرفق العام، فالقضاء الإداري الفرنسي وسع في عقد الأشغال العامة عندما فصله عن

¹ - محمد سليمان الطماوي -الأسس العامة للعقود الإدارية -ط2005 دار الفكر العربي القاهرة مصر ص123

² - بن شعبان علي آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري -أطروحة دكتوراه جامعة منتوري قسنطينة 2012 ص 7

³ - محمد سليمان الطماوي -الأسس العامة للعقود الإدارية -ط2005 دار الفكر العربي القاهرة ص 125

⁴ - فتيحة حابي - مرجع سابق - ص 12" وتتلخص وقائع القضية أن الجمعيات النقابية للتعمير وهي تحمل المؤسسة العمومية بمقتضى قانون 1948 بإعادة بناء مساكن لصالح المنكوبين التي تهدمت من جراء الحرب العالمية الثانية بتكليف من الحكومة في اطار تحقيق المصلحة العامة وقد أدت هذه الأشغال الى نشوب نزاعات بين المقاولين و ملاك المساكن و كان التساؤل عن القضاء المختص باعتبار شرط أن تتم الأشغال لصالح شخص عام غير متوفر غير محكمة التنازع اعتبرت الجمعيات النقابية حين أضفى عليها المشرع صفة العمومية و أخضعها للقانون العام كان القصد منه تكيفها تحقيق مصلحة عامة و هي إعادة الاعمار بعد الحرب و أسندت الفصل في النزاع للقضاء الإداري باعتبار انه عقد أشغال عامة .



الدومين العام و عن المرفق العام ، بل أكثر من ذلك اعتبر عقد أشغال عامة حتى و لو كانت الأشغال لصالح الخواص و في أملاكهم كما رأينا في الأحكام السابقة .

لذلك يمكن وضع تعريف عقد الأشغال العامة من جانبنا وفق المفهوم الجديد فنقول:"عقد الأشغال العامة هو العقد الذي موضوعه كل شغل يرد على عقار أو ما يتعلق بالعقار (العقار بالتخصيص) يبرم بين شخص عام وأحد المتعاملين الاقتصاديين، أو بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يكون احدهما نائبا عن شخص عام ، بقصد تحقيق منفعة عامة ."

استنتاج: مما تقدم يمكن أن نخلص إلى أن عقد الأشغال العامة قد وسع في تعريفه القضاء الإداري الفرنسي و بالتالي يمكن اعتبار أشغال عامة إذا توافر على شرطين أساسيين وهما:

- أن ينصب عقد الأشغال على عقار.

- أن يحقق عقد الأشغال منعة عامة .

الفرع الثاني: عقد التوريد : عقد التوريد هو من العقود الإدارية المسماة بمقتضى القانون، وهو إتفاق بين شخص معنوي عام وبين فرد أو شركة يتعهد بمقتضاها هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد أشياء معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين¹.

وكانت محكمة القضاء الإداري في مصر عرّفته بموجب قرار صادر في 02 ديسمبر 1952 بقولها "هو اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين².

جاء في التعريف الأول أن عقد التوريد يرد على أشياء لكن لم يفصح عن طبيعة هذه الأشياء، مما يجعل التعريف يكتنفه الغموض. بينما في التعريف الثاني ذكر أن موضوع عقد التوريد يرد على منقولات وهذا ما يميز عقد التوريد عن باقي العقود الإدارية. ولقد عرّف المشرع الجزائري صفقة إقتناء اللوازم (عقود التوريد) بصفة غير مباشرة، من خلال هدفها في المادة 6/29 بنصها على ما يلي: "تهدف الصفقة العمومية للوازم إلى اقتناء ، أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار أو بدون خيار الشراء من طرف المصلحة المتعاقدة لعتاد ، أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد..."³.

حدد المشرع الجزائري عقد اقتناء اللوازم بأنه يرد على عتاد أو مواد مهما كان شكلها، و بطبيعة الحال فهي من المنقولات موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها ،ويقصد هنا بالحاجات المتصلة بنشاط المصلحة المتعاقدة ،وهي دوما تحقيق المصلحة العامة. غير أن المشرع أنهى هذه الفقرة باستثناء خاص وهو أن هذه الصفقة إذا كان موضوعها إيجار عتاد مثلا وفي نفس الوقت تقديم خدمة. فإن

¹ - محمد سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية- مرجع سابق، ص 133

² - محمد الشافعي بوراس، مرجع سابق، ص 58

³ - المادة 6/29 من قانون الصفقات العمومية 15/247 المؤرخ في 16/09/2015 ج رج عدد 50 الصادرة في 20/09/2015



الصفقة لا تعد صفقة إقتناء اللوازم ، بل تتحول إلى صفقة خدمات .بينما لو كانت الصفقة خدمات و في نفس الوقت إقتناء لوازم ، تكون صفقة لوازم ، بشرط أن تكون قيمة اللوازم تفوق قيمة الخدمات . وبمفهوم المخالفة إذا كانت الصفقة تشمل خدمات ولوازم وكانت قيمة الخدمات تتجاوز قيمة اللوازم فالصفقة تكون صفقة خدمات وليس صفقة لوازم .

وكان جانب من الفقه قد انتقد مجلس الدولة المصري ، عندما تراجع عن اعتبار عقد التوريد عقد إداري بطبيعته لأنه مسمى من المشرع ، فلا داعي للبحث عنه صفته ، بينما جانب آخر من الفقه يعتبر أن عقد التوريد ليس عقدا إداريا بشكل مطلق ، وإنما يعتبر كذلك إلا إذا إستوفى الشروط الواجب توافرها في العقود الإدارية¹ .

الفرع الثالث: عقد إمتياز المرافق العامة

أحدثت موجة تطور المرافق العمومية تغيرات في تسييرها بأساليب حديثة ، تتماشى والحاجات المتجددة للمواطنين ، ويعتبر هذا العقد من بين الأساليب الحديثة التي تبنتها معظم الدول ، وأعطت له أهمية كبيرة ، خاصة بعد ما عرفت العلاقة بين الدولة والمواطن بعض الفتور .

ونظرا لارتباط عقد الامتياز بالمرافق العمومية ، أدى إلى صدور قوانين مختلفة وفقا لطبيعة كل مرفق على حدة . الأمر الذي تسبب في تناقض أحكامه .

أولا: التعريف الفقهي:

ويقصد به العقد الذي تمنح بموجبه الإدارة العمومية تسمى مانحة الامتياز ، لشخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز حق تسيير مرفق عمومي لمدة محددة ، ويستغل صاحب الامتياز هذا المرفق تحت رقابة الإدارة ، وبالمقابل يستلم مبلغا يتمثل في الثمن الذي يدفعه المنتفعين من خدمات هذا المرفق ، ويحدد العقد هذا الثمن أو الإتاوة² . كما يعرفه بعض الفقهاء على أنه " ذلك العقد الذي تعهد فيه سلطة عامة إلى طرف آخر ، التسيير الكلي أو الجزئي لمرفق عام ، حيث يتحمل هذا الأخير مخاطر الاستثمار"³ .

من خلال هذين التعريفين يظهر بينهما تباين كبير ، حيث يظهر القصور في التعريف الثاني من جوانب عدة ، فلقد اقتصر على إمكانية التسيير الكلي أو الجزئي للمرفق العام ، من قبل طرف آخر . فلم يبين من هو هذا الطرف؟ وهل يقتصر الأمر على أشخاص عمومية أم يشمل كذلك أشخاص القانون

¹ - محمد الشافعي بوراس ، العقود الإدارية ، ص 59

² - ناصر لباد ، الوجيز في القانون الإداري-مرجع سابق - ص 282

³ -تعريف كريستوف قواسي عن أكلي نعيمة ، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري في الجزائر ، ماجستير جامعة مولود معمري تيزي وزو ،



الخاص؟ كما أنه لم يشير إلى مدة العقد، وكذلك المقابل الذي يتفق عليه الطرفان وهو ما جاء به التعريف الأول.

ثانياً: التعريف القضائي: عرفه مجلس الدولة المصري في فتواه رقم 369 بتاريخ 16/12/1949 بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه شخص بأن يقوم على حسابه و مسؤوليته بإدارة مرفق عام ، متحملاً مخاطره و ما تتطلبه إدارة هذا المرفق من أشغال عمومية إذا لزم الأمر، و يمنح في سبيل ذلك مؤقتاً بعض السلطة العامة ، وذلك مقابل جعل يؤديه إلى جهة الإدارة مما يحصله من أجور من الجمهور نظير استعمالهم للمرفق¹.

كما عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية عقد الامتياز في حكمها الصادر سنة 1956 كم يلي "إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً، يتعهد أحد الأطراف أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته، وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً للشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن، واستيلائه على الأرباح . فالالتزام عقد إداري ذو طبيعة خاصة، وموضوعه إدارة مرفق عام، ولا يكون إلا لمدة محدودة، ويتحمل الملتزم بنفقات المشروع وأخطاره المالية، ويتقاضى عوضاً في شكل رسوم يحصلها من المنتفعين..."².

لقد جاء التعريف القضائي مفصلاً لعقد الامتياز ، فبين من خلال كلمة يتعهد على أنه عقد بين طرفين، ثم كلمة شخص و هنا يقصد بها شخص طبيعي أو اعتباري بإدارة مرفق عمومي أي تقديم خدمة للجمهور بواسطة أمواله و عماله على أن تمنح له بعض امتيازات السلطة العامة و ذلك على أساس أنه نائب الإدارة مانحة الامتياز مقابل إتاحة يتحصل عليها من الجمهور مقابل ما يتحصلون عليه من خدمات، مع تخصيص جزء منها للإدارة ، و عليه صاحب الامتياز له علاقة مزدوجة من جهة علاقته مع الإدارة و من جهة أخرى علاقته مع الجمهور .

وما نلاحظه هو موافقة القضاء للفقه في تعريف عقد الامتياز، حيث يتفقان على أن عقد الامتياز هو عقد إداري نظراً لاتصاله بالمرافق العمومية التي تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، كما تكون أحد أطرافه سلطة عامة. غير أن ما يميز هذا العقد هو التسيير المؤقت للمرافق العامة. بمعنى أن العنصر الجوهرى في هذا العقد هو المدة المتفق عليها للتسيير، مع تحمل الملتزم أعباء التسيير و مخاطره ، على أنه يستفيد من الإتاحة التي يدفعها المنتفعين من المرفق العمومي .

¹ - إبراهيم الشهاوي عقد امتياز المرفق العام دراسة مقارنة - ط1 لسنة 2003 مؤسسة الطوبجي القاهرة ص 17

² - محمد سليمان الطقاوي، المرجع السابق، الأسس العامة للعقوبات الإدارية، ص 106



أما مجلس الدولة الجزائري فقد عرفه من خلال قراره الصادر سنة 2004 فجاء فيه "...حيث أن عقد الامتياز التابع لأمالك الدولة هو عقد إداري، تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستعمل بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية، بشكل استثنائي بهدف محدد متواصل، مقابل دفع إتاوة لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه"¹.

من خلال هذا التعريف يتبين لنا أن مجلس الدولة الجزائري، اعتبر أن موضوع عقد الامتياز هو الاستغلال المؤقت لعقار تابع للأمالك الوطنية، هذا مما يجعلنا نقول أن الأمالك التابعة للخواص إذا كانت تقدم خدمة عمومية لا يرد عليها عقد الامتياز.

و واضح أن صاحب الامتياز تمنح له وبشكل استثنائي، امتيازات السلطة العامة بالقدر الذي يمكن له تسيير المرفق العام. غير أنه أوضح في الأخير شرط استثنائي، لم يوجد في التعاريف السابقة وهو "قابل للرجوع فيه". فهذه العبارة تحمل لهجة التهديد، واستظهار امتيازات السلطة العامة، و التأكيد على الشرط الاستثنائي الذي لا يوجد في عقود القانون الخاص، وبالطبع فإن الإدارة مانحة الامتياز، لها الحق في الرجوع في كل العقود الإدارية، ولا يمكن لها أن تفعل ذلك إلا إذا رأت فيه مصلحة عامة.

ثالثا: التعريف التشريعي:

تطرق المشرع الجزائري لعقد الامتياز بحسب طبيعة العقد وتأخذ على سبيل المثال تعريف عقد امتياز من خلال قانون المياه في المادة 210 من القانون 17/83. "يقصد الامتياز بمفهوم هذا القانون عقد من عقود القانون العام، تكلف بموجبه الإدارة شخصا اعتباريا قصد ضمان أداء الخدمات للصالح العام. وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يمنح الامتياز إلا لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية وكذا الجماعات المحلية. عقد إداري يبرم بين الإدارة وشخص طبيعي أو اعتباري خاضعا كان للقانون العام أو الخاص، قصد استعمال الملكية العامة للمياه"².

يتبين لنا من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري قد حضر على أشخاص القانون الخاص أن تمنح لهم في هذا المجال عقد الامتياز، بينما يمكن لهم ذلك في استعمال الملكية العامة للمياه في الفقرة الثانية من نفس المادة، ويمكن إرجاع ذلك إلى النظام الاشتراكي الذي كان سائدا آنذاك، بإعتبار أن الدولة هي التي يقع على عاتقها تقديم الخدمات للصالح العام.

ولكن بعد تبني الجزائر الاقتصاد الحر عدلت هذه المادة بموجب الأمر 13/96 في المادة 4، مما أحدثت تغييرا في مفهوم عقد الامتياز فنصت على ما يلي " عقد من عقود القانون العام تكلف الإدارة بموجبه شخصا اعتباريا عاما أو خاصا، قصد ضمان أداء خدمة ذات منفعة عمومية، وفي هذا الصدد

¹- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الامتياز الإداري في الجزائر، ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 24

²- المادة 21 من القانون 17/83 المؤرخ في 16/07/1983 ج ر 30 في 19/07/83 يتضمن قانون المياه



يمكن أن تمنح لصالح الهيئات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية والأشخاص الاعتباريين الخاضعين للقانون الخاص...¹. غير أنه نص في المادة 22 من نفس القانون على إمكانية سحب عقد الامتياز من قبل المصلحة مانحة الامتياز متى رأت الملتزم لم يحم بالتزاماته ، باعتبار أن عقد الامتياز عقد مؤقت وليس مؤبد، بالإضافة إلى حرص الدولة على استمرارية تقديم الخدمات للجمهور وتوفير الحاجات، إذا عجز الملتزم بذلك مما يدفعها لسحب الامتياز منه .

إن الأعمال القانونية التي تقوم بها الإدارة هو إحداث آثار قانونية سواء في القرار الإداري أو العقد الإداري، فهاتين الوسيلتين تجسدان أهم خصائص القانون الإداري في العلاقات الإدارية، متى كانت الإدارة تتمتع فيهما بامتيازات السلطة العامة. الأمر الذي يجعل طرفي العلاقة غير متساوية ذلك لأن ارتباط العمل الإداري دائماً و أبداً بالمصلحة العامة التي تسعى الإدارة إلى بلوغها ، فيتم تغليبها عن مصلحة الأفراد .

لذلك كان تركيزنا على القرار و العقد الإداريين، باعتبار هذه الأعمال القانونية الأكثر استعمالاً من قبل الإدارة هذا من جهة، و أيضاً تظهر الإدارة بامتيازات السلطة العامة في كامل صورها .

و على هذا الأساس تطرقنا لمفهوم هذه الأعمال ليس للتعريف بها فحسب ، وإنما نريد أن نبين مدى القوة الإلزامية التي يوصف بها القرار الإداري، باعتبار تتجسد فيه امتيازات السلطة العامة في أقوى صورة، فتظهر فيه الإدارة كشخص معنوي ينفرد بإصدار القرار له قوة التنفيذ و لو جبراً ، دون أن يتوقف ذلك على رضى المخاطبين به . ومما يزيد في اهتمامنا بهذه الوسيلة هو أن الطعن أمام القضاء لا يوقف تنفيذ القرار الإداري .

كما أن هذه الأولوية التي منحها المشرع للإدارة و التفوق نلمسها في العقد الإداري، بالرغم من انه يختلف عن القرار الإداري بالتقاء الإرادتين، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تستعملها بإرادتها المنفردة و دون أن يتوقف ذلك على رضى المتعاقد معها القصد منها تحقيق المصلحة العامة .

وحتى تكتمل الوسائل القانونية لتحقيق الوظيفة الإدارية في أحسن الظروف، فللإدارة الحرية في اختيار الوسيلة التي تراها مناسبة و الناجعة لتنفيذ خططها، و في اختار الوقت المناسب، على أن يتناسب ذلك و الظروف المحيطة بالواقع العملي. باعتبار أن الإدارة أدرى بأمورها و هنا تظهر حنكة وكفاءة المسيرين في إقامة التوازن بين المصلحة العامة و المصلحة الخاصة . مما يجعل المراكز القانونية للأفراد في مأمن من المساس و بالتالي تحقيق مبدأ الأمن القانوني .

¹ - المادة 4 من الأمر 13/96 المؤرخ في 96/06/15 ج ر 37 في 1996/06/16 يعدل ويتمم القانون 17/83 المتضمن قانون المياه.



القانون ضروري لكل تجمع بشري، يهدف إلى تنظيم العلاقات بين أفراد المجتمع من جهة وبين الأفراد و الدولة من جهة أخرى، و لقد عاشت البشرية سنين طويلة في حالة اللأمن. إلا أن التطور الذي عرفته البشرية كان ثمرة كفاح طويل ضد الاستبداد و الظلم، و لا يزال مستمر طالما أن الصراع بين الحرية و السلطة لم يتوقف. و كل مرحلة تمر إلا طلب الحرية زاد توسعا و طلب السلطة زاد تضيقا. باعتبار كل مرحلة لا تشبه الأخرى.

تلك هي سنة التطور والتغيير والتبديل، باعتبار أن الإنسان يتصف بالنقص و القصور ونسبية الإدارية. مما يجعل القوانين الوضعية تتعرض للتعديل من حين لآخر، و كلما تقدم الإنسان خطوة إلا واكتشف نقصه، فعندما ركن إلى القانون كوسيلة لتحقيق الغاية التي يبتغيها و هي الحفاظ على مصالحه من خلال توفير الأمن، اكتشف أن هذا القانون أصبح مصدر خطر على المراكز القانونية للأفراد وتصديق عليه مقولة "ما منحه القانون بيمينه سلبه بيسراه" الأمر الذي دفع برجال القانون إلى تشخيص طبيعة و نوعية هذا الخطر، فكانت التعارض والتكاثر التشريعي وعدم الاستقرار وتطبيقه على الماضي بدون ضوابط و مباغطة الأفراد به، تشكل في مجموعها منابع خطر القانون. مما يجعل الأفراد لا يطمئنوا له. و نفس الأمر الذي يتعلق بالقانون يتعلق بالوسائل القانونية التي تستعملها الإدارة لتحقيق وظائفها و في إقامة العلاقات مع المواطنين، فهذه المثالب قد تصيب القرار و العقد الإداريين فيكون وقعها على المراكز القانونية أشد و أقوى، باعتبار أن الأفراد في احتكاك مستمر مع الإدارة المزودة بامتيازات السلطة العامة، مما يعطيها الأفضلية و العلوية. الأمر الذي يجعل المراكز القانونية للأفراد غير آمنة مما يستوجب وضع ضمانات تحول دون المساس بهذه المراكز و هذا ما سوف نتطرق إليه في الباب الثاني.

A decorative rectangular border with intricate, symmetrical floral and scrollwork patterns in black ink, framing the central text.

الباب الثاني



الباب الثاني

الضمانات القانونية والقضائية لتحقيق مبدأ الأمن القانوني في الأعمال الإدارية القانونية

إن تطور أي دولة و تقدمها يقاس بمدى خضوعها لمبدأ سيادة القانون ، و العمل بمقتضى هذا المبدأ في كل ما تقوم به الدولة من نشاطات يجعل أعمالها مشروعة ، هذا من شأنه أن يحافظ على حقوق الأفراد و حرياتهم وهو ما يوطد العلاقة بين الحكام و المحكومين ، ويضيق من الهوة الفاصلة بينهما .

لكن الأمور لا تسير دائما بهذا المفهوم فلا نغتر به ، لأن الذي يتصرف ليست الدولة أو هيئاتها و إنما هو شخص طبيعي يتصرف باسمها و يعمل لصالحها ، له من الأفكار و الميول و العواطف ما يجعله عرضة للتأثر بمواقف أو ظروف معينة أو يتعسف بامتيازات السلطة العامة، مما يعرض حقوق الأفراد للانتهاك والمصادرة، لذا يجب أن تتوفر للأفراد الضمانات الكفيلة لحمايتهم و الوسائل القانونية التي تمكنهم من الوقوف في وجه الأعمال غير المشروعة.

إذا كان البرلمان هو صوت الشعب يعبر عن الإرادة العامة من خلال إصدار القوانين، فإن السلطة التنفيذية تعبر عن إرادتها بالوسائل القانونية التي منحها إياها المشرع، وهي القرارات و العقود الإدارية مزودة بسلطات تجعل لها الأولوية و الأسبقية في كل تصرفاتها من أجل تحقيق المصلحة العامة.

فالقرارات الإدارية هي الوسيلة التي تختارها لمخاطبة المواطنين بإرادتها المنفردة ، فلا تكون صحيحة إلا وفق مبدأ المشروعية، و العقود الإدارية هي الوسيلة التي تختارها عندما تريد إشراك الغير معها في نشاطاتها بحيث لا يتم ذلك إلا باتفاق الطرفين، و مما لاشك فيه أن لهاتين الوسيلتين أهمية بالغة في تأدية الإدارة لمهامها، فالقرارات الإدارية تتميز ببساطة الإجراءات، و سرعة التنفيذ و قوة الإلزام و عدم توقيف تنفيذها حتى ولو طعن ضدها أمام القضاء المختص إلا في حدود ضيقة و مضبوطة .

أما بالنسبة للعقود الإدارية فلا أهمية بالغة للقيام بالوظيفة الإدارية في الإدارة الحديثة، خاصة بعد تحول غالبية الدول و الجزائر واحدة منهم إلى العمل بنظام الاقتصاد الحر و التخلي عن الاقتصاد الموجه ، لذلك أصبح العقد الإداري الأسلوب المفضل في تعاملات الإدارة الحديثة ، ونظرا للخصوصية التي تتميز بها هذه العقود وهي عدم تساوي الطرفين من خلال تزويد المصلحة المتعاقدة بامتيازات السلطة العامة بحيث تجعل لها الأولوية و السمو عن الطرف الأخر ، فتقوم بتصرفات دون أن يتوقف ذلك عن رضا المتعاقد معها، لأجل ذلك فقد حرص المشرع و القضاء الإداريين أن يضعوا الضمانات القانونية و القضائية في مقابل تلك السلطات حفاظا على المراكز القانونية للمتعاقدين في كل مراحل العقد الإداري.



في هذا الصدد تعتبر الرقابة القضائية من بين الوسائل الفعالة لضمان تنفيذ مبدأ سيادة القانون، و الملجأ الأساسي للأفراد إذا ما تضرروا من أعمال الإدارة و الحصن المنيع للحقوق و الحريات من الانتهاك. و عليه لقد رأينا في الباب الأول إن مبدأ الأمن القانوني مطلب ضروري لاستكمال دولة القانون فإن تحقيقه في الأعمال الإدارية القانونية متوقف عن مدى توفير الضمانات الأساسية، لذلك كان من الضروري التعرض لهذه الضمانات في القرار الإداري (الفصل الأول) و في العقود الإدارية (الفصل الثاني)



الفصل الأول : آليات تحقيق مبدأ الأمن القانوني في القرار الإداري

تهدف الدولة من خلال السلطة التنفيذية إلى تحقيق الوظائف السياسية و الإدارية خدمة للنفع العام، و تمثل الإدارة العامة الوجه الحقيقي للدولة على مستوى تطبيق سياستها على أرض الواقع. وبذلك يظهر نجاح الدولة أو فشلها في إدارتها العامة و ما تحققه من المصلحة العامة للمجتمع، سواء بما تقدمه من توفير الاحتياجات العامة أو ما يسمى بالنشاط الإيجابي، أو ما توفره من الأمن العام أو ما يسمى بالنشاط السلبي . غير أن هذه الأنشطة يتوقف تحقيقها بمدى امتلاك الإدارة للوسائل القانونية التي منحها إياها المشرع، ويعتبر القرار الإداري أحد الوسائل القانونية التي تعتمد عليها الإدارة للقيام بوظيفتها، فهو الوسيلة التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها، و يعد أحد مظاهر امتياز السلطات العامة التي تتمتع بها الإدارة من أجل تحقيق النفع العام، نظرا لما يتميز به من قوة الإلزام و سرعة التنفيذ.

إذا كان القرار الإداري يتميز بقرينة المشروعية و قوة الإلزام و التنفيذ، حيث لا يمكن توقيف سريانه حتى ولو طعن فيه أمام القضاء، فإنه في مقابل ذلك قد أحيط بمجموعة من الضمانات القانونية و القضائية حتى لا يسيء استعماله، و في اعتقادنا فإن مبدأ المشروعية (المبحث الأول) و الرقابة القضائية عليه (المبحث الثاني) يعتبران من أهم الضمانات التي وضعها المشرع و جسدها القضاء الإداري لتحقيق الأمن القانوني في القرار الإداري.

المبحث الأول: مبدأ المشروعية كضمانة لتحقيق الأمن القانوني في القرار الإداري

إن مبدأ المشروعية هو نتاج صراع مثير بين السلطة و الحرية منذ الأزل يعبر عن الدولة القانونية الحديثة و يعد معيارا لدرجة تطورها و تقدمها، مما يجعل حقوق الأفراد في مأمن من الانتهاكات، خلافا لما كان سائدا في الدولة الاستبدادية التي تعبر عن إرادة الحاكم الذي لا يقيد قيد ولا يحده حد، فالقانون في ظلها عبارة عن أوامر فوقية لا مجال لمناقشتها، و لاشك ذلك يؤدي إلى عدم الاعتراف بالحقوق و الحريات.

لذا فالدولة القانونية الحديثة يقع عليها التزاما بالمحافظة على حقوق الأفراد و حرياتهم من خلال تقييد نشاطاتها في كل الظروف العادية و غير العادية بأحكام القانون (المشروعية التقليدية) و أن تكون أعمالها صحيحة تحمل في ذاتها عناصر الأمن القانوني (المشروعية الحديثة).

إن مبدأ المشروعية في الدولة الحديثة صار معيارا تقاس به درجة تطورها في كل المجالات و ضمانات الضمانات الأساسية في القانون العام بحكم تمتعه بخصيبي العمومية و التجريد من جهة، و ما يقدمه من أمن في الأعمال الإدارية بصفة عامة و القرار الإداري على وجه الخصوص، ليس مبدأ المشروعية أن تقوم



الإدارة بنشاطاتها ضمن دائرته التي حددتها القواعد القانونية و النصوص الدستورية فحسب، و إنما أبعد من ذلك ليكون مبدأ المشروعية في ذاتية القرار الإداري نفسه، وعليه يكون القرار الإداري مشروعاً عندما يكون صحيحاً في ذاته مكتملاً في عناصره يحمل صفات الأمن القانوني (عدم التعارض - الوضوح - عدم سريانه على الماضي - عدم المباغته).

لذا يمكن القول أن قبول أي نظام قانوني من قبل المجتمع يقاس بمدى تحقيقه لمبدأ الأمن القانوني حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم. وعليه سوف نتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم مبدأ المشروعية و عناصر تحقيق الأمن القانوني في ظلّه (المطلب الأول) استثناءات مبدأ المشروعية وتدهور مبدأ الأمن القانوني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية وعناصره التي تحقق الأمن القانوني

إن تحقيق مبدأ المشروعية من قبل الدولة في كل تصرفاتها يعتبر أحد الركائز الأساسية لدولة القانون ، وضمانة من ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم ، وبذلك صار مبدأ أساسياً لممارسة الوظيفة الإدارية يتحقق به التوازن بين السلطة و الأفراد ، وعليه سنتطرق إلى محتوى مبدأ المشروعية (الفرع الأول) عناصر تحقيق مبدأ الأمن القانوني في ظل مبدأ المشروعية (الفرع ثاني) و مصادر مبدأ المشروعية (الفرع الثالث).

الفرع الأول: محتوى مبدأ المشروعية: سوف نتعرض في هذا المحتوى إلى تعريف مبدأ المشروعية (أولاً) ثم إلى أهمية المبدأ (ثانياً) الشرعية والمشروعية في الدستور الجزائري (ثالثاً)

أولاً تعريف مبدأ المشروعية: يقصد بمبدأ المشروعية بمعناه الواسع هو خضوع الحكام والمحكومين لسيادة حكم القانون في ظل الدولة القانونية¹ ، بمعنى أن أحكام القانون وقواعده تعلقو على كل إرادة، سواء كانت إرادة الحكام أو المحكومين² ، ونعني بالقانون بالمفهوم الواسع مهما كان مصدره سواء القواعد الوضعية المكتوبة³ ، أو غير المكتوبة⁴ ، فأعمال الهيئات الإدارية القانونية و المادية لا تكون صحيحة ولا منتجة لآثارها القانونية إلا بمقدار مطابقتها أو عدم تعارضها لقواعد القانون التي تحكمها ، فمتى صدرت مخالفة لهذه

¹ نواف كنعان ، القضاء الإداري، ط 2009 دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص 3

² محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وسيادة القانون الاختصاص القضائي لمجلس الدولة دار الجامعة

الجديدة، ط، 2011. ص 13

³ التشريع الأساسي و التشريع الفرعي

⁴ العرف و الأحكام القضائية



القواعد فإنها تكون غير مشروعة ، وبالتالي يحق للأفراد طلب إلغائها و التعويض عن الأضرار التي تخلفها إن وجدت أمام المحكمة المختصة¹ .

بهذا المعنى فإن القانون الذي نعنيه هو المفهوم الواسع للقانون، مهما تكن السلطة التي أصدرته ولذلك فهو يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم و ينظم علاقتهم مع الدولة وعلاقة الهيئات العامة مع بعضها البعض، وعلى هذا الأساس ظهرت الازدواجية القانونية²، فمبدأ المشروعية يفرض على السلطات العامة في الدولة أن تكون كل تصرفاتها موافقة لحكم القانون الذي تضعه الدولة من قبل.

أما القصد بمبدأ المشروعية بمعناه الضيق أي في مجال النشاط الإداري أن تكون التصرفات التي تقوم بها الإدارة في حدود القانون³ .

أصبح هذا المبدأ ضرورة أكيدة بعد زيادة وظائف الإدارة العامة ، وتنوع أعمالها والاحتكاك اليومي بها من قبل الأفراد واستعمالها لامتيازات السلطة العامة في كثير من علاقاتها مع الأفراد، الأمر الذي قد ينتج عنه مخرجات غير محببة لدى الأفراد، لذلك فإذا كان مبدأ المشروعية يرسم حدود لدائرة النشاطات الإدارية حيث لا تخرج عنها. فإن مبدأ الأمن القانوني في القرارات الإدارية هو جوهر المشروعية الإدارية.

لذا يجب أن لا يفهم من منح الإدارة العامة امتيازات خاصة بها لمجرد التكريم و التعالي على الأفراد وعدم احترام القانون ، بل على النقيض من ذلك إذ أن الامتيازات المقررة لها تهدف إلى تمكنها من أداء وظائفها على أحسن وجه، و في نفس الوقت لا تؤدي إلى تهديد حقوق الأفراد و حرياتهم . من هنا تتجلى ضرورة إيجاد الحل السليم والتوازن العادل بين أداء الإدارة لوظائفها و حماية الحقوق و الحريات الفردية⁴ .

لذا نجد أحكام الشريعة الإسلامية جاءت منذ قرون لتؤكد هذين المبدأين ، وتستنكر كل صور الاستبداد والظلم في الحكم ، ولم تكن للحاكم مزية على الناس في تطبيق شرع الله عز وجل وامثال أوامره، فقال عليه الصلاة والسلام " لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها" وقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه "أطيعوني ما أطعت الله فيكم فإن عصيته فلا طاعة لي عليكم"، وقال أيضا رضي الله عنه "إن أحسنت

¹ محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي ط 2008، ص 10.

² قانون خاص يحكم علاقات الأفراد فيما بينهم وفيها يتساوى طرفي العلاقة القانونية ، و القانون العام الذي يحكم العلاقات التي يكون احد طرفيها شخص عام مزود بامتيازات السلطة العامة ، و لذلك لا يتساوى فيها الطرفان

³ -نواف كنعان ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 4.

⁴ عبد الحق بلفقيه-باحث بجامعة عبد المالك السعدي بطانجة ، من معاني الشرعية و المشروعية و الشرعنة مقال منشور على الموقع



فأعينوني وان أسأت فقوموني"، لذلك فإن البعض يعرف المشروعية على أنها تضامن في تنفيذ ما أمر الله به ومنع ما نهى الله عنه¹.

أما جانب من الفقه يرى أن مبدأ المشروعية له مظهران، أحدهما مادي و الآخر شكلي، فالمظهر المادي يتمثل في تطبيق القواعد القانونية، فيكون كل تصرف تصدره الدولة يجب أن يوافق القانون، ويرجع ذلك للأساسين، الأول هو القوة الإلزامية للقواعد القانونية، والثاني هو خاصية العمومية والتجريد التي تؤدي إلى تحقيق العدالة والمساواة وتوفير الطمأنينة للمجتمع، والمظهر الشكلي متمثل في تدرج القواعد القانونية، إذ يجب عند إصدار قانون أن تراعى القواعد القانونية الأعلى منها².

يرجع ذلك إلى اعتبار أن النظام القانوني هو عبارة عن تدرج هرمي نجد على رأسه الدستور، فكل قاعدة قانونية تستمد وجودها وقوتها الإلزامية من القاعدة التي تعلوها، لذا يجب أن تكون موافقة لها وفي نفس الوقت تكون هي مصدر القاعدة التي تدونها، وبالتالي لا تخرج عن مقتضاها.

ثانيا: أهمية مبدأ المشروعية

إن خضوع الدولة لمبدأ المشروعية في جميع نشاطاتها الإيجابية و السلبية، و في كل الظروف العادية و الاستثنائية يعد أحد الركائز الأساسية التي تقوم عليها دولة القانون، وأحد أهم الحصون المنيعه التي تحول دون انتهاك حقوق و حريات الأفراد، و هو المبدأ الذي يعتبر أحد المعايير التي يقاس به مستوى كل دولة في جميع المجالات. لذا يستوجب على الدولة الحديثة أن تلزم الهيئات الإدارية التي تعد امتدادا لها باحترام مبدأ المشروعية.

ثالثا: الشرعية و المشروعية في الدستور الجزائري

لطالما كان استخدام المصطلحات موضوع اختلاف بين فقهاء القانون مما وقف عائقا في توحيد المفاهيم، وهو ما نجده في مصطلح الشرعية و المشروعية عند فقهاء القانون العام فمنهم من يستخدم مصطلح المشروعية كتعبير عن موافقة أعمال الإدارة للقانون، و منهم من يستخدم مصطلح الشرعية. غير أن المشرع الدستوري الجزائري كانت له تجربة في هذا المجال من خلال النصوص الدستورية، و عليه سوف نستعرض المصطلحين في الدستور الجزائري.

¹ محمد محمد عبده إمام، القضاء الداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعية ط 2008، ص 13.

² سلام عبد الحميد محمد زكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية-رسالة ماجستير الأكاديمية العربية المفتوحة في الدنمارك

ألمانيا 2008 ص 15.



أ) **المشروعية في الدستور الجزائري:** إذ ورد في الديباجة في الفقرة رقم 12 "إن الدستور فوق الجميع و هو القانون الأساسي الذي يضمن الحقوق و الحريات الفردية و الجماعية... و يضيفي المشروعية على ممارسة السلطات..."¹، و نصت المادة 12 "تستمد الدولة مشروعيتها و سبب وجودها من إرادة الشعب"². فقد ورد في النصين مصطلح المشروعية الذي يعبر عن حق ممارسة السلطة، و هذا الحق مصدره إرادة الشعب، صاحب السيادة في تسليم السلطة لمن أراه طبعاً يكون ذلك عن طريق انتخابات حرة و نزيهة في النظم الديمقراطية. فالمؤسس الدستوري الجزائري استعمل مصطلح المشروعية كتعبير عن الطريق الموصل إلى السلطة.

ب) **الشرعية في الدستور الجزائري:** إذ ورد في الديباجة الفقرة 13 " يكفل الدستور الفصل بين السلطات و استقلال العدالة و الحماية القانونية و رقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية..."³ و نص المادة 158 "أساس القضاء مبادئ الشرعية و المساواة، الكل سواسية أمام القضاء، وهو في متناول الجميع و يجسده احترام القانون"⁴.

مصطلح الشرعية استعمله المؤسس الدستوري الجزائري هنا كتعبير عن موافقة أعمال السلطة العمومية للقانون، التي يجسد مبادئها القضاء الإداري من خلال تسليط الرقابة على هذه الأعمال بطلب من لجأ إليه. بينما يرى جانب من الفقه⁵، أن الشرعية انتقلت من ميدان المشروعية إلى ميدان الأيدولوجيا، فالشرعية نفهمها من ارتباطها بالواقع السياسي و ليس ارتباطها بالقانون، و الشرعية حسب هذا المفهوم تكون لها قيمة سياسية، و بذلك فهي أكثر بكثير من مجرد الخضوع إلى القانون و التوافق مع أحكامه⁶. إذن فالشرعية يقصد بها السلطة التي تستند في وجودها إلى النصوص الدستورية أو في النظام القانوني، فالعبرة من استنادها في وجودها إلى سند قانوني لممارسة السلطة⁷.

¹ - الفقرة رقم 12 من ديباجة القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري مرجع سابق

² - المادة 12 من القانون 01/16 مرجع سابق

³ - الفقرة رقم 13 من ديباجة القانون 01/16 مرجع سابق

⁴ - المادة 158 من القانون 01/16 مرجع سابق

⁵ - ماري جوزيان بولاند أيوب أستاذة الفلسفة الفخرية في جامعة كيبك في مونتريال و هي تحمل كرسي اليونسكو في دراسة أسس العدالة الفلسفية و الجمعية الديمقراطية معترف لها بعملها في مجالات تاريخ الأفكار في القرن 18 و نظرية فلسفية أكثر عمومية و كانت رئيسة الجمعية الفلسفية الكندية.

⁶ - د. احمد ناصوري - النظام السياسي و جدلية الشرعية و المشروعية - مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية المجلد 24 العدد 2.

2008/ ص 353

⁷ - ماجد احمد الزاملي - التمييز بين الشرعية و المشروعية مقال منشور على الموقع <http://www.ahewar.org>



بمفهوم المخالفة فإن السلطة التي ليس لها مسوغ قانوني أو دستوري فهي سلطة غير شرعية، و الدولة الحديثة التي تبني النظم الديمقراطية الحكام فيها يستندون في حقهم لممارسة السلطة على انتخابات حرة ونزيهة باختيار من صاحب السيادة و هو الشعب.

يشير توبيرتوبويو" إلى أن السلطة الشرعية هي السلطة ذات السند الصحيح ، و السلطة المشروعة هي ممارستها صحيحة ، فالشرعية هي الزاوية التي يقف فيها عادة صاحب السلطة (الحاكم) ، أما المشروعية هي الزاوية التي يقف فيها عادة الرعية¹.

مما تقدم يتضح أن أغلب الفقه يستخدم مصطلح المشروعية كتعبير عن موافقة الأعمال الإدارية للقانون، يهدف إلى منع انتهاك حقوق الأفراد و حرياتهم، أما مصطلح الشرعية فهو الذي يعبر عن الطريق الصحيح الموصل للسلطة. فإذا كانت الشرعية تعمل لصالح الحاكم ، فإن المشروعية تعمل لصالح الأفراد، وعليه يظهر لنا أن المؤسس الدستوري الجزائري غرد خارج السرب مما يستوجب العمل على توحيد المصطلحات المستعملة لتسهيل فهم القانون، واقترحنا إلى المشرع الدستوري أن يعيد النظر في هذه المصطلحات .

الفرع الثاني: عناصر تحقيق مبدأ الأمن القانوني في ظل المشروعية

مما سبق يتضح أن الأمن القانوني أصبح من المبادئ العامة للدولة القانونية التي لا تعني وجود قانون يلتزم به الحكام و المحكومين فحسب ، و إنما أوسع من ذلك كإعمال مبدأ الفصل بين السلطات و تدرج القواعد القانونية و تحديد اختصاصات الهيئات الإدارية و خضوع الدولة للرقابة القضائية و هي المبادئ التي نتعرض لها بالدراسة في هذا الفرع.

أولاً: الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات: لقد كانت الأنظمة الشمولية التي ذاق منها الشعب الظلم والجور ردحا من الزمن، و شخصنة السلطة من خلال الانفراد بالحكم المبرر الرئيسي في مطالبة الحكام بمشاركة هيئات أخرى في الحكم من خلال توزيع السلطة بينهم، خاصة بعد قيام الثورتين الأمريكية والفرنسية اللتان فتحتا أبواب التحرر من الاستبداد و كانتا سببا في تقييد الحاكم ، ولما تحققت أهداف الثورتين تحولت المطالب من مجرد المشاركة إلى المطالبة بالفصل بين السلطات.

هذه الأفكار صدرت من قبل مفكرين كانوا قد آمنوا بفكرة مونتسكيو التي مفادها أن السلطة لا توقفها إلا السلطة ، ولم يركز هذا الفقيه على الفصل الجامد أو المرن ولكن كان همه هو أن لا تجتمع كل السلطات في يد الحاكم لأن ذلك يؤدي إلى الاستبداد، غير أن في بداية الأمر أخذ بمبدأ الفصل الجامد واعتبر ذلك ضمانا

¹ - د. احمد ناصوري -النظام السياسي و جدلية الشرعية و المشروعية -مرجع سابق- ص 354



أساسية لإقامة التوازن بين السلطات، غير أن الدساتير اللاحقة أخذت بالفصل المرن ليتحقق تقييد السلطات في ظل الرقابة المتبادلة بنوع من التعاون¹.

يقصد به توزيع السلطات الأساسية على الهيئات العامة في الدولة، وقد قرر مونتسكيو أن السلطة لا توقفها إلا السلطة، باعتبار أن تعدد السلطات في الدولة يعني وجود رقابة متبادلة بين السلطات²، و يعد مبدأ الفصل بين السلطات أهم مظهر يكرس فيه مبدأ الأمن القانوني باعتباره يقوم على مبدئين أساسيين هما، مبدأ التخصص و المقصود به الفصل الوظيفي، و مبدأ الاستقلال و هو الفصل العضوي بين السلطات³، والمقصود ليس وضع سياج مادي يفصلها فصلاً تاماً، أو ما يطلق عليه اسم الفصل الجامد. بل المعنى هنا أن يكون فصل مرن أي أن يكون بين السلطات الثلاث تعاون ويحق لكل منها أن تراقب الأخرى في نطاق اختصاصها⁴.

فهذه الرقابة تجعل كل سلطة تقف عند حدود اختصاصاتها، من جهة أن لا تعتدي على اختصاصات سلطة أخرى، ومن جهة أخرى فان السلطة تستطيع أن توقف سلطة أخرى إذا تعسفت في استعمال اختصاصها، وهذا من شأنه أن يزرع الثقة بين أفراد المجتمع ويعتبر كضمان لتحقيق مبدأ المشروعية، فالقواعد الدستورية تعمل على تحقيق التوازن بين السلطة والحرية مما يوفر ضماناً بعدم المساس بحقوق الأفراد، كما يلزم السلطات العامة أن تكون تصرفاتها موافقة لما جاءت به القواعد الدستورية و إلا كانت أعمالها غير مشروعة.

أ- مبدأ الفصل بين السلطات في الدساتير الجزائرية المتعاقبة

1- المبدأ في الجمهورية الأولى: لم يعترف المؤسس الدستوري الجزائري بمبدأ الفصل بين السلطات في الجمهورية الأولى، وجاء ذلك صراحة في ديباجة دستور 1963 كما يلي " على الشعب أن يسهر على استقرار الأنظمة السياسية للبلاد، هذا الاستقرار الذي هو ضرورة حيوية لمهام التشييد الاشتراكي... أما النظام الرئاسي و النظام البرلماني التقليديان فلا يمكن لهما أن يضمنا هذا الاستقرار المنشود، بينما النظام القائم على قاعدة هيمنة الشعب صاحب السيادة و على الحزب الطائفي الواحد، فإنه يمكنه أن يضمن ذلك الاستقرار بصورة فعالة " من خلال هذا النص تبين أن الجزائر انتهجت أسلوب الشرعية الثورية تحت مظلة

¹ - حاحة عبدالعالي - تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور 1996 مجلة الاجتهاد القضائي العدد 4 جامعة محمد خيضر بسكرة ص 257

² - سلام عبد الحميد محمد زكنة، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 20.

- د. محمد بوكماش و خلود كلاش مبدأ الأمن القانوني و مدى تكريسه في القضاء الإداري مجلة البحوث و الدراسات العدد 24 لسنة 2017 جامعة خنشلة ص 142³

⁴ - مازن ليلو راضي، القضاء الإداري، دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق (ب.ط.) (ب.د. ن) ص 19



جبهة التحرير الوطني، واعتبر المؤسس الدستوري أن بقية الأنظمة تقليدية لا تحقق الاستقرار ، حتى و لو جاء في الدستور ذكر السلطات إلا أنه تعبير شكلي، وهذا النهج له ما يبرره بالنسبة للمرحلة الحرجة التي مرت بها البلاد في تلك الفترة، و لكن سرعان ما توقف العمل بهذا الدستور بموجب الأمر 128/65 في المادة 5 " تحوز الحكومة بموجب تفويض مجلس الثورة السلطات الضرورية لسير أجهزة الدولة و كيان الأمة "1 منه وجمع الرئيس كل السلطات في يده.

استمر الوضع على حاله في دستور 1976 حيث يعترف بتقسيم السلطات الثلاثة وإنما استعمل مفهوم التقسيم الوظيفي للسلطة، وبناء على ذلك قسم الوظائف في الدولة إلى تشريعية و تنفيذية و قضائية².
2-المبدأ في الجمهورية الثانية :صدر دستور 89 استجابة لمطالب الشعب بإعلانه القطيعة مع النظام الاشتراكي والانتقال إلى النظام الديمقراطي و به دخلت الجزائر عهدا جديدا يقوم نظامها على الاقتصاد الحر و حماية الحقوق و الحريات .

أقر مبدأ الفصل بين السلطات من خلال توزيع الاختصاصات على السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وحدد العلاقة بينهم بوضوح و فسح المجال للتنافس السياسي من خلال اعترافه بالتعددية الحزبية، وجاء دستور 1996 الذي يعتبره الكثير أنه تعديلا لدستور 1989 فعمق كثيرا هذا المبدأ وكرس الثنائية التشريعية وثنائية السلطة التنفيذية والثنائية القضائية³. أما القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري نص في الديباجة على كفالة الدستور لمبدأ الفصل بين السلطات واستقلال العدالة والحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده المشروعية ، و بذلك يكون المؤسس الدستوري قد أعلن صراحة على السير وفق النهج الديمقراطي وتوزيع السلطات الثلاثة وحدد آليات رقابية متبادلة بينهم حتى لا تتجاوز أي سلطة لاختصاصاتها ، إلا أن المؤسس الدستوري الجزائري عمل بمبدأ الفصل الذي تجاوز المرونة حتى وصل إلى حد التداخل غير المحبب، الأمر الذي يجعل عدة نصوص تتصارع لتنظيم موضوع واحد، و هذا ما يساهم في التضخم القانوني و هو عامل من عوامل هدم مبدأ الأمن القانوني.

ثانيا : خضوع الدولة للقانون

إن ترسيخ دعائم السيادة القوية للقانون التي تحمي كل الأفراد من مظاهر الظلم و التعسف، يتوقف عن مدى رغبة كل من الحكام و المحكومين في الامتثال للقانون ، و الوصول إلى هذه الرغبة في حد ذاته يعتبر تحديا

¹ - الأمر 182/65 المؤرخ في 10/07/1965 ج ر 58 الصادرة في 13/07/1965 المتضمن تأسيس الحكومة

² - رداوي مراد - مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية مبدأ الفصل بين السلطات - أطروحة دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة 2016 ص 46

³ - ذبيح ميلود - مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري - مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2006 ص 47



كبيرا وإن فقدت هذه الرغبة فسوف تنشأ حالة من فقدان الثقة بين الحكام و المحكومين¹، ولذلك امثال السلطات العامة للقانون مطلب ملح أثناء إصدار أي عمل سواء كان قانوني أو مادي تنفيذيا لأحكامه²، و لا تنجح الدولة في فرض احترام القانون ما لم تكن هي النموذج لاحترامه ، فلا سلطة تنفيذية ناجحة في ذلك ما لم تتقيد بأحكام القانون التي لا تتحقق إلا في دولة القانون، تتحدد فيها المراكز القانونية و تصان فيها الحقوق و الحريات³، وما يهمننا هنا هو القرار الإداري الصادر عن السلطة التنفيذية ونظرا للخطورة التي يحملها إذا ما أسيء استعماله ، باعتبار انه عمل انفرادي تنفيذي تصدره الإدارة وهي مزودة بامتيازات السلطة العامة تحقيقا للصالح العام.

إن القرار الإداري يجب أن يكون مستندا إلى نص قانوني⁴ ، أو لا يتعارض مع القانون ، وقد اختلف الفقهاء حول معنى احترام الإدارة للقانون عند القيام بأعمالها إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يرى أنه يقصد بذلك أن كل الأعمال التي تقوم بها الإدارة غير مخالفة للقانون ، و عليه يعتبر العمل مشروعاً إذا لم يتعارض مع القواعد القانونية العليا⁵، وهذا ما يعطي سلطات أوسع للإدارة و يقلل من حرية الأفراد.

الاتجاه الثاني: يرى أن كل عمل تقوم به الإدارة يجب أي يستند إلى قاعدة قانونية موضوعية من قبل. وهذا من شأنه أن يضيق من حرية الإدارة ويحد من سلطاتها.

الاتجاه الثالث: يرى بأن الإدارة عندما تقوم بعمل فإنها تقوم بتنفيذ القانون، فهي مجرد أداة تطبيق وهذا يجعلها عديمة الابتكار و تفتقد لعنصر الاستقلالية في أعمالها⁶.

هذه الاتجاهات الثلاثة تبين مدى الصراع القائم بين السلطة والحرية الذي بدأ منذ الأزل وسيستمر إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها ، فالاتجاه الأول أعطى سلطات واسعة للإدارة انطلاقاً من تنوع نشاطها و درايتها بتفاصيل الأمور و جزئياتها من جهة، و ملزمة بتحقيق النفع العام للمجتمع من جهة أخرى ، والأهم في ذلك أن أعمالها لا تخالف القانون.

¹ - ليان مكاي - نحو ثقافة سيادة القانون - معهد الولايات المتحدة للسلام - ط الاولى 2015 ص 16 -

² - مازن ليلو راضي القضاء الإداري ، دراسة الأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق مرجع سابق ، ص 7

³ - د. إسماعيل جابو ربي - أسس فكرة الأمن القانوني وعناصرها - مجلة تحولات العدد 2 جوان 2018 ص 195

⁴ - سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دراسة مقارنة 1957، ص 11.

⁵ - د. علي خطار الشطناوي - موسوعة القضاء الإداري - (ج1) (ط3) 2011 دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ص 27

⁶ - سلام عبد الحميد ، عبد زكنة ، ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية مرجع سابق ، ص 22.



غير أن هذا الاتجاه نسبي، ذلك لأن القانون لا ينص على كل شيء والإدارة في هذه الحالة تتوسع في سلطاتها التقديرية، وبالتالي يصبح لديها مساحة واسعة للتضييق عن الأفراد. هذا من شأنه أن يبعث القلق وعدم الاطمئنان في نفوس الأفراد، وعليه فإن مبدأ الأمن القانوني يقل أو ينعدم تماما في بعض الحالات حينما تتوسع الإدارة في سلطاتها التقديرية إما رغبة من المشرع أو من تلقاء نفسها .

أما الاتجاه الثالث هو عكس ما ذهب إليه الاتجاه الأول حيث حاول أن يبعث الاطمئنان في نفوس الأفراد بإعطاء قدر من الضمانات لحقوق الأفراد وحررياتهم، وذلك بالتضييق على السلطة الإدارية والحد من غلوها من خلال جعلها مجرد أداة لتنفيذ القوانين في يد السلطة التشريعية، غير أن هذا المفهوم يصدق لو أخذنا بمبدأ الفصل المطلق بين السلطات ، أما في الفصل المرن أين يكون التعاون بين السلطات فإن السلطة التشريعية تضع المبادئ العامة والسلطة التنفيذية تضع التفاصيل والجزئيات بحكم أنها أدرى بالواقع المعاش ولها السلطة التقديرية في موازنة الأمور .

نظرا لتنوع نشاطات الإدارة حاليا خلافا لما كان في السابق ، فهي التي تبادر بتقديم الحلول ، فلا تكون مجرد منفذة للقانون بل مبتكرة لأساليب تطبيق القانون وتنفيذ السياسة العامة للدولة ، لذلك فإننا نرى أنها ما دامت تنفذ القوانين بالكيفية التي تراها مناسبة باعتبارها أكثر دراية بالواقع ، فإنها تلتزم في ذلك بإقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، وذلك من خلال تصرفاتها التي لا تتعارض مع القانون . مما تقدم يتضح أن كلما توسعت الإدارة في سلطاتها تضييق حرية الأفراد وبالتالي تجعل مبدأ الأمن القانوني بعيد المنال والعكس صحيح.

ثالثا: التحديد الواضح للاختصاصات الإدارية:

والمقصود به هو تحديد العضو أو الهيئة الإدارية للقيام بوظيفة معينة ، ومحدد في نطاقها الموضوعي والزمني والمكاني، ولذلك ترتب على هذا التحديد بطلان التفويض المطلق الذي لا يكون مقيدا بالغرض المراد تحقيقه ومدة التفويض ، هذا إذا كان من السلطة التشريعية إلى السلطة التنفيذية أما إذا كان من السلطة الإدارية إلى سلطة إدارية أخرى لا يكون إلا بنص قانوني¹، وهذا التحديد يكون مصدره إما الدستور إذا كان بين السلطات العامة، أو مصدره السلطة التشريعية التي تحدد اختصاصات السلطات الإدارية بشكل واضح لا يكتنفه الغموض ، وإذا كانت الأمور ليست كذلك لا شك يزرع الارتباك والشكوك حول الاختصاصات وبالتالي يجعل حقوق الأفراد في خطر.

¹. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق ص 11.



رابعاً: تدرج القواعد القانونية: ويقصد بترتيب القواعد القانونية فتشكل هرما قانونيا يأتي على رأسه الدستور كما جاء في الفقرة الثانية عشر من الديباجة "الدستور فوق الجميع وهو القانون الأساسي" ويضم هذا الهرم كافة القواعد القانونية مهما كان مصدرها في الدولة ، ويعني أن القواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ليست على درجة واحدة في القيمة والقوة الإلزامية فيجعل بعضها أسى من بعض ، ويكون هذا التدرج من الناحية الشكلية و من الناحية الموضوعية.

أ-التدرج الشكلي للقواعد القانونية :يرتكز التدرج الشكلي للقواعد القانونية على مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية و الإجراءات المتبعة في ذلك¹، و حسب هذا التعريف فإن مرتبة القاعدة القانونية تتحدد بمعيارين ، المعيار الأول مرتبة السلطة التي أصدرت القاعدة القانونية فكلما كانت رتبة السلطة أعلى كانت رتبة القاعدة القانونية أعلى، و المعيار الثاني هو الإجراءات المتبعة في تكوين القاعدة و إصدارها ، فكلما كانت الإجراءات أشد كلما كانت القاعدة القانونية أعلى مرتبة .

ب-التدرج الموضوعي للقاعدة القانونية : يقوم التدرج الموضوعي في تحديد رتبة القاعدة القانونية على مضمون القاعدة القانونية ، بغض النظر عن السلطة التي أصدرتها و الإجراءات المتبعة في إصدارها. فالقواعد القانونية تتفاوت تبعا لمدى عموميتها و تجريدتها². بمعنى أن القاعدة القانونية كلما كانت تتناول موضوعا أكثر عمومية كلما كانت أعلى درجة. و عليه فالقواعد الدستورية تكون أقوى درجة لأنها تتناول موضوعات أكثر عمومية، كنظام الحكم و توزيع الاختصاصات بين السلطات و تحديد العلاقات بينهم .ثم تأتي بعدها القواعد التي تصدرها السلطة التشريعية باعتبار أنها تضع القواعد العامة لمواضيع خاصة. ثم تأتي بعدها التنظيمات التي تصدرها السلطة التنفيذية باعتبار أنها تفصيل للقواعد العامة.

ج- نتائج تدرج القواعد القانونية: ويترتب على تدرج القواعد القانونية خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى شكلا و موضوعا³ ، والأخذ بغير هذا المبدأ يؤدي بالضرورة إلى القول بعدم صحة القاعدة القانونية التي تخالف الدستور، و عدم صحة التنظيمات التي تخالف القانون و الدستور⁴ ، وتظهر بجلاء درجة كل قاعدة قانونية في البناء الهرمي للقانون، فكل قاعدة تخضع للقاعدة التي تعلوها و لا تخرج عن مقتضاها باعتبار أنها هي سبب وجودها وفي نفس الوقت هي مقيدة للقاعدة التي تدونها لأنها أسى منها درجة و أقوى منها إلزاما ،وعليه فإن القاضي الدستوري يحكم بعدم الدستورية إذا كانت القواعد القانونية تتعارض مع الدستور

¹ -د.سامي جمال الدين – الرقابة على أعمال الإدارة-(ب.ط.) (ب-س) الناشر منشأة المعارف جلال حزي و شركاه الإسكندرية ص77

² -د.علي خطار الشطناوي-موسوعة القضاء الإداري -ج1 ط3 2011 دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن ص35

³ .السلام عبد الحميد، محمد زكنة ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية مرجع سابق ص 23.

⁴ - سمير عبد السيد تناغو مرجع سابق ص338



وهنا نعني بالدستور الجامد، بمفهوم المخالفة أن الدستور المرن يخرج من هذا التعارض باعتبار أنه في مرتبة واحدة مع القانون و بالتالي فإن مخالفة القانون له يعتبر تعديلا له، وعليه فإن الرقابة الدستورية لا تطرح في الدساتير المرنة، و يحكم القاضي الإداري بعدم المشروعية إذا كانت التنظيمات تتعارض مع القانون أو مع الدستور.

1-عدم دستورية القوانين: إن إخضاع القوانين لأحكام الدستور أمر ضروري لتأكيد مبدأ المشروعية و دولة القانون¹، و الضمانة الأساسية لهذا الخضوع هي الرقابة الدستورية التي أسندتها بعض الدول إلى المحاكم الدستورية، والبعض الآخر إلى المجلس الدستوري مثل فرنسا و الجزائر، وعليه فإن مهمة الرقابة على دستورية القوانين من اختصاص المجلس الدستوري في الجزائر قد تكون رقابة مطابقة (سابقة) أو رقابة دستورية (لاحقة)، غير أن المجلس لا يتحرك تلقائيا و إنما يجب إخطاره الذي كان محصورا بين ثلاث شخصيات في دستور 96 (رئيس الجمهورية ورئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة) الأمر الذي جعل كثيرا من النصوص القانونية تفلت من الرقابة الدستورية، إلا أن بعد التعديل الدستوري بالقانون رقم 01/16 توسع الإخطار ليشمل الوزير الأول أو خمسون نائبا أو ثلاثون عضوا من مجلس الأمة حسب المادة 187 من الدستور الجزائري.

أما المادة 188 من الدستور الجزائري فقد أضافت إخطارا من نوع آخر، وهو إخطار غير مباشر بتقنية جديدة و هي الدفع بعدم الدستورية من قبل أحد طرفي النزاع القائم أمام الجهة القضائية المختصة، حيث للقاضي في ذلك السلطة التقديرية، فإذا اعتبر الدفع جدي يحيله إلى المجلس الدستوري عن طريق مجلس الدولة أو المحكمة العليا، وهنا يجب على القاضي أن يوقف الفصل في الدعوى إلى غاية صدور قرار المجلس الدستوري، فإذا صدر بعدم دستوريته ما على المحكمة المعنية إلا عدم تطبيقه على النزاع، أما إلغائه فيكون بقرار من المجلس الدستوري.

لكن السؤال الذي يطرح هو إذا تعارض نص تشريعي مع الدستور ولم تستعمل تقنية الدفع بعدم الدستورية هل القاضي يقوم بتطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية أم يطبق النص التشريعي باعتبار ليس من اختصاصه؟

القاعدة العامة أن القاضي يقوم بالرقابة على دستورية القوانين لأنه يدخل في صميم عمله باعتبار ذلك يقع عليه التزام و ليس أمرا جوازيا، فمهمته تطبيق القوانين مع مراعاة تطبيقها و يختار القانون الذي يصلح لفك

¹ - د. سامي جمال الدين - الرقابة على أعمال الإدارة - (ب.ط) (ب.س) منشأة المعارف الإسكندرية مصر ص 79



النزاع بين القانون القديم و القانون الجديد و القانون العام و القانون الخاص ، كما أن القاضي هو حارس الحريات و الحقوق من أي إعتداء ولو كان ذلك من قبل السلطة التشريعية¹.

2- بطلان الأعمال الإدارية: انطلاقا من المادة 161 من الدستور الجزائري²، يمكن لكل عمل إداري أن يكون محل طعن أمام القضاء المختص، فإذا ما تبين أن هذه الأعمال هي أعمال قانونية كالقرار الإداري، و لكنها مخالفة للقواعد التي تعلقها يحكم القاضي بإلغائها أو يحكم بالتعويض و إرجاع الحال إلى ما كان عليه إذا كانت من الأعمال المادية التي تقوم بها الإدارة.

د- تدهور مبدأ تدرج القواعد القانونية: يظهر أن القواعد القانونية تشكل هرما تدرجيا يضمن خضوع القاعدة الأدنى للقاعدة الأعلى، و لكن بالرغم من ذلك فإن هذا التدرج لا يسلم من بعض المثالب في النظام الجزائري نذكر البعض منها.

1- تفوق الجانب التنظيمي على الجانب التشريعي و ذلك من خلال نص المادة 143 التي منحت السلطة التنظيمية لرئيس الجمهورية بشكل غير محدد (يمارس رئيس الجمهورية السلطة التنظيمية في المسائل غير المخصصة للقانون....) بينما حددت المادتين 140 و 141 من الدستور مجال اختصاص السلطة التشريعية وهي صاحبة الاختصاص الأصيل، و من خلال هذه النصوص تبين لنا أن القاعدة تغيرت على أرض الواقع ، فصاحب الاختصاص الأصيل أصبح استثناء و الاستثناء أصبح هو الأصل، ومن نافلة القول أن الاستثناء لا يتوسع فيه الأمر الذي خالفته هذه النصوص الدستورية و بذلك هدمت القاعدة السابقة الذكر.

2- الإحالات المتكررة للتنظيم التي نصادفها في كثير من النصوص التشريعية التي تحيل في مضمونها إلى التطبيق عن طريق التنظيم، هذه العبارة التي تكررت ما يعادل ثلاثون مرة في قانون الوظيفة العامة ، و إن كانت الإحالة ليست عيبا في حد ذاتها في النظام القانوني إلا أنه يعاب عليها غياب الضمانات الكفيلة لجعل القاعدة الأدنى تخضع للقاعدة الأعلى شكلا و مضمونا³، خاصة إذا علمنا أن المجلس الدستوري لم يتحرك تلقائيا ليسلط رقابته الدستورية، و أن أصحاب الحق في إخطاره قد تنازلوا ضمنا عن هذا الحق، بدليل أنه لم يسبق أن عرضوا نصا تنظيميا على الرقابة الدستورية، مما يجعل السلطة التنفيذية قد تسطو على الدستور و تنتهك الحقوق و الحريات و ينتج تدهور مبدأ الأمن القانوني .

¹ - د. حبشي لزرق أثار سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها - مرجع سابق ص 196

² - نص المادة 161 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الادارية "

³ قاضي أنيس فيصل - دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر - ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2010 ص 60



3- قاعدة توازي الأشكال: يقصد بهذه القاعدة احترام النص الأدنى للنص القانوني الذي يعلوه وفقا لتدرج النظام القانوني لكل بلد ، و عدم إلغاء نص قانوني إلا بنص قانوني آخر يماثله في الدرجة أو يعلو عليه¹. إن التسلسل الهرمي للقواعد يكمن في صميم حكم القانون، أي في دولة يخضع فيها الجميع للقانون، من الفرد إلى السلطة العامة، يفترض كل حكم قانوني دستورياً (يمكن كتابته كما في فرنسا أو العرفي كما هو الحال في إنجلترا)، يقسم الدستور السلطات ويرتب المعايير. إن هذا التسلسل الهرمي يجعل من الممكن ضمان فاعلية الحقوق بمعنى أن كل سلطة عامة تنظر إلى عملها من خلال معايير أعلى ، وبالتالي لا يمكنها التصرف وفقاً لإرادتها ، ومع ذلك فإن مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد يظل مبدأً نظرياً يمكن أن يعاني عملياً ومن الاستثناءات وصعوبات المواجهة في التطبيق فيما يتعلق بتحديد المكان الهرمي لقواعد معينة².

* تجاوز قاعدة توازي الأشكال في قانون الصفقات العمومية الجزائري: كانت و لا تزال قاعدة توازي الأشكال مقررّة نظرياً في جميع النظم القانونية، لكن يتعذر تطبيقها في كثير من الحالات و ذلك ما نستشفه من قانون الصفقات العمومية الجزائري.

* تنظيم الصفقات العمومية: المتبع لقانون الصفقات العمومية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا يكتشف تنوع تنظيم الصفقات العمومية حيث تم ذلك بأوامر في البداية من الامر 90/67 إلى الأمر 90/74، ثم نظمت الصفقات العمومية بموجب مراسيم كمرسوم 145/82 و المرسوم 72/88 دون تحديد صفة المرسوم، باعتبار أن في تلك الفترة كان تجميع كل السلطات في يد رئيس الجمهورية، ثم نظمت الصفقات العمومية بموجب مراسيم تنفيذية على غرار المرسوم التنفيذي 434/91 إلى غاية المرسوم التنفيذي 87/98، وابتداء من المرسوم الرئاسي 250/02 تم تنظيم قانون الصفقات العمومية بموجب مراسيم رئاسية إلى يومنا هذا.

في هذا المسار لتنظيم الصفقات العمومية تم تجاوز قاعدة توازي الأشكال، حيث ألغى المرسوم 145/82 الأمر 90/67، و ألغى المرسوم التنفيذي 434/91 المرسوم 145/82 الذي ألغى الأمر المشار إليه آنفا. و في المقابل تم إعمال قاعدة توازي الأشكال عندما تم تعديل و تميم الأمر 90/67 بالأمر 32/69 و تعديل المرسوم التنفيذي

¹-بوحميذة عطاء الله النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ-ط2008 د.م.ج. بن عكنون الجزائر ص 29

² - Hans Kelsen (1881-1973)- LA HIÉRARCHIE DES NORMES. WWW.LE-POLITISTE.COM

" La hiérarchie des normes est au cœur de l'Etat de droit, c'est-à-dire d'un Etat dans lequel chacun est soumis au droit, de l'individu à la puissance publique. Tout Etat de droit suppose une Constitution (qui peut être écrite comme en France ou coutumière comme en Angleterre). La Constitution répartit les pouvoirs et hiérarchise les normes. Cette hiérarchie permet de garantir l'effectivité des droits au sens où chaque autorité publique voit son action encadrée par des normes de rang supérieur et ne peut donc pas agir selon son bon vouloir. Cependant, ce principe de la hiérarchie des normes reste un principe théorique qui peut souffrir, en pratique, des exceptions et rencontrer des difficultés d'application concernant la détermination de la place hiérarchique de certaines normes"



434/91 بالمرسوم التنفيذي 178/94، و إلغاء المرسوم التنفيذي 434/91 بالمرسوم الرئاسي 250/02 الذي ألغي بالمرسوم الرئاسي 236/10 الذي ألغي بدوره بالمرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام.

خامسا: خضوع الإدارة للرقابة القضائية:

تلعب الرقابة القضائية دورا هاما لضمان مشروعية أعمال السلطات العامة ، بالرغم من وجود صور متعددة للرقابة كالرقابة الذاتية و البرلمانية، إلا أن الرقابة القضائية تعتبر إحدى الضمانات الحقيقية لحماية الحقوق والحريات، نظرا لما تمتلكه السلطة القضائية من مزايا تؤهلها لوضع الأمور في نصابها¹، و قد اختلفت الدول في نوع القضاء الذي يراقب الإدارة ، فبعضها أخذ برقابة القضاء العادي كالدول الانجلوسكسونية، والبعض الآخر أخذ برقابة القضاء الإداري، وهذا الاختلاف يرجع إلى أسباب تاريخية والظروف التي مر بها كل مجتمع، غير أن معظم الدول تتجه إلى الأخذ برقابة القضاء الإداري في العصر الحديث ، باعتبار هو أدرى بالتسيير الإداري ويستطيع أن يحقق التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة.

إذ يقوم القضاء الإداري بإلغاء التصرفات غير المشروعة بناء على دعوى الإلغاء أو تجاوز السلطة التي ترفع أمامه²، فالأشخاص يستطيعون أن يلجؤوا للقضاء إذا ما تجاوزت الإدارة العامة اختصاصاتها أو انتهكت حقوق الأفراد بأي طريقة كانت أثناء ممارسة النشاط الإداري ، فالقضاء يقدم ضمانة حقيقية للأفراد من تصرفات الإدارة بعدم المساس بحقوقهم وحرياتهم.

غير أن في كثير من الأحيان تفلت الإدارة من الرقابة القضائية إما رغبة من المشرع أو من القاضي الإداري.

1-الإفلات من الرقابة القضائية رغبة من المشرع: فكثير من الدول تنص دساتيرها على عدم جواز تحصين القرارات الإدارية من الطعن فيها أمام القضاء، على غرار الدستور المصري لسنة 1971 في المادة 68 " ... يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء " و في الدستور العراقي لسنة 2005 في المادة 110 التي نصت على أنه " يحظر النص في القوانين على تحصين أي عمل أو قرار إداري من الطعن " ³ أما الدستور الجزائري 01/16 نص في مادته 161 على أنه " ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية " مما يفهم ضمنا أن القرارات الإدارية غير محصنة ضد الطعون القضائية .

¹ .هاني علي الطهراوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص 106.

² .عصام الدبس ، النظم السياسية:أسس التنظيم السياسي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2010، عمان،ص.132.

³ -الإدارية مقال منشور على الموقع د.عمار طارق عبد العزيز الحصانة القانونية للقرارات www.iasj.net



يظهر من هذه النصوص أن المؤسس الدستوري قطع الطريق أمام تحصين الأعمال الإدارية، و لو أن في الدستور العراقي جاء النص مطلقا بحيث أنهى النص بكلمة (الطعن) دون تحديد أي طعن يعني مما يفهم منه الطعن الإداري و القضائي. أما في الدستور الجزائري لم يذكر صراحة التحصين و لكنه يفهم ضمنا بأن القرارات الإدارية غير قابلة لأي تحصين.

لكن سرعان ما تعرضت هذه النصوص للانتهاك إما بمعارضتها بنصوص دستورية كما هو الحال في مصر بنص المادة 76 من نفس الدستور المذكور سابقا عندما نصت على تحصين قرارات لجنة الانتخابات من أي طعن كان وأمام أي جهة كانت، وبذلك يكون المؤسس الدستوري المصري أنشأ تضاربا صارخا بين النصوص¹. أما في فرنسا فقد جاء النص صريحا في القانون رقم 284 المؤرخ في 23 ماي 1943 المتعلق بمنح الإمتياز حيث نصت المادة الرابعة منه "لا يمكن أن يكون منح الإمتياز محلا لأي طعن إداري كان أو قضائي من جانب المالك"².

2- إفلات الأعمال الإدارية برغبة من القضاء : وذلك ما نستشفه من نظرية السيادة أو أعمال الحكومة التي ابتدعتها القضاء الإداري ، و التي من خلالها سمح لبعض القرارات الإدارية أن تمر بدون رقابة حتى ولو كانت غير مشروعة ، ويرجع ذلك للظروف التي واكبت نشأته و الذي كان يحس فيها بأنه غير مرغوب فيه، فقدم هذا الإعفاء من الرقابة القضائية كرشوة مقابل بقائه و بقيت سنة إستمر العمل بها إلى يومنا هذا ، مما يجعل مبدأ الأمن القانوني يضيق تطبيقه في هذا المجال .

الفرع الثالث : حماية المراكز القانونية من خلال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية

إن الوظيفة الإدارية في الدولة تحتم على الإدارة أن تكون أكثر نشاطا وأكثر حركة من السلطات الأخرى، باعتبارها هي التي تضع سياسة الدولة موضع التطبيق، وذلك من خلال تنفيذ برامجها فتوضع أساليب لتطبيق القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية من جهة، وتقوم بإصدار تنظيمات مستقلة من اجل تحقيق النفع العام للمجتمع من جهة أخرى ، هذا ما يؤدي بالإدارة إلى إصدار سيل جارف من القرارات الإدارية لمواجهة الحياة اليومية للمجتمع .

هذا التكاثر في القرارات الإدارية وتنوع مصادرها يؤدي إلى تنازع هذه القرارات من حيث التطبيق الزمني، وحفاظا على حقوق الأفراد المكتسبة تقرر لدى الفقه والقضاء مبادئ في غاية الأهمية منها مبدأ عدم رجعية

¹ -د- عمار طارق عبد العزيز الحصانة القانونية للقرارات الإدارية مرجع سابق ص 6 -

² -LOI française n284 du 23mai1943 JORF du 28/05/1943JORF du 28mai1943 page1450

Art 4 "... L'octroi de la concession ne peut faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire de la part du propriétaire...."



القرارات الإدارية، وترسيخ هذا المبدأ في ضمير الفكر القانوني، مما دفع بالمشرع الجزائري أن ينص عليه في المادة الثانية (02) من التقنين المدني¹، وبما أن القرارات الإدارية أقل درجة من القوانين وفق مبدأ تدرج القواعد القانونية، فكل القرارات تخضع للقواعد القانونية، لذلك تطبيقاً لهذا المبدأ فلا تسرى القرارات الإدارية على الماضي بل على المستقبل قياساً لمبدأ عدم رجعية القوانين، وهو موضوع المقال الذي اخترته والمستكمل لهذه الأطروحة.

غير أن الواقع العملي لا يسمح بإعمال هذا المبدأ على إطلاقه، فقد يحد من غلوائه إما نص تشريعي، أو طبيعة الأعمال الإدارية مما يجعل لبعض القرارات الإدارية أن تتجاوز نطاقها الزمني الأمر الذي قد يحدث اهتزاز الثقة والطمأنينة للعلاقة التي تحكم الإدارة بالمواطن. وعليه سوف نتطرق لمفهوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية والاستثناءات الواردة عليه.

أولاً: مفهوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية:

يعد مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ العامة التي أرسى قواعدها القضاء الإداري وحدد نطاقها حماية للمراكز القانونية، باعتبار أن الإدارة دائمة الاحتكاك بالمواطن فإذا ما أصابت قراراتها هذه المراكز بخروجها عن نطاقها الزمني بسريانها على الماضي كانت عواقبها وخيمة على الثقة والاطمئنان اللتان تقوي الروابط بين الإدارة و المواطنين، غير أن اعتراف كل من المشرع والقضاء بمرونة هذا المبدأ لم تكن مجازاة لهوى الإدارة، وإنما رجعية خاضعة لموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال الإحاطة بكل سلبياتها وإيجابياتها تحقيقاً لفكرة الأمن القانوني.

لذا يقصد بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، سريانها بأثر مباشر على المستقبل من تاريخ نفاذها، وعدم انسحابها على ما تم من مراكز قانونية قبل ذلك² سواء كانت قرارات تنظيمية أو فردية لا يجوز تضمينها أثراً رجعياً³. وعليه لا يجوز للقرارات الإدارية أن تحدث تغييراً في التصرفات القانونية أو المراكز القانونية التي تم إنشائها بصفة نهائية قبل تاريخ سريان تلك القرارات، بمعنى أن الحقوق المكتسبة تحصن من القرارات التي تصدرها الإدارة، فإذا ما تم تطبيق قرار إداري على الماضي و مس المراكز القانونية التي تكوّنت قبل صدوره، فإنه يعد اعتداء صارخاً على الاختصاص الزمني، مما يفقد الناس الثقة في الإدارة بصفة خاصة والنظام القانوني بصفة عامة ولقد أحسن المشرع الجزائري عندما نص صراحة على هذا المبدأ في التقنين المدني

¹ المادة 02 من القانون المدني الجزائري " لا يسري القانون إلا على ما يقع مسقبلاً...".

² د. صبح موسى المومني، حالات إباحة رجعية القرارات الإدارية، ص 6.

³ سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 384.



الجزائري في المادة 02 منه " لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل ولا يكون له اثر رجعي... " ومبدأ عدم الرجعية سهل الاستيعاب كما يشير له اسمه ، أي أن القواعد القانونية لا تطبق على ما حدث في الماضي من أجل تحقيق مبدأ الأمن القانوني ، و من وجهة النظر القانونية الخالصة يتطلب هذا المبدأ ضرورة احترام الاختصاص الزمني للسلطات الإدارية المختصة و هذا ما نصت عليه المادة 2 من القانون المدني الفرنسي¹ . بما أن القرارات الإدارية تحوز صفة القانون، فإنها تسمى قانون بالمفهوم الواسع ،وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ساير النظرية الحديثة² بإرسائه لمبدئين في آن واحد، مبدأ السريان الفوري ومبدأ عدم الرجعية و المبدأ الثاني يحقق المبدأ الأول.

ثانيا: مبررات مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية:

مما لا شك فيه أن النظام القانوني يهدف إلى تحقيق الاستقرار، وزرع الثقة والاطمئنان في نفوس المواطنين التي هي من مكونات الأمن القانوني الذي بتحقيقه تحدد الحقوق والواجبات وتظهر المعالم الكبرى لهذا النظام. وإذا كانت الضرورة تدعو إلى ضمان الأمن القانوني وقاية من التصرفات القانونية وحماية للمراكز القانونية، فإن من آليات تحقيق ذلك هو عدم انعطاف القرارات الإدارية على ما وجد من علاقات و وقائع قبل نفاذها. وعموما يمكن إعمال هذا المبدأ لعدة اعتبارات.

(1) احترام المراكز القانونية الذاتية : ومحتوى هذا العنصر أنه إذا ما صدر قرارا إداريا يكسب الشخص مركز قانوني معين فلا يجوز المساس بهذا المركز إلا بالطرق المشروعة ، كصدور نص تشريعي له أثر رجعي³ . ذلك لأن القوانين الصادرة عن السلطة التشريعية لها قوة إلزامية أكبر درجة من القرار الإداري من جهة ، ومن جهة أخرى فإن السلطة التشريعية تمثل سلطة الشعب وإرادته فلا يمكن ردها.

من تطبيقات مبدأ عدم الرجعية فيما يخص علاقة الموظف بالحكومة فقد وافقت المحكمة الإدارية العليا بمصر هذا الاتجاه في حكمها الصادر 1977 والذي تقول فيه "أن علاقة الموظف بالحكومة هي علاقة تحكمها القوانين واللوائح ومركز الموظف من هذه الناحية هو مركز قانوني عام يجوز تغييره في أي وقت إلا إذا كان تنظيم جديد مستحدث يسري على الموظف بأثر حال.... ولكنه لا يسري بأثر رجعي بما من شأنه إهدار المراكز القانونية الذاتية التي تكون قد تحققت لصالح الموظف.....إلا بنص خاص في القانون....."⁴ .

¹-Philippe Raimbault recherche sur la sécurité juridique en droit administratif francais —lextenso éditions.2009 .p 69. " La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ."

².الرجوع إلى مقالنا عدم رجعية القوانين

³.محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق، ص 386.

⁴.رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني ، درا النهضة العربية الفاهرة، ص 63.



معنى ذلك أن المراكز الموضوعية العامة معرضة للتغيير في أي وقت ، فإذا ما اكتسب أحد الموظفين مركز قانوني في ظل قانون قديم وصدر تنظيم جديد فإن هذا الأخير لا يسري على هذا المركز القانوني بأثر رجعي إلا بنص قانوني ، غير أنه يخضع القانون الجديد بالنسبة للمستقبل.

(2) استقرار المعاملات:

تتطلب فكرة استقرار المعاملات أن لا يحدث تغيير في المعاملات القانونية عند نفاذ أي تنظيم جديد، لأنها تمت في ظل قانون قديم تم إلغائه أو تعديل، وعليه فطبيعياً يترتب على هذا المعنى الثبات القانوني. ما نقصده هنا ليس الاستقرار المطلق الذي ينافي سنة التطور، بل الاستقرار النسبي الذي تطمئن إليه المعاملات. ولذلك فإن شرط الاستقرار لا يمكن أن يمنع التقدم و التطور في القانون الذي يواكب تطور المجتمع في بقية المجالات، وبهذا المعنى يكون القانون حقا في خدمة المجتمع، فإذا كانت فكرة الاستقرار تساهم في تحقيق اليقين القانوني، لا يمكن أن يكون الاستقرار مطلقا غير أن ما يجب فعله هو القيام بدراسة معمقة لترشيد تحولات المعايير من اجل تحديد تأثيرها على الحقوق المكتسبة¹ ، ومراعاة لاعتبارات الأمن القانوني اقر مجلس الدولة الفرنسي منذ حكمه الصادر في 2006 على انه يجب على السلطة اللائحية أن تصدر عند اللزوم الأحكام الانتقالية الضرورية إذا كانت قراراتها تمس بالمراكز التعاقدية النافذة المبرمة طبقا للقانون² ، وجوهر إقرار الأحكام الانتقالية هو عدم مفاجأة الأفراد في معاملاتهم بقرارات قد تمس بما تم الاتفاق عليه بين المتعاقدين في ظل التنظيمات السابقة، فالانتقال إلى العمل بالتنظيمات الجديدة يكون بسلاسة ويسر وذلك بإصدار إجراءات وأحكام انتقالية تفصل بين التنظيم القديم والتنظيم الجديد تجنباً لمفاجأة الأطراف المتعاملة بقرارات تمس بالالتزامات والحقوق الناشئة عن العقود السارية.

(3) احترام قواعد الاختصاص الزمني:

كما رأينا سابقا في توزيع الاختصاص على الهيئات الإدارية يكون مصدرها القانون ، فيحددها تحديدا دقيقا وواضحا من حيث الهيئات الإدارية التي لها القدرة في إصدار القرارات ومن حيث المواضيع التي يمكن لهذه الهيئات ممارستها، كما يحدد لها الزمن الذي يبدأ فيه الاختصاص. و عليه فإن الإدارة في إصدارها للقرارات يجب أن تراعي القيود الزمنية المقررة لذلك ، أي احترام المدى الزمني لممارسة سلطاتها³

¹-Arnaud Raynouard ,Anne-Julie Kerhuel. Mesurer de droit a l'aune de la sécurité juridique. Georgetown Law and Economics Research Paper No. 10-12 July 2010université paris p25 <https://scholarship.law.georgetown.edu>

². رجب محمد طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين في الفضائين الدستوري والإداري. (دراسة مقارنة) ط1. 2011. دار النهضة العربية القاهرة ص 161.

³. صبح موسى المومني ، حالات إباحة رجعية للقرار الإداري ،، مرجع سابق ، ص 09.



ومن نافلة القول أن الإدارة لا تصدر قرارات إدارية قبل منحها ذلك الاختصاص أو بعد سحبه منها بل إن صدور قرارات إدارية لترتب آثار قبل تاريخ نفاذها يعتبر تعدي على قواعد الاختصاص من حيث الزمان، وهي الفترة التي كانت هيئة إدارية أخرى مختصة في ذلك، إذ ليس من العدل في شيء أن تعدي إدارة على حقوق الأفراد اكتسبوها في ظل اختصاص هيئة أخرى وقوانين كانت سارية المفعول وألغيت بقوانين جديدة.

ثالثاً: استثناءات مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومدى تأثيرها على الأمن القانوني:

إذا كان القضاء الإداري قد ارسى مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية حماية للحقوق وحرية الأفراد من تعسف الإدارة، فإن الواقع العملي يأبى أعمال هذا المبدأ على إطلاقه، فأحياناً تحتّم المصلحة العامة أو طبيعة القرارات ذاتها ترتيب آثارها على الماضي.

أ) إباحة رجعية القرارات الإدارية بإرادة المشرع:

ويقصد بها أن المشرع يخول للإدارة إصدار قرارات بأثر رجعي وذلك بنص صريح وقد لا يكون صريحاً كما لو خول المشرع الإدارة في إعادة النظر في القرارات التي أصدرتها ابتداءً من تاريخ معين¹، أو إذا أصدرت السلطة التشريعية قانوناً رجعياً يحتاج تنفيذه إلى صدور قرارات إدارية فإن الإدارة بطبيعتها وظيفتها تصدر قرارات تنفيذاً للتشريع الرجعي، فإن هذه القرارات بالضرورة ترجع آثارها للماضي.²

بمعنى أن السلطة التنفيذية وظيفتها الأساسية هي تنفيذ القوانين التي تصدرها السلطة التشريعية، فإذا ما صدرت تشريعات ذات الأثر الرجعي وكان لابد لتنفيذها صدور قرارات إدارية ترتب آثارها على الماضي، فإن هذه القرارات ليست منشئة وإنما هي كاشفة لآثار قانونية و بالتالي لا ضير في انعطاف أثرها على الماضي.

من تطبيقات الاستثناء على الرجعية بإرادة المشرع القانون الصادر في 1940/07/22 بسحب الجنسية ممن اكتسبوا من الأجانب من رعايا الدول التي تحارب فرنسا، وقد أثر القضاء الإداري الفرنسي بشرعية الرجعية في حكمه الصادر في 1979/02/07 بشرعية امتداد آثار القرار الإداري إلى تاريخ سابق لصدوره إذا نص القانون على ذلك³، لذا في حقيقة الأمر أن الأثر الرجعي للقرارات الإدارية هو تطبيق لإرادة المشرع الذي يسعى لتحقيق المصلحة العامة، ليس معنى ذلك أنه يهدر المصلحة الخاصة إنما يراعي التوازن بين المصلحتين فلا مساس بحقوق الأفراد ولا ضياع للمصلحة العامة.

¹. سليمان محمد الطماوي، نظرية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 395.

². رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 67.

³. صباح موسى المومني، حالات إباحة رجعية القرار الإداري، مرجع سابق، ص 10.



ب) إباحة الرجعية تنفيذاً للأحكام الصادرة بالإلغاء:

من المعلوم أن حكم إلغاء قرار إداري يتميز بالحجية المطلقة ، باعتبار أن الدعوى هي دعوى عينية أي مخصصة القرار الإداري غير المشروع ، وحكم الإلغاء الصادر عن القاضي الإداري يؤدي إلى إعدام القرار الإداري المعيب بالنسبة للمستقبل وللماضي معا ، ويصبح القرار كأن لم يوجد إطلاقاً¹ ، ويستمد هذا الأثر من الطبيعة الكاشفة لحكم الإلغاء ، فحكم الإلغاء لا ينشئ حقاً جديداً وإنما يكشف عن عدم مشروعية القرار الإداري².

آثار حكم القاضي بالإلغاء يشبه في آثاره سحب القرار الإداري من قبل الإدارة التي تريد أن تصحح الخطأ الذي ارتكبه في القرار المسحوب تجنباً للإلغاء القضائي، وعليه فكل من الإلغاء القضائي والسحب الإداري يمتد أثرهما إلى الماضي والمستقبل إلا أن في حالة السحب يجب على الإدارة أن تصدر قرارين، الأول لإعدام القرار الإداري غير المشروع ، تطبيقاً لمبدأ المشروعية باعتبار أن القرارات المعيبة لا تنشئ حقوقاً للأفراد لذلك يمتد أثرها إلى تاريخ صدور القرار المسحوب، والثاني إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل صدور القرار المعيب، وعليه فقد عرف عند الفقهاء الأثر الأول بالرجعية الهادمة أي إلغاء القرار المعيب بأثر رجعي، وعرف الأثر الثاني بالرجعية البناءة التي تستلزم إعادة الأوضاع إلى ما كانت عليه قبل صدور القرار الملغى³.

لذلك فقاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية ليست على إطلاقها وإنما تدخل عليها بعض الاستثناءات التي تعتبر رخصة يمنحها القاضي للإدارة ، غير أن تنفيذ حكم الإلغاء بهذا الشكل على إطلاقه يعرض المراكز القانونية والتصرفات التي أنشأت بمقتضى القرار الملغى إلى البطلان مما يناهض العدالة والمنطق، فليس من العدل في شيء أن تلغى كل القرارات التي أصدرها موظف عمل على مدة زمنية معينة ، ثم اكتشف أن قرار تعيينه باطل فما ذنب الأفراد الذين تعاملوا مع المرفق العمومي عن حسن نية واكتسبوا مراكز قانونية جديدة.

لاشك أن القرار الذي تصدره الإدارة تنفيذاً لحكم الإلغاء سيمحو كل الآثار القانونية المترتبة عن القرار الملغى و يؤدي إلى نتائج وخيمة . وعليه فالسؤال الذي يطرح نفسه ما مدى تأثير رجعية تنفيذ حكم إلغاء قرار أصلي على القرارات التي صدرت استناداً له ؟

¹ د. محمد سليمان الطماوي، نظرية القرارات الإدارية ، مرجع سابق، ص 397.

² يؤثره إسماعيل ، أثار حكم الإلغاء وإشكالات تنفيذه ، مجلة الإحياء، العدد 14، المركز الجامعي خنشلة، ص 552.

³ مفتاح خليفة عبد الحميد ، سحب القرار الإداري وآثاره ، مجلة العلوم والدراسات الإنسانية ، كلية الأدب والعلوم ، مدج ليبيا العدد الأول

المجلد الثاني، 2014، ص 96.



في هذا المجال لا إشكال في القرارات التي طعن فيها وفق الشروط المحددة سواء القرار الأصلي أو القرار التبعية، ولكن الإشكال الذي يؤرق الفقه والقضاء هو ما مصير القرارات التي زال سندها الأصلي ولم يطعن ضدها أمام القضاء الإداري؟

لم يتفق الفقه و لا القضاء حول هذه الإشكالية على رأي واحد، فالفقه انقسم حول نفسه إلى رأيين كما اختلف أيضا مع القضاء .

1) بالنسبة للفقه: الرأي الأول يرى أصحاب هذا الرأي و على رأسهم الفقيه جيز أن إلغاء القرار الأصلي ليس له اثر على القرار التبعية، والرأي الثاني يرى أصحابه و على رأسهم الفقيه كليز شهن أن العلاقة بين القرار الأصلي و التبعية تختلف بحسب ما إذا كان القرار التبعية قد أنشأ مركزا قانونيا شخصيا أم موضوعيا ، فالأول لا يترتب على إلغاء القرار الأصلي أثر على القرار التبعية، أما في الثاني فإنه يترتب إلغاء القرار الأصلي أثر على القرار التبعية¹.

وحسب اعتقادنا فإن الرأي الأول يفصل بين القرار التبعية و القرار الأصلي فالدعوى التي يرفعها صاحب الشأن تخص القرار الأصلي، لذلك فحكم الإلغاء يتعلق بالقرار المخاصم ولا تتعدى أثاره إلى بقية القرارات والتصرفات التي استندت على القرار الملغى، وهذا حسب رأينا فإنه يحمي الحقوق التي اكتسبها أصحابها عن حسن نية وتحقيقا لاستقرار المراكز القانونية .

أما الرأي الثاني فهو يميز بين القرارات التبعية التي أنشأت مراكز قانونية شخصية، وهذه لا يمكن المساس بها لأنها أصبحت حقوقا مكتسبة لا يطلها آثار الإلغاء، أما القرارات التبعية التي أنشأت مراكز قانونية موضوعية فهي مراكز عامة يمكن تغييرها في أي وقت لذا تلحقها آثار حكم الإلغاء.

1) بالنسبة للقضاء

أما القضاء الإداري فقد عمل على التخفيف من تطبيق الأثر الرجعي لإلغاء القرارات الإدارية، بإقراره مشروعية القرارات الصادرة بمقتضى القرار الملغى استنادا إلى نظرية الموظف الفعلي، و وجد هذا المسعى ميدانه الخصب في مجال الوظيفة العامة²، حيث يعترف للموظف الذي تم إلغاء تعيينه بالتصرفات التي قام بها في تلك الفترة كما لا تلزمه الإدارة برد الراتب الذي تقاضاه طيلة عمله³، وفي هذا الصدد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 1954/12/03 في قضية كويسيدري وآخرون بأن القرارات الفردية التي

¹ .اسماعيل بوقرة، الحكم بدعوى الإلغاء، أطروحة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 155.

² .رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 75.

³ .د. يمينه خضار، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11 جوان 1917، جامعة باتنة، ص 252.



صدرت تنفيذا للمرسوم الملغى ولم يطعن ضدها قد أصبحت نهائية ورتبت لأصحابها حقوق مكتسبة في الاحتفاظ بالمراكز التي منحها لهم¹.

لذلك فإن الأثر الرجعي للقرار الإداري المستند إلى حكم الإلغاء لا يمس فترة الخدمة التي قام بها الموظف، كما أن التصرفات التي قام بها في تلك الفترة تعد مشروعة بالرغم من أن تعيينه كان باطلا، حماية للغير حسن النية وتحقيقا لمبدأ الأمن القانوني، وهنا الأمر لا يتعلق بالموظف فحسب بل يشمل الأفراد الذين يتعاملون يوميا مع المرفق العام ويثقون فيه، وهذا ما يؤدي إلى استقرار في المعاملات و في المراكز القانونية، وبهذا تكون نظرية الموظف الفعلي قد لعبت دورا جوهريا في التخفيف من الأضرار التي يسببها الأثر الرجعي للقرارات الصادرة تنفيذا لحكم الإلغاء.

هكذا يكون القضاء قد وازن بين الأثر الرجعي لحكم الإلغاء و تحقيق مبدأ الأمن القانوني من خلال المحافظة على بعض الأفراد المتضررين من حكم الإلغاء²، وذلك عن طريق إيجاد مخرج يتمثل في إعمال الوضع الظاهري للموظف تحقيقا للاستقرار الإداري ومبدأ سير المرفق العام باستمرار و بانتظام .

ج) القرارات الإدارية ذات الأثر الرجعي بطبيعتها:

يشمل هذا النوع من القرارات عدة قرارات ذات الأثر الرجعي بسبب طبيعة القرارات ذاتها ويمكن التطرق إليها من خلال القرارات المؤكدة والمفسرة والمصححة والوصائية والقرارات الصالحة للأفراد.

1) رجعية القرارات بسبب مقتضيات سير المرافق العامة:

من المسلم به أن المرافق العمومية تقدم خدمات للجماهير باستمرار وبدون انقطاع فإذا ما توقفت عن تقديم الخدمات أو سارت بغير انتظام أو قصرت في إشباع الحاجات العامة فإن ذلك يؤدي إلى الإضرار بمصالح المجتمع³، إن هذه الأهمية التي يحتلها المرفق العمومي لا تحتاج إلى قوانين تنص عليها وإنما من باب العدالة و العقلانية لا يمكن لأي كان أن يتسبب في عرقلة سير المرفق العمومي، و من أجل تحقيق ذلك تتخذ الإدارة كل السبل والتدابير من أجل أن يستمر المرفق العام في تقديم الخدمة بانتظام، وهذا من متطلبات النشاط الإداري.

لذلك عندما تتراخى الإدارة في إصدار قرار تعيين الموظف عن اليوم الذي استلم فيه العمل فراتبه يحتسب من يوم استلامه للعمل فعلا، و لمجلس الدولة المصري تطبيقات في هذا المجال حيث جاء في قراره الصادر

¹. إسماعيل بوقرة، الحكم في دعوى الإلغاء، أطروحة الدكتوراه، جامعة الحاج لخضر، باتنة 2013، ص 157.

². رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 89.

³. رفعت السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 76.



بتاريخ 10 ماي 1953 ما يلي " من حق الموظف عدالة أن يتقاضى الراتب المخصص لوظيفته وأن تعتبر أقدميته على درجة هذه الوظيفة من وقت تسلم أعماله دون أن يضار بسبب تراخي الإدارة في إصدار قرار تعيينه"¹.

في مثل هذا الفرض يكون القضاء الإداري قد وازن بين أمرين ، كلاهما له أهمية بمكان فمن جهة حافظ على السير الحسن للمرفق العام باستمراره لتقديم الخدمات، ومن جهة أخرى حافظ على حقوق الموظف الذي استلم العمل دون قرار التعيين ، لأن السبب يعود إلى تراخي الإدارة وليس إلى الموظف . ولهذا أقر استبعاد تطبيق قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية في مثل هذه الحالات حماية للمراكز القانونية المكتسبة فعلا ، وعليه فإن قرار التعيين الذي استلم صاحبه العمل قبل صدوره يكون تاريخ سريانه من يوم استلام العمل فعلا بالهيئة الإدارية و ليس تاريخ صدور قرار التعيين.

لا شك أن إقرار مبدأ الرجعية من قبل القضاء الإداري في الفرض السابق له محاسنه بالنسبة لمبدأ الأمن القانوني ، فمن جهة فإن هذه الرجعية في صالح الموظف، ومن جهة أخرى حافظت على السير الحسن للمرفق العام ، و بذلك اقتربت هذه العملية من نظرية الموظف الفعلي لسبب بسيط هو أن الموظف مارس وظيفته قبل صدور قرار التعيين بناء على تكليف من الإدارة نفسها والتي أظهرت نيتها بتعيينه في هذا المركز.²

(2) القرارات المؤكدة والمفسرة:

يقصد بالقرارات المؤكدة تلك القرارات التي تردد أحكاما على قرارات سابقة لمجرد نية الإدارة في التمسك بالقرار الأول ، لذلك فهي رجعية ظاهرية وليست حقيقية باعتبار أن هذه القرارات لا تحدث بذاتها أثرا قانونيا³ بمعنى أن هذه القرارات لا تحمل شيئا جديدا بل هي تعيد الأحكام السابقة التي جاءت في قرار سابق. أما القرارات المفسرة فهي تحدد معنى قرار سابق وجلاء غموضه لتضع حدا للصعوبات التي يثيرها تفسير القرار، فتعتبر كأنها صدرت في نفس الوقت مع القرار الذي قصد بها تفسيره⁴ ، فالقرار المفسر يصدر ليرفع اللبس والغموض الذي كان ينتاب القرار الأول فهو لا يضيف شيئا جديدا وإنما يبين المعنى الحقيقي للقرار الأول ، ولذلك فهذه الرجعية هي كذلك رجعية ظاهرية.

لذلك فكل من القرار المؤكد والقرار المفسر لم يضيفا شيئا جديدا. فالقرار المؤكد يؤكد ما ذهبت إليه الإدارة في القرار الأول والقرار المفسر يوضح ما كان غامضا في القرار الأول.

¹. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 309.

². رفعت ع السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 77.

³. محمد سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 40.

⁴. رفعت ع السيد، مبدأ الأمن القانوني، مرجع سابق، ص 69.



وعليه فإن القرار التفسيري يشترط توافر شرطين أساسيين هما :

أولهما هو أن افتراض غموض أو لبس في القرار الإداري وبالتالي فهو يحتاج إلى إيضاح.

أما ثانيهما ضرورة اختصار القرار التفسيري على جلاء ما غمض من القرار الأول¹.

أما الشرط الذي يضيفه الباحث لكلا القرارين المؤكد والتفسيري هو عدم إضافة أحكام جديدة باعتبار أن إضافة أحكام جديدة تضيي عليهما قرارين جديدين يحوزان الاستقلالية الذاتية .

(3) الرجعية بسبب سحب القرارات الإدارية:

يقصد بسحب القرار الإداري " هو إنهاء وتجريد القرارات الإدارية من قوتها القانونية بالنسبة للماضي و المستقبل أي بأثر رجعي² ، بحيث يعتبر القرار المسحوب كأن لم يكن وفي هذا الصدد تقول المحكمة الإدارية العليا أن السحب الإداري والإلغاء القضائي كلاهما جزءا لمخالفة مبدأ المشروعية، يؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتبارا من يوم صدوره³. أي عندما ترتكب الإدارة خطأ قانوني في إصدار قرار إداري يهتك مبدأ المشروعية ، فإن الإدارة لها حق سحب القرار المعيب ، سواء من قبل الإدارة التي أصدرته أو من قبل الإدارة الرئاسية ، وتستعمل الإدارة هذا الأسلوب تجنباً لإلغاء القرار المعيب عن طريق دعوى الإلغاء أمام القضاء ، مع العلم أن الإلغاء القضائي أو السحب الإداري لهما نفس الآثار سواء على الماضي أو المستقبل.

لذا فالقرار الساحب هو قرار رجعي، بحيث ينعطف بآثاره إلى تاريخ صدور القرار المسحوب يستهدف إعدام آثاره⁴ ، وعملية السحب هذه لا تستهدف القرارات غير المشروعة فقط ، بل يمكن للإدارة سحب قراراتها السليمة في حالتين، الحالة الأولى متى لم يترتب على ذلك مساس بحقوق المكتسبة للغير والحالة الثانية إذا ما تعلق الأمر بفصل موظف، حيث أجاز سحبها استنادا لاعتبارات العدالة والشفقة⁵. غير أن جواز الإدارة سحب القرار الإداري ليس على إطلاقه بل يجب مراعاة أحكام السحب التي تهدف إلى حماية المراكز القانونية للأفراد وبالتالي تحقيق الأمن القانوني .

أحكام متعلقة بالقرار الساحب

1. أن يصدر القرار الساحب من السلطة المختصة

¹. رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني ، مرجع سابق ، ص 71.

². مفتاح خليفة عبد الحميد، سحب القرار الإداري وأثاره ، مجلة العلوم والدراسات الإنسانية ، المرح، العدد الأول المجلد الثاني، سنة 2014، ص 88.

³. رفعت ع السيد، مبدأ الامن القانوني، مرجع سابق ، ص 96.

⁴. محمد سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 412.

⁵. ذنون سليمان يونس العبادي، سقوط القرارات الإدارية الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات ، مصر الإمارات ،



2. أن يتم هذا السحب في الميعاد المحدد للطعن القضائي.

أحكام متعلقة بالقرار المسحوب:

1. ان يكون القرار المسحوب مخالفا للقانون .

2. سحب قرار الفصل الموظف لاعتبارات العدالة والإنسانية¹.

المطلب الثاني: تدهور مبدأ الأمن القانوني في ظل المشروعية الاستثنائية

كما سبق ذكره و كقاعدة عامة فإن مبدأ المشروعية يترتب إلتزام على الإدارة احترام القواعد القانونية في تصرفاتها، مهما كانت درجة هذه القواعد في التدرج الهرمي للنظام القانوني في الدولة ، و مهما كانت السلطة التي أصدرتها، و يترتب عليها أن مبدأ الأمن القانوني يتجسد واقعا معاشا بأكمل معانيه من خلال عدم المساس بحقوق الأفراد و حرياتهم.

غير أن النشاط الإداري لا يسير على وتيرة واحدة، فقد تعترضه ظروف طارئة غير متوقعة تجعل الوسائل المستعملة في الظروف العادية غير مجدية ، مما سمح لكل من القضاء و المشرع الإعتراض للإدارة بقدر من الحرية تتفاوت ضيقا و اتساعا بحسب الظروف التي تواجهها ، لتتخلص من قيد المشروعية الإدارية العادية ، تضمن به السير الحسن للمرافق العمومية كاستثناء عن القاعدة، تتمثل هذه الاستثناءات في أعمال السيادة و الظروف الاستثنائية و السلطة التقديرية للإدارة، و الجدير بالذكر هو أن الإدارة عندما تتسع حريتها في هذه الظروف تظهر عبقرية رجالها في التسيير و قدرة ابتكارهم و بعث فهم روح الإبداع ، و لكن قد تستغل هذه الظروف و تتخذ كذريعة للاعتداء على الحقوق و الحريات ، مما يجعل مبدأ الأمن القانوني يتقلص أحيانا و ينعدم أحيانا أخرى .

الفرع الأول : السلطة التقديرية للإدارة.

يقصد بالسلطة التقديرية منح الإدارة حرية أكثر في اختيار المهام التي تمارسها من حيث تقديرها في اتخاذ القرار من عدمه و من حيث الوقت المناسب للتدخل ، يقول العميد برنار: " تكون سلطة الإدارة تقديرية حينما يترك لها القانون الذي يمنحها هذا الاختصاص بصدد علاقتها مع الأفراد الحرية في أن تتدخل أو تمتنع و وقت هذا التدخل و كفاءته و فحوى القرار الذي تتخذه"². بمعنى أن المشرع هو الذي يحدد للإدارة الأسلوب الذي تنتهجه للقيام بوظيفتها السلطة التقديرية أم السلطة المقيدة، فتكون سلطة الإدارة مقيدة عندما يجبرها القانون بالتدخل كلما توافرت شروط معينة، أو يحدد لها الوقت المناسب للقيام بأعمالها إذا توافرت ظروف

¹. رفعت ع السيد، مبدأ الأمن القانوني ، مرجع سابق ، ص 107.

². سلام عبد الحميد، زنكنة الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، مرجع سابق، ، ص 42.



معينة. مثلاً إذا جعل القانون ترقية الموظف بعد كل ثلاث سنوات ، فالإدارة ملزمة بعد تمام هذه المدة أن تصدر قرار الترقية للموظف المعني ، أو إذا قرر القانون فصل الموظف بعد إدانته جنائياً ، فما على الإدارة إلا أن تنتظر الحكم القضائي ثم تصدر قرار الفصل ، فليس لها سلطة تقديرية في هذا المجال .

أما السلطة التقديرية كاستثناء على مبدأ المشروعية، هو إفساح المجال أمام الإدارة لتقدير متطلبات الظروف التي تعيشها، و بالتالي اختيار نوع التصرف الملائم لكل ظرف على حدة، حتى يحقق أهدافه¹. و يتنازع في أمر السلطة التقديرية اعتباران هما الكفاءة الإدارية و حقوق الأفراد .

الاعتبار الأول: اعترف المشرع بالسلطة التقديرية للإدارة لممارسة اختصاصاتها لأنها أدري بالواقع ، فتبرز كفاءتها و إبداعها لتحقيق الوظيفة الإدارية بما يوافق القانون ، باعتبار لديها الإلمام الكافي بالتفاصيل، كما أن تطبيق القانون يفترض التفكير و التأني و التدبر². و لن يتأتى ذلك في ظل السلطة المقيدة التي تجعل الإدارة تتحرك في دائرة ضيقة مما يقلل من فعالية نشاطها ، و لكن من جهة أخرى قد يساء استعمال السلطة التقديرية للإدارة ، مما يجعل مبدأ الأمن القانوني بعيد التحقيق.

الاعتبار الثاني: إن ضمان حقوق الأفراد و حرياتهم يتحقق عندما تكون سلطة الإدارة مقيدة ، و ذلك بإتباع الشروط التي يضعها القانون للتدخل بما يوافق الظروف المتوافرة و الوقت بصفة دقيقة ، مما يجعل حقوق الأفراد بمنأى عن تعسفها و استغلال امتيازاتها³، وهو ما يجب أن يتبع في السلطة التقديرية باعتبار أن الإدارة تحقق المصلحة العامة في كل نشاطاتها مع عدم المساس بحقوق الأفراد.

لذلك يستوجب إقامة التوازن بين الاعتبارين و لن يتحقق إلا بالأخذ بقاعدة لا ضرر ولا ضرار ، فإذا كان مبدأ المشروعية يلزم الإدارة باحترام القواعد القانونية أثناء القيام بنشاطاتها لمنعها من الاستبداد، فمن جهة أخرى و لحسن سير الإدارة فلا بد من ترك قسط من الحرية للإدارة للتخلص من حالة الجمود الذي يشل الوظيفة الإدارية و يقتل في موظفي الإدارة روح المبادرة و الإبداع ، و هذا ما جعل الفقه و القضاء و المشرع في البلدان التي تطورت فيها القواعد الإدارية إلى الاعتراف ببعض الحرية و التخلص من المشروعية العادية لخلق التوازن بين ما يهدف إليه مبدأ المشروعية و تقييد الإدارة و هو المحافظة على حقوق الأفراد، و بين وجوبه التحرر من القيود التي يفرضها القانون ، لكن إذا كان قد اعترف بالسلطة التقديرية للإدارة فما هي

¹. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 37.

². ماجد راغب حلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 55.

³. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 56.



حدود هذه السلطة في القرار الإداري باعتباره الوسيلة الأكثر استعمالاً في يدها؟ بمعنى هل السلطة التقديرية تمس كل أركان القرار الإداري، أم تقتصر على بعض الأركان دون البعض الآخر؟ و عليه يمكن البحث في كل عنصر على حدة.

أولاً: مظاهر السلطة التقديرية في الأركان الخارجية للقرار الإداري: استقر كل من الفقه و القضاء الإداريين أن سلطة الإدارة التقديرية تختلف من ركن لآخر في القرار الإداري، و عليه ففي عنصر الاختصاص و الشكل و الإجراءات و عنصر الغاية ليس للإدارة سلطة تقديرية واسعة حيث تقتصر حرية الإدارة في تقدير مدى ملائمتها على عنصر السبب و المحل¹، بمعنى أن السلطة التقديرية تقتصر على ركني المحل و السبب.

(1) ركن الاختصاص: الاختصاص محدد من قبل المشرع، فإما أن تكون الإدارة مختصة فيحق لها إصدار قرارات وإما ألا تكون كذلك فيمتنع عليها، و لا توجد للإدارة سلطة تقديرية بالرغم من أنها تحاول العمل على توسع اختصاصاتها² في كثير من الأحيان.

(2) ركن الشكل والإجراءات:

الأصل عدم اشتراط صيغة معينة أو شكل معين لإصدار القرارات الإدارية، ولكن أحيانا قد يفرض المشرع على الإدارة إتباع إجراءات معينة كتسبب القرارات الإدارية، أو موافقة جهة إدارية استشارية قبل صدوره³. لكن سواء أُلزم المشرع الإدارة أم لم يلزمها بإتباع أشكال وإجراءات معينة، فإن القرار الإداري يحتوي على شكلية جوهرية لا يمكن التنازل عنها، سواء نص عليها القانون أو لم ينص، وغيابها يؤدي إلى عيب الشكل في القرار الإداري، كتاريخ صدور القرار، والكتابة بلغة معينة، وتوقيع صاحب الاختصاص وختم الهيئة التي ينتهي إليها، كما يحتوي على شكلية ثانوية غيابها لا يؤثر في صحة القرار الإداري.

أما الإجراءات الاستشارية التي تتبعها الإدارة قبل صدور القرار الإداري، فهناك استشارات إلزامية يشترطها القانون، مما يفرض على الإدارة تقديم طلب إلى الهيئة الاستشارية لإبداء رأيها في مسألة معينة، واستشارات اختيارية لا تؤثر على صحة القرار الإداري⁴، و عليه فإن سلطة الإدارة مقيدة على الأشكال الجوهرية والإجراءات الاستشارية الإلزامية وهذا ما يحقق مبدأ المشروعية، أما الشكلية الثانوية والاستشارات

¹. تواق كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 40.

². ماجد راغب حلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 56.

³. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 40.

⁴. خليفي عمده، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016.



الاختيارية فان غيابها لا يؤثر على صحة القرار الإداري وبالتالي لا ترتقي لتدخل ضمن استثناءات مبدأ المشروعية.

ثانيا : مظاهر السلطة التقديرية في الأركان الداخلية للقرار الإداري : سوف نسلط الضوء على كل عنصر من العناصر الداخلية للقرار الإداري و المتمثلة في السبب و المحل و الغاية

(1) ركن السبب:

في ركن السبب الأمر يختلف عن بقية الأركان، حيث تتجلى السلطة التقديرية للإدارة في كامل صورها من خلال الأسباب التي تدفع الإدارة للتدخل. وكما رأينا فإن هذه الأسباب إما أن تكون قانونية أو واقعية ، ويختلف تسبب القرار الإداري عن سببه ، فيمكن أن يصدر القرار بدون تسبب ولكنه لا يمكن أن يصدر بدون سبب باعتبار أنه ركن من أركانه، لذلك لا تأثر فيه حالتي السلطة المقيدة أو السلطة التقديرية للإدارة. إذا حدد المشرع السبب بشكل دقيق فان الإدارة تترقب توافر شروط محددة لاتخاذ القرار، وهنا تجد الإدارة نفسها مقيدة ، أما إذا حدد المشرع السبب بصفة عامة و يترك للإدارة حرية تقدير السبب الذي يوجي لها بالتدخل، فيجب أن يكون سبب حقيقى و واقعي قائم دفعها لاتخاذ القرار، كما هو الحال في المحافظة على النظام العام¹، ولكن مهما يكن للإدارة من سلطة تقديرية في هذا المجال إلا أنها غير مطلقة حتى تخترع أسباب واهية². وعليه فالإدارة عليها أن تتأكد من الوجود المادي للوقائع وما تسببه من خطورة ، وتظل هذه الأسباب قائمة أثناء صدور القرار، فإذا انتفت هذه الأسباب فلا يمكن للإدارة أن تصدر القرار وإلا كان قرارها غير مشروع.

(2) ركن المحل:

محل القرار الإداري مرتبط بعنصر السبب ، لأن هذا الأخير سابق في الوجود على الأثر القانوني الذي يرتبه القرار ويمثل هذا الارتباط في التقييد والتقدير³ ، بمعنى أن المشرع إذا قيد السبب فحتمًا يكون محل القرار الإداري تابعًا له أي يكون مقيدًا كذلك، و ما على الإدارة إلا أن تنتظر توفر السبب وتقوم بتصرفها الذي يحقق الهدف المعين، أما إذا لم يحدد سبب معين الذي على أثره تقوم الإدارة بإصدار القرار، فإنها تستعمل سلطتها التقديرية.

¹. خليفى محمد، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة ، مرجع سابق ، ص 112.

². ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 57.

³. خليفى محمد - الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة ، مرجع سابق، ص 108.



لذلك فالإدارة لها حرية التقدير في أن تتدخل أو تمتنع بناء على خبرتها في تقدير خطورة الأسباب الداعية إلى التدخل، كما لها اختيار الوقت المناسب الذي تتدخل فيه ، باعتبار أنه في كثير من الحالات المشرع لا يحدد وقت التدخل إلا قليلاً¹ ، كما يتيح المشرع قدراً من حرية الاختيار بين أكثر من أثر قانوني ، كاختيار العقوبة التأديبية المناسبة من بين العقوبات المنصوص عليها في القانون².

لذا ففي مجال الحفاظ على النظام العام يكون للإدارة واسع النظر في أن الإخلال الذي وقع سوف يزول ولا يرتب أضرار كبيرة ، فإنها لا تتدخل وستظل تراقب الأمور حتى إذا زادت الاضطرابات فعندئذ لها حرية اختيار الوسيلة المستعملة للمحافظة على النظام العام والوقت المناسب لذلك.

3) ركن الغاية:

غاية صدور القرارات الإدارية هي دوما تحقيق المصلحة العامة، وعلى الإدارة الالتزام بهذا الهدف ولا يمكن أن يكون محلاً للسلطة التقديرية، بل دائماً يخضع للسلطة المقيدة³، وعليه فإن الإدارة إذا خالفت هذه الغاية يعد قرارها مشوب بعيب الغاية، بل أكثر من ذلك فإن المشرع يشترط في كثير من الأحيان تحقيق هدف معين ، وهو ما يسمى بتخصيص الهدف ، الأمر الذي يضاعف من تقييد سلطة الإدارة إلى أبعد الحدود، ففي حالة تخصيص الهدف فإن الإدارة لو جانبت الهدف المعين المراد تحقيقه ، واستهدفت بقرارها مصلحة عامة أخرى، كان قرارها معيب يستوجب إلغاءه .

يتبين لنا أن مظاهر السلطة التقديرية للإدارة في القرار الإداري تختلف من ركن لآخر، فنجدها أضيق تطبيقاً في كل من عنصر الاختصاص والشكل والإجراءات والغاية ، وأوسع تطبيقاً في عنصري السبب والمحل ، ولكي تحافظ على حقوق الأفراد وحررياتهم وتحقيقاً لفكرة الأمن القانوني ، فلا يمكن أن تكون سلطة الإدارة التقديرية مطلقة ، فتبقى الإدارة دائماً تتصرف وفق مبدأ المشروعية .

الفرع الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية:

تعتبر نظرية الظروف الاستثنائية كقيد على مبدأ المشروعية الإدارية ، ابتدعها القضاء الإداري الفرنسي من خلال إضفاء صفة المشروعية على بعض القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية لمواجهة الظروف

¹. سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص 52-55.

². نواف كنعان ، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 44.

³. نواف كنعان ، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 41.



الاستثنائية بالرغم من أنها غير مشروعة في الحالات العادية¹، لتحل محلها مشروعية استثنائية لها ضوابط وضعها القضاء لحماية حقوق الأفراد وحررياتهم².

و من نافلة القول أن الظروف الاستثنائية تناولتها الدساتير الجزائرية المتعاقبة ففي دستور 1963 نظمت بموجب المادة 59 ، و في دستور 1976 نظمت بموجب المواد من 119 إلى 123 ، و في دستور 1989 نظمت بموجب المواد من 86 الى 89 ، و في دستور 1996 نظمت بموجب المواد من 91 إلى 95 ، و في القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري من المواد 105 الى 110. و للتعرف على هذه النظرية نتطرق إلى تعريفها والشروط الواجب توافرها و مدى خضوعها للرقابة القضائية .

أولاً) تعريف نظرية الظروف الاستثنائية:

يقصد بهذه النظرية أنها مجموعة من الحالات الواقعية التي تنطوي على اثر مزدوج، يتمثل الأول في وقف سلطان القواعد القانونية التي تطبق في الظروف العادية ، و ثانيا الخضوع إلى المشروعية الإستثنائية التي يحدد القاضي الإداري فحواها و مضمونها³.

يبدو لنا في هذا التعريف بيان مبرر الأثر الأول و هو أن القواعد القانونية جعلت لتطبيقها في الظروف العادية ، و بالتالي فإنها لا تصلح في الظروف غير العادية ، و مبرر الأثر الثاني فإنه مهما تكن الظروف التي تعمل فيها الإدارة فإن أعمالها لا تفلت من الرقابة القضائية ، أو هي وضع غير عادي و خطير يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة من اجل الحفاظ على المصلحة العامة، نظرا لعدم إمكانية أعمال القواعد العادية⁴.

حسب هذا المفهوم يقودنا إلى القول بأن الظروف الاستثنائية هي حالات غير عادية (حالي الحصار و الطوارئ الحالة الاستثنائية و حالة الحرب)، تستدعي علاجاً سريعاً بقواعد خاصة تتماشى مع الظروف القهرية، بحيث لو اتخذت في الظروف العادية لكانت غير مشروعة ، فتخرج أعمال الإدارة من المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية، بمعنى آخر قد تواجه البلاد ظروف غير عادية، يستحيل على الإدارة مواجهتها بالوسائل العادية، مما يجعل لكل من المشرع والقضاء يمنحها سلطة أوسع لمواجهة هذه الظروف التي من شأنها أن تعصف بأمن البلاد و يترتب عنها أضرار بالغة للمجتمع.

¹ نواق كنعان ، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 50.

² رزايقية عبد اللطيف ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير ، جامعة الوادي، سنة 2014.

³ -أحمد عبدالمالك سويلم - أبو درابي الظروف الاستثنائية و أثرها على الحقوق و الحريات العامة في فلسطين مذكرة ماجستير الجامعة الإسلامية

غزة فلسطين 2017 ص 10

⁴ - نقاش حمزة -الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية - مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2011 ص 16



ولا يعني بهذه النظرية أن تخرج الأعمال الإدارية لمواجهة هذه الظروف من المشروعية الإدارية بشكل مطلق¹ بل تخضع للرقابة القضائية، وهذا ما يميزها عن أعمال السيادة و التحصين التشريعي الذي يخرج بعض الأعمال الإدارية عن الرقابة القضائية تماما.

إن العمل بهذه النظرية لا يخلو من مصاعب ، لعل أخطرها عدم وجود معيار واضح يحدد الظروف الاستثنائية، غير أن المؤسس الدستوري ذكر حالي الطوارئ و الحصار بموجب المادة 105 و الحالة الاستثنائية في المادة 107 و حالة الحرب في المادة 109 من القانون 01/16 و وضع لكل حالة الإجراءات التي يجب اتخاذها قبل اتخاذ أي قرار.

بالرغم من تشابه حالي الحصار و الطوارئ إلا أن الأولى تنتج عن أعمال تخريبية ومسلحة وأعمال العنف ، وتنتقل فيها صلاحية استتباب الأمن إلى السلطات العسكرية وفقا نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي 196/91 " تفوض إلى السلطات العسكرية الصلاحيات المسندة إلى السلطة المدنية في مجال النظام العام و الشرطة ..."²، أما الثانية فتنتج عن المساس بالنظام العام ، و فيها تبقى مهمة إسترجاع الأمن للسلطات المدنية³ ، من هنا يتبين لنا أن حالة الحصار أكثر خطورة باعتبار أن السلطات العسكرية تتعامل مع الأفراد بصرامة و حزم ، والحالة الاستثنائية تنتج عن خطر داهم يمس المؤسسات الدستورية و لذلك تكون أخطر من الحالتين السابقتين ، أما حالة الحرب فتنتج عن عدوان دولة أخرى و هنا يوقف العمل بالدستور ، بحيث يجمع رئيس الجمهورية كل السلطات في يده.

ثانيا) أساس السلطة الاستثنائية:

إن الوظيفة الإدارية تتمثل في قيام الإدارة بالنشاطات سواء السلبية المتمثلة في حفظ النظام العام أو الايجابية لتقديم خدمات للمجتمع بشكل منتظم وباستمرار، فإذا ما تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون القيام بهذه الواجبات، فلها أن تتحرر مؤقتا من تلك القواعد بالقدر الذي يمكنها من أداء مهامها⁴، وعليه فإن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الظروف الاستثنائية هو واجبات السلطة الإدارية بالقيام بوظيفتها في كل الظروف، ومنه لسنا ممن يميلون إلى أساس حالة الضرورة لقيام هذه النظرية ، ذلك لأن نظرية الظروف الاستثنائية لا تقتصر على حفظ النظام العام فقط ، أي في حالة النشاط السلبي للإدارة وإنما أبعد من ذلك، إذ تمتد لتشمل ضمان تقديم خدمات بشكل مستمر ومنتظم أي النشاط الايجابي للإدارة.

¹ حاجب راغب حلو، القضاء الإداري، مرجع سابق ، ص 52.

² مرسوم رئاسي 196/91 الصادر بتاريخ 1991/06/4 ج ر عدد 29 الصادرة 1991/06/12 المتضمن تقرير حالة الحصار

³ -د. حبشي لزرق - أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها - أطروحة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2013 ص 130

⁴ .سليمان محمد الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، مرجع سابق ، ص 88.



ثالثا) شروط قيام الظروف الاستثنائية

تتضمن معظم دساتير الدول إلى وضع شروط عامة لقيام الظروف الاستثنائية حتى لا تتخذ ذريعة لانتهاك حقوق الأفراد و حرياتهم من قبل السلطة التنفيذية من جهة ، و من جهة أخرى حتى تتميز عن باقي النظريات الأخرى كنظرية أعمال السيادة و نظرية السلطة التقديرية.

1- قيام الظرف الاستثنائي : و يتمثل في وجود ظرف خطير يهدد الدولة في أمنها و استقرارها و مصالحها، قد يكون داخليا كالحوادث الطبيعية أو المظاهرات و قد يكون خارجيا كاعتداء دولة أخرى، ويستقر الفقه القانوني على توفر وصفين لهذا الخطر، أولهما أن يكون الخطر جسيماً¹، وثانيهما أن يكون حالاً² أو أن يكون قريب الوقوع³.

ذلك ما نستشفه من المادة 107 من الدستور التي تنص على ما يلي " يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها⁴، فعبارة يوشك أن يصيب مؤسساتها تنبأ أن الظرف يكاد يقع بعد لحظات ، و لهذا يستوجب السرعة في اتخاذ التدابير اللازمة لمواجهة، كذلك ما نصت عليه المادة 142 من نفس القانون " يمكن لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في الحالة الاستثنائية⁵، وهذه المادة تكشف بجلاء عن خطورة الوضع و أن القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية لا يمكن استعمالها ، لذا يجب أن يواجه هذا الظرف بقواعد استثنائية تتماشى و خطورة الوضع ، لذا سمح المؤسس الدستوري في هذه الحالة لرئيس الجمهورية بإصدار أوامر لأنها لا تستغرق وقتاً طويلاً في إعدادها و لا تتطلب إجراءات معقدة التي تمر بها القاعدة القانونية في الظروف العادية .

2- تعذر مواجهة الظروف الاستثنائية بالوسائل القانونية العادية : لا يمكن مواجهة الظروف الاستثنائية بالقواعد القانونية المعدة للظروف العادية، بحيث لا يكون أمام الإدارة إلا اللجوء إلى قواعد استثنائية لمواجهة الظرف الخطير⁶، بحيث لو استعملت هذه القواعد الاستثنائية في الظروف العادية لكانت غير

¹ - جسيماً: يوصف الخطر جسيماً إذا كان من غير الممكن دفعه بالوسائل القانونية العادية

² - الحلول (حالاً) ويقصد بها الحالة التي تؤدي مباشرة إلى المساس بالمصلحة موضوع الحماية .

³ - أمير حسن جاسم - نظرية الظروف الاستثنائية و بعض تطبيقاتها المعاصرة - مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية المجلد 14/ العدد 8 ايلول 2007 ص 244.

⁴ - المادة 107 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري مرجع سابق

⁵ - المادة 142 من القانون 01/16 المرجع السابق

⁶ - بشر صلاح العاوور-سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني رسالة ماجستير جامعة الأزهر غزة فلسطين 2013



مشروعة و لذلك منح المؤسس الدستوري هذه الإمكانية باللجوء إلى المشروعية الاستثنائية لأن الإدارة في هذه الحالة تتصرف وفق ما يتطلبه الواقع المفروض عليها و ليس ما يتطلبه القانون .

3-تحقيق المصلحة العامة : يعد هذا الشرط هو جوهر الحالة الاستثنائية و من أجلها عمل على توسيع مبدأ المشروعية و هي حماية مصلحة حيوية كرد عدوان أو إعادة الهدوء إلى الشارع و استتباب الأمن أو ضمان استمرارية سير المرافق العمومية¹ . و في حقيقة الأمر أن كل الأعمال الإدارية الغرض منها تحقيق المصلحة العامة غير أنها في الظروف الاستثنائية تصبح ذريعة لاستعمال وسائل غير عادية لمواجهة الظروف الاستثنائية.

رابعا) أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الأمن القانوني : أجمعت المواد التي ذكرناها آنفا في مختلف الدساتير على أن رئيس الجمهورية هو الذي يقرر الظروف الاستثنائية بكل أنواعها ، إلا ما نشهده من تطور بين مرحلة الجمهورية الأولى إذ كانت تقرر بدون ضوابط بحيث تعود لرئيس الجمهورية وحده السلطة التقديرية مما يتوسع في تفسيرها و يحدد الحالة التي أَرادها، الأمر الذي يشكل أشد خطر على الحقوق والحريات ، عكس ما في مرحلة الجمهورية الثانية بحيث وضع المشرع الدستوري عدة إجراءات يقوم بها رئيس الجمهورية، كما في إقرار حالة الطوارئ حيث يتم الاستماع الى المجلس الأعلى للأمن واستشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني و رئيس مجلس الأمة و المجلس الدستوري² ، غير أن هذه الاستشارة بالرغم من إلزامية الإجراء لكن غير ملزمة النتيجة ، باعتبارها مجرد استشارة غير ملزمة لرئيس الجمهورية.

بالرغم من ذلك فإن المادة 4 من المرسوم الرئاسي 196/91 المتعلق بحالة الحصار خولت للسلطات العسكرية بالاعتقال الإداري أو إخضاع الأشخاص إلى الإقامة الجبرية ، القيام بالتفتيش في أي وقت ليلا أو نهارا في المحال العمومية أو المساكن الخاصة ، منع ممارسة أي نشاط حزبي أو جمعي أو إصدار المنشورات ، ولمجلس الدولة الفرنسي تطبيقات في هذا المجال حيث بالرغم من انه يلعب دورا هاما في حماية الحقوق والحريات، إلا انه قرر مشروعية قرارات السلطة العسكرية التي تهدف إلى قمع الحريات ومن بينها منع الاجتماعات و ذلك بمناسبة حكمه الصادر في 1915/08/6 في قضية³ Delmotte et Senmartin.

¹-احمد عبدالمالك سويلم أبو داري - الظروف الاستثنائية و أثرها على الحقوق و الحريات العامة في فلسطين دراسة تحليلية مقارنة -رسالة ماجستير الجامعة الإسلامية غزة فلسطين 2017 ص19

²-المادة 105 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري الصادر بتاريخ 2016/03/06 جر عدد14 بتاريخ 2016/03/07

³- د. حبشي لزرق - أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها أطروحة دكتوراه جامعة أبي بكر القايد تلمسان 2013 ص151



أما في حالة الطوارئ فقد كانت للجزائر تجربة في هذا المجال بموجب صدور مرسوم رئاسي 44/92 في غياب المجلس الوطني الشعبي آنذاك بسبب توقيف المسار الانتخابي الأمر الذي جعل هذه الحالة تنظم بموجب مرسوم رئاسي، غير أن في دستور 2016 تنص المادة 106 "يحدد تنظيم حالة الطوارئ و حالة الحصار بموجب قانون عضوي" و الذي تقابله المادة 92 من دستور 1996، و عليه في المستقبل يقتصر دور رئيس الجمهورية في تقرير مثل هذه الحالة ليس إلا ، أما التنظيم فيعود إلى السلطة التشريعية بعكس ما رأيناه في المرسوم المذكور آنفا. و بالرجوع إلى المادة 142 في فقرتها الرابعة من القانون 01/16 التي تخول لرئيس الجمهورية التشريع بأوامر التي تتخذ في مجلس الوزراء في الحالة الاستثنائية¹، و هنا تتعدد الأمور بعض الشيء بحيث لم توضح هذه المادة إن كان في هذه الحالة تتوقف السلطة التشريعية عن هذه الوظيفة ، أم تعمل بشكل متوازي مع رئيس الجمهورية ، فإن كانت الأولى و لو أنها مستبعدة فما الذي يمنعها في ذلك مادام البرلمان يجتمع وجوبا ، أما إن كانت الثانية فيجب تحديد مجال الأوامر باعتبار أن السلطة التشريعية هي صاحبة الاختصاص و ما الباقي إلا استثناء وهذا المجال لا يتوسع فيه.

خامسا) خضوع الإجراءات و الأعمال الصادرة في الظروف الاستثنائية إلى الرقابة القضائية:

تعتبر الرقابة القضائية في مثل هذه الحالات لها أهمية كبرى نظرا لما يترتب عليها من نتائج مصيرية، لذا يستوجب في البداية أن نفرق بين قرار الحالة الاستثنائية الذي يستند إلى المادتين 105 و 107 من القانون 16/01 و بين القرارات و الأعمال التي تصدرها السلطات الإدارية في الفترة الاستثنائية .

1- طبيعة قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية : يذهب الفقه الفرنسي إلى اعتبار قرار رئيس الجمهورية باللجوء إلى الحالة الاستثنائية قرار سيادي ، لا يخضع لأي رقابة قضائية ، أما القضاء الفرنسي فقد كانت له فرصة النطق بها صراحة في حكم مجلس الدولة الصادر في 1962/03/20 في قضية rubin de servens et autres قائلا " حيث أن قرار اللجوء إلى المادة 16 قد صدر في 1961/04/23... حيث أن هذا القرار ذو طبيعة عمل السيادة الذي لا يحق لمجلس الدولة تقدير شرعيته أو مراقبة مدى تطبيقه ، لذلك قرر المجلس رفض الطعن² .

غير أن هناك من يخالف هذا الاتجاه و الذي يرى القضاء الإداري يمكن أن يراقب الشروط التي أدت إلى اتخاذ قرار الظروف الاستثنائية فهي رقابة على تقدير الوقائع و تكييفها القانوني للتحقق من قيام هذه الظروف و

¹ -المادة 142 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري مرجع سابق

² -نقاش حمزة - الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية - رسالة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2011 ص 120



قد أخذت بهذا الرأي عدة دول منها مصر بحيث قام القضاء بمراقبة أسباب و شروط قيام هذه الظروف و حتى تقدير مشروعية الإجراءات المتخذة¹.

نستنتج أن قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية هو في حد ذاته من أعمال الحكومة و ذلك ما أشرنا إليه في السابق ، باعتباره ضمن القائمة التي استبعدها القضاء الإداري من رقابته ، فهي محصنة قضائيا و لا يمكن أن تكون محل لأي طعن كان . أما الإجراءات الشكلية التي و ضعبها الدستور للوصول إلى إصدار هذا القرار يمكن أن يطعن فيها إذا ما تم السطو عليها .

2-القرارات و الإجراءات غير العادية في الظروف الاستثنائية: إن القرارات و الإجراءات غير العادية التي تقوم بها السلطات الإدارية أثناء فترة الظروف الاستثنائية مهما تكن فهي ذات طبيعة إدارية، بمعنى انه يمكن الطعن في مشروعيتها أمام القضاء المختص بنص المادة 161 من القانون 01/16² ، جاءت هذه المادة مطلقة و لم تستثني أي حالة كانت ، و كذلك ما نستشفه من نص المادة 3 من المرسوم الرئاسي 44/92 المعدل و المتمم بالمرسوم الرئاسي 320/92 في الفقرة الثانية "... و يمكن أن تكون موضوع طعن وفق الشروط و الكيفيات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل"³.

و عليه فإننا نؤكد على الطعن لكل قرار أو إجراء يصدر عن الهيئات الإدارية في الظروف الاستثنائية ، و إن كانت في حقيقتها مخالفة للمشروعية العادية إلا أنها لا تفلت من رقابة القضاء، غير أن هذه الرقابة تختلف عن الظروف العادية . و إذا كان القضاء الإداري يبسط رقابته على كل أركان القرار الإداري في الظروف العادية ، فإنه في الظروف الاستثنائية يمكن أن يغض الطرف على ركن الاختصاص و الشكل و الإجراءات و مخالفة القانون في حدود ضيقة جدا.

في نطاق قواعد الاختصاص نجد مجلس الدولة الفرنسي قرر مشروعية اغتصاب السلطة عندما يقوم أحد المواطنين بتولي الوظيفة الإدارية و إصدار قرارات إدارية وهو لا تربطه أي صلة قانونية بالسلطة الإدارية و اعترف بمشروعيتها، و قد ابتدع من أجلها نظرية الموظف الفعلي. أما في نطاق الشكل و الإجراءات فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعية قرار الإدارة بتنحية أحد العمداء عن قيادة شؤون المدينة ، مع أن الإدارة

¹ -رباحي مصطفى - الصلاحيات غير العادية لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996 رسالة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2005 ص 143

² -نص المادة 161 " ينظر القضاء في الطعن في القرارات الإدارية "

³ -المرسوم الرئاسي 320/92 المؤرخ في 11/08/1992 المتمم للمرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ 09/02/1992 المتضمن إعلان حالة الطوارئ ج



لم تحترم الإجراءات التأديبية المتعلقة بضمانات حق الدفاع التي قررها القانون، و قد كانت ظروف الحرب هي المبرر للسطو على هذه الإجراءات¹.

أما في القضاء الجزائري فقد كانت له تطبيقات في الفترة الحرجة التي عاشتها الجزائر بداية من 1990 نذكر منها بعض القضايا.

قضية (خ . ع) الذي اعتقل من أمام أحد مساجد تلمسان في 10/06/1991 ، ثم اصدر والي ولاية تلمسان قرار بتاريخ 20/07/1991 بتعليق علاقة عمله ابتداء من 10/06/1991 ، و توقيف راتبه حتى إشعار لاحق باستثناء المنح العائلية ، فطعن المعني أمام محكمة تلمسان طالبا إعادة إدماجه و دفع مستحقاته في الفترة التي كان فيها معتقلا ، فاستجابت المحكمة لطلبه بحكم صادر في 03/03/1997 مما أدى بنظارة الشؤون الدينية لولاية تلمسان الطعن بالنقض في هذا الحكم لدى المحكمة العليا و أصدرت هذه الأخيرة حكما نهائيا بنقض و إبطال الحكم المطعون فيه الصادر عن محكمة تلمسان².

ما يستفاد من هذا الحكم هو مخالفة قواعد الاختصاص التي تنص على الجهة التي لها صلاحية الفصل و التوقيف وهي الجهة التي لها صلاحية التعيين، و في هذه الحالة فإن وزارة الشؤون الدينية هي المختصة في ذلك، و لكن بالرغم من ذلك فإن القضاء اعترف بمشروعية القرار حتى و إن كان مخالفا لقواعد الاختصاص بسبب الظروف الاستثنائية .

أما في قضية أخرى متعلقة بالصندوق المركزي لإعادة التأمين التعاضديات الفلاحية ضد وزير الفلاحة و الإصلاح الزراعي ، فإن القاضي الإداري حكم بإلغاء قرار الوزير القاضي بتأميم الصندوق المركزي لإعادة التأمين في مجال مخصص للوالي و وزير المالية ، و ذلك بالرغم من وجود الظروف الاستثنائية ، و لقد برر القاضي حكمه بأن تلك الظروف لا تمنع السلطة المختصة في إتخاذ الإجراءات المخولة لها بنصوص قانونية³. مما تقدم يظهر من هذه الأحكام القضائية في الجزائر، أن الإجراءات و التدابير التي تصدر عن السلطات الإدارية أثناء الظروف الاستثنائية تخضع لرقابة القضاء الإداري بشكل متذبذب، ويرجع ذلك للسلطة التقديرية للقاضي الإداري في موازنة الأمور، فيوسع في تفسير هذه الظروف أو يضيق في التفسير كما رأينا في الأحكام السابقة، و تعد هذه الرقابة كضمانة أساسية خلال الفترة الحرجة التي تمر بها البلاد.

¹- د. محمد رفعت عبد السيد - القضاء الإداري - الكتاب الأول منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ط1 2005 ص 217

²- نقاش حمزة الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية رسالة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2001 ص 129

³- نقاش حمزة - مرجع سابق - ص 108.



بالرغم من هذا فإننا نتيقن من إتهيار فكرة الأمن القانون في الظروف الاستثنائية ، حتى ولو كانت القرارات و التدابير المتخذة خلال هذه الظروف تخضع للمشروعية الاستثنائية ، إلا أنها غير كافية لحماية المراكز القانونية .

الفرع الثالث : نظرية أعمال السيادة :

نظرية أعمال السيادة والتي لقيت اهتماما بالغ النظر من قبل الفقه والقضاء الإداريين ، لما أحدثته في مبدأ المشروعية من شرح حتى ارتقت إلى النظريات القانونية . فنالت دراسة مستفيضة ونادى غالبية الفقهاء بالتضييق في مجال تطبيقها .

نظرا لأهمية هذه النظرية وما تشكله من خطر على حقوق الأفراد وحريةهم سوف نتطرق لها من عدة جوانب ، تعريفها ، معاييرها ، طبيعتها ، وموقف كل من الفقه والقضاء والشريعة الإسلامية من أعمال السيادة .

أولاً) تعريف أعمال السيادة: نالت نظرية أعمال السيادة من التعاريف الفقهية والقضائية حظا وافرا. إلا أنها لم تتفق على تعريف جامع ومانع، وقد يرجع هذا الاختلاف إلى سببين أساسيين، السبب الأول هو اختلاف الزاوية التي ينظر منها كل باحث والسبب الثاني هو اختلاف نوع الأنظمة السائدة في الدول، ونوجز بعض هذه التعاريف فيما يلي:

يقصد بأعمال السيادة بأنها طائفة من أعمال السلطة التنفيذية التي تتمتع بحصانة ضد رقابة القضاء بجميع صورها، أو مظاهرها سواء كان رقابة الإلغاء أو رقابة التعويض أو رقابة فحص المشروعية. أو هي قرارات إدارية تصدر عن السلطة التنفيذية وتتميز بعدم خضوعها لرقابة القضاء سواء كان بالإلغاء أو التعويض¹.

في هذين التعريفين وظف المعيار الشكلي على حساب المعايير الأخرى، حيث يهتم بالهيئة التي تصدر هذه القرارات والمتمثلة في السلطة التنفيذية، والتي لا يمكن أن يتعرض لها القضاء بالرقابة عليها، لكن مثل هذه التعاريف تبقى غامضة ولا تلبى الغرض، لأن السلطة التنفيذية تقوم بعدة أعمال فلم تظهر بجلاء أعمال السيادة في هذين التعريفين لذلك سوف نبحث عن تعاريف أخرى.

¹ - محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري ، رسالة ماجستير 2011، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض، ص 54



يقصد بها كذلك بأنها عمل يصدر من السلطة التنفيذية وتحيط به اعتبارات خاصة كسلامة الدولة في الخارج أو الداخل، ويخرج عن رقابة المحاكم متى قرر له القضاء هذه الصفة¹.

في هذا التعريف يتبين للباحث أنه بالإضافة إلى اعتماده على المعيار الشكلي وهو صدوره من السلطة التنفيذية، يبين الظروف التي تستدعي إصدار مثل هذه القرارات وهي الدواعي الأمنية سواء على المستوى الخارجي أو الداخلي، كما أنه اختلف عن باقي التعاريف بإدراجه صفة التحصين القضائي التي تضيف عليها، والتي تعود في الأساس إلى رغبة القضاء في ذلك. بمعنى آخر أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية ليست كلها محصنة، وإنما القرارات التي يضيف عليها القضاء صفة التحصين. لعل صاحب التعريف يعود إلى منشأ هذه القرارات، فما دام أنها وليدة القضاء الإداري فيعود له الاختصاص في تحديد القرارات المحصنة أو غير المحصنة و تزول أمامه كل المعايير.

إن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي طائفة من الأعمال التي تباشرها سلطة الحكم في الدول من أجل الحفاظ على كيان الدولة، من أرض وشعب وسلطة لمواجهة أخطار خارجية، أو مواجهات داخلية عامة، لتنظيم سلطات الدولة، وتحديد نظام الحكم والعلاقة بين السلطات².

أما في هذا التعريف ظهر معيار آخر إضافة إلى المعيار الشكلي وهو معيار الغاية والمتمثلة في مواجهة الأخطار التي تهدد أركان الدولة، وتنظيم العلاقة بين السلطات. فحسب هذا التعريف فإن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية في المجال الأمني، أو الخاصة بتنظيم السلطات والعلاقة بينهم تعتبر من أعمال السيادة ولا تخضع لرقابة القضاء.

أما القضاء فكان له النصيب الوافر في تعريفه لنظرية أعمال السيادة. فنجد مثلا المحكمة الإدارية بسوريا تعرفها كما يلي "أنه يقصد بأعمال السيادة تلك الأعمال والتصرفات الصادرة عن السلطات العليا في الدولة، والتي يرتأى القضاء الإداري ذاته أنها يجب أن تبقى بمنأى عن الرقابة القضائية بسبب عدم الملائمة أو مصلحة عليا للدولة³.

¹- د. محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 2/2006، ص 386

²- مقني عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد المبنية، جامعة تيارت، 2013، ص 4

³- د. محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية، المجلد 22، العدد 2/2006، ص 386



يبين هذا التعريف أن السلطة التقديرية تعود للقضاء الإداري وحده لإخراج بعض الأعمال والتصرفات التي تقوم بها الحكومة من الرقابة القضائية. وهذا الاختلاف في التعاريف إن دل على شيء فإنما يدل على الغموض الذي يكتسي هذه النظرية .

و إن كنا نتبنى التعريف القضائي إلا أننا يمكننا أن نورد تعريف أعمال السيادة، فنقول " أن أعمال السيادة أو أعمال الحكومة هي تلك التصرفات أو القرارات الصادرة عن السلطة التنفيذية، والتي تتناول مواضيع تخص مصالح عليا في الدولة يقدرها القضاء ويحصنها عن رقابته.

ثانيا) نشأة نظرية أعمال السيادة: يعود ظهور هذه النظرية إلى الظروف التاريخية التي أحاطت بظهور مجلس الدولة، فالاصطدام الذي وقع بين البرلمانات القضائية والسلطة التنفيذية، أدى بهذه الأخيرة إلى رسم حدود للقضاة، وإلزامهم بعدم التدخل في الشؤون الإدارية تحت طائلة التجريم¹.

إثر سقوط نابليون وظهور الحكم الملكي 1814، كان يرى مجلس الدولة أنه من مخلفات النظام البائد يجب إلغائه أو تقليص عمله، فقضاة مجلس الدولة أدركوا خطورة الوضع وعملوا على تجنب هذا النظام حفاظا على بقائهم. فرسم مجلس الدولة إستراتيجية جديدة في رقابته على أعمال الإدارة، من هنا ظهرت أعمال السيادة كحيلة لإخراج بعض الأعمال الحكومية عن رقابته² مقابل بقاءه على قيد الحياة، وظل مجلس الدولة يسير على هذا النهج، ويؤمن يقينا أن بعض الأعمال تصدرها الحكومة وتمسك بها فيحصنها عن رقابته.

ثالثا) معايير أعمال السيادة:

مرت هذه النظرية بعدة مراحل فكان إعمالها في البداية بشكل واسع ثم بدأ تقليص العمل بها بشكل مستمر ولذلك تعددت المعايير تبعا لتعدد المراحل التي مرت بها النظرية، وقد وضع الفقه والقضاء معايير عدة نذكرها.

1- معيار الباعث السياسي

كان مجلس الدولة في بداية الأمر يصارع من أجل البقاء بعد عودة الملكية التي اعتبرته من مخلفات حكم نابليون الذي يجب إلغائه، وكان يؤسس حكمه ويبرر تحصين أعمال الحكومة على معيار الباعث السياسي، فكان أول حكم طبقت فيه نظرية أعمال السيادة هو قرار مجلس الدولة الفرنسي الذي صدر في

¹ - بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، مرجع سابق ص 16

² - محمد مفرح حمود القسيبي، مرجع سابق، ص 57



أول ماي 1822¹ إلى غاية 1875 كانت كل أعمال السلطة التنفيذية غير القابلة للرقابة القضائية بسبب الباعث السياسي هي أعمال حكومية². فيكون عملا سيادي إذا كان الباعث سياسي غايته حماية الحكومة من أعدائها في الداخل والخارج وهذا ما يستشف من خلال حكمه الصادر بتاريخ 09 ماي 1867 في قضية الدوق دوميل DUC d'aumal³. و تعتبر هذه حكمة و حنكة مجلس الدولة في إيجاد حل لبقائه على قيد الحياة من خلال إبرام صفقة مع الحكومة عندما تنازل عن رقابته لبعض أعمال الحكومة .

بما أن مجلس الدولة تابعا للسلطة التنفيذية⁴، اعتبره بعض الفقه لا يشكل خطرا على أعمال الحكومة ، باعتبار أن الذي يوقع قراراته هو رئيس الدولة الذي يستطيع أن يجعلها كأن لم تكن. و عليه لا فائدة من تقسيم أعمال السلطة التنفيذية إلى أعمال إدارية و أخرى حكومية⁵.

ونظرا لغموض هذا المعيار ومرونته وشساعة حدوده، أصبح يكوّن خطر على حقوق الأفراد وحرّياتهم، وجعل الكثير من أعمال الإدارة العامة تتحصن من رقابة القضاء، وبالنتيجة أصبح اختصاص القضاء خاضعا لأهواء ورغبات الحكومة التي لا يستقر لها حال ، باعتبار أنها شديدة التأثير بالظروف المحيطة بها.

2- المعيار الموضوعي

يركز هذا المعيار على طبيعة العمل الذي تقوم به السلطة التنفيذية باعتبار أنها تباشر نوعين من الوظائف (الوظيفة السياسية والوظيفة الإدارية)

يظهر العمل السيادي في إطار أداء وظيفتها الحكومية التي تهدف من وراءها تحقيق مصلحة الجماعة السياسية والإشراف على علاقتها الخارجية والسهر على احترام الدستور⁶، وبالتالي تتحصن ضد رقابة

¹ -مقني عمار، مرجع سابق، ص 4. و ترجع وقائع القضية الى أن "السيد لافييت طلب من وزير المالية دفع مخلفات مالية قدمت كهبة من طرف الأمير بونابرت للأميرة بورغاز و المقدرة 1480102 فرنك فقبول هذا الطلب بالرفض من قبل المجلس على أساس أحكام قانون 1816/01/12 الذي يحرم عائلة نابليون بونابرت من كل الحقوق ومنعها من تملك أية اموال أو سندات أو معاشات تقررت لها على سبيل المنحة والأمر الذي دفع بلافييت الطعن في قرار وزير المالية أمام مجلس الدولة الذي رفض بدوره الدعوى على أساس الطعن متعلق بمسألة سياسية لا يمكن إخضاعها لرقابة القضاء".

² - علام لياس -الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة و الرقابة القضائية-اطروحة دكتوراه جامعة مولود معمري تيزي وزو 2018 ص22

³ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 18

⁴ ينتهي مجلس الدولة للسلطة التنفيذية في فرنسا بينما ينتهي إلى السلطة التشريعية في الجزائر و هذه إحدى مميزات القضاء الإداري بين الجزائر وفرنسا

⁵ Georges Tessier. la responsabilité de la puissance publique.paul dupont1906.p 124-125

(tant que la juridiction administrative supreme fut du moins théoriquement sous la dépendance directe dupouvoir exécutif tant qu'elle ne rendit qu'une justice retenue le danger que nous venons de disqualifier a existé pour ainsi dire pas puisque le chef de l'état n'avait qu'à ne pas révoquer de sa signature les arrêt du conseil d'état pour que eux –ci fussent inexistantes et demeurassent sans effet.)

⁶ - بوعمران عادل، مرجع سابق، ص 20



القضاء، والعكس صحيح إن كان العمل يدخل في نطاق الوظيفة الإدارية والمتمثلة في الحياة اليومية للإدارة كتطبيق القوانين وإصدار التنظيمات والسهر على توفير حاجيات المواطنين والتنظيم بين الهيئات الإدارية وبين الإدارة والمواطن.

وجهت الكثير من الانتقادات لهذا المعيار، ولم يلق القبول بسبب الغموض الذي يعتريه، وهو بدوره يدفع للبحث عن معيار آخر للترقية بين الأعمال التي تدخل في الوظيفة السياسية والأعمال التي تدخل في الوظيفة الإدارية، الأمر الذي دفع جانب من الفقه إلى البحث عن معيار آخر فالتجأ إلى رصد الأحكام القضائية لتحديد أعمال السيادة وتضمينها في قائمة.

3 - معيار القائمة القضائية

أمام فشل المعايير السابقة حول تحديد أعمال السيادة التي تخرج عن نطاق الرقابة القضائية أُرصي جانب من الفقه على قائمة لأحكام القضائية التي تتعلق بأعمال السيادة والقياس عليها وكشفت هذه القائمة عن مختلف المواضيع المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان والأعمال المتعلقة بالشؤون الخارجية ومجموعة الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي والخارجي للدولة¹.

وسوف نتعرض لبعض هذه الأعمال على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر من الدستور الجزائري

* الأعمال التي تتعلق بعلاقة السلطة التنفيذية بالبرلمان:

- استدعاء رئيس الجمهورية البرلمان لدورة غير عادية كما جاء في المادة 135 من الدستور فقرة 3.
- إخطار رئيس الجمهورية المجلس الدستوري لرقابة نص تشريعي على مدى دستوريته كما جاء ذلك في المادة 187.

- طلب رئيس الجمهورية إجراء مداولة ثانية لقانون تم التصويت عليه المادة 145 من القانون 01/16.
- قرار حل المجلس الشعبي الوطني وإجراء انتخابات تشريعية مسبقة كما جاء ذلك في المادة 147 من التعديل الدستوري بالقانون 01/16.

* الأعمال المتعلقة بعلاقة السلطة التنفيذية بالخارج:

- الإعلان عن حالة الحرب المادة 109 من القانون 01/16
- إبرام المعاهدات والمصادقة عليها 150 من القانون 01/16
* الأعمال المتعلقة بالأمن الداخلي:

¹ - مجلس الدولة المصري، مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري، ص 5



- الأعمال التي يقرها رئيس الجمهورية المتعلقة بحالة الطوارئ أو حالة الحصار المادة 105 من القانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري الجزائري

- قرار المتعلق بالحالة الاستثنائية 107 من القانون 01/16

لم تكن هذه القائمة محددة بشكل نهائي، وإنما جاءت على سبيل المثال، ويترك الأمر إلى القضاء الذي يرجع إليه الأمر في الأخير بالوصف الدقيق لكل حالة على حدة، ومن ثم فإنه يقع على عاتق القضاء الإداري تحديد ما هي القرارات الإدارية التي يخرجها من مجال رقابته، وبالتالي تتصف بأنها أعمال السيادة.

رابعا- موقف المشرع والقضاء الجزائريين من أعمال السيادة:

مرت الجزائر بعد الاستقلال بنظامين سياسيين النظام الاشتراكي والنظام الديمقراطي وعرفت من خلالهما دساتير متنوعة إلا أننا لم نجد لأعمال السيادة أثر.

أما المشرع الجزائري لم يذكر بشكل صريح إبعاد أعمال السيادة عن رقابة القضاء، ولكن هذا المعنى نستشفه من نص المادة الأولى من القانون العضوي 02/98 ضمنيا بحيث استعمل المشرع المعيار الموضوعي لاختصاص المحاكم الإدارية. أي أنها مختصة في النزاعات الناجمة عن نشاط ذو طابع إداري وبمفهوم المخالفة¹. وعليه فإن أعمال السيادة ليست لها طابع إداري بل طابع سياسي.

أو ما جاء في نص المادة 234 من الأمر المتعلق بالثورة الزراعية لا تصبح قرارات التأميم والمنح نهائية إلا بعد المصادقة عليها بموجب مرسوم غير قابل للطعن².

فإن مرسوم المصادقة على قرارات التأميم غير قابل للطعن، مما يكسبه حصانة ضد رقابة القضاء. وبالتالي فإن هذا المرسوم يعد من أعمال السيادة برغبة من المشرع.

أما القضاء الجزائري فقد تبني نظرية أعمال السيادة وأقرها في أحكامه، و ذلك ما يستشف من خلال قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/01/07 في القضية 36473 بين السيد (ي ج ب) ووزير المالية والذي حكمت فيه بعدم الاختصاص النوعي مؤسسة حكمها على أن القرار المطعون ضده ذو طابع سيادي لا يمكن إخضاعه للرقابة القضائية³.

¹ - رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 255

² - زراقية عبد اللطيف، ماجستير جامعة الوادي، 2014، الرقابة القضائية في مشروعية القرارات الإدارية في التشريع الجزائري، ص 207

³ - بوعمران عادل مرجع سابق، ص 22 و تلخص وقائع القضية أن السيد(ي.ج.ب.) تغيب عن أرض الوطن اثناء من تاريخ 1982/04/08 و بتاريخ 1982/04/13 علم أن السلطة الإدارية الجزائرية أصدرت قرار يهدف سحب أوراق نقدية من فئة 500 دجمن التداول في الفترة الممتدة ما بين 1982/04/10 و 1982/04/12 وهي الفترة التي كان فيها بالخارج ولم تسمح له بتبديل الأوراق النقدية المعنية بالسحب التي كانت بحوزته. الأمر الذي دفعه الى رفع تظلم الى وزير المالية و محافظ البنك --- الجزائري ليقابل بالرفض بموجب قرار بتاريخ 1983/05/29 ليرفع على إثرها دعوى قضائية أمام المحكمة العليا طالبا إلغاء قرار الرفض و حينها أصدرت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1984/01/00 قرار بعدم الاختصاص النوعي ورفض الدعوى .



ومثال آخر من قرارات مجلس الدولة في هذا المجال، قراره الصادر بتاريخ 2011/11/12 رقم الملف 2871 المتعلق برفض مجلس الدستوري ترشح الطاعن إلى الانتخابات الرئاسية ، وأسس مجلس الدولة موقفه على أن قرارات المجلس الدستوري نهائية ، لا يمكن الطعن فيها، بالإضافة أنها تتعلق بعمل من أعمال السيادة التي لا يجوز للقضاء النظر فيها¹.

خامساً) أعمال السيادة والفقهاء الإسلاميين:

تميزت الشريعة الإسلامية بعمومية أحكامها النافذة على البشرية جمعاء بما فيهم الرسل عليهم الصلاة وسلام ، جاءت لتحقيق غاية الغايات وهي إسعاد الإنسان في الدارين الدنيا والآخرة من خلال الحفاظ على الكليات الخمس (الدين والنفوس والمال والعقل والنسل)، فكل حكم فيها يهدف إلى جلب مصلحة أو درء مفسدة والثاني مقدم عن الأول.

ولاعرو بأن تكون الشريعة الإسلامية صالحة لكل مكان وزمان بالنظر إلى مصدرها الوحي المجسد في الكتاب الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه ، ولا من خلقه ، والسنة المطهرة على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي لا ينطق عن الهوى إن هو إلا وحي يوحى.

إذن فولي الأمر له الحق إصدار قرارات ويقوم بتصرفات غير أنه مقيد بما جاء في الكتاب والسنة

وبالتالي تتحقق مشروعيتها ، وإذا كانت الشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرء المفاسد، فإن

المصلحة العامة مقدمة عن المصلحة الفردية، وفي ذلك يقول ابن القيم الجوزي "فإن الشريعة مبناها

وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها وحكمة كلها،

فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى

العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل"²

لذلك اتصفت الشريعة بالثبات والاستقرار، وبناءً على هذه القاعدة ، ينبغي عرض كل عرف على أصل

شرعي فإن وافقه جاز إمضاءه وإلا وجب نقضه، فمن رام إصلاح الناس بغيرها فهو صاحب هوى متبع

، مصداقاً لقوله تعالى: "فَإِنْ لَّمْ يَسْتَجِيبُوا لَكَ فَاعْلَمْ أَنَّمَا يَتَّبِعُونَ أَهْوَاءَهُمْ وَمَنْ أَضَلُّ مِمَّنِ اتَّبَعَ هَوَاهُ بِغَيْرِ

هُدًى مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ"³.

¹ - مقني عمار، مرجع سابق، ص 11

² - محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، كتاب إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3 ص3

³ - د. حمادي العبيدي ، الشاطبي ومقاصد الشريعة، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1996، ص 192



لذلك فلا يمكن المساس بحقوق الأفراد وحررياتهم من قبل الحاكم وإن أصابهم ضرر بسبب ما قام به من قرارات أو من تصرفات فيجب عليه تعويض المتضررين. ومن تطبيقات ذلك أنه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم دفع ديات القتلى في بني جذيمة الذين قتلهم خالد بن الوليد، على أساس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رئيس الدولة الإسلامية، التزم بتعويض المتضررين بسبب خطأ قائد الجيش من صميم أعمال السيادة حسب النظرية الوضعية¹.

عن أبي الزبير عن جابر قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها إلا مسلماً" قال فأخرجهم عمر، وعن يحيى بن زكريا بن أبي زائدة ومحمد بن عبيد عن عبد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر قال "أجلى عمر المشركين من جزيرة العرب وقال: لا يجتمع في جزيرة العرب دينان، وضرب لمن قدم منهم أجلاً قدر ما يبيعون سلعمهم"².

يظهر لنا أن هذا القرار الذي اتخذه عمر هو من أعمال السيادة باعتباره أميراً للمؤمنين، وبناء على أساس شرعي، ولكن العبرة في هذا القرار أنه بالرغم من أنه من أعمال السيادة، إلا أنه لم يعتد على حقوق المشركين، فعمر رضي الله عنه أعطى مهلة وهي بعد بيع سلعمهم، حتى لا يكون القرار مبالغاً لهم. ولذلك فإن أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية مقيدة بشروط.

1- أن تكون موافقة لأصول الشرع.

2- أن تكون الأعمال مبنية على الشورى.

3- أن لا يكون في العمل اعتداء على حقوق الأفراد وحررياتهم³.

مما تقدم يستخلص أن أعمال السيادة في الشريعة الإسلامية ليست مطلقة بل مقيدة بأحكام الشرع، وبالتالي فلا وجود لنظريات السلطة المحصنة. فالكل يخضع لحكم الشارع ولولاية القضاء حكماً ومحكومين، ويحكم بالتعويض إذا ثبت لصاحب الدعوى الضرر، أما وفق المنظور الوضعي فإن أعمال السيادة في رأينا تمثل خروج عن مبدأ المشروعية، ومساس بحقوق الأفراد وحررياتهم.

¹ - د. محمد مقرح حمود العتيبي، مرجع سابق، ص 90

² - أبي عبيد القاسم بن سلام حقه أبو أنس سيد ب رجب، قدمه له وعلق عليه أبو إسحاق الحويني، المجلد الأول، دار الهدى النبوي، مصر، دار

الفضيلة السعودية، ط1، 2007، ص 185

³ - محمد مقرح حمود العتيبي، مرجع سابق، ص 92



سادسا) أعمال السيادة في الاتجاه الحديث:

تعرضت فكرة أعمال السيادة لانتقادات لاذعة في العصر الحديث ، وتصدى لها كل من الفقه والقضاء الإداريين وهذا بسبب إفلات قسم كبير من قرارات السلطة التنفيذية عن الرقابة القضائية بدعوى تحصينها من أي مخاصمة قضائية بشكل مطلق، إلا أن هذا الهجوم على أعمال السيادة كان بدرجات متفاوتة. إذ انقسم الفقه بين منكر تماما لنظرية أعمال السيادة وبين مضيق لآثارها.

الاتجاه الأول و هم المنكرون لنظرية أعمال السيادة، اعتبر هذا الاتجاه أن أعمال السيادة نقطة سوداء في جبين المشروعية ، وسلاحا بيد السلطة التنفيذية يشكل خطر على حقوق الأفراد وحررياتهم ، مما يقوى استبداد الحكومة ، وتجعلها تتصرف خارج إطار القانون، لذلك اقترح دعاة هذا الاتجاه إلى حلول قانونية توفيقية تمثلت في ما يلي:

1- إحلال فكرة السلطة التقديرية محل أعمال السيادة.

2- إحلال مبادئ عامة محل أعمال السيادة¹.

الاتجاه الثاني و هم الداعون إلى تضيق مجال أعمال السيادة: بالرغم من الأصوات المرتفعة التي تنادي بعدم جدوى هذه النظرية، والعدول عنها تماما وإخراجها من النظام القانوني ، إلا أن هناك فريق آخر ما زال يعمل بمقتضياتها، ولكن يحاول أن يحد من غلوها مطالباً القضاء بتقليص مجالها، وبالفعل فقد بدأت هذه النظرية في الانكماش في كثير من الدول. ففي مصر مثلاً أن القضاء الإداري يتجه في أحكامه إلى الحد من نطاق أعمال السيادة وذلك بإخراج أعمال كانت تعتبر من أعمال السيادة استناداً إلى فكرة العدالة ، مما يعني الانحصار التدريجي لهذه النظرية وتوسيع مسؤوليات الدولة².

خصوصاً بعد إنشاء مجلس الدولة المصري سنة 1946 نذكر منها

-قرارات إبعاد الأجانب- منازعات الجنسية.- منع السفر³.

ويرى الباحث أن أعمال السيادة من الناحية السياسية لا وجود لها حالياً بعد زوال الظروف التي نشأت فيها ولم يعد مجلس الدولة يخاف عن بقائه بعدما أصبح جزء من النظام القضائي الإداري الحديث.

¹ -الأستاذ المستشار عبد القادر جمعة رمضان المحكمة العليا الليبية، ورقة متعددة للمؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية ، المعنون بأعمال السيادة بين الإطلاق والتقييد المنعقد بالإمارات العربية المتحدة ليومي 11 و 12/09/2012

² -مجلس الدولة المصري، مبدأ المشروعية والحد من أعمال السيادة في القضاء الإداري المصري، ص 09

³ -المستشار عبد القادر جمعة رمضان، المحكمة العليا الليبية، مرجع سابق، ص 14



وإذا نظرنا إلى القائمة القضائية التي تمثل الأحكام التي أصدرها القضاء وتبناها الفقه، فإن حقوق الأفراد وحرّياتهم في منأى من إعمالها. ولكن بالرغم من ذلك واحتياطا لغلوائها يرى الباحث إن لم تقتلع من جذورها تماما فيجب التضييق في تطبيقها إلى أبعد الحدود خاصة وأن الدولة الحديثة تتجه إلى خضوعها إلى سيادة القانون، وإعمال هذه النظرية حديثا يتعارض مع هذا الاتجاه الحديث.

المبحث الثاني : الضمانات القضائية لاستقرار المراكز القانونية وحمايتها

كنا قد تطرقنا في المبحث الأول لمبدأ المشروعية كضمان لعدم تعسف الإدارة أثناء قيامها بالنشاط الإداري، مستعملة في ذلك وسيلة زودها المشرع بها وهي القرار الإداري الذي تتجلى فيه مظاهر امتيازات السلطة العامة في أكمل صورة من أجل تحقيق المصلحة العامة، مع الحفاظ على حقوق الأفراد وحرّياتهم، ويتحقق ذلك إذا كانت تصرفاتها ونشاطاتها موافقة للقانون، وهو ما سميناه بمبدأ المشروعية. وهو ما قد نصت عليه المادة 4 من القانون الذي ينظم العلاقة بين الإدارة و المواطن " يجب أن يندرج عمل السلطة الإدارية في إطار القوانين و التنظيمات المعمول بها"¹.

ولكن في حقيقة الأمر ليست الإدارة هي التي تتصرف بنفسها لأنها شخص معنوي، وإنما الذي يقوم بالتصرفات هو شخص طبيعي يقوم بهذه الأعمال باسمها ولحسابها، ومهما يكن فإن لهذا الشخص ميولاته الشخصية ونواياه، فقد تؤثر عليه هذه العوامل الشخصية، مما يجعل التصرفات الإدارية بجانب الغرض الذي وجدت من أجله.

مما تقدم يتبين لنا أن القرار الإداري الذي تصدره الإدارة كوسيلة للقيام بمهامها وتحقيق أغراضها يفترض فيه المشروعية، لذلك زوده المشرع بقوة التنفيذ والإلزام، حتى أن الطعن القضائي ضده لا يوقف التنفيذ²، إلا في حالات يسمح بها القانون³، أو القضاء⁴.

لذلك وجدت الرقابة على أعمال الإدارة بصفة عامة، وعلى القرارات الإدارية بصفة خاصة، وهو موضوع دراستنا وإن تعددت هذه الرقابة⁵، إلا أننا نجد الرقابة القضائية هي الضامن الحقيقي والجدلي لتحقيق مبدأ المشروعية، و الذي يفترض فيه الاستقلالية والحياد، فإذا ما اكتشف تصرف إداري غير

1-المادة 4 من القانون 131/88 والمتضمن العلاقة بين الإدارة والمواطن المؤرخ في 1988/07/04 ج ر ع 27 الصادرة بتاريخ 1988/07/06

2-المادة 833 من قانو 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، ج ر عدد 21 المؤرخ في 2008/04/23.

3-المادة 13 من القانون 11/09 المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

4- حالة رفع دعوى وقف تنفيذ القرار الإداري (... غير أنه يمكن للمحكمة العامة أن تأمر بناءً على طلب الطرف المعني بوقف تنفيذ القرار الإداري)

المادة 833 من قانون إ.م. إ.ج.

5- الرقابة السياسية، الرقابة الإدارية، أو الذاتية، والرقابة الشعبية، والرقابة القضائية.



مشروع ألغي بموجب حكم صادر عن جهة قضائية مختصة ، وقد اختلفت الدول في تبنيها لهذه الجهات القضائية بين الإدارية والعادية، ففي الدول الأنجلوسكسونية اعتمدت وحدة القضاء كما هو الحال في إنجلترا، وبالتالي فإن كل من الأفراد والإدارة يخضعان للقضاء العادي، أما الدول اللاتينية كفرنسا وبقية الدول التي حذت حذوها فإنها اعتمدت نظام الازدواجية القضائية¹ و الازدواجية القانونية².

وبالنتيجة فإن الإدارة تخضع لقانون عام وقضاء عام للذات يتلاءمان مع نشاطاتها وتصرفاتها وأغراضها، وعليه سوف نتطرق إلى الرقابة القضائية باعتبارها ضماناً جدياً تهدف إلى إقامة التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من خلال التأكد من مشروعية التصرفات التي تقوم بها الإدارة ، وفي هذا المجال نصت المادة 161 من القانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري، هذا نصها: «ينظر القضاء في الطعن في قرارات السلطات الإدارية»³، ولذلك إذا ما تعسفت الإدارة في إصدار قراراتها فإن المتضرر يلجأ إلى القضاء لحماية حقوقه، وهذا ما نصت عليه المادة 157 من القانون 01/16 ، هذا نصها: «تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية»⁴.

على هذا الأساس يرفع المتضرر دعوى قضائية يطعن فيها بعدم مشروعية القرار الإداري، والتي اصطلح عليها بدعوى الإلغاء، يبحث فيها القاضي عن مدى صحة أركان القرار الإداري، لذا سوف نتطرق إلى المشروعية الخارجية (المطلب الأول)، والمشروعية الداخلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المشروعية الخارجية للقرار الإداري:

تشمل المشروعية الخارجية ركنان في القرار الإداري، ركن الاختصاص وركن الشكل والإجراءات، وفي هذا الصدد سوف نسلط الضوء عن مدى تأثر المراكز القانونية بالعيوب التي تصيب الاختصاص (الفرع الأول)، والعيوب التي تصيب الشكل والإجراءات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص:

نقصد بعيب عدم الاختصاص: «عدم القدرة على مباشرة عمل معين جعله المشرع من اختصاص هيئة أو فرد آخر»⁵. أو بأنه: «عدم الأهلية القانونية لسلطة إدارية في اتخاذ قرار أو أي تصرف لا يدخل في اختصاصاتها، أو عدم أهلية الموظف للقيام بتصرف يكون من الواجب أن يقوم به موظف آخر»⁶.

1- القضاء الإداري، والقضاء العادي.

2- القانون العام والقانون الخاص.

3- المادة 161 من القانون 01/16 المؤرخ في 06/03/2016 ج ر عدد 14 الصادر في 07/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري.

4- المادة 157 من القانون 01/16 مرجع سابق.

5- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، دار الثقافة للتوزيع والنشر، الطبعة الأولى، 2006، عمان، الأردن، ص.249.

6- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط.1، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص.316.



من خلال هذين التعريفين يتبين لنا أن أي شخص أو هيئة لا يمكن لهما القيام بأعمال هي من اختصاص جهات أخرى وإلا كانت أعمالهم مشوبة بعيب عدم الاختصاص ، و مخالفة للقانون باعتبار أن المشرع هو الذي يؤهل الأشخاص أو الهيئات لممارسة عمل معين ، أي هو الذي يوزع الاختصاصات. لذلك نجد من الفقهاء من يشبه الاختصاص في القانون العام بالأهلية في القانون الخاص، باعتبار أن كلا المصطلحين يضيفان الصفة القانونية على إحدى الهيئات الإدارية أو أحد الأفراد للقيام بتصرفات معينة. لكن عندما ندقق في قواعد الاختصاص وقواعد الأهلية نجدهما يختلفان اختلافا واسعا، ومن بين هذه الاختلافات نذكر أهمها:

- 1- عدم الاختصاص ينتج عنه دائما البطلان المطلق، بينما في الأهلية يمكن أن ينتج عن عدم الأهلية البطلان المطلق و البطلان النسبي.
- 2- عدم الأهلية سببه عجز في الملكات الفكرية، أما عدم الاختصاص سببه عدم التخصص وتقسيم العمل¹، وغني عن البيان أن عدم الاختصاص يشمل حالات عدم الاختصاص الإيجابي، ويتحقق عندما تصدر هيئة إدارية قرارا إداريا لا تملك القدرة في اتخاذه ، أو عدم الاختصاص السلبي ويتحقق عندما ترفض سلطة مختصة إصدار قرار إداري في موضوع معين ضنا منها أنها غير مختصة².

أولا: مميزات عيب عدم الاختصاص:

من الناحية التاريخية نجد أن عيب عدم الاختصاص هو العيب الأسبق في الوجود لإلغاء القرار الإداري ثم توالى بعده العيوب الأخرى، وتكاد كل عيوب أركان القرار الإداري تشرب من نبعه، لذا فإن ركن الاختصاص مرتبط بالنظام العام، ويترتب عن ذلك نتائج في غاية الأهمية، نذكرها على التوالي:

- 1- لا يجوز الاتفاق على مخالفة الاختصاص.
- 2- يجوز إثارة عدم الاختصاص في أي مرحلة تكون فيها الدعوى، كما يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، ولو لم يثيره الطاعن³.

ثانيا: صور عيب عدم الاختصاص:

اتفق الفقه على تقسيم عيب عدم الاختصاص وفقا لخطورة هذا العيب إلى نوعين، وهما: عيب عدم الاختصاص الجسيم، وعيب عدم الاختصاص البسيط.

1- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، ط2004، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، ص.649.
 2- كنتاري عبد الله، ركن الاختصاص في القرار الإداري، مذكرة ماجستير في القانون العام بجامعة أبو بكر بلقاند، تلمسان، 2011، ص.102.
 3- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.318.



تظهر أهمية التمييز بين هذين النوعين في أن القرارات المعيبة بعيب عدم الاختصاص الجسيم غير موجودة تماما، وهي حالات اغتصاب السلطة، مما يؤدي إلى إعدام القرار الإداري، ويعتبر كأنه لم يكن، أما القرارات المعيبة بعيب عدم الاختصاص البسيط موجودة قانونا فيحتفظ بصفته كقرار إلا أن يلغى¹، وتترتب عن هذه التفرقة نتيجة في غاية الأهمية، وهي أن القرارات المشوبة بعيب عدم الاختصاص الجسيم لا ترقى إلى الأعمال القانونية، فهي مجرد أعمال مادية ليس إلا، ولذلك لا تخضع إلى القواعد المنظمة لميعاد الطعن، مهما طاللت المدة الزمنية، وبالتالي لا يجري عليها نظام التحصين بخلاف القرارات ذات عيب عدم الاختصاص البسيط التي تتحصن ضد طعن الإلغاء إذا رفع خارج ميعاده.

وقد اختلف الفقه حول تحديد عيب عدم الاختصاص الجسيم، وعيب عدم الاختصاص البسيط، ولذلك سوف نبين كل نوع على حدة.

أ- عيب عدم الاختصاص البسيط:

يقصد بهذا العيب حالات مخالفة القرارات الإدارية لقواعد توزيع الاختصاص من حيث الزمان أو المكان أو الموضوع داخل السلطات الإدارية فيما بينها²، غير أنه أقل خطورة من عيب عدم الاختصاص الجسيم، ولكنه أكثر حدوثا في الواقع العملي، وهو يشمل ثلاث حالات

1) عدم الاختصاص من حيث الموضوع:

يتحقق هذا العيب عندما يصدر أحد أعضاء السلطة الإدارية قرارا في موضوع معين يدخل في اختصاص عضو آخر³، يتبين لنا من خلال هذا التعريف أن العضو الإداري الذي أصدر القرار هو من العائلة الإدارية ليس غريب عن مجال الإدارة، وقيامه بهذا العمل يكون قد تجاوز مجال اختصاصه الموضوعي، فمن الناحية العضوية له إمكانية إصدار قرارات إدارية ولكن له مجال محدد قانونا يمارس فيه وظيفته الإدارية، ولهذا اعتبر عدم الاختصاص ببسيط، ويأخذ هذا العيب عدة صور:

- اعتداء سلطة مركزية على اختصاصات سلطة لامركزية.
- اعتداء سلطة إدارية على اختصاصات سلطة إدارية موازية.

1- بعوني خالد، منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في النظام القانوني الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر(1)، كلية الحقوق، 2011، ص.57.

2- د. خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، ط.1، 2009، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، ص.213.

3- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط.1995، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص.369.



- اعتداء الرئيس على اختصاصات المرؤوس أو العكس¹.

(2) عيب عدم الاختصاص الزمني:

ويتحقق هذا العيب في صورتين الأولى أن يصدر قرارا خارج المدة المحددة لعضو الإدارة في الوظيفة سواء بخروجه إلى التقاعد أو انتهاء عهده الانتخابية، والصورة الثانية عندما يحدد القانون ميعاد معين لإصدار قرار والإدارة لم تحترم هذه المدة، وكل ذلك مرتبط بتاريخ القرار الإداري، وهنا تظهر أهمية التاريخ بالنسبة للقرار من الناحية الشكلية.

وعليه فالقرار الذي لا يحمل التاريخ لا يؤدي إلى البطلان، وإنما يؤدي إلى الشك في صحته، أما إذا حمل تاريخ معين فيعتبر هو التاريخ الحقيقي، إلا إذا ثبت عكس ذلك، هذا لا ينفي أن الإدارة قد تتلاعب بتاريخ القرار فتظهر تاريخا غير التاريخ الصحيح لتخفي عيب عدم الاختصاص من حيث الزمان².

- الصورة الأولى: صدور قرار من موظف أو هيئة خارج المدة الزمنية:

إن الموظف الذي تقاعد أو الهيئة الإدارية التي انتهت عهدها الانتخابية لا يصح لهما إصدار قرارات إدارية³، لأن علاقتهما بالوظيفة الإدارية انتهت وبالتالي فإن القرارات التي تصدر بعد انتهاء مدة التوظيف تعتبر معيبة، ويستوجب الطعن ضدها أمام القضاء لإلغائها، ويستتبع ذلك القرارات التي تصدر قبل تولي الوظيفة الإدارية.

وتطبيقا لذلك فقد صدر حكما من مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء القرارات السابقة على تنصيب أو تعيين من قام بإصدارها، كما حدد مهمة الحكومة المستقبلية على إدارة الشؤون الجارية ضمانا لاستمرارية المرافق العامة⁴.

بمعنى أن الحكومة التي لم تنل ثقة المجلس الشعبي الوطني للمرة الثانية كما هو الحال في الجزائر تستقيل بموجب المادة 96 من الدستور الجزائري، و يحل المجلس الشعبي الوطني وجوبا. فتبقى هذه الحكومة المستقبلية ثلاثة أشهر ريثما تجرى انتخابات تشريعية وتعيين حكومة جديدة. في هذه المدة لا تستطيع الحكومة المستقبلية إصدار قرارات في مواضيع جديدة، وإنما تتضمن إدارة ما هو موجود وتوفير حاجات المواطنين.

1- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.370.

2- مصطفى أبو زيد فهد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص.668.

3- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.320.

4- د. محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري دعوى الإلغاء، ب.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص.328.



وتطبيقا لهذا المفهوم نصت المادة المذكور أعلاه من الدستور الجزائري «إذا لم تحصل من جديد موافقة المجلس الشعبي الوطني ينحل وجوبا، وتستمر الحكومة القائمة على تسيير الشؤون العادية إلى غاية انتخاب المجلس الشعبي الوطني، وذلك في أجل أقصاه ثلاثة أشهر»¹.

وكذلك ما نصت عليه المادة 48 من قانون البلدية 10/11، بحيث إذا وقع حل المجلس الشعبي البلدي يعين الوالي خلال عشرة أيام التي تلي الحل متصرفا ومساعدين، توكل إليهم مهمة تسيير شؤون البلدية لغاية تنصيب مجلس جديد²، فالمجلس المعين من قبل الوالي يضمن تسيير مرفق البلدية مؤقتا لغاية انتخاب مجلس جديد، و بالتالي لا يحق له إصدار قرارات إدارية و يصبح في مكان المجلس المنتخب، و في هذا الصدد فقد قرر مجلس الدولة الجزائري بتاريخ 20002/07/15 إلغاء قرار استفادة من قطعة أرض مساحتها 810م² صادر عن رئيس المندوبية التنفيذية لبلدية المحمدية بتاريخ 1997/08/31 تحت رقم 182³.

- الصورة الثانية: صدور القرار بعد الميعاد الذي حدده القانون:

يحدث أن يحدد المشرع مدة زمنية لاتخاذ فيها القرار الإداري، إلا أن هذه المدة قد تكون إلزامية، وهي المدة التي يجب على الإدارة إصدار القرار فيها تحت طائلة البطلان⁴، وقد تكون توجيهية أو إرشادية غير ملزمة، الهدف منها حث الإدارة بالإسراع في إصدار قرارها، والإخلال بهذه المدة لا يترتب عليه بطلان القرار الإداري⁵. لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو المعيار المستعمل للتمييز بين المدة الإلزامية والمدة التوجيهية؟ خاصة إذا علمنا أن للإدارة سلطة التقدير في اختيار الوقت الذي تراه مناسبا لإصدار القرار، وهذا ما يزرع الشك في نفس المواطن و لا يطمئن كثيرا لمثل هذه القرارات وتعتبر من معاويل هدم فكرة الأمن القانوني. بالرغم من افتراض المشروعية في القرار الإداري إلا أن يطعن ضده أمام القضاء، والأمر أولا وأخيرا يرجع إلى القاضي في تحديد الصفة الإلزامية أو التوجيهية للمدة المحددة للإدارة لاتخاذ قرارها، ويعتمد في ذلك على تحليل النص، فتكون ملزمة إذا كان النص يترتب البطلان في حالة صدور القرار خارج المدة المحددة أو كانت هذه المدة تتصل بحماية مصلحة جوهرية أراد المشرع تحقيقها من خلال روح النص، أما عدا ذلك فهي مدة توجيهية⁶.

1- المادة 96 من القانون 01/16 المتضمن تعديل الدستور الجزائري، مرجع سابق.

2- المادة 48 من قانون 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 ج ر عدد 37 الصادرة في 2011/07/03 المتضمن قانون البلدية.

3- قرار مجلي الدولة الفرقة الرابعة رقم 004911 فهرس 339 صادر بتاريخ 2002/07/15 نقلا عن د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، دار هومة، الجزائر، 2013، ص.300.

4- نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.268.

5- مصطفى أبو زيد فهي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.367.

6- د. محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ص.161.



المثال الذي نستطيع أن نوردده في هذا المجال ما نص عليه قانون البلدية الجزائري في المادة 56 هذا نصها: «... تصبح مداولات المجلس الشعبي البلدي قابلة للتنفيذ بقوة القانون بعد واحد وعشرين يوما من تاريخ إيداعها بالولاية»¹.

هذا النص يعطي مهلة للجهات الوصية على حق الاعتراض على أعمال الجهات المحلية (البلدية) وحددها المشرع بواحد وعشرين يوما، فإذا تجاوزت هذه المدة وأصدر الوالي اعتراضا على المداولة يعتبر اعتراضه باطلا، وعليه فإن المدة التي حددها المشرع للوالي من أجل الاعتراض هي مدة إلزامية.

(3) عيب عدم الاختصاص من حيث المكان:

يقصد بالمكان هو المجال الإقليمي الذي يزاول فيه الموظف أو الهيئة الإدارية للتوظيف الإدارية، فقد حدد المشرع لكل عضو إداري مجاله الجغرافي.

فإذا كان لرئيس الجمهورية أو الوزير الأول أو وزير أي قطاع مزاولة اختصاصاتهم على إقليم الدولة بأسره فإن البعض الآخر كالوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي ليس له ممارسة اختصاصاته إلا في إطار إقليم الولاية أو البلدية، وعليه إذا باشر أحد منهما اختصاصاته خارج النطاق الإقليمي المخصص له صدرت قراراته مشوبة بعيب عدم الاختصاص المكاني²، وقد أصدر مجلس الدولة الفرنسي قرارا بتاريخ 1926/02/03 في قضية "de paimpont" بأنه لا يجوز للسلطات المحلية أن تمارس نشاطها الضبطي خارج حدود نشاطها الإقليمي³.

ب- عيب عدم الاختصاص الجسيم:

اتفق الفقه والقضاء على إطلاق مصطلح اغتصاب السلطة على عيب عدم الاختصاص الجسيم⁴، ويترتب عن ذلك أن القرار لا يعتبر باطلا فحسب، بل معدوما تماما، فاقتدا لصفته الإدارية، ولذلك فلا يخضع لقواعد الميعاد وبالتالي فلا يتحصن بفوات ميعاد الطعن⁵، ذلك لأن مثل هذه القرارات تعد من الأعمال المادية. ولذلك لا يحوز على الصفة الإدارية والقانونية، وبالتالي لا ترتبط بآجال الطعن ونجد أن القضاء الإداري الفرنسي قد أخرجها من اختصاصه.

1- المادة 56 من القانون 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 ج ر رقم 37 الصادر في 2011/07/03 المتعلق بقانون البلدية.

2- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.367.

3- د. دلشاد معروف علي، رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط.1، 2016، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ص.106.

4- شريف أحمد يوسف بعلوشة، دعوى إلغاء القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010، ص.117.

5- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.361.



ولقد اختلف الفقهاء وتعددت وجهات نظرهم حول القرارات المعدومة، فيرى لافريار أن اغتصاب السلطة يكون في حالتين: الأولى إذا صدر قرار من فرد عادي لا علاقة له بالوظيفة الإدارية، والثانية في حالة ما إذا تعدت السلطة التنفيذية على اختصاصات السلطة التشريعية والسلطة القضائية، بينما أضاف رفايل أليبير *Raphael Alibert* حالة أخرى وهي اعتداء الحكومة المركزية على اختصاصات الهيئات اللامركزية¹. وتبدو أن هذه الإضافة الأخيرة قد تخلط الأوراق مما يجعل المغالاة في تحديد اغتصاب السلطة، باعتبار أن مثل هذه الحالة صنفت ضمن عيب عدم الاختصاص البسيط كما أشرنا إليه سابقا و لذلك فإننا نؤكد ما ذهب إليه الفقيه لافريار على الحالتين دون غيرهما، وعليه فإن القرارات التي تعد اغتصاب السلطة هي:

الحالة الأولى: صدور قرار من فرد عادي لا علاقة له بالوظيفة الإدارية: تتحقق هذا الحالة عندما يقوم شخص عادي لا يتمتع بصفة الموظف العام بممارسة اختصاص يدخل في اختصاص إدارة عمومية، فيكون هذا القرار منعما ولا يترتب عليه أي آثار قانونية².

وفي هذا الصدد أصدرت محكمة القضاء الإداري حكما بتاريخ 1953/12/16 هذا نصه: «أن العمل الإداري لا يفقد صفته الإدارية ولا يكون معدوما إلا إذا كان مشوبا بمخالفة جسيمة، ومن صورها أن يصدر القرار من فرد عادي»³، ومع ذلك فقد يحدث أن يصدر قرار من قبل فرد عادي من اختصاص الإدارة، ولا يعد اغتصابا للسلطة ولا حتى مشوب بعيب عدم الاختصاص⁴، إعمالا للنظرية التي ابتدعها القضاء الفرنسي (نظرية الموظف الفعلي) التي يمكن تطبيقها في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، حتى نضمن حقوق المواطن الذي تعامل معه بحسن نية من جهة، وضمان سير المرفق العام باستمرار وإطراد من جهة أخرى.

الحالة الثانية: صدور قرار من السلطة التنفيذية يعود في الأصل إلى اختصاص السلطة التشريعية أو إلى اختصاص السلطة القضائية.

● **الاعتداء على اختصاص السلطة التشريعية:** ويتحقق هذا الاعتداء عندما تقوم سلطة إدارية بإصدار قرارات هي من اختصاص السلطة التشريعية بموجب أحكام الدستور⁵، لأن الدستور هو الذي يوزع اختصاصات كل سلطة، وينظم العلاقة بينهم، وعليه فقد حدد الدستور الجزائري في المادتين 140 و141

1- مصطفى أبو زيد فهي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص.653.

2- شريف أحمد يوسف بعلوشة، دعوى إلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص.117.

3- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.362.

4- مصطفى أبو زيد فهي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص.656.

5- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.328.



مجال اختصاص السلطة التشريعية، فليس للسلطة التنفيذية أن تخترق هذا المجال فإن قراراتها تعد معدومة وكان لم تكن موجودة تماما.

• الاعتداء على اختصاص السلطة القضائية: من المعلوم أن اختصاصات السلطة القضائية هو الفصل في النزاعات بين الأفراد والجماعات، فإذا تدخلت السلطة التنفيذية في هذا المجال، كأن تفصل في نزاع حول ملكية أو حق من الحقوق، يعتبر هذا العمل اعتداء على اختصاص السلطة القضائية الذي يعد اغتصابا للسلطة، ويعتبر من الأعمال المادية التي لا ترتب آثار قانونية.

وقد أصدر مجلس الدولة الجزائري في هذا المجال قرار رقم 13772 بتاريخ 2002/08/14، هذا نصه: «حيث من الثابت من الوقائع أن البلدية تدخلت إذن في الفصل في نزاع قائم بين المستأنف عليه والمدخلين في الخصام حول التصرف أو لمن ترجع حيازة القطعة الترابية المذكورة أعلاه، حيث أن مثل هذه النزاعات من اختصاص الجهة القضائية»¹.

الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات:

الأصل أن المشرع عندما يلزم الإدارة بإتباع إجراءات أو أشكال معينة في القرار الإداري إنما يهدف بها إلى تحقيق هدفين في آن واحد، أولهما: توفير ضمانات للأفراد في مواجهة الإدارة في مقابل ما تملكه من سلطات واسعة² لتحقيق الصالح العام³.

وثانيهما الحيلولة دون وقوع الإدارة في التسرع والاستعجال في معرض اتخاذ قراراتها وقبل وزن الظروف والملابسات صونا لمصالح الإدارة وأفرادها معا⁴، وبهذا المعنى يكون المشرع قد وازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للأفراد، فقد زود الإدارة بسلطات واسعة من أجل تحقيق المصلحة العامة، وفي نفس الوقت وضع من الإجراءات والشكليات السابقة أو المعاصرة أو اللاحقة للقرار الإداري ما يجعل الإدارة تتفادى السرعة في إصدار القرارات التي قد تكون غير ملائمة، وبالتالي تمس حقوق الأفراد والجماعات.

تحقيقا لهذا الهدف المزدوج فإن الإدارة إذا ما خالفت الشكل والإجراءات المحددة بنص، تكون عرضة للإلغاء من قبل القاضي الإداري، وهو الوسيلة القانونية التي يملكها المتضرر من القرار الإداري في مواجهة

1- نقلا عن: محمد صغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ط2005، دار العلوم للنشر والتوزيع، ص.166.

2- من السلطات الواسعة التي تملكها الإدارة -الانفراجية في اتخاذ القرار- التنفيذ الجبري دون اللجوء إلى القضاء.

3- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.354.

4- د. عمرو عدنان، إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، رام الله، 2001، حقوق الطبع والنشر محفوظة للهيئة الفلسطينية المستقلة.



السلطات الواسعة للإدارة. ومن الشكليات والإجراءات التي يمكن أن تجعل القرار معيب، ويتخذها المتضرر كأساس لطلب إلغائه، والتي يمكن للإدارة أن تسطو عليها مايلي.

أولاً: عيب الشكل: ينحصر عيب الشكل في القرارات المكتوبة دون القرارات الشفوية والضمنية، ويقصد به عدم مراعاة الإدارة للشكليات المفروضة أثناء تحرير القرار الإداري¹، ومن صور وشكليات القرار الإداري نذكر ما يلي:

أ) تحرير القرار الإداري باللغة العربية: تعتبر اللغة مقوم من مقومات الشخصية الوطنية، وثابت من ثوابت الأمة، ومظهر من مظاهر السيادة، لذا حرص المشرع الجزائري أن تكون لغة التعامل الرسمية بين الهيئات الإدارية أو بين الإدارة والمواطن، أو التسيير الداخلي أن تكون باللغة العربية، وذلك ما نستشفه من خلال المادة 4 و5 من القانون 05/91 المعدل والمتمم، بحيث ألزم الإدارات العمومية والهيئات والمؤسسات والجمعيات بتحرير كل وثائقها ومحاضر اجتماعاتها باللغة العربية²، وبهذا المفهوم فإن الإدارة مقيدة في هذا المجال بأن تحرر قراراتها الإدارية باللغة التي حددها المشرع سواء كانت القرارات فردية أو تنظيمية، وإن هي خالفت النصوص القانونية فإن قراراتها تصاب بعيب الشكل مما يستدعي إلغائها، هذا لا ينفي وجود قرارات شفوية أو ضمنية، وإنما إذا كانت مكتوبة تكتب باللغة العربية.

لم يتوقف الأمر عند هذا الحد بإلزام المشرع الإدارات العمومية باستعمال اللغة العربية، وإنما حثها بالسهر على ترقيتها من خلال متابعة استعمالها في كل الإدارات التي تنتهي إليها، وذلك ما نصت عليه المادة 25 من نفس القانون 05/91 المعدل والمتمم³.

وقد أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 2002/02/11 ألقى فيه قرارا إداريا صادرا عن منظمة المحامين لناحية وهران الصادر في 1999/09/08، والذي رفض طلب المدعى أصلا المستأنف عليه في الالتحاق بسلك المحاماة، مبينا أساس إلغاء القرار بالإضافة على أنه غير مسبب فإنه محرر باللغة الأجنبية خلافا لنص المادة 03 من الدستور، والتي تنص على أن اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية⁴، ومن خلال نص المواد التي جاءت في القانون 05/91 المعدل والمتمم لا سيما المواد 32/33 منه فإن اللغة التي تحرر بها القرارات الإدارية تعتبر من النظام العام. ولهذا لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويمكن للقاضي أن يتصدى لهذا العيب من تلقاء

1- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ط2، 2012، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، ص.153.

2- القانون 05/91 المؤرخ في 1991/01/16 ج ر رقم 03 الصادر في 1991/01/16 المعدل والمتمم بالقانون 30/96 المؤرخ في 1996/12/21 ج ر عدد 81 الصادر بتاريخ 1996/12/22 المتضمن ترقية وتعميم استعمال اللغة العربية.

3- نص المادة 25 "تسهر المجالس المنتخبة و الجمعيات في حدود صلاحياتها على متابعة سير عملية تعميم استعمال اللغة العربية و سلامتها"

4- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.147.



نفسه حتى ولو لم يثيره الخصوم، كما يمكن للمتضرر أن يدفع به في أي مرحلة كانت من مراحل الخصومة الإدارية.

ب) تاريخ القرار الإداري: يعتبر التاريخ من البيانات الشكلية الهامة في القرار الإداري باعتباره يُحدد نطاق الاختصاص الزمني لمصدر القرار¹، كما أنه يحدد بداية مدة الطعن وعليه فليس التاريخ في ذاته يجعل القرار معيب وإنما غياب التاريخ في القرار الإداري يؤدي إلى نتائج غير مرضية، الأمر الذي يجعله عرضة للطعن.

ج) عدم احترام التوقيع أو التصديق أو الإشهار: يعتبر التوقيع والتصديق ميدانا واسعا لتطبيق نظرية عيب الشكل، لذلك فإن متلقي القرار يحدد صاحبه من خلال التوقيع عليه حتى يضيف عليه الصفة الرسمية، ويبين الموظف الذي أصدره²، مثل ما ورد في قانون البلدية 10/11 المادة 02/55 «... توقع هذه المداولات أثناء الجلسة من جميع أعضاء الحاضرين عند التصويت...»³.

كما يشترط تأشير السلطة الوصية على القرارات المتخذة تحت طائلة البطلان، وفي هذا الصدد أصدر مجلس الدولة قرارا بتاريخ 2003/01/21، الذي رفض تمسك المدعي بحقوق مكتسبة ناتجة عن قرار كانت مفتشية الوظيفة العامة قد رفضت التأشير عليه، وألغته بقرار رقم 583 بحجة أن إعادة إدماج المدعي في رتبة تقني سامي للتجهيز لم تكن قانونية، و بالتالي رفض الطعن لعدم التأسيس⁴.

أما الإشهار إذا نص القانون على ذلك فعلى الإدارة الالتزام بالإشهار، وكان القضاء الجزائري (المحكمة العليا) قد أبطل قرارا يتضمن تنازلا لأحد الأشخاص عن قطعة أرض مبررا قضائه هذا بعدم استيفاء شكلية الإشهار التي اعتبرتها المحكمة في ذات الحكم شكلية جوهرية من النظام العام⁵.

من خلال هذه النصوص والتطبيقات يظهر بجلاء أهمية الشكليات في القرار الإداري التي لا يمكن التغاضي عنها و تعد التي تضمن حقوق الأفراد من جهة وتبين حسن تدبير رجل الإدارة من خلال التروي في اتخاذ القرارات .

د) عدم تسبب القرار الإداري: سوف نتعرض لتعريف التسبب و أهميته و المراحل التي مر بها و نعرض في الأخير على موقف المشرع و القضاء من التسبب .

1-د. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.277.

2-بوالشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011

3- قانون 10/11 المؤرخ في 2011/06/22 ج ر عدد 37 الصادر في 2011/07/03 المتضمن قانون البلدية.

4-د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.150.

5-د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص.156.



1-تعريف التسبب: يقصد بتسبب القرار هو الإفصاح عن العناصر القانونية و الواقعية التي أستند إليها القرار الإداري سواء كان الإفصاح واجبا قانونيا او بناء على إلزام قضائي أو جاء تلقائيا من الإدارة¹، أو هو بيان الأسباب التي أدت إلى اتخاذ القرار الإداري، والأصل أن الإرادة غير ملزمة بتسبب القرار الإداري إلا إذا نص القانون على ذلك، عندئذ على الإدارة الالتزام بالنص القانوني²، و في هذه الحالة تكون قراراتها مشوبة بعيوب من العيوب الشكلية الجوهرية وهو عدم التسبب .

2-أهمية التسبب: للتسبب أهمية بالغة في القرارات الإدارية خاصة تلك القرارات التي تكون في غير صالح الموظف، حيث يتمكن المعني بالقرار التعرف على المخالفة المنسوبة إليه والتي من أجلها تمت معاقبته، وكذلك معرفة الأسباب الواقعية أو القانونية التي ينازعها القرار حتى يسهل على الموظف إعداد الدفوع اللازمة³، و يهدف التسبب إلى تبسيط الإجراءات الإدارية ضمانا لفعالية النشاط الإداري من جهة، و مراعاة حقوق و حريات الأفراد من جهة أخرى، و ذلك بتقرير ضمانات لهم قبل إصدار القرارات، و تجتهد الإدارة الحديثة في العمل على إتباع سياسة الوضوح الإداري و تحقيق الإصلاح الإداري، و يعتبر التسبب من أهم الوسائل الفنية التي تضمن تحقيق الوضوح الإداري⁴

إذن تسبب القرارات الإدارية يعتبر ضمانا لحقوق و حريات الأفراد مما يبين لهم بجلاء مراكزهم القانونية ويمكّنهم من اتخاذ الموقف المناسب اتجاهها، و يسهل الرقابة القضائية على الأسباب و الوقائع التي أدت إلى اتخاذ هذا القرار أو ذلك، إذ لا تأثر السرية الإدارية على ضمانات الأفراد فحسب، بل تساهم في تكريس الغموض الإداري الذي يتنافى و مبادئ الإدارة الفعالة، و لقد أدركت الدول المتقدمة هذه الحقيقة فسارعت إلى إتباع سياسة الوضوح الإداري التي من معالمها تمكين الأفراد من التعبير عن وجهة نظرهم قبل الشروع في العمليات و إبداء آرائهم قبل اتخاذ القرارات التي تؤثر على مراكزهم القانونية، و إقرار حقهم في الاطلاع على الوثائق الإدارية و التسبب الوجوبي لبعض أنواع القرارات⁵.

د.أشرف عبدالفتاح أبو المجد محمد-موقف قضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية –دراسة مقارنة-ط 2005 ب.د.ن. ص

¹ 91www.kotobarabia.com

2- نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.275.

3- محمد الأحسن، النظام القانوني للتأديب في الوظيفة العامة، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2015، ص.214.

⁴ د.أشرف عبدالفتاح أبو المجد محمد-موقف قضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية –دراسة مقارنة-ط 2005 ب.د.ن. ص

106 www.kotobarabia.com

⁵ بو كثير عبدالرحمان –عبي الإثبات في دعوى الإلغاء –أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1لسنة 2014 ص 104



كما يرى بعض الفقه و على رأسهم ريفيرو Riverro أن القرار الإداري المسبب يغدو تنفيذه أكثر سهولة و قبولا لدى المخاطبين به مما يقل احتمال مخاصمته¹.

3-مرحلة لا تسبب للقرارات الإدارية إلا بنص: إستقر الوضع لدى المشرع و القضاء الإداريين قاعدة "لا تسبب إلا بنص"، بمعنى أن الإدارة غير ملزمة بتسبب قراراتها ما لم يجبرها المشرع بذلك بواسطة نص صريح، هذا يعني في غير الحالات التي يجبر المشرع الإدارة بتسبب قراراتها فإن ذلك يبقى أمر جوازي. و عليه فإن الإدارة لا تغفل عن تسبب قراراتها في الحالات التي يلزمها المشرع، وإلا كانت قراراتها مشوبة بعيب من العيوب الشكلية الجوهرية و هو عيب عدم تسبب القرار الإداري.

من أمثلة النصوص التي تلزم الإدارة بتسبب قراراتها ما نجده في نص المادة 11 من قانون مكافحة الفساد الجزائري «لإضفاء الشفافية على كيفية تسيير الشؤون العمومية على المؤسسات والإدارات والهيئات العمومية أن تلتزم أساسا... بتسبب قراراتها عندما تصدر في غير صالح المواطن وتبين طرق الطعن المعمول بها»². أو المادة 53 من القانون المتعلق بالمحضر القضائي هذا نصها " ... و يفصل في الدعوى التأديبية في جلسة مغلقة بأغلبية الأصوات بقرار مسبب..."³.

بالرغم من ظهور نية المشرع في بعض النصوص لتحقيق مبدأ الشفافية الإدارية⁴ في تسيير الشأن العام، إلا أنه كان يتوقف ذلك على بعض القرارات الإدارية التي تكون في غير صالح المواطن، و في مجال محدود جدا خاص بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد و لا يمكن تعميمه في المجالات الأخرى، و البعض الأخر حتى و إن كانت تحمل جزاءات، إلا أن المشرع لم يحتمل الإدارة عناء تسبب قراراتها، و ذلك ما نستشفه من المادة 63 من قانون الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد، فبالرغم من العقوبات التأديبية التي يمكن اتخاذها و التي تصل إلى حد الإقصاء لمدة ستة أشهر و الشطب من الجدول⁵، إلا أن هذه القرارات تبقى غير مسببة.

وفي حالات أخرى سمح المشرع للإدارة السطو على بعض مبادئ القانون الإداري كمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية دون إلزامية التسبب كالسحب أو الإلغاء، و هذا من أخطر السلطات على الحقوق و الحريات، و

¹- وافية داهل-تسبب القرارات الإدارية-دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا-مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ع 11 جوان 2017 ص428

²- المادة 11 من قانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

³- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 ج.ر 14 الصادرة في 08/03/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي

⁴- يقصد بالشفافية الإدارية انفتاح الإدارة على الأطراف ذوي العلاقة قصد توفير المعلومات و جعل القرارات المتصلة الأوضاع الإدارية متاحة و منظورة و مفهومة

⁵- القانون 01/10 المؤرخ في 29/06/2010 ج.ر- ع 42 الصادرة في 11/07/2010 المتضمن مهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و



ذلك ما نستشفه من المادة 166 من المرسوم التنفيذي الذي يحدد شروط إدارة أملاك الدولة" يمكن للسلطة التي تسلم رخصة شغل المرفق شغلا خاصا أن تقرر إلغائه أو سحبه لسبب مشروع ، ولا يتحول هذا الإلغاء صاحب الرخصة المنزوعة منه الحق في المطالبة بأي تعويض..."¹

لقد درج مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق هذه القاعدة ردحا من الزمن من خلال عدة أحكام نذكر منها حكمه الصادر بتاريخ 1964/04/24 في قضية السيد Delahaye الذي أورد فيه أنه لا يلزم أن تكون قرارات اللجان المشتركة للقيود في قائمة شهر الأطباء مسببة ما دامت النصوص التشريعية واللائحية قد خلت مما يوجب ذلك.²

إذن تسبب القرارات الإدارية كان أمر جوازي للإدارة ما لم يوجد نص تشريعي أو تنظيمي صريح يجبر الإدارة بتسبب قراراتها، بمعنى أن القاعدة هي عدم التسبب و الاستثناء هو تسبب القرارات التي لا تكون في صالح المخاطبين بها ، و استثناء الإستثناء هو عدم تسبب القرارات الإدارية التي يستوجب تسببها خاصة التي تشكل خطرا على الحقوق و الحريات ، و في هذه المرحلة لم يكن التكفل كافي لحماية الحقوق و الحريات الأمر الذي يجعلنا نحكم بأنها مرحلة اللأمن القانوني.

4- مرحلة العدول عن قاعدة لا تسبب إلا بنص: من المسلمات أن النظام الديمقراطي ليس شعار يرفع فوق الرؤوس أو لافتات تعلق على الدور، وإنما هي واقع معاش تتجلى معالمه في لمبادئ المكرسة لا سيما في النشاط السياسي والإداري و من بين المبادئ التي تعمل الإدارة الحديثة على تحقيقها هو مبدأ الشفافية الإدارية، والتي لا تتأتى إلا في ظل فرض إلزامية تسبب ما تصدره الإدارة من قرارات، لتحسين العلاقة بين الإدارة و المواطن من خلال بناء الثقة المفقودة.

نظرا للدور الهام الذي يلعبه تسبب القرار الإداري في شفافية الإدارة، وسهولة الرقابة على أعمالها ، دفع بالفقه الفرنسي الى توجيه انتقادات لأذعة للقاعدة التقليدية "لا تسبب إلا بنص" مما أحدث تراجعا عن بعض المبادئ التقليدية و الأفكار البالية لزيادة ضمان لحقوق و حريات الأفراد.

+ العدول عن القاعدة في فرنسا: تمسك القضاء الإداري الفرنسي بالقاعدة التقليدية و لم يقبل أي استثناء عليها إلا نادرا كما هو الحال في حكم Billard الصادر في 1950 /01/27 وأكد هذا التوجه من خلال حكمه الصادر في lang 1973/01/26 أن الاستثناء من عدم التسبب ليست له سوى قيمة احتياطية و لا يرتقي الى

¹ - المرسوم التنفيذي 454/991 المؤرخ في 1991/11/23 ج.ر-ع 60 الصادرة في 1991/11/24 الذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها

² - د. خليف سالم الجهي-تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي. ص 14 <https://supremecourt.gov>



قيمة مبدأ قانوني عام¹ وقد شخص أحد الفقهاء الفرنسيين أن مبدأ عدم تسبب القرارات الإدارية إلا بنص بمثابة الداء الناجم عن شيخوخة مزمنة تعاني منها الإدارة ، يجعلها لا تواكب الواقع المعاش مما يؤدي بها إلى الاستبداد و التسلط و بالنتيجة تزداد المسافة الفاصلة بين الإدارة و المواطن والبعض الآخر من الفقهاء يقولون إننا نحس بشيء من الخجل إزاء غياب الديمقراطية في المجال الإداري، لا سيما ما يتعلق بحقوق الأفراد و حرياتهم و أن الإدارة من خلال سرية قراراتها وضعت نفسها في سجن كبير محاط بتقاليد بالية عملت على تقديسها دون إصلاح². بناء على هذه الانتقادات بدأ التشريع الفرنسي في إدخال بعض الإصلاحات في النظام القانوني ضمنا منه لحماية حقوق و حريات الأفراد.

أول ما ظهر عن الإصلاحات هو ميلاد نظام الوسيط الإداري من خلال قانون 73/06 المؤرخ في 1973/01/03 الذي يقوم بوظيفة تلقي شكاوى المواطنين، ليتدخل لدى الإدارة المعنية ليعلمها بواسطة تقرير خاص بالقصور أو الخطأ ، و في نفس الوقت يقدم لها اقتراحات و توصيات لحل المشاكل الإدارية ، و يقدم تقرير سنوي إلى رئيس الجمهورية يثبت فيه حصيلة عمله السنوي، و من خلاله يطلع السلطتين التشريعية و التنفيذية بالمشاكل الإدارية التي تناولها و التوصيات التي أصدرها³.

كان لهذا النظام الأثر المباشر في التشريع الفرنسي الأمر الذي جعله يتراجع عن التوجه التقليدي و ذلك من خلال إصدار نصوص تجبر الإدارة بتسبب قراراتها.

من بين النصوص القانونية التي تجبر الإدارة بتسبب قراراتها القانون 79/587 المؤرخ في 1979/07/11 ، فقد نصت المادة الأولى منه على ما يلي " للأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين الحق في إبلاغهم دون إبطاء بأسباب القرارات الإدارية الفردية الصادرة في غير صالحهم..."⁴، و يعتبر هذا النص بمثابة انقلاب على مفهوم القاعدة التقليدية بحيث تلزم الإدارة بتسبب قراراتها التي تكون في غير صالح المخاطبين بها، و ذكرت المادة بعض القرارات التي يجب تسببها على سبيل المثال لا الحصر لأن الأمر يتعلق بكل القرارات التي تضر بالمصالح الفردية ، منها القرارات التي تحد من ممارسة الحريات العامة أو التي تحمل عقوبة أو تلغي حقا مكتسبا، غير أن المادة الرابعة من نفس القانون المذكور استثنت حالات ثلاثة يمكن للإدارة أن لا تسبب قراراتها و هي حالة

¹ أ. وافية داهل تسبب القرارات الإدارية دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا - مرجع سابق ص 431

² د. خليف سالم الجهي - تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي. ص 20 - <https://supremecourt.gov>

³ د. أشرف عبدالفتاح أبو المجد محمد- موقف قضى الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبب القرارات الإدارية مرجع سابق ص 133/129

⁴ -- Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. J.O .R. F du 12/07/1979 p1711.

" Les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent....".



الاستعجال المطلق وقرارات السرية و القرارات الضمنية ، و وفق هاتين المادتين انقلبت القاعدة إلى استثناء ، و الاستثناء إلى قاعدة ، فالقاعدة هو تسبب القرارات الإدارية لا سيما القرارات الفردية ، و الاستثناء هو عدم التسبب ، و حتى هذه الأخيرة يمكن للمعني بالأمر أن يطلب إبلاغه بأسباب القرار الإداري ثم توالى من بعد ذلك النصوص في هذا المجال .

5- موقف القضاء و المشرع الجزائريين من العدول عن القاعدة القديمة: درج القضاء الإداري الجزائري على عدم إلغاء القرارات الإدارية التي لم يلزمها المشرع بالتسبب ، إلا أنه و في سابقة له بمناسبة حكمه 1999 في قضية بنك يونيون ضد محافظ بنك الجزائر جاء فيه " ...أن قرار رفض الاعتماد غير مسبب و هذا مخالف للمبادئ العامة للقانون التي تفرض تسبب القرارات الإدارية الصادرة ضد الأفراد¹ ، و جاءت قرارات مجلس الدولة تباعا تؤكد هذا الاتجاه على غرار الحكم الصادر في 2000/01/31 حيث نص " ...أن قضاة الدرجة الأولى قد عللوا قرارهم بإلغاء المقرر المتخذ من قبل الوالي أنه مجرد من ذكر أي سبب، مما يؤدي إلى القول بأنه غير شرعي... و هذا مبدأ عام للقانون لا يمكن تجاهله... مما يعد بمثابة مخالفة صريحة لمبادئ العامة للقانون"².

و في حكم آخر لمجلس الدولة الجزائري الصادر بتاريخ 2002/02/11 قد أقر بوجود تسبب كل القرارات الإدارية و قد وصف الدكتور عبدالقادر عدو هذا الحكم بالمغال فيه³.

من خلال هذه الأحكام القضائية يبدو أن القضاء الإداري أخذ على عاتقه عهدا للوقوف أمام استبداد الإدارة و جورها ، من خلال وضع ضمانات من الضمانات الأساسية لحماية حقوق الأفراد ، و ذلك بإلزام الإدارة ببيان الأسباب القانونية والواقعية التي أدت بها لاتخاذ القرار ، مما يعني أن القاضي الإداري يحكم بإلغاء القرار الإداري المخالف لهذا المبدأ و لو لم ينص عليه القانون ، وهي خطوة جريئة تحتسب للقضاء الإداري الجزائري بالرغم من التجربة المتواضعة له مقارنة بالقضاء في فرنسا.

أما المشرع الجزائري فبالرغم من اعترافه في المرسوم التنفيذي 131/88 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة و المواطن بحق الاطلاع على الوثائق الإدارية والتنظيمات والتدابير التي تسطرها و نشر التعليمات و المناشير و المذكرات و الآراء التي تهم المواطنين⁴ ، إلا أنه لم يصدر نص صريح يجبر الإدارة بتسبب قراراتها، و لكن بعد توقيع الجزائر على اتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد و مكافحته ، و إلى الميثاق الإفريقي لقيم و مبادئ

¹- وافية داهل -تسبب القرارات الإدارية-دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا- مرجع سابق ص 432

²- كامل سامية -تسبب القرارات الإدارية- أطروحة دكتوراه جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس 2018 ص 118

³-د عبد القادر عدو - المنازعات الإدارية ط 2 / 2014 دار هومة الجزائر ص 155

⁴-المرسوم التنفيذي 131/8 المؤرخ في 1988/07/4 ج ر ع 27 الصادرة في 1988/07/06 المتعلق بتنظيم العلاقات بين الإدارة و المواطن



الخدمة العامة و الإدارة، بدأ المشرع الجزائري يميل ببطء إلى إجبار الإدارة بتسبب قراراتها، كما هو مذكور سابقا في المادة 5/11 من القانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، الذي لم يتخذه كمبدأ عام كما هو الحال في القضاء الإداري، وتعتبر القرارات التأديبية الميدان الواسع لتطبيق شكلية التسبب في القرار الإداري باعتبار أن المشرع نص عليه في المادة 165 من الأمر 03/06 المتعلق بالوظيفة العامة، هذا نصها: «تتخذ السلطات التي لها صلاحيات التعيين بقرار مبرر العقوبات التأديبية من الدرجة الأولى والثانية بعد حصولها على توضيحات كتابية من المعني»¹، بمعنى أن السلطات الإدارية التي تقرر تأديب موظف عليها أن تبرر قراراتها من خلال ذكر الأسباب الواقعية والقانونية التي ارتكزت عليها لإصدار قرار التأديب، وإلا كان قرارها التأديبي مشوب بعيب عدم التسبب.

في هذا الصدد قد أصدر مجلس الدولة الجزائري قرار بتاريخ 2005/02/15 هذا نصه: «حيث أنه يتبين بعد الاطلاع على القرار المطعون فيه بالإلغاء، وعلى محضر لجنة التأديب أنه لا يذكر بصفة واضحة ما هي الأفعال التي سببها المستأنف عليه، والتي تم تكييفها حسب العقوبة المسلطة عليه بأخطاء من الدرجة الثالثة، وبالتالي قضاة الموضوع لم يتمكنوا من مراقبة مدى مشروعية الأسباب التي أدت إلى اتخاذ القرار المطعون فيه، كما أنهم لم يتمكنوا من تقدير الوقائع المنسوبة للمستأنف عليه، وهل قدرت تقديرا صحيحا ومتناسبا، وعليه ينبغي القول بأن قضاة الموضوع لما قضوا بإلغاء قرار العزل لعدم تسببه تسببا كافيا فإنهم قدروا الوقائع تقديرا سليما وطبقوا القانون»².

في نفس الإطار جاء نص المادة 62 من القانون المتعلق بالتهيئة والعمران هذا نصها "لا يمكن رفض طلب رخصة البناء أو التجزئة أو الهدم إلا لأسباب مستخلصة من أحكام هذا القانون، و في حالة الرفض أو التحفظ يبلّغ المعني بالقرار الذي اتخذته السلطة المختصة على أن يكون معللا قانونا"³.

و ما يعاب على المشرع الجزائري هو هذا التحول الذي لم يكن عن قناعة داخلية تولدت بعد نقاش فقهي كبير كما هو الحال في فرنسا، و إنما جاء هذا التحول بعد انضمام الجزائر لاتفاقية الأمم المتحدة للوقاية من الفساد و مكافحته، وكذلك إلى الميثاق الإفريقي لقيم و مبادئ الخدمة العامة و الإدارة بعد

1- المادة 165 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 ج ر عدد 46 الصادرة بتاريخ 2006/07/16 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

2- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 150/149.

3- القانون 29/90 المؤرخ في 1990/09/10 ج ر ع 52 الصادرة في 1990/12/02



المصادقة عليه بالمرسوم الرئاسي 415/12 حيث نصت المادة الأولى منه " يصدق على الميثاق الإفريقي لقيم و مبادئ الخدمة العامة و الإدارة المعتمد بأديس أبابا بتاريخ 2011/01/31"¹.

وهذه النصوص والأحكام القضائية تكون ثورة أعلنت على القاعدة التقليدية، مما جعل الأمور تنقلب رأساً على عقب، بحيث أصبح الاستثناء قاعدة أساسية واعتبرها القضاء الإداري من المبادئ العامة للقانون التي تشل يد الإدارة عن الاستبداد والظلم والغموض في إصدار قراراتها، على أن توضح بجلاء الأسباب الواقعية أو القانونية التي دفعها لمثل هذه التصرفات.

ثانياً: عيب الإجراءات:

يتعين على الإدارة قبل إصدار قراراتها أن تحترم الإجراءات والترتيبات التي ألزم القانون إتباعها²، باعتبار أن هذه الإجراءات تعد بمثابة الضمانات التي لا يمكن للإدارة أن تسطو عليها، ويظهر من خلالها شفافية العمل الإداري و نجاعته، كما يعطي صورة واضحة للتسيير الإداري الراشد والحكيم، ومن بين هذه الإجراءات نذكر ما يلي:

أ- الاستشارة المسبقة لصدور القرار الإداري: هو من أهم الإجراءات التي تقوم به الإدارة قبل إصدارها للقرار الإداري، فقد تنظم بعض القوانين إجراء عملية الاستشارة قبل إصدار بعض القرارات الإدارية³، ويجب أن نميز بين نوعين من الاستشارة، الاستشارة الاختيارية، والاستشارة الوجوبية.

1- الاستشارة الاختيارية: يمكن للإدارة أن تلجأ إلى استشارة هيئة أخرى قبل أن تتخذ قرارها دون أن يلزمها القانون بذلك⁴.

2- الاستشارة الإلزامية: يتجلى هذا النوع من الاستشارة عندما يصدر نص قانون يلزم الإدارة أن تلجأ إلى استشارة جهة إدارية أخرى قبل إصدار قرارها⁵، مثل ما نصت عليه المادة 165 الفقرة 2، هذا نصها: «... تتخذ السلطات التي لها صلاحيات التعيين العقوبات التأديبية من الدرجة الثالثة والرابعة بقرار مبرر بعد اخذ الرأي الملزم من اللجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة المجتمع كـمجلس تأديبي...»⁶.

¹ -المرسوم الرئاسي 415/12 المؤرخ في 2012/12/11 ج ر ع 68 الصادرة في 2012/12/16 المتعلق بالتصديق على الميثاق الإفريقي

2- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.155.

3- د. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، ط2013، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.145.

4- د. محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص.331.

5- د. محمد الصغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، ط2005، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص.172.

6- المادة 165 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العامة، مرجع سابق.



لذا فإن الاستشارة الوجوبية هي التي ينص عليها القانون ، فتكون ملزمة للإدارة وإلا كان قرارها باطلا ولا يلزم المشرع الإدارة بإتباع إجراء معين إلا لأهميته البالغة في إصدار القرار، فمن جهة يقدم ضمانات لحقوق الأفراد، ومن جهة أخرى عدم انفراد الإدارة في اتخاذ القرار، بالإضافة إلى التروي وعدم الدخول في الاستعجال لاتخاذ القرار، والاستشارة الوجوبية بدورها تنقسم إلى قسمين: الاستشارة ذات الرأي الملزم، أو الرأي المطابق للاستشارة ذات الرأي على الملزم.

● الاستشارة ذات الرأي المطابق: يتمثل الإجراء الاستشاري في وجوبية استطلاع رأي جهة أخرى مع ضرورة التزام الإدارة برأي تلك الجهة¹، فيكون رأي الإدارة مطابقاً لرأي الجهة التي استشارتها عند إصدار القرار، وهذا ما نجد تطبيقه في المادة 41 من المرسوم التنفيذي 176/91².

● الاستشارة ذات الرأي غير المطابق: وتتمثل في وجوبية الإجراء الاستشاري لجهة إدارية أخرى قبل إصدار القرار، لكن الإدارة حرة في أن تأخذ برأيها أم لا مما يجعل رأيها غير ملزم ونجد تطبيق هذا الإجراء في المادة 202 من المرسوم التنفيذي رقم 276/91 فهذه المادة تشترط على الوزير مراعاة هذا الرأي في اتخاذ القرارات الخاصة بكل ما يتعلق بالصيدلية والمهنة الصيدلانية دون أن يكون هذا الرأي ملزم للوزير³، في هذه الحالة يكون قرار الوزير معيب إذا لم يتقيد بالإجراء الاستشاري كإجراء، أما الرأي فهو غير ملزم، فالوزير حر في ذلك أخذ به أم لم يأخذ.

وترى محكمة القضاء الإداري المصري في قراراتها أن إغفال عرض الترقيات على لجنة شؤون الموظفين ولو أن رأيها غير ملزم للوزير، إلا أن ذلك لا يسوغ بحال عدم أخذ الرأي لما يترتب على ذلك من إغفال الضمانة التي أريد تحقيقها من إنشاء تلك اللجنة لتكون بجانب الوزير عند البث في أمر الترقيات ، وعلى الخصوص ما كان منها في نسبة الاختيار لتمده بالمعلومات الصحيحة عن المرشحين للترقية، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد انطوى على مخالفة قانونية تعيبه بعبء جوهري و لذلك يتعين إلغاؤه...⁴

ب - التقرير والتحقيق المسبق: يظهر هذا الإجراء بجلاء في مجال التأديب في الوظيفة العامة، وفي مجال نزع الملكية للمنفعة العامة، فقد ألزم المشرع الإدارة العمومية قبل إصدارها لقرار نزع الملكية بعدة إجراءات

1- د. محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص.332.

2- المرسوم التنفيذي 176/91 المادة 41 المؤرخ في 1991/05/28 ج ر عدد 26 الصادر في 1991/06/01، الذي يحدد كفاءات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم ورخصة البناء وشهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك.

3- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.158.

4- د. مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، مرجع سابق، ص.700.



مسبقة، ونظرا لخطورة العملية أحاطها المشرع بعدة ضمانات تحول دون تعسف الإدارة في نزع الملكية، وذلك ما نستشفه من المادة 3 و 4 من القانون 11/91 المتعلق بنزع الملكية¹، نذكر منها:

- التصريح بالمنفعة العامة.
- تحديد كامل للأمالك والحقوق المطلوب نزعها.
- تقرير عن تقييم الأمالك والحقوق المطلوب نزعها.
- تعيين لجنة لإجراء تحقيق يكون قرار فتح التحقيق موضوع إشهار في مقر البلدية مع تحديد بداية التحقيق وانتهائه تحت طائلة البطلان²، وانطلاقا من هذه المواد يسلط القاضي رقابته على هذه الإجراءات المسبقة وفي حالة تم الإغفال عنها يحكم بإلغاء القرار. ونجد عدّة تطبيقات للقضاء الجزائري نذكر منها قرار المحكمة العليا الصادر في قضية (ق.ع) ضد (ر ب) بولاية البويرة ومن معه هذا نصه: «حيث أنه يتضح من الوثائق والمستندات المرفقة بالملف بأن التحقيق المسبق... قد تم بالمقرر رقم 835 وهذا تبعا لمداولة بلدية بيت لعزي التي تحمل رقم 87/76 وأن الإجراء المتبع من طرف الإدارة كان مطابقا لمقتضيات الأمر السابق الذكر، وأنه يتعين نتيجة لذلك التصريح بعدم تأسيس الطعن»³.

من خلال هذه القضية تظهر رقابة القاضي للإجراءات المسبقة و التي تبين له من الوثائق المرفقة بالقضية بوجود الإجراء المسبق و بالتالي حكم بعدم التأسيس ونستفيد من هذا الحكم أنه لو اكتشف القاضي سطو الإدارة على هذا الإجراء لحكم ببطلان القرار الطعون ضده.

كما نصت المادة 171 من قانون 03/06 المتضمن قانون الوظيفة العامة: «يمكن للجنة الإدارية المتساوية الأعضاء المختصة المجتمعة كمجلس تأديبي طلب فتح تحقيق إداري من السلطة التي لها صلاحيات التعيين قبل البث في القضية المطروحة»⁴، فهذه المادة تسمح للجنة المتساوية الأعضاء أن تطلب من السلطة الإدارية التي لها صلاحيات التعيين والتأديب في آن واحد أن تفتح تحقيقا للكشف عن ملبسات القضية عندما ترى غموض وشكوك حول إمكانية إنتهاك حقوق الموظف فتبادر بهذا الإجراء لتعطي للعملية بعدا أمنيا تجعل الموظف في مأمن من التعسف.

1- المادتين 3 و 4 من القانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 ج ر عدد 21 الصادر في 08/05/1992 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

2- المادة 6 المرجع نفسه.

3- بعوني خالد، منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في النظام القانوني الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1، 2010/2011 ص.65.

4- القانون 03/06 المتعلق بالوظيفة العامة، مرجع سابق.



ج- عدم الإخلال بحق الدفاع: يعتبر حق الدفاع من الحقوق الأساسية وضمانة جوهرية لتحقيق التوازن بين الاتهام ومبدأ أصل البراءة، ولقد اهتمت معظم التشريعات لتجسيد هذا الحق لتمكين المتهم من دحض الادعاءات التي وجهت إليه، من أجل إثبات براءته أو الكشف عن ملابسات القضية، وإظهار الظروف التي أحاطت بها ودفعت به إلى ارتكاب الخطأ لتخفيف العقوبة عنه، أو يكشف عن عامل من عوامل عدم المسؤولية، لذا سوف نتعرض لهذا الإجراء بشيء من الإسهاب نظرا لما يحمله من ضمانات من جهة في حالة تجسيده، وما يحمل من خطورة إذا أغفلت عنه الإدارة على المراكز القانونية .

1- تعريف حق الدفاع: اختلف الفقهاء في تعريفهم لحق الدفاع ذلك لاتصاله بعدة مصطلحات كحق الحضور والوجاهة، ولم يوضع له تعريف جامع ومانع لذلك يمكن رصد عدة تعاريف نذكر منها:

- تمكين الموظف المتهم من الرد على ما هو منسوب إليه من التهم بالوسائل المشروعة الممكنة¹.
- لقد عرف فقهاء القانون الإداري الدفاع على أنه حق الموظف في الرد على ما هو منسوب إليه من وقائع وأدلة اتهام بالوسائل الممكنة².

وفي الجزائر حظي حق الدفاع باهتمام واسع النظير إيماننا من السلطات بالضمانة التي يقدمها للمتهم، فقد وفرت له الحماية القانونية والقضائية في جميع المجالات.

2- القيمة الدستورية لحق الدفاع: اهتم المشرع الدستوري بحق الدفاع عبر جميع دساتير الجزائر، فلقد نصت عليه المادة 61 من دستور 1963، والمادة 176 من دستور 1976 والمادة 142 من دستور 1989 والمادة 151 من دستور 1996 والمادة 169 من دستور 2016 كلها اتفقت على أن حق الدفاع معترف به، حق الدفاع مضمون في القضايا الجنائية، فهذه النصوص تلزم السلطة الإدارية و السلطة القضائية عدم الإغفال عن هذا الإجراء، وإلا جعلت قراراتها مشوبة بعيب في الإجراءات مما يجعلها مهددة بالإلغاء.

أما على مستوى التشريع العادي فنجد المادة 169 من قانون الوظيفة العامة تنص على أنه يمكن للموظف المتهم أن يقدم ملاحظات كتابية أو شفوية أو يقدم شهود أو يستعين بمدافع آخر يختاره بنفسه³، ويعتبر من وسائل حق الدفاع ما نصت عليه مواد قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري لا سيما المادة

1- أحمد جهاد نافع عياش، ضمانات المسائلة التأديبية للموظف العام، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ص.14.

2- عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المسائلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص.72.

3- المادة 169 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة، مرجع سابق.



3 في الفقرة 3 (... يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية...)¹، وهو المبدأ الذي يحقق مقتضيات حق الدفاع، وذلك من خلال مواجهة كل طرف في القضية بالادعاء والأدلة، كما تضم ق إ م إ وسائل أخرى في المواد من 838 إلى 842 غرار المادة 43 التي تنص على أنه عندما يتبين للقاضي أن الحكم يمكن أن يكون مؤسسا على وجه مثار تلقائيا يعلم الخصوم قبل جلسة الحكم بهذا الوجه ويحدد الأجل الذي يمكن فيه تقديم ملاحظاتهم على الوجه المثار.²

3- الحماية القضائية لحق الدفاع: إن الهدف الذي يسعى القضاء تحقيقه من وراء تسليط رقابته على الأعمال الإدارية هي حماية المصلحة العامة انطلاقا من التأكد من مشروعية العمل الإداري وتحقيق نوع من التوازن بين المواطن والإدارة، في مقابل ما لديها من امتيازات السلطة العامة، بالإضافة إلى الكشف عن مواطن الخلل في الأجهزة الإدارية، ولذلك دور القضاء يتمثل في توفير الضمانات الحقيقية في مقابل الأعمال الإدارية، وحماية منه لحق الأفراد في الدفاع عن ما هو منسوب إليهم فقد جسد هذه الحماية في عدة قرارات نذكر منها:

- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2004/04/02 في قضية م. ع ضد والي ولاية سكيكدة، حيث قضى أن استدعاء الموظف المحال على لجنة التأديب يعتبر إجراءً جوهريا يدخل ضمن حقوق الدفاع، وكان على الإدارة المستخدمة أن تتأكد من ذلك قبل اتخاذ العقوبة التأديبية في حق المعنى.³

- قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1990/04/21 في القضية بين (ف. م)، ووزير العدل، حيث نصت على أنه من المقرر قانونا أنه يحق لكل موظف الذي يحال على لجنة الموظفين التي تجتمع في مجلس تأديبي أن يطلع على ملفه التأديبي فور شروعه في إجراءات القضية التأديبية، وعليه فإن قرار الفصل في قضية الحال المتخذ دون احترام المقتضيات القانونية، وبالتالي استوجب إبطال القرار.⁴

فيظهر من خلال هذه القرارات أن القضاء الجزائري لم يدخر أي جهد في حماية المواطن من تعسف الإدارة من خلال إلغاء القرارات الإدارية التي أغفلت فيها عن الإجراءات التي ألزمها القانون بإتباعها قبل تسليط العقوبة على الموظف، كحق الدفاع الذي يعتبر من أقدس الحقوق، وبقيه وسائله كالحضور والاطلاع

1- المادة 3 من قانون 08/03 الصادر

2- المادة 143 من 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 يتضمن ق إ م إ ج رقم 21 الصادر في 2008/04/23.

3- عدو عبد القادر، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 158.

4- حمايتي صباح، الآليات القانونية لمواجهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، 2014، ص. 123.



على الملف واستدعاء المعنى بالأمر ، وترك مدة لتقديم ملاحظاته، كلها ضمانات لتحقيق فكرة الأمن القانوني في القرارات الإدارية.

المطلب الثاني: المشروعية الداخلية للقرار الإداري : القرار الإداري له وجهان: وجه خارجي، وهو الذي تناولناه بالدراسة من خلال الرقابة على المشروعية الخارجية، ووجه آخر داخلي وهو جوهر القرار الإداري، فالقاضي عندما يتأكد من مشروعية الوجه الخارجي للقرار ينتقل ليغوص في جوهر القرار الإداري، فقد يكون معيبا في محتواه أو قائما على أسباب واهية لا أساس لها، أو قد ينحرف عن الهدف الذي وجد من أجله وهو الأمر الذي يجعل حالة اللا أمن في القرارات الإدارية. وإذا كانت الرقابة على المشروعية الخارجية للقرار الإداري سهلة ميسورة نظرا لوضوح العناصر الخارجية المكونة للقرار ، فإن التنقيب في مشروعية جوهر القرار الإداري لم ولن تكون سهلة، ويرجع ذلك إلى العناصر المكونة للوجه الداخلي للقرار الذي يتسم بالصعوبة والتعقيد.

لذا سوف نتطرق إلى أسلوب القاضي الإداري في هذه الرقابة و الأسس المعتمد لإلغاء القرارات غير المشروعة، حماية للمراكز القانونية و درء للأضرار التي تسببها القرارات المعيبة و وقوفا أمام سوء استعمال امتيازات السلطة العامة و ذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع:

الفرع الأول: عيب مخالفة القانون. الفرع الثاني: عيب السبب. الفرع الثالث: عيب الغاية.

الفرع الأول: عيب مخالفة القانون:

تاريخيا نجد عيب مخالفة القانون ظهر بعد عيوب الأركان الخارجية للقرار الإداري، وكان يسمى بعيب مخالف الحقوق المكتسبة إلى أن استقرت تسميته بعيب مخالفة القانون¹، ويستوي عندها إن كانت القواعد مكتوبة كالدستور والتشريع أو التنظيمات أو القواعد غير المكتوبة المستمدة من العرف أو القضاء، فصدور القرار مخالفة للقانون بمفهومه الواسع يوصف بأنه معيب بعيب مخالفة القانون².

وعيب مخالفة القانون هو في حقيقة الأمر يتعلق بجميع عيوب أركان القرار الإداري لأن مخالفة الاختصاص والأشكال والإجراءات والسبب والغاية من المحل هي مخالفة للقانون بالمعنى الواسع، غير أن الفقه والقضاء الإداريان درجا على استخدام مصطلح مخالفة القانون بالمعنى الضيق، بحيث يرتبط بعيب المحل القرار الإداري فقط³، وعليه يكون مصطلح مخالفة القانون بالمفهوم الضيق مرادف لكلمة محل القرار

1- خليف ياسمين، رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011، ص.64.

2- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري، وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، 2014.

3- أحمد هنية، عيوب القرار الإداري، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص.53.



الإداري اصطلاحاً، ويقصد بالمحل هو الأثر القانوني الذي يترتب عن صدور القرار الإداري، أي محتوى القرار¹، ويأخذ عيب مخالفة القانون ثلاث صور: المخالفة المباشرة للقانون، والمخالفة غير المباشرة، وعيب عدم تطبيق القانون.

أولاً: المخالفة المباشرة لأحكام القانون: ويقصد بها أن الإدارة تقوم بإصدار قرار يتعارض مع القانون بمفهومه الواسع، سواء القيام بعمل يمنعه القانون أو الامتناع عن عمل يوجبه القانون، بمعنى آخر مخالفة القانون إما إيجاباً أو سلباً².

1- المخالفة الإيجابية للقانون: تتحقق هذه الصورة من صور عيب مخالفة القانون عندما تقوم الإدارة بعمل يتعارض مع القاعدة القانونية مهما يكن مصدرها سواء الدستور أو القانون العادي أو التنظيمات أو المبادئ العامة أو العرف أو القضاء³.

ومثاله ما نصت عليه المادة 60 من قانون البلدية: «لا يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة أو كوكلاء حضور المداولة التي تعالج هذا الموضوع وإلا تعد هذه المداولة باطلة»⁴.

في هذه المادة يمنع المشرع على كل عضو في المجلس الشعبي البلدي بما فهم الرئيس حضور مداولة موضوعها يتعارض مع مصلحة أي واحد منهم، فإن خالفت الإدارة هذا النص وأصدرت هذه المداولة بحضور الذين منعتهم القاعدة القانونية فإن مصير هذه المداولة البطلان، وقياساً على هذا المثال فإن الإدارة إذا أصدرت قراراً إدارياً يتعارض مع القانون كان مشوباً بعيب مخالفة القانون يستوجب إلغائه أو سحبه.

ونجد تطبيقات للقضاء الجزائي في هذا المجال، وهو القرار الذي أصدرته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الصادرة بتاريخ 1982/06/26 حيث قضى بإبطال قرار بلدية القبة الصادر بتاريخ 1981/05/19 لمخالفته مبدأ الحقوق المكتسبة المكرسة قضاءً، فلا يمكن للإدارة سحب قرار أنشأ حقوقاً مثل قضية الحال، بحيث منح المدعي رخصة بناء ينتج عنه حقوق وبالتالي هذا القرار صحيح ولا يمكن سحبه⁵.

1- ارجع إلى المطلب الأول من المبحث الأول من الفصل الثاني للبيان الأول.

2- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.168.

3- نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.299.

4- المادة 60 من قانون 10/11 المتضمن قانون البلدية، مرجع سابق.

5- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري، وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، رسالة ماجستير، جامعة الوادي، 2014، ص.124.



2- المخالفة السلبية للقانون: وتتحقق هذه الصورة عندما ترفض الإدارة إصدار قرار إداري رغم توفر الشروط و الظروف اللازمة التي فرضها المشرع¹. ومن أمثلة المخالفة السلبية، امتناع الإدارة منح ترخيص لأحد الأفراد رغم توافر كل الشروط القانونية إذا كان القانون يلزمها بمنح الترخيص في هذه الحالة².

وغالبا ما تحدث هذه المخالفات عندما لا تتأكد الإدارة من وجود القاعدة القانونية، إما بسبب كثرة التعديلات مما يثير البحث عن القاعدة الملغية والقاعدة التي لا تزال سارية المعقول، وإما يرجع ذلك إلى طبيعة القاعدة العرفية أو القضائية التي تكون غير مكتوبة مما يدفع إلى الشك في وجودها وإثباتها³، فالتعديلات المتكررة للقواعد القانونية تتعارض مع مبدأ الاستقرار الذي يجعل وجود القاعدة القانونية لمدة طويلة نسبيا حتى يطمئن لها الجميع و ترسخ في أذهان المواطنين و العاملين في الحقل الإداري معا.

ثانيا: المخالفة غير المباشرة للقانون: وتتمثل هذه الصورة في حالة وجود خطأ في تفسير القاعدة القانونية فيصدر قرار بناء على تأويل يتعارض مع مضمون القاعدة القانونية⁴. وقد تأخذ هذه الصورة حالتين إما عمدية أو غير عمدية:

1- الخطأ غير العمدي في تفسير القانون: وتتحقق هذه الصورة عندما يعتري القاعدة القانونية غموض وإبهام مما يؤدي بالإدارة إلى تأويل غير الذي يريده المشرع⁵، ولذلك فمن موجبات الأمن القانوني أن تكون القاعدة القانونية واضحة وغير معقدة وسهلة الفهم، وهذه هي الوسائل المساعدة في الوصول المعنوي إلى القاعدة القانونية كما أشرنا إليه آنفا. وعليه يتطلب من المشرع أن يبتعد عن استعمال المصطلحات التي تجعل القانون غير مفهوما أو معقدا، وفي حقيقة الأمر في هذه الحالة تعذر الإدارة عن الخطأ الذي تقع فيه باعتبار أن النص الغامض يكثر فيه التأويل مما يجعله يفسر إلى عدة أحكام متعارضة و هو الأمر الذي يحدث حالة اللامن القانوني.

2- الخطأ العمدي في تفسير القانون: قد تلجأ الإدارة إلى تفسير القاعدة القانونية تفسيراً خاطئاً يبعدها عن المعنى الذي أراده المشرع أو إلى احترام المباني واختلاف المعاني، أي اختلاف روح القانون الأمر الذي يجعله يختلط مع عيب الانحراف بالسلطة، ومن أمثلة هذه الصورة إصدار قرار بأثر رجعي معلنة أنه قرار تفسيري

1- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 170.

2- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري، وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، مرجع سابق، ص. 125.

3- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 393.

4- د. محمد صغير بعلي، الوجيز في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 171.

5- عائشة غنادرة، دور القاضي الإداري، وحدود سلطاته في رقابة المشروعية، مرجع سابق، ص. 126.



لقرار آخر سبق صدوره للتحايل على قاعدة عدم رجعية القرارات الإدارية¹، وتلجأ الإدارة إلى مثل هذا الأسلوب في التحايل لكي تعتدي على الاختصاص الزمني الذي لا يدخل في مجالها، فتصدر قرارات تخاطب بها حالات قبل إسنادها هذا الاختصاص، فتباغت بها مراكز قانونية نشأت من قبل.

ثالثا: مخالفة تطبيق القاعدة القانونية: إذا ما كان تطبيق القاعدة القانونية متوقف على قيام حالة واقعية معينة، فالإدارة لا يمكنها أن تصدر قرارا إداريا إلا بتحقيق هذه الواقعة فعلا، وبالشروط التي بيّنها القانون²، لكن ليست كل الحالات الواقعية ظاهرة وواضحة الأمر الذي قد يلبس لدى الإدارة فيدفعها إلى تطبيق قاعدة قانونية على غير الحالة التي قصدتها المشرع، أو قد تتوافر على الشروط اللازمة لتطبيق القاعدة القانونية على الحالة التي وضعت لها³.

وعليه فإن مخالفة الإدارة في تطبيق القاعدة القانونية لا تخرج عن ثلاث حالات:

• الحالة الأولى: وهي الحالة التي تستند فيها الإدارة إلى نص قانوني عند إصدار القرار غير النص القانوني الواجب التطبيق.

• الحالة الثانية: وهي الحالة التي تغفل فيها الإدارة عن تطبيق نص قانوني موجود.

• الحالة الثالثة" وهي الحالة التي تستند فيها الإدارة على نص قانوني ملغى⁴.

هذه الحالات الثلاث سواء كان خطأ في القياس أو إسقاط قاعدة قانونية على غير الواقعة التي أنشئت من أجلها، أو امتداد تطبيق قاعدة قانونية في غير محله، كلها تجعل المتضرر أن يؤسس عليها دعواه أو القاضي الإداري يؤسس عليها حكمه وتجعل من القرار الإداري معيبا في محله مما يستدعي إلغائه، ولهذا يجب على الإدارة قبل إصدار أي قرار إداري أن تراعي مقتضيات القواعد القانونية مهما يكن مصدر هذه القاعدة حتى لا تسقط في فخ التعارض و التناقض.

وللقضاء الجزائري تطبيقات في هذا المجال كالقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16/07/1965

حيث أخطأ المحافظ (الوالي حاليا) عندما قام بإلحاق ملكية خاصة بأملالك الدولة استنادا للمرسوم 388/63 المتضمن تأميم الأملاك الزراعية في حين أن الأمر يتعلق بفيلا وليس بملكية زراعية⁵.

1- د. أحمد هنية، عيوب القرار الإداري، مرجع سابق، ص. 55.

2- د. دلشاد معروف علي، رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط. 1، 2016، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، ص. 174.

3- نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 302.

4- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 170.

5- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 156.



الفرع الثاني: عيب السبب:

قبل أن يستقر رأي جل الفقهاء على فكرة عيب السبب كوجه لإلغاء القرارات الإدارية ثار جدال بين الفقهاء بين منكر ومؤيد لفكرة عيوب القرار الإداري التي تصيب سببه و انقسموا إلى اتجاهين منكر و مؤيد.

أولاً: الاتجاه المنكر لعيب السبب في القرار الإداري: أنكر جانب من الفقه الفرنسي فكرة السبب كركن في القرار الإداري باعتبار السبب حالة نفسية وبواعث تسبق صدور القرار ولا تدخل في تكوينه، أما مجلس الدولة الفرنسي كان يبرر إلغاء القرارات الإدارية على أساس عيب الاختصاص في حالة السلطة المقيدة وعلى أساس الغاية في حالة السلطة التقديرية، أما الفقهان فيدال وهوريو فقد نفيا وجوب عيب السبب كوجه مستقل بذاته، إنما يدخل ضمن مخالفة القانون¹.

فهذا الاتجاه لا يعترف بعيب ركن السبب كوجه من وجوه إلغاء القرارات الإدارية، وحصروه في أربعة أركان فقط، وحثهم في ذلك أن السبب لا يتعلق بالقرار الإداري، وإنما هو قناعة تتعلق بالموظف الذي اقتنع وأصدر القرار، فالسبب يرجعونه إلى العامل النفسي.

ثانياً: الاتجاه المؤيد لعيب السبب في القرار الإداري: أقر هذا الاتجاه بوجود عيب السبب كوجه مستقل بذاته من أوجه إلغاء القرار الإداري ، ويعتبرون أن العبارة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها الواردة في المادة العاشرة من المحكمة العليا يقصد بها عيب السبب لأنه ورد في هذا النص عيبين يختلف كل واحد عن الآخر: عيب مخالفة القانون، وعيب السبب².

ومن جانبنا نساند الاتجاه الثاني الذي يقر بوجود عيب السبب كوجه مستقل عن بقية الأوجه لإلغاء القرار الإداري، لأنه يفترض أن لكل قرار سبب دفع رجل الإدارة أن يتدخل، هذا السبب هو سابق على إصدار القرار وخارج عن إرادة الموظف صاحب الاختصاص هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه بالرغم من العلاقة الوطيدة بين ركن السبب وركني المحل والغاية باعتبار أنهم يدخلون في جوهر القرار الإداري إلا أنهم يختلفون في طبيعة كل ركن، بالإضافة إلى كل هذا فإن القضاء الإداري المقارن له أحكام في هذا المجال تدل على أن ركن السبب مستقل بذاته والعيب الذي يصيبه يجعله أساساً لإلغاء القرار الإداري.

ثالثاً: نطاق الرقابة القضائية على ركن السبب: استقر الحال في الفقه والقضاء على رقابة ركن السبب، غير أن السؤال الذي يطرح كيف تتم هذه الرقابة؟ للإجابة عن هذا السؤال نستنبطه من حكم المحكمة العليا المصرية التي قضت بما يلي: «إن رقابة القضاء الإداري لصحة الحالة الواقعية أو القانونية التي

1- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.414.

2- نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص.332.



تكون ركن السبب، تجد حدها الطبيعي في التحقق ما إذا كانت النتيجة التي انتهى إليها القرار في هذا الشأن مستخلصة استخلاصاً صائفاً من أصول تنتجها مادياً، أو كان تكييف الوقائع على فروض وجودها مادياً لا تنتج النتيجة التي يتطلها القانون، كان القرار فاقداً لركن من أركانه وهو ركن السبب ووقع مخالفاً للقانون...»¹.

فضلاً عن ذلك فإن القضاء الإداري في بعض الحالات يجعل تناسب الواقعة التي تمثل السبب مع القرار الذي صدر بناءً عليها شرطاً من شروط مشروعية القرار الإداري يخضع للرقابة القضائية²، وعليه فإن نطاق الرقابة تتم على الوجود المادي للوقائع (1) والرقابة على التكييف القانوني للوقائع (2) والرقابة على ملائمة القرار للوقائع (3).

أ) الرقابة على الوجود المادي للوقائع:

إذا ما طعن في قرار إداري أمام القضاء الإداري على أساس عيب السبب فإن القاضي أول ما يقوم به هو التأكد من الوجود المادي للوقائع، فيحكم بإلغاء القرار الإداري، إذا ما تبين له أنه مبني على وقائع غير صحيحة، ويرفض الطعن لعدم التأسيس في الحالة المعاكسة³. ففي حكم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي سنة 1907 تصدى فيه لرقابة الوجود المادي للواقعة التي ادّعتها الإدارة وهي أن السيد *Monod* قد أحيل إلى التقاعد بناءً على طلبه، و بعد التحقيق تبين أنه لم يقدم طلب التقاعد، مما يجعل القرار معيب في سببه، ويستوي عندها إن كانت الإدارة حسنة النية أو كانت عاملة بانعدام هذه الوقائع⁴.

كما ألغى قرار عزل المدعى من رئاسة البلدية لعدم ثبوت الوقائع التي استندت عليها الإدارة وهي عدم مراعاته حرمة الموتى حين حضوره مراسيم دفن وتوجيهه إهانات لعمال سيارة الإسعاف، وذلك في قرار لمجلس الدولة صدر في 1916/01/16 في قضية *Camino*⁵.

وعليه فإن الإدارة وهي تصدرها قراراً بمعاقبة موظف مثلاً عليها أن تستند على أخطاء ارتكبها فعلاً أو وقائع صحيحة حدثت واستمرت في الوجود إلى غاية صدور القرار الإداري، فإذا وجدت هذه الوقائع فعلاً ثم زالت قبل صدور القرار الإداري فتعد أسبابه واهية، ومثل هذه الرقابة تضع حداً لتعسف الإدارة من جهة، وتجعل المراكز القانونية للأفراد في منأى عن كل مساس جائر، وهذا الأسلوب الحمائي للمراكز القانونية ليس

1- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 423.

2- د. ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 423.

3- د. محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص. 352.

4- د. ميسون جريس الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2015، ص. 112.

5- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 171.



بالأمر السهل على القاضي تحقيقه، ولذلك يجب أن يكون دور القاضي في مثل هذه الحالات إيجابياً أكثر، ولا يكتفي بأدلة الخصوم الأمر الذي يدفعه إلى التحقيق أو إجراء معاينة أو استدعاء شخص معين لإدخاله في القضية من أجل إظهار الحقيقة خدمة للعدالة.

وقد ثار تساؤل حول القرارات التي تستند إلى عدة أسباب، فذهب جانب من الفقه إلى التمييز بين ما يعد سبباً رئيساً فيكون له أثر على مشروعية القرار الإداري، وما يعد سبباً ثانوياً لا يؤثر على القرار، وقد استقرت محكمة العدل العليا في لبنان أنه إذا كانت القرارات المطعون فيها قد استندت إلى ثلاث أسباب، فثبوت سببين جوهريين كل منهما يكفي لجعل هذه القرارات صحيحة¹، وهذا الحكم يبرز مدى أهمية الأسباب التي يقوم عليها القرار الإداري، الأمر الذي جعل القضاء الإداري يبحث عن الأسباب الجوهرية والرئيسية التي ألهمت رجل الإدارة بالتدخل، وتعتبر كافية لإصدار القرار الإداري حتى ولو شملت على أسباب أخرى واهية أو غير منتجة لأثارها.

(ب) الرقابة على التكييف القانوني للوقائع:

لا يكتفي القاضي الإداري على التحقق من الوجود المادي للوقائع، وإنما تتعدى رقابته على الوصف القانوني لها في حالة وجودها، كأن يتم تكييف الخطأ المني على أنه من الدرجة الثالثة، بينما هو في الحقيقة خطأ من الدرجة الثانية فقط²، وقد بدأ مجلس الدولة رقابته على التكييف القانوني للوقائع منذ حكمه في قضية *gomel* حيث ألغى مجلس الدولة قرار البلدية برفض الترخيص بالبناء قُرب ساحة استناداً إلى الطابع الأثري لهذه الساحة، وقد تبين للمجلس أن الساحة لا تندرج ضمن المواقع الأثرية قرار مجلس الدولة بتاريخ 1914/04/04³.

وتعتبر هذه الخطوة جريئة خطاها القضاء الإداري الفرنسي، إذ نصب نفسه ضمير الإدارة باعتبار أن إسقاط قاعدة قانونية على واقعة ليس دائماً بالأمر الهين، فقد يختلط الأمر على الإدارة فتعطي وصفا قانونياً غير حقيقياً سواء عن حسن نية أو عن قصد، ففي كلتا الحالتين يجعل القرار قابلاً للإبطال.

وقد سار القضاء الإداري الجزائري في هذا الاتجاه، وحذا حذوا القضاء الفرنسي في بسط رقابته على التكييف القانوني للوقائع، فقد ألغى قرار عزل موظف على أساس خطأ في تكييف الوقائع إذ اعتبر المجلس

1- د. نواف كنعان، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 341.

2- د. محمد الصغير بعلي، دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص. 354.

3- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 172.



الأعلى للقضاء ملكية القاضي المعنى لمحل تجاري فقط دون أن يسيّره إخلالا بما يفرض على طائفة القضاة من واجب التحفظ. قرار مجلس الدولة في 1998/07/27.¹

ج) الرقابة على ملائمة القرار الإداري:

إذا تأكدت الإدارة من وجود الأسباب الحقيقية والجديّة، ووجدت ما يناسبها من القواعد القانونية بحيث تعطىها التكيف القانوني الصحيح فعندئذ للإدارة السلطة التقديرية في ما إذا كانت هذه الأسباب لها من الخطورة ما يجعلها تصدر قرارا إداريا بشأنها، غير أن رقابة القاضي الإداري تتوقف عند حد الوجود المادي للوقائع والتكيف القانوني لها دون أن تكون له سلطة الرقابة على الملائمة باعتبار أن الإدارة هي التي تدرك حاجاتها وما يتطلب من تصرفات في الوقت المناسب²، ذلك لأن القاضي الإداري هو قاضي مشروعية التي تدخل في الرقابة على السلطة التقديرية، ولا يحق للقاضي الإداري أن يسلط رقابته على الملائمة، وظلت هذه هي القاعدة السارية والمعمول بها ردحا من الزمن.

غير أن الواقع العملي جعل القضاء الإداري الفرنسي يخرج عن هذه القاعدة ويدخل عليها استثناءً فيكمل رقابته على العنصر الثالث هو رقابة التناسب بين الخطأ المرتكب ودرجة العقوبة المسلطة بعد التأكد من الوجود المادي للوقائع والتكيف القانوني لها، وعليه فإن القضاء الإداري المقارن خرج عن المألوف، وأخضع بعض القرارات الإدارية لرقابة الملائمة، وتجد هذه الرقابة نطاقها في المجالات التالية: القرارات التأديبية، وقرار نزع الملكية، والقرارات الماسة بالحريات العامة، وقرارات الضبط الإداري³، و نكتفي بمجالين فقط (القرارات التأديبية و و القرارات الماسة بالحريات العامة).

1- القرارات التأديبية: إذا أخطأ الموظف عليه أن يتحمل نتيجة خطئه، والإدارة لها السلطة التقديرية في درجة خطورة الخطأ، وفي العقوبة التي تختارها بما يجعل المرفق العام يسير باستمرار لذلك فتصرفات الإدارة في مثل هذه الحالات لها فائدة مزدوجة تردع بها المخالف وتزجر بها بقية الموظفين لكن هذه السلطة التقديرية للإدارة ليست مطلقة، فعلمها أن لا ترتكب الشطط في إنزال العقوبة، وأن لا تغلو فيها مما يجعلها تتناسب مع درجة الخطأ المرتكب، وفي هذا المجال يقول *Braibaut* لا يجب أن نطلق النار على العصفور أو نقتل ذبابة بمطرقة⁴.

1- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص.172.

2- د. ميسون جريس الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري، مرجع سابق، ص.160.

3- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.138.

4- عمراوي حياة، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المسائلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.37.



للقضاء الإداري عدة تطبيقات في هذا المجال بداية بالقضاء الفرنسي الذي أصدر قرارا بتاريخ 1978 في حكم *lebon* حيث اتهم هذا المدرس في أكاديمية تولوز قيامه بتوجيه إشارات غير مؤدبة إلى فتيات صفه، مما استوجب عقوبة العزل، وقد خلص مجلس الدولة الفرنسي أن هذا الفعل يشكل خطأ يبرر توقيع عقوبة العزل عليه وأن هذه العقوبة لم تتصف بأي خطأ ظاهر في التقدير¹.
و بمفهوم المخالفة فإن مجلس الدولة لو وجد الخطأ غير متناسب مع العقوبة لحكم بعدم التناسب وبالتالي يبطل قرار الإدارة، وهذا الحكم للموظف أكثر ضمانا، وذلك بتوسيع رقابة القضاء الإداري على القرارات الإدارية.

وقرار آخر أكد فيه مجلس الدولة الفرنسي الرقابة على التناسب بمناسبة قضية (*M. Bonry Naurou*) والتي ألغى فيها قرار العزل من الخدمة، حيث وجد فيها أن هذه العقوبة تشكل أقصى العقوبات التأديبية ولا تتناسب مع الخطأ المرتكب والمتمثل في الإهمال والتأخير في الرد على المراسلات الرسمية².

أما القضاء المصري فعبر عنه بمصطلح الغلو، عندما يكتشف عدم الملائمة الظاهرة بين الجزاء والمخالفة المرتكبة فيخرج التقدير من دائرة المشروعية إلى دائرة عدم المشروعية، ولا تقتصر حالات الغلو على حالة الإسراف في شدة الجزاء وإنما يمتد إلى حالات الإفراط في اللين³، وعبرت عنه محكمة القضاء الإداري بما يلي: «قد بان من ظروف اتهام المدعي في القضيتين المنسوبتين إليه أن هذا الاتهام لم يكن يبرر فصله من وظيفته، ومتى كان القرار المطعون فيه قد استند إلى ما اتهم به المدعي فإن في ذلك عدم ملائمة ظاهر في القرار مما يجعله مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة»⁴.

ما يلاحظ في أحكام القضاء المصري أنه لم يفرق بين المصطلحات، فلقد استعمل مصطلح الملائمة بدلا من التناسب وكلمة الغلو التي تناسب الانحراف بالسلطة، بينما القضاء الفرنسي سعى الأسماء بمسمياتها، فقد استعمل تعبير التناسب الذي يخص العلاقة بين الخطأ المرتكب، والعقوبة المسلطة، وهنا السؤال الذي يطرح نفسه: ما الفرق بين التناسب والملائمة؟

إن الجواب عن هذا السؤال يجرنا إلى الدخول مرة أخرى في الأركان الداخلية للقرار الإداري، ومدى علاقتها بهذه المصطلحات، لذلك سوف نكتفي بالتمييز بينهما فقط، فنقول: لم تكن هذه المصطلحات معروفة

1- د. ميسون جريس الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري، مرجع سابق، ص. 163.

2- د. قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص. 239.

3- عبد العالي حاجة، و أمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة، ص. 140.

4- نقلا عن: د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 391.



إلا بعد ما توسع القضاء الإداري في رقابته على القرارات الإدارية، فكانت بدعة ابتدعها القضاء الإداري حرصاً منه على الحفاظ على المراكز القانونية للأفراد من شطط الإدارة.

فالملائمة هي صفة تلتصق بالقرار الإداري كونه صالحاً من حيث الزمان والمكان والظروف المحيطة،

ولذلك فإن الملائمة لها ثلاث عناصر:

- تقدير وجوبية التدخل أو الامتناع.

- اختيار الوقت المناسب للتدخل.

- تقدير الإجراءات التي تتناسب مع خطورة وأهمية السبب¹.

أما التناسب فهو صفة لعلاقة بين عنصرين الجزاء التأديبي مع المخالفة المرتكبة².

ولذلك نقول أن الملائمة أشمل من التناسب، ويعتبر هذا الأخير عنصر من عناصرها، وعليه يمكن إطلاق مصطلح الملائمة في حالة التناسب، فالقرار الإداري التأديبي الذي تكون فيه العقوبة المسلطة على الموظف تتناسب مع خطورة الذنب الإداري يكون قراراً ملائماً. وحسب هذا المفهوم نستطيع القول بأن عنصر التناسب يدخل في العلاقة بين ركني السبب والمحل أما عنصر الملائمة فيدخل في شمولية القرار الإداري، لذلك يستوجب في الملائمة مراعاة كل الأركان الداخلية للقرار الإداري (سبب- محل- غاية) بالإضافة إلى الظروف المحيطة باتخاذ القرار مع اختيار الوقت المناسب للتدخل ومراعاة اعتبارات أخرى كالأمن في مجال الضبط الإداري.

أما القضاء الإداري الجزائري فهو الآخر حذى حذوى مجلس الدولة الفرنسي والمصري بأخذ أسلوب الرقابة القضائية على القرار الإداري في أبعد الحدود، وذلك من خلال رقابته على عنصر التناسب في القرار الإداري، ولقد كانت له عدة تطبيقات في هذا المجال كقرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1998/08/27 حيث ألغى قرار المجلس الأعلى للقضاء بعزل الطاعن واعتبر أن المجلس الأعلى للقضاء ارتكب خطأ صريحاً في تقدير الوقائع المنسوبة إليه، وذلك بعدم توافق بين الوقائع المنسوبة للطاعن والعقوبة المسلطة عليه³، وكذلك ما قرره مجلس الدولة بتاريخ 1999/06/26 هذا نصه: «حيث يثبت من عناصر الملف أن المستأنف توبع بجريمة إنشاء محل للفسق وأدين بعقوبة سالبة للحرية لمدة شهرين وغرامة مالية 2000 دج، حيث أن المستأنف يعمل في حقل التربية والتعليم مما يفترض فيه السلوك القويم والأخلاق الفاضلة والأفعال التي قام بها تمس

1- د. قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، مرجع سابق، ص. 129.

2- سليمان منير، مدى فعالية الضمانات التأديبية للموظف العام، رسالة ماجستير، جماعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص. 48.

3- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 148.



بشرف الوظيفة... وترتيباً على ذلك فإن المستأنف يكون قد ارتكب خطأ مهنياً ثابتاً يبرر تسليط عليه عقوبة تأديبية خلافاً لإدعاءاته، ومن جهة أخرى فإنه من الثابت فقهاً وقضاءً أن رقابة القاضي لا تمتد إلى عنصر التناسب إلا إذا تبين عدم التلازم الواضح بين نسبي الخطأ والعقوبة، وأن العقوبة المسلطة على العارض قائمة على أساس سليم من الوقائع والقانون»¹.

من خلال هذه الأحكام فإن القضاء الإداري الجزائري خطى خطوة جريئة في هذا المجال حيث لم يتوقف عند الرقابة التقليدية التي تشمل صحة الوقائع ومدى تكييفها القانوني، بل امتدت رقابته إلى عنصر التناسب بين الذنب الإداري المرتكب ودرجة العقوبة المسلطة على الموظف، وفي هذا الحكم الأخير كان واضحاً وصريحاً في قراره، بحيث لا تمتد رقابته على عنصر التناسب إلا إذا كان الخطأ واضحاً وبيّناً، لأن تقدير كل من خطورة وأهمية الخطأ والعقوبة التي تنزل على الموظف ترجع إلى السلطة التقديرية للإدارة بالدرجة الأولى، إلا أن هذه السلطة غير مطلقة، فيجب على الإدارة عندما تصدر القرار الإداري أن تراعي جانب التناسب حتى لا تخرج السلطة التقديرية عن المشروعية، وبالتالي إبطال القرار حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم.

2-القرارات الماسة بالحرية العامة:

إن المهمة الحمائية الملقاة على عاتق القضاء الإداري خاصة في مجال الحريات دفعته إلى أن يكون السبّاق في مد رقابته في هذا المجال ، فلم يدّخر أي جهد من أجل حماية الحريات العامة، بل كان هذا المجال هو أول ميدان بدأ فيه القضاء الفرنسي رقابته على عنصر التناسب، وكان ذلك بمناسبة فصله في قضية بنجامين بتاريخ 19/05/1933، وتتلخص القضية في أن رئيس بلدية *Nevers* منع الطاعن من إلقاء محاضرة خوفاً من الاضطرابات التي قد تقع بسبب الجماعة المناهضة للطاعن ، مما تؤدي إلى الإخلال بالنظام العام، وقال إذا كان رئيس بلدية *Nevers* من واجبه أن يتخذ كل التدابير اللازمة من أجل الحفاظ على النظام العام بموجب القانون 1884/04/50، لا سيما في مادته 97 فيجب عليه التوفيق بين ممارسة صلاحياته مع احترام حرية المجتمع التي تكفلها قوانين 1881/07/30 و 1907/03/28 ، وبالتالي لا يمكنه أن يمنع عقد مؤتمر عام يحتمل أن يسبب اضطرابات في حين يمكن ضمان حفظ النظام بتدابير الشرطة².

وحسب هذا الحكم فإن تقدير رئيس البلدية لدرجة خطورة الوقائع التي كانت من المحتمل حدوثها كان مبالغاً فيها ، بحيث لا تدعو إلى المنع كإجراء لعدم حدوث الاضطرابات ، وإنما كان بإمكانه تأطير هذا

1- عبد العالي حاجة، و أمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مرجع سابق، ص.184.

2- CE N° 1741317520 le 19 mai 1933 Benjamin grand arrêts petites fiales (GAPF) pare72. www. Didiermorndi.Fr



المؤتمر بإجراءات ضبطية تمنع حدوث الاضطرابات دون الوصول إلى المنع التام، وهذا من شأنه أن يمس بحرية التجمع التي كفلتها القوانين.

وقد تصدى مجلس الدولة الجزائري لمثل هذه القرارات وذلك في قراره الصادر بتاريخ 2000/06/12 تحت رقم 185714 فهرس رقم 446 عندما قضى بشرعية غلق محطة البنزين التي كونت خطرا على النظام العام ، مما استوجب من والي ولاية البليدة إلغاء المشروع الصادر بتاريخ 1996/01/10 واستأنف الوالي قرار مجلس قضاء الجزائر الصادر بتاريخ 1997/06/11 القاضي بإلغاء قرار الوالي وبعد الرجوع إلى القرار المطعون فيه فإن الوالي المستأنف أنه تصرف في إطار شرعي وهو حالة الطوارئ التي تلزم بغلق محطة البنزين معتمدا ما لديه من وسائل لتحديد الأخطار كالمصالح الأمنية¹.

وفي هذا الحكم فإن مجلس الدولة بسط رقابته على مدى خطورة الوقائع التي يمكن أن تسبب أضرارا للمحيط الاجتماعي، الأمر الذي استوجب الغلق. فكانت درجة العقوبة من درجة خطورة السبب، وبمفهوم المخالفة فإن مجلس الدولة لو اكتشف أن درجة خطورة الوقائع ليست كبيرة لا يسلط عقوبة الغلق، وبالتالي درجة الجزاء تتبع حتما خطورة السبب.

الفرع الثالث: عيب الغاية

القاعدة المعروفة فقها وقضاء أن الإدارة دائما تسعى إلى تحقيق النفع العام من وراء نشاطها الإداري ولأجل ذلك زودها المشرع بامتيازات السلطة العامة فتصدر قراراتها بإرادتها المتفردة دون أن تنظر في المخاطبين به، وتقوم بتنفيذه ولو جبرا دون أن تلجأ إلى القضاء لأنه يفترض في العمل الإداري قرينة المشروعية، ولكن إذا ما جانبت الإدارة المصلحة العامة أو الغاية التي حددها المشرع كان قرارها مشوبا بعيب الانحراف في استعمال السلطة.

مما تقدم يتبين لنا أن الحالات التي تعتبر انحراف في استعمال السلطة تتمثل في تحقيق أهداف غير المصلحة العامة أو تحقيق أهداف غير الأهداف المخصصة، وعليه سوف نتناول هذه الجزئية في حالتين (أولا) الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة (ثانيا) الانحراف بالسلطة عن الأهداف المخصصة.

أولا: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة: إن المبرر الرئيسي لمنح رجل الإدارة سلطة إصدار قرارات إدارية هو تحقيق المصلحة العامة. فإذا جانب هذه الغاية وجعل هذه السلطة في خدمة أغراض أخرى، كالنفع الشخصي أو للغير، أو غرض سياسي أو بقصد الانتقام، كان قراره مشوبا بعيب الانحراف بالسلطة².

1- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 186.

2- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 399.



ولذلك فإن عيب الانحراف في استعمال السلطة لا يتحقق إلا إذا استخدمت الإدارة صلاحياتها القانونية لتحقيق هدف آخر غير ذلك الهدف الذي من أجله حازت تلك الصلاحيات أو لتحقيق غايات شخصية¹، وإذا كانت غائية العمل الإداري هو تحقيق المصلحة العامة، فإن هذا المصطلح فضفاض ومفهوم واسع، و بالتالي ليس بالأمر السهل الكشف عن الانحراف بالسلطة. و عليه سوف نتطرق لبعض الغايات الخفية وراء مصطلح المصلحة العامة، و التي تخرج القرارات عن المشروعية.

1- الانحراف في استعمال السلطة لتحقيق نفع شخصي أو محاباة للغير:

في كثير من الحالات يصدر رجل الإدارة قرارا يستهدف بها منفعة ذاتية متخفيا وراء المصلحة العامة، ومن أشهر الأمثلة عن ذلك أن عمدة إحدى البلديات في فرنسا أصدر قرارا يحدد فيه أيام وساعات التي يمكن أن تعمل فيها قاعات الرقص، مدعيا حماية النظام العام ومصلحة الشباب، لكن عند الطعن في هذا القرار أصدر مجلس الدولة قرارا بإلغائه، لأن رئيس البلدية كان يملك أحد المقاهي وخشي من المنافسة فينصرف الشباب عن مقهاه².

وحسب هذا الحكم فإن قرار عمدة البلدية يظهر أنه يريد به تحقيق المصلحة العامة، لكن بعد التعمق في موضوع القرار اكتشف أنه لا يستهدف المصلحة العامة إنما مصلحة شخصية، ولذلك فهذا العيب دائما يكون متخفيا وراء المصلحة التي من أجلها منحت الإدارة امتيازات السلطة العامة، فهو لا يظهر للعيان إلا بعد التمحيص والتدقيق.

كما يمكن أن يكون العمل الإداري القصد منه النفع للغير، وذلك ما أكدت عليه محكمة العدل العليا الفلسطينية بقولها: «تقتضي العدالة ألا يشارك رئيس اللجنة المحلية في الاجتماع المنعقد لمنح أحد أقاربه رخصة بناء أو إذا كان له أو لأقاربه مصلحة في إصدار الرخصة، وبما أن الرخصة موقعة من رئيس البلدية فيه تحقيق مصلحة عامة ومنفعة شخصية تعود عليه... وتعود لغير وهو أخيه المستفيد الثاني من موضوع الرخصة التي صدرت بموجب القرار المطعون فيه فإن ذلك تعتبر أمرا غير مشروع ويشكل انحرافا على استخدام السلطة»³.

1- حسن خالد محمد الفليت، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، رسالة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، فلسطين، 2014، ص.8.

2- نقلا عن: حسن خالد محمد الفليت، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص.53.

3- نقلا عن: حسن خالد محمد الفليت، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص.53.



وفي هذا الاتجاه وحرصا من المشرع الجزائري على مشروعية القرارات الإدارية ، وحفاظا على حقوق الأفراد وحررياتهم ، ووقاية منه على عدم ترك فرصة للإدارة للانحراف في استعمال السلطة، جاءت في المادة 60 من قانون البلدية حيث تنص على ما يلي: «لا يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أو أي عضو من المجلس في وضعية تعارض مصالحه مع مصالح البلدية بأسمائهم الشخصية أو أزواجهم أو أصولهم أو فروعهم إلى الدرجة الرابعة، أو كولاة حضور المداولة التي تعالج هذا الموضوع، وإلا تعد هذه المداولة باطلة»¹. وعليه فيجب على كل عضو في المجلس الشعبي البلدي ألا يحضر للجلسة التي يكون موضوعها خاص به أو بأحد أقاربه ضمنا لعدم الحيف عن المصلحة العامة، وتحقيق مصالح شخصية ضيقة، الأمر الذي جعل المشرع يوصف هذه المداولة بالباطلة بطلانا مطلقا ، ليس أمام القضاء فقط، وإنما يستطيع الوالي أن يبطلها أثناء ممارسته للرقابة الوصائية على مداولات المجلس الشعبي البلدي .

2- الانحراف في استعمال السلطة لتحقيق أغراض حزبية أو سياسية:

ويتحقق هذا النوع من الانحرافات عندما تسعى الإدارة التضييق على الموظفين لا سيما المخالفين للرئيس الإداري في الانتماء السياسي. وكقاعدة عامة فإن الموظف لا يلتزم بالطاعة السياسية وإنما يقتصر واجبه على احترام الحكومة بعدم اتخاذ مواقف عدائية ضدها ، وفي هذا الشأن قررت محكمة العدل العليا الفلسطينية في أحد أحكامها: «إن معاقبة الموظف إداريا لأسباب تتعلق بالانتماء السياسي تتنافى مع المبادئ العامة... وأن انتهاء خدمته مقيدة بشروط... أن المستدعى قد أنهيت خدماته بقرار باطل قانونا»².

وتزداد هذه الحالات بعد نتائج الانتخابات خاصة منها المحلية التي تدفع بالرئيس الإداري الجديد بتغيير وظائف بعض الموظفين على أساس تحقيق المصلحة العامة، ولكن الحقيقة الخفية هي أغراض سياسية ، خاصة أولئك الذين لا ينتمون إلى حزبه السياسي أو الذين يعارضون أفكاره السياسية.

3- الانحراف في استعمال السلطة لغرض الانتقام: وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر الرئيس الإداري قرارا يضر به أحد الموظفين بسبب اختلافه في الرأي أو في العقيدة الدينية، وقد تمثلت هذه الصورة (الانتقام) وعبرت المحكمة الإدارية العليا عن وجود الانحراف بقولها: «أن ملاحقة الجهة الإدارية للطاعن... وذلك بتوقيع ثلاث جزاءات عليه في أيام متوالية ثم الامتناع عن ترقيته، ثم نقله إلى وظيفة أدنى ، ثم طرده بعد ذلك من

1- المادة 60 من قانون رقم 10/11 المؤرخ في 2001/06/22 ج ر ج رقم 37 الصادرة بتاريخ 2011/07/03.

2- حسن خالد محمد الفليت، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص.58.



الخدمة، كل ذلك يدل على أن هذا القرار صدر للتنكيل بالطاعن، لأنه طالب بحقه فأنصفه القضاء، وبالتالي يكون مشوباً بإساءة استعمال السلطة»¹.

من أشهر القرارات الإدارية في هذا النوع من الانحراف بالسلطة، القرارات التي أصدرها رئيس البلدية والتي بلغت عشرة قرارات متتالية لتوقيف حارس قروي من أداء مهامه رغم صدور أحكام متتالية ببطلانها وذلك بقرار ممارسة الدولة 1909/11/23 في قضية *Fabrégné*².

من خلال هذه الأحكام فإنها تكشف بجلاء أن رجل الإدارة استعمل السلطات الممنوحة له سوء الاستعمال، فجعلها في خدمة أهداف غير المصلحة العامة، بغرض الانتقام، وكذلك ما يستشف من القرارات المتتالية التي أصدرها رئيس البلدية في حق شخص معين رغم أنه توجه إلى القضاء الإداري وأنصفه، فعدم امتثال رئيس البلدية لحكم قضائي وإصراره على إصدار قرارات عزل الموظف إن دلت على شيء فإنما تدل على الضغينة والقصد السيئ الذي يحمله رئيس المجلس الشعبي البلدي لهذا الموقف و استغلال إمتيازات السلطة العامة في غير ما وجدت من أجله و النية السيئة المخفية وراء المصلحة العامة.

ثانياً: الانحراف في استعمال السلطة عن قاعدة تخصيص الأهداف

إذا كانت القاعدة العامة أن القرارات الإدارية التي تصدرها الإدارة تسعى من خلالها تحقيق المصلحة العامة فإن قاعدة تخصيص الأهداف هي قاعدة أخرى تضاف إليها وتكملها، ومقتضاها هو وجوبية تحقيق الأهداف التي حددها المشرع³، فلا يكفي أن تصرح الإدارة بتحقيق المصلحة العامة في أي صورة كانت، بل يجب أن يتحقق ذات الهدف الذي حدده المشرع⁴.

وعليه يمكننا القول أن قاعدة تخصيص الأهداف تدخل في مجال السلطة المقيدة للإدارة، باعتبار أن المشرع هو الذي عين للإدارة هدف معين لتحقيقه عندما تتوفر شروط محددة فإذا انحرفت لتحقيق هدف آخر كان قرارها في هذه الحالة مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة، حتى ولو تحقق هدف آخر فيه منفعة عامة ما دامت قد جانبت الهدف المعين من قبل القانون، وفي هذه الحالة تكون الرقابة القضائية على عيب الانحراف سهل ومتيسر بخلاف تحقيق المصلحة العامة.

وفي هذا الشأن توجد تطبيقات لدى القضاء الإداري، لا سيما مجلس الدولة المصري إذ يقول: «إذا استبان للمحكمة من الأوراق أن رفض الترخيص للمدعي في الاستيراد يقوم على سعي الإدارة بدون مبرر من

1- د. مصطفى أبو زيد فهبي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 820.

2- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 156.

3- شريف أحمد بعلوشة، دعوى إلغاء القرار الإداري، مرجع سابق، ص. 177.

4- د. مصطفى أبو زيد فهبي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 822.



القانون لمناهضة ما وافقت عليه من قبل، وأن الباعث الحقيقي لهذا الرفض هو خوفها من بوار سلعة مماثلة كانت قد استوردتها، فإن قرارها يكون منطويًا على إساءة استعمال السلطة»¹.

كما يظهر عيب الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف عندما تلجأ الإدارة إلى نقل موظف إلى مكان آخر بقصد العقاب، وليس من أجل تحقيق مصلحة المنتفعين من المرفق العمومي التي توخاها المشرع في النقل وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا، إن الجهة الإدارية قد انحرفت بسلطتها في نقل الموظفين من مكان إلى آخر عن الغاية التي وضعت لها واتخذتها أداة للعقاب، وبذلك تكون قد ابتدعت نوعًا من الجزاء التأديبي لم ينص عليه القانون، وأوقعته على المدعي بغير سبب يبرره... ومن ثم كان قرارها مخالفًا للقانون ومشوبًا بسوء استعمال السلطة².

وذهبت محكمة القضاء الإداري في مصر إلى أبعد من ذلك، إذ اشترط في مثل هذه الحالات أن تفصح الإدارة في قرارها عن وجه الصالح العام الذي حدا بالإدارة لإصدار قرار النقل حتى يكون مشروعًا، ولكن المحكمة الإدارية العليا لم توافقها على ذلك واعتبرت أن القرارات الإدارية يفترض مشروعيتها إلى أن يثبت العكس، ولكنها في نفس الوقت حددت شروطًا لنقل الموظف وهي تحقيق الصالح العام، وأن لا يفوت على الموظف حق الترقية وألا يكون متضمنًا جزاءً مقنعًا³، ومثل هذه الشروط التي وضعتها المحكمة الإدارية العليا ليس من منبعها التحيين وإنما استنبطت هذه الشروط من أحكام القضاء الإداري، وهي الغاية الخفية والحقيقية التي تدفع الإدارة لإصدار القرار الإداري وما يظهر من غايات مجرد غاية صورية الهدف منها الإظلال.

ثالثًا: الانحراف بالإجراءات: في كثير من الحالات يفرض القانون على الإدارة أثناء إصدارها لقرار معين إتباع إجراءات معينة من أجل تحقيق غاية منشودة⁴، هذه الإجراءات الهدف منها هو ضمان حقوق الأفراد وجعل الإدارة تتفادى التسرع في إصدار القرار والتدبر قبل اتخاذ أي قرار، فتسطو على هذه الإجراءات من أجل تحقيق قصد سيء في نية الإدارة، فإصدار قرار إداري بتجاهل الإجراءات التي استوجبتها القانون تكون قد انحرفت بسلطتها.

1- نقلًا عن: د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 403.

2- د. ماجد راغب الحلوي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص. 408.

3- قادر أحمد عبد الحسين، انحراف القرار الإداري عن قاعدة تخصيص الأهداف في التشريع العراقي، مقال منشور على الموقع: <http://www.lasj.net> يوم 2018/03/03 على الساعة 21 و20 دقيقة.

4- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص. 192.



ويتم الانحراف في استعمال الإجراءات عندما تخفي الهدف الذي تريد الوصول إليه باستعمال إجراء غير الإجراء الواجب القيام به، مثل إجراء الاستيلاء للاستفادة من ملكية خاصة بدلا من القيام بإجراءات نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية¹.

ومن تطبيقات الانحراف بالإجراءات في القضاء الجزائري قرار المجلس الأعلى الذي صدر في 1965/07/02 في قضية شركة عين فخارين ضد الدولة، حيث أصدر محافظ الجزائر قرار بالاستيلاء على مساحة مملوكة للشركة المعنية ووضعها تحت تصرف الديوان العمومي للإسكان بأجر معتدل لمدينة الجزائر، والقاضي ألغى القرار بحيث لم تكن الغاية المصلحة العامة، وإنما من أجل تمكين الديوان من وضع يده على الساحة دون إتباع الإجراءات القانونية لنزع الملكية².

وكذلك قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2001/04/09 تحت رقم 001764 الذي ألغى قرار مديرية التربية (قرار سلبي) التي رفضت تسليم شهادة توقيف الراتب للموظف الذي شرع في إعداد ملف التقاعد بغية إجباره على إخلاء السكن الوظيفي تعسفا، وإن كانت مديرية التربية غايتها مشروعة وهي استرجاع السكن الوظيفي بعد إحالة الموظف على التقاعد، ولكنها كانت تلجأ إلى إجراءات أخرى، وبالتالي فلقد انحرفت بهذا الإجراء³.

فهذه الأحكام تدل على الرقابة الواسعة التي من خلالها استطاع القضاء الإداري أن يوفر الحماية اللازمة للأفراد ومراكزهم القانونية و ذلك بالكشف عن النوايا السيئة التي تتلون بها الإدارة تحت غطاء المصلحة العامة تارة و الإجراءات تارة أخرى مستغلة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي منحها إياها القانون، فتتحرف بها عن الغاية المنشودة، ويعتبر هذا النوع من الرقابة وسيلة في يد الأفراد في مقابل الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في حالة الاعتداء بها على مراكزهم القانونية وللقاضي صلاحيات واسعة في هذا المجال .

رابعا: آليات إثبات الانحراف في استعمال السلطة: يختلف إثبات عيب الانحراف في استعمال السلطة عن بقية العيوب باعتبار له علاقة بنوايا ومقاصد مصدر القرار، لهذا يصعب إثبات هذا العيب، الأمر الذي يلزم على القاضي الاكتفاء بتقديم قرائن تزرع في القاضي الشك في مشروعية القرار فينتقل عي

1- د. رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص.153.

2- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص.167.

3- د. كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء قضاء مجلس الدولة، مرجع سابق، ص.192.



الإثبات إلى الإدارة مصدرة القرار¹، والقاضي في مثل هذه الحالات يجب أن يتصرف بإيجابية حتى يكتشف الغاية الحقيقية، لأن الأمر يتعلق بالقصد الباطني الذي يريد رجل الإدارة الوصول إليه، ولذلك تتعدد آليات إثبات عيب الانحراف بالسلطة.

1- إثبات عيب الانحراف من خلال نص القرار المطعون فيه:

إن أول ما يسلطه القاضي في رقابته على القرار الإداري المطعون فيه، هو نص القرار الصريح ليكشف عن الانحراف بالسلطة من عدمه، بالرغم من أن السلطة الإدارية تسعى بأن يكون النص الظاهري للقرار موافق ومتناغم مع القانون، ولكن من خلال إقرارها الضمني أو العرضي نتيجة لعدم فهم القانون، أو لعدم الخبرة المكتسبة لرجل الإدارة² يستخلصه القاضي من قرائن قوية.

إما من خلال الدفع التي يقدمها الطاعن أو من خلال القرائن التي يكتشفها القاضي بنفسه، وامتنعت الإدارة عن نقض هذه القرائن. وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي والمصري «فالحكومة إذا امتنعت عن التعرض لنقض هذه القرائن، بل ولم تقدم الملفات التي طلبتها المحكمة، فإنه يكون للمحكمة أن تقدر امتناع الحكومة وتعقب عليه بما تستنتجه من أوراق الدعوى، وإذا لم تجد في هذه الأوراق أي مبررات لترك المدعى في الترقية، فإن قرار تخطيه في الترقية يكون مخالفا للقانون، علاوة على ما فيه من إساءة استعمال السلطة»³.

فالإدارة عندما تعجز عن دحض ادعاءات الطاعن، مثلما هو الحال في الحكم الأخير وحسب تغيير مجلس الدولة الفرنسي يعتبر اعتراف ضمني من قبل الإدارة على انحرافها في استعمال السلطة، وفي حقيقة الأمر أن هذه الآلية في الإثبات لا تقتصر على عيب الانحراف بالسلطة، بل في كل العيوب التي تصيب القرار الإداري.

2- إثبات الانحراف من خلال ملف أوراق الموضوع اعتبر مجلس الدولة المصري أن ملف الموظف هو الوعاء الصادق بتصوير حالته، فإذا ظهر أن ملفه صحيح وليس فيه ما يشوبه، لزم على الحكومة الإفصاح عن ما يدعوها إلى فصله، وإلا كان قرارها باطلاً⁴.

1- د. عطا الله تاج، الانحراف في استعمال السلطة من أوجه إلغاء القرار الإداري، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون العدد 16 في جانفي 2017 جامعة ورقلة ص.20.

2- حسن خالد محمد الفليت، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري، مرجع سابق، ص.96.

3- د. مصطفى أبو زيد فهد، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص.830.

4- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص.410.



و من أبرز التطورات التي أدخلها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هو مجموعة من النصوص التي تحد من تعسف الإدارة وشططها، بالانحراف في سلطتها، وهو ما نص عليه في المواد من 838 إلى غاية المادة 843 فألزم بالتبليغ الرسمي لعريضة الافتتاح ومذكرات الرد مع الوثائق المرافقة تحت إشراف القاضي المقرر، كما تبليغ كل الإجراءات وتدابير التحقيق وطلبات التسوية والإنذارات والأوامر وتاريخ الجلسة برسالة مضمّنة مع الإشعار بالاستلام، أو عن طريق محضر قضائي عند الاقتضاء¹.

و في هذا المجال نجد قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية Dame lamotte حيث تبين بعد فحص الأوراق أن قرار المحافظ بالاستلاء على ارض الطاعنة لم يكن إلا حيلة و سوء نية من أجل عرقلة تنفيذ حكم مجلس الدولة الذي ألغى قرار التنازل عن نفس قطعة الأرض محل النزاع لشخص آخر².

وعليه تكون الإدارة قد ارتكبت عيب الانحراف بالسلطة لما أسندت قرار العزل على غياب العامل بينما هو في عطلة مرضية، والأمر الذي يكشف بجلاء أنها أساءت استعمال السلطة بالرغم من حادث العمل والعطلة المرضية.

3- إثبات الانحراف في استعمال السلطة من خلال مبدأ المساواة:

من المبادئ التي على الإدارة مراعاتها هو حيادها في المعاملة بين المواطنين، فيجب أن يكون التعامل مع المواطنين على قدم المساواة دون تفضيل فئة عن فئة أخرى، ولا شك مثل هذه المعاملات تجعل عمل الإدارة غير مشروع ومن خلال تعديل الدستور أصبح مبدأ المساواة أمام القانون له قيمة دستورية، فقد نص القانون 01/16 في المادة 32 كل المواطنين سواسية أمام القانون ولا يمكن أن يتدرج بأي تمييز...³.

المادة 78: «كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة»⁴، بمفهوم المخالفة لهذه المادة إذا عاملت الإدارة في أداء الضريبة فئة دون الأخرى كان عملها غير مشروع.

وقد يستخلص هذا العيب من خلال معاملة البلدية للذين هم في المركز القانوني المماثل كنزع قطعة أرض مخصصة للبناء الذاتي من شخص معين بذاته دون بقية الأشخاص الذين هم في نفس الوضعية معه وفي نفس المكان، وهذا هو القرار الذي أصدره مجلس الدولة بتاريخ 19/04/1999 في قضية طيف مكي ضد بلدية أولاد فايت⁵.

1- المادتين 838 و840 من ق إ م إ الجزائري، مرجع سابق.

2 -C.E le 17/02/1950 ministre de l'agriculture c/ Dame lamotte(G.A.P.F) les grands arrêts petites fiches 2017 page 93

3- المادة 32 من قانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري.

4- المادة 78 من قانون 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري.

5- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص.169.



تقول محكمة القضاء الإداري في مصر «متى كانت الإدارة في قرارها المطعون فيه القاضي بتعيين بعض زملاء المدعي قد قامت بتعيين من عينتهم متخطية المدعي مع أنه وأقرانه كانوا في ظروف متماثلة وتجمعهم طبيعة واحدة ومستوى واحد، فما كان للإدارة أن تخلف المدعي عن ركبهم طالما أبان على تفانيه، وظهرت مقدرته، ومن ثم فإن إغفاله في التعيين وعدم وزنه بالميزان العادل مقارنة بزملائه يكون قد أدى بالإدارة إلى الانحراف في استعمال سلطتها»¹.

وهكذا فإن ما يدعو الإدارة إلى عدم المساواة لا شيء إلا النوايا السيئة والقصد المبيت لرجل الإدارة باستغلال السلطات التي منحها القانون من أجل تحقيق النفع العام، فإذا يحولونها لانتهاك حقوق الأفراد والمساس بمراكزهم القانونية، وقد توصل القضاء الإداري بفضل تطوراته المتتالية من كشف مقاصد الإدارة الحقيقية وإبطال ما تدعيه ظاهريا.

4- إثبات الانحراف في السلطة من خلال الظروف اللاحقة لإصدار القرار:

يمكن للقاضي كشف عيب الانحراف ولو بعد صدور قرار الإدارة لمدة زمنية، فتتصرف عكس ما تظهره للآخرين أو للمخاطبين بالقرار، وذلك ما نستشفه من قرار مجلس الدولة الفرنسي، فلقد استخلص مجلس الدولة الفرنسي في قضية *Casting* الذي أُصدر من خلالها قرار بتاريخ 1957/05/02 حيث أن قرار وزير الصحة الذي يرفض فيه منح ترخيص بفتح صيدلية بذريعة أن المدينة لا تحتاج إلى صيدليات جديدة، غير أنه منح نفس الوزير تراخيص لاحقة لصيدلة آخرين دون وقوع زيادة في السكان².

من خلال هذا الحكم فإنه يدل على التصرف الإيجابي للقاضي في الكشف عن عيب الانحراف بالسلطة، فبحث في هذه القضية عن ظروف لاحقة عن صدور القرار، وهذا يعبر عن جرأة القاضي الإداري وحنكته في إبداع مختلف الطرق والأساليب لحماية الأفراد من شطط الإدارة، وهذا ما يدعو إلى الاطمئنان وعدم الخوف في ظل الرقابة القضائية التي تقف حصنا منيعا دون الوصول إلى انتهاك المراكز القانونية للأفراد.

إن تزويد الإدارة بامتيازات السلطة العامة لم تكن عبثا إنما لتحقيق المصلحة العامة في كل مساعي الحياة الإدارية، وهي ضرورة ملحة، غير أن هذه الخاصية التي تمتاز بها الإدارة يجعلها مصدر خطر. مما يدعو الأفراد إلى القلق والخوف في علاقتهم مع الإدارة، الأمر الذي يجعل فكرة الأمن القانوني مهددة باستمرار مما دفع بالفكر الإداري استنهاض همة القاضي الإداري للرقابة على مشروعية القرارات الإدارية، وذلك

1- د. فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، مرجع سابق، ص. 411.

2- د. عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص. 169.



بوضع قيود على الإدارة كضمانة أساسية تحول دون المساس بالمراكز القانونية، خاصة إذا علمنا أن المشرع في كثير من الحالات يمنح للإدارة جانبا من الحرية باعتبار أن العمل الإداري يتطلب ذلك من أجل إظهار كفاءتها وحسن تصرفها، غير أن هذه الحرية في تقدير الأمور في كثير من الحالات تشكل الخطر الذي يلحق بحقوق الأفراد. لذلك يجب على السلطات الإدارية أن تتصرف وفق المشروعية الإدارية ، وذلك من خلال تحقيق التوازن بين المصالح المتعارضة (المصلحة العامة و المصلحة الخاصة).

وما توسيع القاضي في بسط رقابته على الأعمال الإدارية لا سيما القرارات الإدارية إلا لتحقيق هذا التوازن وتعبير عن الضمانة اللازمة التي يقدمها كل من المشرع والقضاء لتحقيق مبدأ المشروعية من جهة، ويشكل معيار أساسي له أهمية بالغة لدولة القانون من جهة ثانية، ويبعث على استقرار الأوضاع و صدور هذه القرارات وفق ما يقرره القانون و بالتالي تحقيق فكرة الأمن القانوني من جهة ثالثة



الفصل الثاني: ضمانات الأمن القانوني في العقد الإداري

يعد العقد الإداري أحد الوسائل القانونية الضرورية التي تستعملها الإدارة للحصول على الخدمات والأموال، وهو الأسلوب الذي تلتقي فيه إرادة الطرفين معا ، ذلك هو الأصل في مجال المعاملات، فلا تلجأ الإدارة إلى الانفراد في التصرف إلا في الحالة التي ترى فيها أن أسلوب التعاقد لا ينفع ، أو بعد فشل أسلوب التراضي تحقيقا للمصلحة العامة، ونظرا للخصوصية التي يتميز بها العقد الإداري عن بقية العقود فإنه يختلف اختلافا واضحا عن العقد في القانون الخاص ، فبالرغم من التقاء الإدارتين إلا أن الإدارة تكون في مركز أقوى من مركز المتعاقد معها، ذلك لأن الإدارة تستهدف من وراء التعاقد تحقيق المصلحة العامة، بينما يستهدف الطرف الآخر المصلحة الخاصة، وعلى هذا الأساس زودها المشرع بامتيازات السلطة العامة التي تمنح لها الأولوية والتصرف بإرادتها المنفردة في العقد.

في مقابل هذه الامتيازات وخوفا من شطط الإدارة وسوء استعمال سلطتها أحاط المشرع مراحل إبرام العقد الإداري باهتمام بالغ تجعل حقوق المتعامل المتعاقد في مأمن من الانتهاكات. لذلك فالإدارة ليست حرة في اختيار المتعاقد معها كما هو معروف في القانون الخاص وإنما لها ضوابط وأسس حددها المشرع حرصا منه على التوازن بين المصالح¹، فلا إفراط ولا تفريط في المصالح، ولذلك فعند إبرام العقد يجب مراعاة المبادئ العامة في التعاقد (المبحث الأول)، وأن تستعمل سلطاتها بالقدر الذي تحقق به المصلحة العامة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: ضمانات الأمن القانوني في مرحلة إبرام العقد الإداري

يختلف إبرام العقد في القانون العام عنه في القانون الخاص، فإذا كانت الإدارة تلعب دورا حاسما في العقد الإداري فإنه في العقد المدني يخضع لمبدأ المساواة بين طرفي العلاقة ، على اعتبار أن الهدف منه هو تحقيق المصلحة العامة، ولذلك فإن أهمية العقد الإداري تنبع من أمرين اثنين، أولهما كون الهدف من التعاقد هو تحقيق النفع العام، وثانيهما ترشيد النفقات العامة والمحافظة على المال العام.

وتلجأ الإدارة لهذا الأسلوب لأنها ترى فيه الأنجع والأصلح في التعامل والحصول على الخدمات والأموال سواء في بناء المنشآت أو تلبية احتياجات المواطنين أو تسيير المرافق العمومية.

1- يسعى المشرع بأن يقيم التوازن بين المصلحة العامة التي تريد الإدارة تحقيقها والمصلحة الخاصة التي يريد الطرف الآخر تحقيقها.



ومن نافلة القول أن إبرام العقود الإدارية تمر بمراحل طويلة وإجراءات معقدة الهدف منها الحصول على خدمات نوعية من خلال الاختيار الأمثل للمتعاقل المتعاقد و الذي تتوفر فيه خاصية الكفاءة والقدرة على تلبية طلبات الإدارة.

ومن اجل تحقيق ما سبق ذكره ألزم المشرع الإدارة بالتقيد بالمبادئ العامة للتعاقد (المطلب الأول) وأضع هذه المرحلة إلى نظام حمائي من خلال رقابة داخلية و خارجية و تقتصر على الرقابة القضائية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: المبادئ العامة لإبرام العقد كآليات لتحقيق الأمن القانوني

بالرغم من الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة إلا أنها في مجال إبرام العقود الإدارية ليست حرة ، إذ غالبا ما يتدخل المشرع ليحدد طريقة معينة في التعاقد، وتختلف هذه الطريقة باختلاف الظروف والحالات التي يتم فيها التعاقد.

فقد تكون عن طريق طلب العروض، وذلك من خلال دعوة علنية لكل من تتوفر فيه الشروط للتعاقد مع الإدارة أو عن طريق اللجوء إلى طريقة التراضي في حالات استثنائية، كما جاء في نص المادة 39 من قانون الصفقات العمومية الجزائري، هذا نصها: «تبرم الصفقات العمومية وفقا لإجراءات طلب العروض الذي يشكل القاعدة العامة أو وفق إجراء التراضي»¹.

إلا أنه وفي كل الحالات المتعلقة بإبرام العقود الإدارية قيد المشرع المصلحة المتعاقدة بمبادئ نصت عليها المادة 5 من قانون الصفقات وأحالت إليها المادة 209 من الباب الثاني من نفس المرسوم الرئاسي المتعلق الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام، نصها ما يلي: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم»².

وعليه من خلال هذه المادة فإن الإدارة مقيدة بمجموعة من المبادئ أثناء إبرام العقود الإدارية.

-مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية (الفرع الأول).

-مبدأ المساواة بين المرشحين (الفرع الثاني).

-مبدأ الشفافية في الإجراءات المتبعة في عملية الإبرام (الفرع الثالث).

1- المادة 39 من المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 ج ر ج 50 الصادرة بتاريخ 20/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

2- المادة 5 المرسوم الرئاسي 15247.



الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية

ويقصد بهذا المبدأ هو إعطاء فرصة للمشاركة لكل من تتوفر فيه الشروط القانونية ويرغب في التعاقد مع الإدارة دون تمييز بينهم، ومنع كل ممارسة تهدف إلى الميل إلى جهة أو فئة على حساب أخرى، ويتحقق هذا المبدأ بأمرين اثنين: أولهما الإعلان المباشر عن المنافسة، وثانيهما حرية المنافسة بين المرشحين.

أولاً: الإعلان عن التعاقد

أشرنا سابقاً أن إبرام العقود الإدارية يختلف عن إبرام العقود المدنية، وذلك من خلال الإجراءات المعقدة التي يمر بها العقد الإداري، وأول هذه الإجراءات هو العلانية، بحيث تكشف المصلحة التي تريد التعاقد عن نيتها في ذلك عن طريق دعوة عامة لكل من تتوفر فيه الشروط القانونية والرغبة في التعاقد معها، سواء من قبل أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام.

ولذلك يتعين على الإدارة عندما تُريد التعاقد أن تمد المرشحين المحتملين بكل المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المنتظر، وبهذا المفهوم فإن العلانية تسعى لتحقيق المنافسة العادلة عن طريق تأمين علم الكافة بما تريد الإدارة التعاقد عليه¹، وهو إجراء شكلي جوهرى تلتزم به الإدارة، سواء في العقود الوطنية أو الدولية، ويتم ذلك عن طريق الإشهار الصحفي².

ولقد جعلت المادة 61 من قانون الصفقات العمومية 247/15 هذا الإعلان إلزامياً³.

وعليه فإن الإعلان عن التعاقد تهدف من خلاله الإدارة استقطاب عدد كبير من المرشحين، ويتم ذلك عن طريق مختلف الوسائل المتوفرة السمعية-البصرية-المقروءة، التقليدية منها والإلكترونية، ولا يمكن للإدارة أن تسطو على هذا الإجراء ولا تستعمل سلطتها التقديرية فيه باعتبار أنه ملزم حسب المادة المذكورة آنفاً، ونظراً لهذا الإجراء الجوهري في إبرام العقود الإدارية فقد نصت عليه كل الأوامر و المراسيم المتعلقة بالصفقات العمومية في الجزائر .

1- الإعلان في الجمهورية الأولى:

مرت عملية الإعلان عن العقود الإدارية بصفة عامة وعقد الصفقات العمومية على وجه الخصوص بعدة مراحل باعتباره أحد النماذج الهامة في العقود الإدارية.

1- أ. عميري أحمد، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقاً للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 18، جوان 2017.

2- نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية المال العام، مداخلة منشورة على الموقع.....، ص.5.

3- المادة 61 من الأمر 247/15، مرجع سابق.



ففي مرحلة النظام الاشتراكي الذي انتهجته الجزائر كانت ساحة الإعلان ضيقة، حيث اعتمدت على مصدر واحد ووحيد وهي الجريدة الرسمية، ثم أوكلت هذه العملية للوكالة الوطنية للنشر والإشهار بموجب الأمر 279/67، وظلت محتكرة هذا العمل¹ لغاية صدور المرسوم رقم 116/84 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات العمومية لاسيما المادة الأولى، التي تنص على إجراء نشرة رسمية خاصة بالصفقات، و من خلال المادة 4 والتي أجبرت المتعامل العمومي من اللجوء الإجباري للإشهار عن طريق الصحافة².

بالرغم من توسيع دائرة الإعلان، ولكن قيدت هذا التوسع المادة 45 من المرسوم رقم 145/82 التي حددت الإشهار وفي حالتين فقط الدعوة إلى المناقصة المفتوحة أو المحددة أو الدعوة للانتقاء الأولي³. فالملاحظ في هذه الفترة لم تكن عملية الإعلان واسعة النطاق، بالرغم من المحاولات المحتشمة، وذلك يرجع للنظام الاشتراكي الذي تبنته الدولة الجزائرية بعد الاستقلال مباشرة وإتباع سياسة الاقتصاد الموجه، وعليه فإن هذا التضييق في مساحة الإعلان للتعاقد مع الإدارة لم يخدم الشفافية وحرية التنافس.

2- الإعلان في الجمهورية الثانية:

في هذه المرحلة تبنت الجزائر سياسة اقتصادية مغايرة لسياسة الاحتكار التي لم تعد تلائم المرحلة الراهنة، ومحاولة تبني التوجه الليبرالي الذي أقره دستور 1989 فكان لزاما أن يتبعه تعديلات في جميع القوانين حتى تتماشى مع التوجه الجديد، وفي مجال الصفقات العمومية صدر المرسوم التنفيذي 434/91 الذي ألغى النصوص السابقة بموجب المواد 156/155 والذي ألزم الإدارة باللجوء إلى الإشهار إجبارياً⁴، ثم صدر بعد ذلك المرسوم التشريعي رقم 01/93 الذي وضعه المرسوم التنفيذي 194/93 موضع التنفيذ إذ بمقتضاه وسع المشرع دائرة الإشهار من خلال المعلنين العموميين، وبهذه النصوص بدأ يهتم بالإعلان وأعطى الامتياز والأولوية للمؤسسات الإشهارية للتكفل بالإعلان⁵.

غير أنه بصدور المرسوم الرئاسي رقم 236/10 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية هو أول من أشار إلى النشر الإلكتروني (الإعلان) بالرغم من أن المشرع الجزائري اعتمد التعاقد الإلكتروني منذ 2005 بموجب

1- د. زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، ص.11.

2- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي 1984 ج ر ج 20 الصادرة بتاريخ 15/05/1984 المتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

3- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/10/1982 ج ر ج الصادرة بتاريخ 13/04/1982، المتضمن تنظيم الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

4- المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 9/11/1991 ج ر ج 57 الصادرة في 13/11/1991 المتضمن تنظيم الصفقات.

5- أ. زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص.14.



المادة 174¹، وقد سار المرسوم الرئاسي 247/15 في هذا الاتجاه، ووسع من دائرة الإعلان أكثر من ذي قبل عندما نص في المادة 203 على ما يلي: «تؤسس بوابة إلكترونية للصفقات العمومية تسير من طرف الوزارة المكلفة بالمالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال...»، وفي المادة 204 تنص على أن: «تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين... بالطريقة الإلكترونية... ويرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية»².

وهذه النصوص يكون المشرع الجزائري قد قطع شوطا حاسما، وخطا خطوة عملاقة نحو إصلاح المنظومة القانونية المتعلقة بكيفية إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية بصفة خاصة في مجال الإعلان عن التعاقد، وجعلها إجراء جوهري وأعطى له الأهمية الكبرى باعتباره أول الإجراءات الضرورية التي لا يمكن للإدارة أن تستغني عنه لاستقطاب عدد كبير من المرشحين حتى يتسنى لها الاختيار الأفضل، وأخذ القرار الأدق، وأن تضفي على نشاطاتها الشفافية، وبذلك تضمن حرية المنافسة.

3- مضمون الإعلان:

حدد المشرع في المادة 62 من قانون الصفقات العمومية الجزائري على مضمون الإعلان الذي يجب أن يحتوي على البيانات الضرورية التالية وهي:

- تسمية المصلحة المتعاقدة وعنوانها ورقم تعريفها الجبائي.
- كيفية طلب العروض.
- شروط التأهيل أو الانتقاء الأولى.
- موضوع العملية.
- قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة.
- مدى تحضير العروض ومكان إيداعها.
- مدة صلاحية العروض³.

وبالرغم من هذا المحتوى الذي يشتمل عليه الإعلان إلا أنه يبقى غير كاف مما ألزمها المشرع باستكمالها بإعداد دفتر الشروط لتمكين المعنيين بالإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد⁴.

1- أ. عميري أحمد، مرجع سابق، ص. 232.

2-

3- المادة 62 من المرسوم 247/15، مرجع سابق.

4- أ. عميري أحمد، مرجع سابق، ص. 229.



القصود من وراء هذه المعلومات التي يحتويها الإعلان هو إعلام المتعهدين بكافة المعلومات المتعلقة بموضوع العقد الإداري، وتضع الإدارة نشاطها في جو من المنافسة العادلة المبني على الشفافية، وتكافؤ الفرص ومعاملة المرشحين على قدم المساواة.

وإذا ما تجاوزت الإدارة هذه الإجراءات تتعرض أعمالها للطعون .

نجد القضاء الفرنسي له من التطبيقات ما يؤكد ذلك كقرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 2006/04/28 ضد بلدية تلوز، في قضية (ج س ديكو) حول صفقة عقارية، حيث اقتصر الإعلان عن ذكر معيار غامض؛ معيار القيمة الفنية للعرض الذي أضفى الغموض على كل الصفقة، كما أن لجوء المصلحة المتعاقدة للمعايير الفرعية دون الإعلان عنها يعد مساساً بمبدأ الشفافية¹.

ثانياً: مبدأ حرية المنافسة

يقصد بحرية المنافسة هو فتح باب التزاحم الشريف أمام من يريد التعاقد مع الإدارة²، وأيضاً أنها فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتوفر فيهم الشروط القانونية المتعلقة بطلب العروض أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانوناً³ لإبرام العقود الإدارية، وهو نظام تسوده المزاومة والتنافس وكل واحد يلعب دوره بدون عوائق أو حواجز مما يتطلب امتناع الدولة عن تقييد المنافسة بتفضيل أحدهم على حساب الآخرين⁴.

لذا يمكننا أن نعرف حرية المنافسة على أنها إعطاء فرصة لكل من يرغب في التعاقد مع الإدارة وتتوفر فيه الشروط القانونية، و بهذا المفهوم فإن القصود من وراء حرية المنافسة هو استقطاب عدد كبير من المتنافسين دون أن تتدخل المصلحة المتعاقدة في تعيينهم ، فلا يجوز أن تميل إلى مرشح على حساب المرشحين الآخرين، ولا يسمح لها أن تستعمل سلطتها التقديرية في اختيار المتعاقد معها بشكل مطلق.

ويجد مبدأ حرية المنافسة المجال الواسع في طلب العروض الوطنية أو الدولية بعكس طلب العروض المحلية أو المحدودة، وإن كانت المنافسة غير غائبة فيها⁵.

1- زيات نوال، مرجع سابق، ص.52.

2- د. إبراهيم الشهاوي عقد امتياز الموقف العام B.O.T ط الأولى 2003 ب.د.ن. ص.98.

3- أ. نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، مداخلة أقيمت بجامعة قلمة، ص.4.

4- كسال سامة، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس القانون للمنافسة الحرة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، يومي 4/3 أبريل 2014 بجامعة باجي مختار، عنابة.

5- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص.315.



وإذا كانت حرية المنافسة تقل في طلب العروض المحدود مقارنة بطلب العروض المفتوح فإنها تنعدم تماما في التعاقد بطريقة التراضي، وبهذا فإن فكرة الأمن القانوني تتدرج حسب تدرج عملية التنافس، فكلما كان فتح المجال للتنافس أوسع كلما كانت ضمانات الأمن القانوني متوفرة.

1- مبررات مبدأ حرية المنافسة:

- اعتماد حرية المنافسة يضمن النزاهة، ويضمن حياد الإدارة.
- حرية المنافسة نظام يسعى لحماية المتنافسين¹.
- استقطاب عدد كبير من العطاءات.
- فرصة اختيار الأفضل من العطاءات، والكفاءة في العمل تكون كبيرة.
- حرية المنافسة يضمن مبدأ الشفافية ويرسخه.
- حرية المنافسة تستدعي رقابة أشد صرامة حفاظا على حقوق المتنافسين.

2- الأساس القانوني لمبدأ حرية المنافسة:

دفعت الأزمة الاقتصادية التي عاشتها الجزائر، والتي كان منبعا تبني النظام الاشتراكي إلى إعادة النظر في جميع المجالات، فقامت بعدة إصلاحات منها المنظومة القانونية التي أثبتت فشلها في إنعاش الاقتصاد والوطني، وذلك بفتح المجال للقطاع الخاص لأخذ المبادرة، وانسحبت الدولة من نظام الاحتكار، الأمر الذي أبان على المشرع الجزائري بتبنيه للنظام الليبرالي، وهو ما أكدته في الدستور الجزائري 96 في المادة 37، هذا نصها: «حرية التجارة والصناعة مضمونة وتمارس في إطار القانون»².

وبهذا النص يكون المشرع الجزائري قد وقّر النظام الحمائي الكافي لمبدأ حرية التجارة والصناعة ضد أي تعدي، سواء من جانب الدولة أو الخواص، واستبعد كل الحواجز والعوائق التي تحول دون مشاركة الخواص في عملية التنمية بعد ما كانت فيما مضى حكرًا على المؤسسات العامة³، وإعمالا لهذا النص، وتدعيما لهذا التوجه الجديد أصدر المشرع الجزائري ترسانة قوية من النصوص القانونية تمنح الحرية للمؤسسات الخاصة للدخول في المنافسة في المجال الاقتصادي كقانون حرية المنافسة⁴.

1- أ. بربيع محي الدين، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة، مداخلة ألقيت في المنتدى الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق يومي 17/16 مارس 2015 بجامعة 8 ماي 1945، قالمة، ص.6.

2- المادة 37 من دستور 96، مرجع سابق.

3- د. كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة، مرجع سابق.

4- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 ج ر ج 43، الصادر في 20/07/2003، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.



ولكن بالرغم من الارتباط الحاصل بين حرية التجارة والصناعة، وحرية المنافسة إلا أن المشرع الجزائري في قانون المنافسة 03/03 في المادة الثانية منه حضر تطبيق قانون المنافسة على عقد الصفقات العمومية، هذا نصها: «يطبق هذا الأمر على نشاطات الإنتاج والتوزيع والخدمات بما فيها تلك التي يقوم بها الأشخاص العموميون، إذا كانت لا تندرج ضمن إطار ممارسة صلاحيات السلطة العامة، أو أداء المرفق العام»¹، وبهذا النص تخرج العقود الإدارية من قانون المنافسة، فلا ينطبق عليها باعتبار أن هذه العقود تكون مرتبطة بالمرفق العام، وتتمتع فيها المؤسسة العمومية بامتيازات السلطة العامة، وهما الشرطان اللذان جاء في نص المادة المذكورة.

وعلى خلاف هذا النص، جاء تعديل قانون المنافسة بالقانون 12/08، حيث نصت المادة 2 منه بعد التعديل على ما يلي:

تطبق أحكام هذا الأمر على... الصفقات العمومية ابتداءً من الإعلان عن المناقصة إلى غاية المنح النهائي للصفقة...²، وتؤكد امتداد قانون المنافسة لعقد الصفقات العمومية بموجب القانون 05/10 المتعلق بالمنافسة الذي يعدل ويتمم الأمر 03/03، ويصبح هذا العقد يخضع لنظامين قانونيين مختلفين أحدهما يدخل ضمن القانون الخاص "قانون المنافسة"، والآخر يدخل ضمن القانون العام "قانون الصفقات العمومية"، والسؤال الذي يفرض نفسه إذا وقع نزاع في هذه التصرفات أي جهة قضائية يؤول لها الاختصاص؟ فإذا كانت حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية تخضع لأحكام قانون المنافسة، فمعنى ذلك أنها تخضع في منازعاتها إلى القضاء العادي باعتبار أن قرارات مجلس المنافسة تكون قابلة للطعن أمام مجلس قضاء الجزائر³، في حين أن مثل هذه العقود الإدارية تخضع في منازعاتها لاختصاص القضاء الإداري، وفقا للمعيار العضوي الذي كرسه المادة 800 من ق.إ.م. الجزائري، هذا نصها: «المحاكم الإدارية هي جهات الولاية العامة في المنازعات الإدارية تختص بالفصل في أول درجة بحكم قابل للاستئناف في جميع القضايا التي تكون الدولة أو الولاية أو البلدية أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفا فيها»⁴.

وعليه أمام هذه الوضعية يبقى المتعامل المتعاقد في حيرة من أمره إلى أي جهة يرفع طعنه، ومثل هذه المواقف هي من معوقات الأمن القانوني والسبب في ذلك يعود إلى تكاثر النصوص القانونية.

1- الأمر 03/03 المؤرخ غي 2003/07/19 ج ر ج 43، الصادر في 2003/07/20، المتعلق بالمنافسة، المعدل والمتمم.

2- المادة 2 من القانون 12/08 الصادر في 2008/06/25 ج ر ج 36، الصادرة في 2008/07/02، ويعدل ويتمم الأمر 03/03.

3- د. سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة منشورة على الموقع: www.univ-medea.dz، ص.13.

4- المادة 800 من القانون 08/08 الصادر في 2008/02/25 ج ر ج 21 بتاريخ 2008/04/23، المتضمن ق إ م إ.



وهذا ما يؤدي إلى إثارة مشكل توزيع الاختصاص بين القضاء العادي والإداري في حالة ما إذا كانت أعمال المصلحة المتعاقدة خرقت قواعد المنافسة . ففي فرنسا استعملت تقنية قانونية تتمثل في نظرية الأعمال المنفصلة التي اعتمدها القضاء الإداري، حيث أصبح يعترف لمجلس المنافسة باختصاص للفصل في المنازعات المتعلقة بكل نشاط اقتصادي يظهر فيه مساس بأحكام المنافسة¹.

إذا كان القضاء الإداري الفرنسي اختار هذه التقنية القانونية ليوسع من اختصاص مجلس المنافسة للفصل في المنازعات المتعلقة بخرق قواعد المنافسة تأسيسا بتقنية القرارات المنفصلة، فإن الأمر يختلف في القضاء الإداري الجزائري بسبب اعتماد هذا الأخير على المعيار العضوي، غير أن القضاء الإداري لم يتخل تماما عن المعيار الموضوعي، ولهذا وجدت صعوبة في تحديد الجهة المختصة نظرا لدقة الموضوعات المركبة في الصفقات العمومية ، مما يدفعنا للجوء إلى محكمة التنازع صاحبة الاختصاص في ذلك، ولها تطبيقات في هذا المجال نذكر منها القرار الصادر بتاريخ 2000/05/08 الملف رقم 1 قضية رئيس بلدية ريس حميدو ضد (ص.ج) بقولها «أن النزاع القائم بين الطرفين يتعلق بصفقة أبرمت بين بلدية ريس حميدو والمدعى عليه (ص.ج) وأن النزاعات الناتجة عن الصفقات العمومية هي من اختصاص الغرفة الإدارية»².

3- استثناءات مبدأ المنافسة:

لا يختلف اثنان أن مبدأ حرية المنافسة من بين أهم المبادئ في إبرام العقود الإدارية "الصفقات العمومية"، إلا أن هذا المبدأ لا يأخذ العملية على إطلاقه، إنما يرد عليه استثناءات تتطلبه ظروف خاصة، وهو التعاقد بأسلوب التراضي، أي دون الدعوة العامة للمنافسة ولا يعتبر هذا الأسلوب إخلالا بحرية المنافسة، وإنما هو تطبيق لنصوص قانونية عندما تتطلب الضرورة وتوفر الشروط ، وحرصا من المشرع على أن لا يستغل هذا الأسلوب، فقد حدده بنوعين وحصر كل نوع في حالات محددة. وهذان النوعان هما التراضي البسيط و التراضي بعد الاستشارة.

***التراضي:** هذا الأسلوب عرفته المادة 41 من المرسوم الرئاسي 247/15 بنصها: «التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمعامل متعاقد واحد دون الدعوى الشكلية إلى المنافسة...»³، فهذه المادة جاءت متناغمة مع المادة 39 من نفس المرسوم الرئاسي، والتي حدد فيها المشرع الجزائري أسلوبين في التعاقد، أسلوب طلب

1- د. سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة منشورة على الموقع: www.univ-medea.dz، ص.13.

2- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009، ص.48.

3- المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.



العروض كقاعدة عامة، وأسلوب التراضي الذي يعد استثناء لا تلجأ إليه الإدارة إلا بعد التأكد من عدم جدوى الأسلوب الأول، وقد يكون بسيطاً أو بعد الاستشارة.

****التراضي البسيط:** هو إجراء استثنائي لا يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إليه إلا في الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر، حرصاً منه على عدم إساءة استعماله، وهي الحالات التي نصت عليهم المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15:

- عندما توجد وضعية احتكارية يتمتع بها متعامل اقتصادي وحيد.
- عندما توجد حالة الاستعجال المعلن بوجود خطر تسببه ظروف غير متوقعة.
- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج.
- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقا حصرياً للقيام بمهمة الخدمة العمومية¹.
- **التراضي بعد الاستشارة:** تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى هذا النوع من أسلوب التراضي في الحالات التالية:
- عندما يعلن عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية.
- في حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم بطبيعتها الدعوة إلى المنافسة.
- في حالة صفقة الأشغال النابعة مباشرة للمؤسسة العمومية السياسية في الدولة.
- في حالة صفقة كانت محل فشخ وطبيعتها لا تتلاءم مع إجراءات طلب العروض.
- في حالة العمليات المنجزة في إطار التعاون الحكومي أو اتفاقيات ثنائية تتعلق بالتمويلات الامتيازية².

4- القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة:

يعد مبدأ حرية المنافسة أحد المبادئ الهامة التي تقوم عليها مرحلة إبرام العقد الإداري (الصفقات العمومية)، وضمان المهام للحفاظ على المالية العامة، وحتى يحقق هذا المبدأ الهدف الذي وجد من أجله في مجال الصفقات العمومية، وضعت بعض القيود الضابطة للأعمال للوصول إلى النجاعة والقدرة في التعاقد. وتتنوع هذه القيود بين القيود التي وردت بنصوص قانونية وقيود تضعها المصلحة المتعاقدة.

1/ القيود الواردة على مبدأ حرية المنافسة بنص القانون:

ويقصد بها تلك القيود التي وضعها المشرع، والتي من خلالها يترتب إقصاء بعض المتعاملين من المنافسة التي أعلنت عنها المصلحة المتعاقدة، وقد وردت هذه القيود في المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 75

1- المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15.

2- المادة 51 من المرسوم الرئاسي 247/15.



منه¹، وفي قانون المنافسة في الفصل الثاني من الباب الأول من الأمر 03/03 المعدل والمتمم بالقانون 12/08 والقانون 05/10 المتعلق بالمنافسة².

من خلال هذه النصوص يسعى المشرع إلى وضع معايير حقيقية لفتح المجال من أجل مشاركة القطاع الخاص في عملية التنمية، ولن يتأتى ذلك إلا على أيدي نزهة قادرة على تحقيق الأهداف المسطرة من قبل المصلحة المتعاقدة استخلافا لها في ذلك.

2/ القيود الواردة على مبدأ المنافسة باقتراح من المصلحة المتعاقدة:

سمح المشرع الجزائري في المرسوم الرئاسي 247/15 للمصلحة المتعاقدة أن تضع شروطا خاصة توافق أهدافها المسطرة باعتبار أن المشرع لا يمكنه الإلمام بكل تفاصيل العقد الإداري أو الصفقة العمومية، ففسح المجال للمصلحة المتعاقدة أن تختار المتعامل المتعاقد وفق معايير تناسب نوع العقد المراد تنفيذه، لأن المصلحة المتعاقدة هي أدرى بتفاصيله، على أن تكون هذه المعايير موضوعية وغير تمييزية، وحسب المادة 78 من المرسوم المذكور أعلاه فإن المشرع حدد للمصلحة المتعاقدة نوعين من المعايير:

معايير تتعلق بالمزايا الاقتصادية؛ والتي تتعلق بالتنوع، وأجال التنفيذ، والنجاعة، وتوفير مناصب الشغل. و معايير تتعلق بالوسائل البشرية والمادية والمالية للمشروع³.

ولقد اعترض البعض عن هذه القيود سواء الصادرة من قبل المشرع أو الإدارة، واعتبروها تتناقض مع دعوة المصلحة المتعاقدة للتنافس⁴، ولكن في حقيقة الأمر ليس تناقضا، وإنما هي شروط تعاقدية الهدف منها تحقيق المصلحة العامة بكفاءة، وبأقل قيمة مالية، وفي مدة زمنية معقولة.

الفرع الثاني: مبدأ الشفافية:

سوف نتعرض في هذا الفرع إلى تعريف مبدأ الشفافية وإلى معايير الشفافية ثم بعد ذلك نتطرق إلى الأسس القانونية والموضوعية لإعمال مبدأ الشفافية.

1- المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق.

2- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 ج ر ج 43، الصادرة في 20/07/2003 المعدل والمتمم بالقانون 12/08 المؤرخ في 25/06/2008 ج ر ج 36 الصادرة في 02/07/2008، المعدل والمتمم بالقانون 05/10، المؤرخ في 15/08/2010 ج ر ج 46، الصادرة في 18/08/2010 المتعلق بالمنافسة.

3- المادة 78 من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

4- حليبي منال -تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر - أطروحة دكتوراه - جامعة قاصدي مرباح ورقلة 2017 ص 17



أولاً: تعريف مبدأ الشفافية : تعرض مبدأ الشفافية للعديد من التعاريف نذكر منها.

تعريف الأستاذ سكوتر: «بأنها النظام الذي يمكن لمقدمي العطاءات أو الموردين أو حتى غيرهم من ذوي المصلحة من التأكد بأن عملية اختيار التعاقد من الجهة الحكومية قد جرت من خلال وسائل واضحة ومجردة».

تعريف أروسمث: «أن تدار عملية الشراء وفق قواعد واضحة مفهومة من الأطراف ذوي المصلحة» كما عرفها كل من سنزغ وجانون بأنها: «النظام الذي يتميز بقواعد واضحة وبأدوات تساعد على التحقق من أن هذه القواعد قد اتبعت، وأدوات التحقق هذه تسمح للمراقبين كمجلس المحاسبة والأطراف من ذوي المصلحة الذين فشلت عطاءاتهم بأن يعرفوا أسباب عدم قبول عروضهم»¹.

وهي المكاشفة والصراحة والوضوح وإزالة كل ما يدعو إلى الغموض والضبائية والتعتيم وعدم الثقة².

وتعرف الشفافية أيضا على أنها آلية الكشف والإعلان من جانب الدولة عن أنشطتها، وقد عرفتها هيئة الأمم المتحدة بأنها حرية تدفق المعلومات بأوسع مفاهيمها³، فيجب أن تقدم الخدمات العامة للجمهور بجودة عالية، وفي إطار قانوني وديمقراطي، ولا يتأتى ذلك إلا بالمرور على الشفافية والمرونة والحماية القانونية، لهذا فإن الشفافية تهدف إلى زيادة الثقة في نفوس المستخدمين، وهذا من شأنه أن يقوي الكفاءة في النهاية⁴.

والباحث يعرف الشفافية بأنها الكشف للجمهور وللمتعاملين مع الإدارة على الإجراءات التي تتبعها والوسائل التي تستعملها في نشاطاتها بدون تعقيد أو تعتيم، وبهذا المعنى فإن الشفافية تهدف من جهة إلى التعاقد مع الإدارة في جو من الثقة والاطمئنان، ومن جهة أخرى تسهل عملية الرقابة على أعمال الإدارة. وفي هذا الإطار بات من الضروري اتخاذ مبدأ الشفافية أسلوباً أساسياً من أجل استقطاب المتعاملين.

هذا وقد اعتبر الفقه الفرنسي أن السرية ميراث تاريخي غرسته البيروقراطية من خلال السير في دوائر مغلقة بدلا من سماء مكشوفة، ولهذا انسحب المشرع الفرنسي رويدا رويدا من نفق السرية إلى شمس الوضوح لتحسين العلاقة بين الإدارة والمواطنين⁵.

- نقلا عن أ. شريف الشريف - مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي - مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية

¹ عدد 03/ جانفي 2003 جامعة تماراست الجزائر ص 93

2- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T مرجع سابق، ص. 102.

3- عبد الرحمن طويرات، الرقابة الإدارية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في جامعة قلمة، ص. 2.

4- Alexandre Piraux- la double nature de la transparence dans l'administration CRAIG, page. 12.

5- إبراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B.O.T مرجع سابق، ص. 104.



ثانيا- معايير مبدأ الشفافية:

إن الحاجة إلى مبدأ الشفافية مطلب شرعي ملح ضد أي نوع من الإخفاء أو الخداع أو التضليل التي تكون مخالفة لمبادئ العدالة والإنصاف في الشريعة الإسلامية، قال تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوُّوا أَوْ تُعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا" سورة النساء، الآية 135¹، وتنبع أهمية هذا المبدأ من الأهداف التي يسعى تحقيقها ألا وهي السلوك السوي لدى القائمين على تسيير المصلحة المتعاقدة، وتحقيق قدر من الثقة والاطمئنان بين طرفي العلاقة التعاقدية، ولذلك وضعت شروط للشفافية نذكر منها:

✓ ينبغي أن تكون الإجراءات المتبعة واضحة وأن يعبر عنها بلغة واضحة وبسيطة وأن تستند على أساس قانوني سليم.

✓ التركيز على العلانية وعدم التمييز في إجراءات التطبيق للقواعد التنظيمية بين القضاء العام والخاص.

✓ التقليل من المسؤوليات².

✓ الانضباط واتباع السلوك الأخلاقي السوي والصحيح.

✓ تقديم الحقيقة كما هي لكل ما يحدث.

✓ إبعاد كل الضغوطات التي تؤثر بشكل أو بآخر عن العمل.

✓ احترام حقوق كل الأفراد³.

هذه مجموعة من الشروط تشكل معايير لقياس مدى تحقق الشفافية لدى الإدارة المتعاقدة من شأنها أن تحمي من التعتيم والخيانة والخداع في التعاملات، وتفصح بجلاء عن الإجراءات المتبعة للجسمهـور وللمتعاملين مع الإدارة.

ثالثا-أسس مبدأ الشفافية:

إن الشفافية تتناسب مع قيم المجتمع في علاقة طردية، ولذلك فإن الأسس التي تقوم عليها الشفافية تستمد من المحيط المعاش، فلا يكفي الأساس القانوني وحده، إذ لا فائدة من وجودها في النصوص القانونية

1- د. محمد خلف بني سلامة، أ. سامي سعيد محمود دراغمة، معايير الشفافية في الفقه الإسلامي، وأثرها في الوقاية من الأزمات الاقتصادية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، مج.2، ع.2، جوان 2014، جامعة طيبة، ص.481.

2- صندوق النقد الدولي، دليل شفافية المالية العامة، 2007، ص.37 منشور على الموقع: www.imf.org.

3- د. محمد خلف بني سلامة، أ. سامي سعيد محمود دراغمة، مرجع سابق، ص.482.



ما لم تكلل بالتطبيق على أرض الواقع، ويؤمن بها الجميع، و وعليه فإن مبدأ الشفافية بات من المبادئ الأساسية التي تقوم عليها الأنظمة الحديثة، وتُعَوَّل عليها دولة القانون و لذلك فهي تستند على عدة أسس نذكرها فيما يلي .

1-الأسس القانونية:

نصت الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد في مادتها الخامسة بضرورة قيام كل دولة عضو في الاتفاقية بترسيخ سياسة فعالة لمكافحة الفساد وتعزيز مشاركة المجتمع وتجسيد سيادة القانون ومبادئ النزاهة، الشفافية، والمساءلة¹.

كذلك المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي 247/15 والتي جاءت تنفيذًا لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد والتي أمضت عليها الجزائر، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة الأولى يهدف القانون إلى:«... تعزيز النزاهة والمسؤولية والشفافية في تسيير القطاعين العام والخاص»².

أدمج المشرع الجزائري مبدأ الشفافية ضمن الإجراءات الجوهرية التي لا يمكن للإدارة السطو عليه وذلك بمنحه القيمة القانونية التي توفر النظام الحمائي الخاص، وبذلك جاءت هذه النصوص متناغمة مع بعضها .

2-الأسس الموضوعية:

1-2-العلانية: وهو الإجراء الذي يجب على المصلحة المتعاقدة أن تقوم به مع تأكيد المشرع على إلزامية الإدارة بهذا الإجراء الجوهري، و يعتبر من النظام العام الذي لا يمكن التنازل عليه أو التفاهم على مخالفته، ولقد سار المشرع في هذا الاتجاه في عدة نصوص قانونية بداية بالدستور الجديد 01/16 الذي نص في المادة 51³، بضمان حصول المواطن على المعلومات والوثائق وجاءت بعده النصوص الأخرى متناغمة معه فنجد المرسوم 131/88 المتعلق بعلاقة الإدارة بالمواطن في المادتين 8 و9⁴ على إلزام الإدارة بتمكين المواطن من الاطلاع على التنظيمات والتدابير التي تسطرها و أن تنشر التعليمات والمناشير والمذكرات والآراء التي تهم المواطنين.

2-2-الإعداد المسبق لدفتر الشروط: أكد المشرع الجزائري على وضع دفتر الشروط بين يدي المتعاملين توضح فيه كل الإجراءات والشروط التي من خلالها يتم اختيار المتعاقد وتنفيذ العقد مبينا ذلك في عدة نصوص على غرار المرسوم الرئاسي 247/15، والمراسيم التي سبقتة، وكذلك في قانون الوقاية من الفساد

1- المادة 5 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد.

2- المادة الأولى من المرسوم الرئاسي 247/15، مرجع سابق.

3- قانون رقم 01/16 المادة 51، مرجع سابق.

4- المرسوم رقم 131/88 المؤرخ في 04/07/1988 ج ر ج.



ومكافحته لاسيما المادة 9 منه: «يجب أن تؤسس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة وعلى معايير موضوعية، ويجب أن تركز هذه القواعد على وجه الخصوص... الإعداد المسبق لشروط المشاركة والانتقاء»¹.

فعلى الإدارة أن تقوم بإعداد دفاتر الشروط قبل الدعوة إلى المنافسة توضح فيها شروط المكافحة وكيفية الانتقاء²، والهدف من وضع هذه النصوص هو تحقيق الشفافية في مجال التعاقد ذلك حتى يكون كل من له مصلحة في هذه العملية على علم بكل ما تتطلبه عملية إبرام العقد.

2-3- لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض: تعتبر هذه اللجنة إحدى الوسائل الرقابية الداخلية التي تركز مبدأ الشفافية، وذلك من خلال المهام التي تقوم بها بحضور المتعهدين جلسة فتح الأظرفة، وتصدر عن ذلك قرارا مبررا تعرضه على المصلحة المتعاقدة.

هذه مجموعة من الأسس أعتبرها ضرورية لإضفاء الشفافية في العقود الإدارية، ولكن بالرغم من ذلك فإنها لا تمثل كل الأسس، وفي نفس الوقت لا تؤدي بنا إلى الشفافية المطلقة، إذ مهما يكن من أمر فإنها تؤدي إلى شفافية نسبية.

وفي هذا الاتجاه نادى البعض من الفقهاء، ومنهم الفقيه بلانتون بالشفافية المطلقة، وذلك بإلغاء كل الإعفاءات والاستثناءات، باعتبار أن الشفافية اليسيرة لا تقدر على منع ظهور العوائق الإدارية وبالرغم من ذلك لا يمنع ظهور العوائق الإدارية، بينما يرى فريق آخر بالزامية وجود شفافية متوازنة أي الشفافية التي تراعي الموروث القديم للامتياز الإداري³.

وبين هذين الرأيين نقترح مدخلا جديدا للشفافية والمتمثل في وضوح الإجراءات المتبعة بدون تعقيد أو تعميم للمعلومات، الاستقلالية في اتخاذ القرارات، وإبعاد كل ما يدعو إلى الريبة والشك في لا مشروعية الأعمال الإدارية، المحافظة على المصالح المتعارضة. وبهذا تغرس لدى العاملين السلوك السوي والنوايا السليمة، لأن الأمر كله يرجع إلى مدى صلاحية القائمين على تسيير المصلحة المتعاقدة، وما يعكس ويفسد جو التعامل هو النية السيئة خدمة للمصالح الشخصية على حساب المصلحة العامة، لذا يستوجب أن يقام التوازن بين المصالح المتضاربة، فلا إفراط ولا تفريط.

1- قانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

2- أمال قاسمي، دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تكريس قواعد الشفافية في مجال الصفقات العمومية، مداخلة، ص.5.

3- د. عبد الرحمن مسفر رمزي، الإدارة بالشفافية لدى مديري مكاتب التربية والتعليم بمنطقة مكة المكرمة من وجهة نظر المديرين المشرفين، رسالة ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، ص.34.



الفرع الثالث : مبدأ المساواة:

ويقصد به حصول جميع الأفراد على حماية القانون دون تمييز بينهم، وبالتبعية فإنها تؤدي إلى الخضوع للتكاليف التي يفرضها القانون، وتعتبر المساواة والحرية الركنين الأساسيين اللذين تقوم عليهما جميع الحقوق التي يتمتع بها الإنسان في مجتمع ديمقراطي¹، ومن حيث المبدأ فإن فكرة المساواة يجب أن تتميز بالعموم أي تطبيق القانون على الكافة دون تمييز، غير أن هذه المساواة ليست مطلقة، بل يجب أن تكون نسبية أي المساواة بين المراكز المتماثلة².

وبمفهوم المخالفة فإن الأفراد الذين لهم مراكز قانونية مختلفة لا يجب أن يعاملوا على قدم المساواة، من هنا يظهر بجلاء المقصود بإعمال مبدأ المساواة، بحيث إذا تم تطبيقه على مراكز غير متساوية، فهذا هو الظلم بعينه، ولهذا فإن خاصية العمومية لهذا المبدأ تعني أن المساواة في كل المجالات وبدون تمييز بين أصحاب المراكز المتماثلة.

وفي مجال العقود الإدارية على الإدارة أن تعامل المتقدمين بعطاءاتهم على قدم المساواة، وبذلك تفتح المجال لكل من تتوفر فيه الشروط للدخول إلى المنافسة لأنهم في مراكز قانونية متماثلة. وعلى هذا الأساس فإن مبدأ المساواة يكمل مبدأ حرية المنافسة بين المتنافسين، ويقصد به احترام الشروط والمواعيد التي أعلنت عنهم المصلحة المتعاقدة دون تفرقة³.

أولاً: الأساس الفلسفي لمبدأ المساواة:

أجمع الفكر السياسي والقانوني على أن مبدأ المساواة من أكثر المبادئ المتفق عليها، ولا يكاد دستور يخلو من التنصيص عليه. ولقد ابتدع الفكر الدستوري نظريتان لتحديد أساس مبدأ المساواة هما على التوالي:

- 1- **نظرية القانون الطبيعي:** يرى أصحاب هذه النظرية أن الأفراد كانوا يتمتعون بالمساواة التامة في حياة الفطرة في ممارسة حقوقهم وحرياتهم⁴.
- 2- **نظرية العقد الاجتماعي:** يرى أنصار هذه النظرية أن الأفراد تعاقدوا فيما بينهم للخروج من حالة الفطرة إلى الحياة الاجتماعية من أجل التمتع بالمساواة في الحقوق⁵.

1- باعزيز على الفكي، المواطنة والمساواة في الحقوق السياسية، ص.44، ب ن ب ط، مركز دراسات الإسلام والعالم المعاصر.

2- عصام علي الديس، النظم السياسية، الكتاب السادس، ط.1، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص.97.

3- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري، العقد الإداري)، د.ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص.318.

4- عصام علي الديس، النظم السياسية، الكتاب الأول، ط.1، 2010، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص.337.

5- عصام علي الديس، النظم السياسية، الكتاب السادس، مرجع سابق، ص.97.



و المعنى الذي نجمعه للنظريتين هو أن القانون الطبيعي هو القانون المثالي الذي يكتشفه العقل السوي، والعقل السوي لا يمكنه المساس بالحقوق والحريات ولا يميل لفرد على حساب آخر وعدم مخالفة القانون الوضعي له، أما نظرية العقد الاجتماعي فبالرغم من الاختلاف والتباين بين شراحها إلا أنها فرضية ناجحة، وإذا كان هناك عقد افتراضي فإن الأفراد لهم مركز قانوني واحد سواء كانوا تعاقدوا مع الحاكم أم تعاقدوا مع أنفسهم، لذا تكون معاملتهم على قدم المساواة.

ثانياً: الأساس القانوني لمبدأ المساواة : صدرت عدة موثيق دولية وإقليمية تحث على تطبيق مبدأ المساواة في جميع المجالات، وقد اتبعتها قوانين وطنية نذكر منها:

أ-الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: وهو الإعلان الذي تبنته الأمم المتحدة، والذي يتكون من ثلاثين مادة تدور حول إقرار حقوق الإنسان وحرياته وحمايتها، ومن أبرز الحقوق التي نصت عليها الوثيقة: حق العمل، وحق الراحة، وحق المساواة؛ حيث جاءت في المادة 7 من الإعلان: «كل الناس سواسية أمام القانون، ولهم الحق في التمتع بحماية متكافئة عنه دون أية تفرقة، كما أن لهم جميعاً الحق في حماية متساوية ضد أي تمييز...»¹.

ب-الدستور الجزائري: لقد جاءت نصوص الدستور الجزائري متناغمة مع معظم المواثيق الدولية ومن بينها وثيقة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، بحيث نصت المادة 32: «كل المواطنين سواسية أمام القانون...»، وقبله المادة 25: «عدم تمييز الإدارة يضمه القانون»²، ثم جاءت القوانين تباعاً حسب تدرجها تحث على مبدأ المساواة، ففي المرسوم الرئاسي 247/15، وفي المادة 5 التي هي مصدر مبادئ العقد الإداري تنص على ما يلي: «لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام يجب أن تراعى في الصفقات العمومية مبادئ حرية، الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات»³.

من خلال هذه النصوص تظهر إرادة الدولة في إعمال مبدأ المساواة في كل المجالات وحاز على قيمة دستورية الأمر الذي دفع بالمشرع إلى إعماله في مجال العقود الإدارية حرصاً منه للمحافظة على المراكز القانونية المتماثلة من جهة، وضمان حياد الإدارة من جهة أخرى.

1- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 21700 (د.3) المؤرخ في 10 ديسمبر 1948، منشور على الموقع: www.moj.pna.ps

Moj.Pna. Ps

2- المواد 25 و32 من القانون 01/16، مرجع سابق.

3- المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية، مرجع سابق، المادة 5.



وعليه يمكن القول أن مبدأ المساواة هو المبدأ الذي يشكل أساس العدل، ويبث في نفوس المواطنين والمتعاملين الاطمئنان، وتقوية العلاقة بين الحكام والمحكومين.

ج-أساس مبدأ المساواة في الشريعة الإسلامية:

جاء الدين الإسلامي بتعاليم جديدة تخرج الإنسان من الظلمات إلى النور، وتسقط كل الخرافات الظالمة المظلمة تحقيقاً لكرامة الإنسان، قال تعالى: "وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا"¹، وتتجسد هذه الكرامة في أن خلق الله البشر يتمتعون بنفس الحقوق، فكلهم عباد الله، لا فرق بين عربي ولا أعجمي إلا بالتقوى، قال تعالى: "يا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَاكُمْ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ"²، فجعل الله التمايز بين خلقه بالتقوى.

وجاءت السنة النبوية لتؤكد على مبدأ المساواة، مفسرة لما جاء في القرآن الكريم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لَا فَضْلَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى أَعْجَمِيٍّ، وَلَا لِأَبْيَضٍ عَلَى أَسْوَدَ، إِلَّا بِالتَّقْوَى"، وقال أيضاً: "إِنَّ اللَّهَ لَا يَنْظُرُ إِلَى صُورِكُمْ وَأَمْوَالِكُمْ، وَلَكِنْ يَنْظُرُ إِلَى قُلُوبِكُمْ وَأَعْمَالِكُمْ"³، وهذا التمايز جعل الله له درجات عنده يوم القيامة، ولكن في نفس الوقت لم يحرم بقية البشر الذين هم أقل فضلاً عنده من حقوقهم، لأن الغاية هي الخلافة في الأرض وإعمار الكون، وأن يتمتع الكل بنفس الحقوق.

وعليه فالبشر متساوون أمام الله، لذا عاملهم الله بمبدأ المساواة من حيث كرامة إنسانية الإنسان التي لا تقبل التنازل أو الانتقاص، ولكن في نفس الوقت لم يخلقهم الله بقدرات متساوية فلم يطلب منهم ما لا يطيقون قال تعالى "لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا"، لذلك تكون المساواة نسبية وليست مطلقة.

لذا وامتثالاً لهذا النهج في المعاملات تظهر أهمية المعايير التي تستعمل كأساس لاختيار المتعامل المتعاقد في مجال العقود الإدارية، فلتحقيق مبدأ المساواة يجب أن تسهر المصلحة المتعاقدة على وضع معايير موضوعية واضحة معلنة مسبقاً لاختيار أحد المتعاملين من بين بقية المتنافسين.

1- سورة الإسراء، الآية 70.

2- سورة الحجرات، الآية 13.

3- صحيح مسلم.



ثالثا-أبعاد مبدأ المساواة:

مما تقدم يظهر أن مبدأ المساواة يكون بشكل نسبي، وليس مطلقا باعتبار أن الأفراد لا يتمتعون بنفس القدرات ولا بنفس المراكز القانونية، وبالتبعية فإنهم ينتمون إلى أنظمة قانونية مختلفة، ولذلك فإن مبدأ المساواة يتجلى في مجالين من المراكز المتماثلة، المساواة في الحقوق والمساواة أمام الأعباء العامة.

أ-المساواة في الحقوق: تتعدد مجالات المساواة في الحقوق، ونذكر أهمها:

1-المساواة أمام القانون: ألزم المشرع الدستوري المؤسسات بضمان تحقيق مبدأ المساواة من خلال إزالة العقبات التي تحول دون تفتح الإنسان أو دون مشاركته الفعلية في الحياة السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية¹؛ و المقصود هنا كل المؤسسات بدون استثناء سواء العمومية أو الخاصة بأن تعامل الأفراد على قدم المساواة وهذا من شأنه أن يزرع الثقة في نفوس المواطنين يقوي العلاقة بين الأفراد والدولة . وأن التعامل بغير ذلك لا يؤدي إلى إضعافها فحسب، بل إلى هدمها، فانهدام الثقة ومباغطة المواطن تؤدي إلى حالة اللأمن القانوني مما تسبب في اتساع الهوة بين المواطن والإدارة.

ومن تطبيقات مبدأ المساواة فقد أحسن المشرع عندما أزال عقبة شرط الجنسية الأصلية للمترشح للانتخابات التشريعية وزوجه في قانون 13/89 لمساوئه بمبدأ المساواة أمام القانون، وذلك بعد رقابة المجلس الدستوري على المادة 86 من القانون المذكور أعلاه حين جاء فيه: «إذا كان شرط السن المطلوب لا يثير أية ملاحظة خاصة، فإن الأمر ليس كذلك بالمرّة فيما طلب من المترشحين وأزواجهم من أن يكونوا من جنسية جزائرية أصلية»²، وهذا من محاسن رقابة المطابقة المجلس الدستوري على القانون العضوي، فقد اكتشف المجلس هذه المادة غير مطابقة للدستور، وبالتالي فإن هذا الشرط كان بمثابة عائق للترشح للانتخابات التشريعية، وفي التعديل الأخير لقانون الانتخابات جاء النص صريحا وواضحا في المادة 92 من القانون 10/16 «... أن يكون ذا جنسية جزائرية»³.

ومعنى ذلك أن هناك تعارض بين المادة 86 من القانون العضوي، والمادة 28 التي تنص على مبدأ

المساواة لدستور 1989، ولهذا فإن تعارض القوانين يؤدي إلى حالة اللأمن القانوني.

1- المادة 34 من القانون رقم 01/16 المتعلق بالتعديل الدستوري، مرجع سابق.

2- أحمد كربوعات، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، رسالة ماجستير، جماعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2015، ص.75.

3- المادة 92 من القانون العضوي 10/16 المؤرخ في 2016/08/25 ج ر ج 50، الصادرة في 2016/08/28 المتعلق بنظام الانتخابات.



إن المجلس الدستوري في هذا الاجتهاد يلزم المشرع عن القيام بوظيفته أن يأخذ بعين الاعتبار بقية المبادئ الأخرى ذات الصلة، حتى يتحقق مبدأ المساواة في أعلى درجاته¹، وعلى هذا الأساس فإن المجلس الدستوري يكون قد تجاوز المفهوم التقليدي لمبدأ المساواة، وهو حظر التمييز بين الأفراد على أساس الجنس والعرق والرأي واللغة ليربطه بباقي المبادئ الأخرى ويصبح منبع الحقوق كلها، وبذلك يكون قد وضع مبدأ المساواة بشكل واقعي ليتقاطع مع المبادئ الأخرى.

2-المساواة في تولي الوظائف العامة: أكد المشرع الدستوري في المادة 63 من القانون 01/16 على حق كل شخص في تولي الوظائف العامة دون أي شروط تمييزية إلا الشروط التي حددها القانون²، باعتبار أن لكل وظيفة عامة لها شروطها الخاصة، وبالتالي لا يمكن أن يستبعد شخص عن تولي وظيفة عمومية بسبب الرأي أو الجنس أو اللغة أو الأصل إلا بالشروط الموضوعية التي وضعها القانون، وفي هذه الحالة ليس للإدارة أن تتدخل بسلطتها التقديرية، ونظرا لخصوصية الوظيفة العمومية فإن مبدأ المساواة غير مطلق بين أفراد المجتمع، لذلك يمكن للقانون أن يحدد شروطا للالتحاق بالوظيفة، كما هو موضح في قانون الوظيفة العامة 03/06، لا سيما المادة 5/75 التي تنص على ما يلي "لا يمكن أن يوظف أيا كان في وظيفة عمومية ما لم تتوفر فيه... المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها"³.

فكل مواطن له الحق في تولي الوظائف العامة إذا توافرت فيه الشروط الخاصة بكل وظيفة التي توضع مسبقا، ومهما يكن فلا يمكن أن تكون شروط تمييزية.

3-المساواة أمام القضاء: إن الضمانة الأساسية لكل الحقوق والحريات هو القضاء، بحيث لا يستطيع الفرد أن يرد تعسف الإدارة بمفرده نظرا لما تتمتع به من امتيازات وليس له من بد الا اللجوء إلى القضاء باعتباره حامى الحقوق، لذلك جعله المشرع الدستوري في متناول الجميع، و يقع واجبا على القضاء أن يوفر النظام الحمائي للحقوق والحريات الأساسية للأفراد، ولذلك نصت المادة 157 من الدستور على أنه "حماية السلطة القضائية المجتمع والحريات"⁴، كما جعلت المادة 158 من مبادئ الشرعية والمساواة هما أساس القضاء⁵.

1- محمد منير حساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5 جوان 2016، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص.191.

2- المادة 63 من القانون 01/16، مرجع سابق.

3- المادة 75 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006، يتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة.

4- المادة 157 من القانون 01/16، مرجع سابق.

5- المادة 158 من القانون 01/16، مرجع سابق.



بمعنى أنه يجب أن يعامل القاضي الخصوم بمبدأ المساواة، وذلك ما نستشفه من رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري: "آسى بين الناس في مجلسك ووجهك حتى لا يطمع شريف في حيفك، ولا ييأس ضعيف من عدلك؛ أي ساوي بين الناس"¹، فمعاملة المتخاصمين تبدأ بوحدة الإجراءات وسهولتها ووضوحها، وترك فرصة المناسبة لكلا الخصمين للدفاع عما ينسب إليهما من تهم وتبليغهما بكل جديد في القضية المتنازع عنها.

ب-المساواة أمام الأعباء العامة: لا يقتصر مبدأ المساواة على الحقوق فقط، بل يمتد إعماله في مجال التكاليف العامة التي من خلالها تستطيع الدولة القيام بوظائفها على أكمل وجه، وتمثل في تحمل الأعباء الضريبية والقيام بأداء الخدمة العسكرية².

و واجب تلبية نداء الوطن فإذا ما تعرضت البلاد إلى عدوان، فعلى كل مواطن قادر أن يزود بنفسه و ماله عن وطنه، قال تعالى: "انْفِرُوا خِفَافًا وَثِقَالًا وَجَاهِدُوا بِأَمْوَالِكُمْ وَأَنْفُسِكُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ذَلِكَ خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ" سورة التوبة، الآية 41³.

أما المساواة أما الأعباء الضريبية وهو خضوع المكلفين جميعهم الذين يشغلون مراكز قانونية متماثلة لمعاملة قانونية واحدة دون تفرقة بينهم⁴.

وهذان المجالان يتطلبان القدرة البدنية و المالية لأدائهما، ولذلك فمبدأ المساواة لا يتحقق لكل الأفراد وإن كان واجبا والتزاما يقع على كل مواطن، ولهذا فإن نسبية المبدأ تتحقق بأسمى معانيها نظرا لارتباط المبدأ بنوع الالتزام المطالب به كل مواطن.

3-استثناءات مبدأ المساواة (التمييز الإيجابي): يقصد بالتمييز الإيجابي المفاضلة القانونية في المعاملة بصفة مؤقتة، وذلك من خلال إصدار تشريعات تخص فئة معينة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية بغرض إعادة التوازن بعد اختلاله⁵.

1- هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص.121.

2- أ. صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد6، السنة الثانية جوان 2015، جامعة الزاوية، ليبيا، ص.237.

3- هاني علي الطهراوي، النظم السياسية والقانون الدستوري، مرجع سابق، ص.122.

4- د. حيدر وهاب عبود، مبدأ المساواة أمام الضريبة (دراسة مقارنة)، بين الشريعة الإسلامية والنظم الضريبية الوضعية، بحث منشور على: [http://www.lasj.net/le16/04/2018 a 18^h 24^{min}](http://www.lasj.net/le16/04/2018%20a%2018%24min).

5- نبالي فطمة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة في مجال محدود وحول محدود، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010، ص.36.



ويعود إنشاء هذا المصطلح في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1961 عندما أصدر الرئيس الأمريكي جون كينيدي المرسوم التنفيذي 10925 وتبعه سنة 1965 مرسوم 11246 بهدف توسيع نطاق التمييز الإيجابي¹، وكان الهدف من هذين المرسومين هو إتاحة الفرص للفئة التي حرمت وقتا طويلا من التمييز العنصري باعتبار أن أمريكا عاشت في صراع بين السود والبيض، وطرحت آلية لمعالجة الوضع وتعويض فئة السود بمصطلح التمييز الإيجابي. ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، فإن في سنة 1971 أقرت تفضيلات أخرى في الجانب المادي، حيث منحت زيادات في المنافع المادية للأقليات من النساء اللاتي يحزن صنف معين من الوظائف، وفي وضعية اللامساواة العددية في شغل شتى الوظائف بين الأكثرية من الذكور والأقلية من النساء باعتبار أنهن أقل انتفاعا²، غير أن هذا المصطلح يبدو أنه ارتبط بالمصلحة العامة لدى المشرع، إذ كثيرا ما يعطي المشرع السلطة التقديرية للإدارة في ما تراه مناسبا لها، ويحقق المصلحة العامة باعتبار أنها أدرى بتفاصيل الواقع المعاش، وجعلت من هذه الغاية مبررا لتجاوز مبدأ المساواة.

وتجلى هذا المفهوم لدى المجلس الدستوري الفرنسي عندما صرح بأن مبدأ المساواة لا يشكل عقبة في وجه المشرع عندما يريد تجاوز المساواة لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة، لكن هذه الإجازة ربطها بضرورة وجود علاقة منطقية بين القاعدة النوعية التي تسمح بالتمييز في المعاملة والمصلحة العامة التي يريد تحقيقها، كالمصلحة المتعلقة بضرورة استمرارية سير المرفق العام³.

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد هذا المنهج كاستثناء عن القاعدة، وهو اللجوء إلى التعاقد بأسلوب التراضي سواء البسيط أو بعد الاستشارة، كحالة الاستعجال بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو خطرا يهدد الأمن العام، أو توفير حاجيات السكان الأساسية⁴، فالإدارة تتعاقد مباشرة مع أحد المتعاملين ولا يعد ذلك إخلالا بمبدأ المساواة وإنما تعامل دعت إليه الضرورة الملحة المرتبط بتحقيق مصلحة.

1- حسام الدين علي مجيد، التمييز الإيجابي والكويتا النيابية، جامعة أربيل، مقال منشور على الموقع: www.Resarchgal.net، ص.2.

2- حسام الدين الدين علي مجيد، مرجع سابق، ص.3.

3- محمد منير حساني، مرجع سابق، ص.194.

4- المادة 49 من المرسوم الرئاسي 247/15 الفقتين الثانية والثالثة، مرجع سابق.



المطلب الثاني: القضاء الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة لتحقيق الأمن القانوني في العقود الإدارية:

شهد نظام الصفقات العمومية تغييرات متتالية منذ الاستقلال إلى يومنا هذا، وأخذ اهتماما واسع النظير نظرا لارتباطه بالخبزينة العمومية، وما يكلفها من نفقات على إنجاز مختلف المشاريع، وسعى المشرع الجزائري من وراء ذلك حماية المراكز القانونية لكل من المصلحة المتعاقدة والمتعاملين المتعاقدين من جهة، والمحافظة على المال العام من جهة أخرى، ونظرا لتطور النشاط الإداري الذي يلعب دورا هاما في التنمية الشاملة ارتبط عقد الصفقات العمومية بقوانين أخرى ذات الصلة كقانون الوقاية من الفساد ومكافحته وقانون حرية المنافسة.

ومن نافلة القول فإن المشرع الجزائري بالرغم من التجربة البسيطة إلا أنه أظهر إرادة قوية لإقامة التوازن بين مختلف المصالح المتعارضة في مجال العقود بصفة عامة، والصفقات العمومية على وجه الخصوص، حيث أحاطها بجملة من الضمانات لمختلف مراحلها فأخضعها لرقابة مزدوجة داخلية وخارجية و رقابة قضائية التي تمثل الضمانة الأساسية لحفظ حقوق المتعاقدين، فبالإضافة إلى قضاء الإلغاء و نظام وقف القرارات الإدارية وسع المشرع الجزائري في هذه الرقابة بموجب القانون 09/08 المتعلق بقانون إ.م.إ حيث استحدث قضاء استعجالي قبل التعاقد بموجب المادتين 946 و 947 من ق.إ.م.إ

وبالرغم من أن قضاء الإلغاء أظهر قصوره ردحا من الزمن في مسامرة ما يتطلبه النشاط الإداري من سرعة، إلا أن هذا الاتجاه الجديد محمود باعتباره لبنة تسد إحدى ثغرات القضاء الإداري و يساير التطورات المعاشة في النشاط الإداري، وضمان رقابة قضائية فعالة وسريعة لإقامة التوازن في مقابل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات وأولوية وقوة تنفيذ قراراتها بالرغم من الطعن ضدها أمام القضاء لافتراضية مشروعيتها.

إذن فالهدف من رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد المستحدثة في مجال العقود الإدارية عامة و الصفقات العمومية خاصة هو توفير أعلى قدر من الحماية للمراكز القانونية قبل مرحلة الإبرام من خلال الدعوى الاستعجالية التي يرفعها المتضرر لتحقيق المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية تأسيا بالمشرع الفرنسي في هذا المجال، وعليه سوف نتطرق إلى مفهوم القضاء الاستعجالي قبل التعاقد (الفرع الأول)، وسلطات القاضي الإداري في هذا القضاء (الفرع الثاني).



الفرع الأول: محتوى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد

لتحديد مفهوم القضاء الاستعجالي سوف نتعرض في البداية إلى محتوى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد (أولاً)، ثم إلى الشروط الواجب توافرها للجوء إلى هذا النوع من القضاء الاستعجالي الخاص (ثانياً).

أولاً: مفهوم القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد

سوف نتطرق في هذا العنصر إلى تعريف القضاء الاستعجالي المستحدث بموجب القانون 09/08، ثم نتطرق إلى خصائصه.

أ- تعريف القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد

حسب التعريف الكلاسيكي للقضاء الاستعجالي الإداري فإنه يعد فرعاً من فروع القضاء الإداري يهدف إلى اتخاذ تدابير مؤقتة من قبل قاضي الاستعجال تتطلبها الحالة التي لا تستحق التأخير أو التراخي إلى غاية الفصل في الموضوع»¹.

كما ورد في تعريف الفقه الإسلامي بأنه: «النظر في الدعوى التي يخشى عليها من فوات الوقت، وإظهار الحكم الشرعي الملزم على وجه خاص فيما يقع من مصالح الدنيا منعا للضرر الحاصل بالتأخير»².

وعليه فإن جميع التعاريف تتفق على أن قضاء الاستعجال لا يكون إلا في الأمور التي لا تتحمل التأخير، وسلطات القاضي فيه محدودة ومؤقتة، حيث يتخذ تدابير مؤقتة لغاية فصل قاضي الموضوع في القضية المتنازع عليها، فليس له أن يمس بأصل الحق.

هذا بالنسبة للقضاء الاستعجالي الكلاسيكي الذي يكون في كل المجالات و في كل الأوقات أما تعريف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد فهو " إجراء قضائي من نوع خاص ذو أصل تشريعي أوروبي الهدف منه حماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقات العمومية، وذلك عن طريق إعطاء القاضي سلطات واسعة غير مألوفة في الإجراءات القضائية الاستعجالية العامة»³.

يعتمد الاتجاه في تعريفه على الهدف من القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، وهو حماية مبادئ إبرام الصفقات العمومية، التي يقع التزاما على المصلحة المتعاقدة أن تراعيها قبل قدومها على إبرام العقود

1- د. لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ط.3، 2011، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.

2- تركي بن محمد بن عبد الله البسام، الدعاوى المستعجلة في الفقه والنظام، دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008.

3- أ. لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد5، يونيو 2015، ص.19، www.Ejles.com.



الإدارية، وذلك بلجوء المتضرر إلى القضاء الاستعجالي الذي يتدخل قبل إبرام العقد خلافاً لقضاء الإلغاء الذي تخضع له القرارات المنفصلة، والتي تأخذ وقتاً طويلاً يمتد إلى مرحلة تنفيذ العقد للفصل فيها، كما زود هذا الإجراء للقاضي الاستعجالي سلطات واسعة لم توجد عند القضاء الاستعجالي العام، كما يعرف على أنه: «استعجال خصوصي يهدف إلى السماح برقابة دقيقة في مجال إبرام الصفقات العمومية، بحيث يفصل القاضي ابتدائياً ونهائياً في شكل الاستعجال في حالة الإخلال بمبادئ الإشهار والوضع في المنافسة»¹.

وهنا في هذا التعريف تظهر خصوصية هذا القضاء الاستعجالي بجلاء، فهي دعوى قائمة بذاتها غير مرتبطة بدعوى في الموضوع ثم أنها تمنح لقاضي الاستعجال سلطات واسعة بحيث يفصل بشكل مؤقت، وذلك باتخاذ تدابير مؤقتة كتوجيه أوامر للمصلحة المتعاقدة للقيام بالتزاماتها أو توقيف إجراءات الإبرام، وعليه فإنه يتجاوز قاضي الاستعجال العادي، وهو المساس بأصل الحق.

أما الباحث فيعرف القضاء الاستعجالي قبل التعاقد كما يلي: هو دعوى استعجالية قائمة بذاتها من نوع خاص يلجأ إليها كل متضرر من اختلالات مست مبادئ إبرام العقد الإداري تسمح للقاضي بالفصل السريع في مرحلة ما قبل الإبرام يأمر المصلحة المتعاقدة بالامتثال والقيام بالتزاماتها أو توقيف أو إلغاء إجراءات الإبرام.

ب: تاريخ تطور القضاء الاستعجالي قبل التعاقد:

يرجع الفضل في تأسيس دعوى الاستعجال قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية للتشريع الأوروبي عندما تشدد في تطبيق قواعد العلانية و المنافسة في نطاق إبرام عقود الشراء العام ضماناً لتجانس قوانين دول أعضاء الاتحاد الأوروبي في مجال مبادئ عقود الصفقات العمومية، وذلك بصدور القانون التوجيهي 225/89 بتاريخ 1989/11/21 المتعلق بتنسيق الأحكام التشريعية والتنظيمية لإيجاد دعوى قضائية تقرر مشروعية إبرام الصفقة العمومية².

وتطبيقاً لذلك فقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه، وذلك ما يستشف من خلال صدور قانون 10/92 المؤرخ في 1992/01/04، والقانون 13/92 الصادر بتاريخ 1992/02/25 المتعلق بالصفقات العمومية المبرمة في القطاعات الخصوصية³، المعدل بالقانون 1993/01/29، الذي يمنح سلطات واسعة لرئيس المحكمة الإدارية، بحيث يفصل ابتدائياً ونهائياً في شكل الاستعجال في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار والوضع

1- لحسين بن شيخ آث ملوبا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 269.

2- خضري حمزة، آلية حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 لسنة 2015، ص 294.

3- مداخلة محمد فغير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري، ص 4.



في المنافسة التي يخضع لها إبرام الصفقات العمومية، واتفاقيات تقويض المرفق العام¹، وقد تم إفراغ محتوى هذا القانون على المواد 22 و23 من قانون المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف الإدارية، ثم المواد 291/551 في التعديل الجديد لقانون القضاء الإداري، وهكذا كان للمشرع الفرنسي السبق في إرساء طعن قضائي استعجالي جديد يُعد من الضمانات الأساسية والجوهرية في تفعيل مبادئ إبرام العقود الإدارية².

أما المشرع الجزائري فقد ظل لوقت طويل لم يعط الاهتمام الواسع لقضاء الاستعجال ضمن قانون الإجراءات المدنية الملغى، حيث لم يخصص الحيز الكافي لقضاء الاستعجال، واكتفى بمادة واحدة فقط إلى غاية صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الذي جاء بجملة من التغييرات تطبيقاً لدستور 1996، الذي تبنى الأزواجية القضائية وأتبعه بالتعديل الدستوري لسنة 2008، كان ذلك دافعا قويا على وجود إرادة تشريعية لدفع عجلة التطور في مجال القضاء الإداري، وتأثرا بتجربة القضاء الإداري الفرنسي الذي يعد المرجع الأساسي للقضاء الإداري، حيث جاء في القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية في مجال القضاء الاستعجالي حزمة من المواد، والذي خصص له باب للقضاء الاستعجالي من المواد 917 إلى 948، ونخص بالذكر المادتين 946 و947 اللتان خصصا للطعن الاستعجالي ما قبل التعاقد.

تنص المادة 946 على إمكانية إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية من قبل من له مصلحة... «وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية...»³.

جاءت هذه المادة لتؤكد الاتجاه الذي سارت عليه التشريعات المقارنة مستفيدة من التجارب السابقة من أجل تفعيل مبادئ إبرام العقود الإدارية بعد عدم فعالية دعوى الإلغاء في هذا المجال، حيث سمحت لكل من له مصلحة أي المتضرر من تصرفات الإدارة لمبادئ إبرام العقود الإدارية أن يلجأ إلى القضاء الاستعجالي، أو يستطيع ممثل الدولة على مستوى الولاية وهو الوالي، وذلك من أجل التدخل السريع للقاضي الإداري الاستعجالي، وقد جاءت العبارة واضحة لهذا التدخل بقولها: يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد التي تفصل في مدة 20 يوما.

1- لحسين بن شيخأت ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، مرجع سابق، ص 269.

2- مداخلة أ. سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة بجامعة بني فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، المنتقى الوطني بعنوان: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام" ص.6.

3- المادة 946 من القانون رقم 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.



وهذا يكون المشرع الجزائري حذا حذوا المشرع الفرنسي مستفيدا من تجربته، وبذلك يكون قد خطى خطوة كبيرة في مجال الضمانات التي يقدمها القضاء في مجال العقود الإدارية حرصا منه على حماية المراكز القانونية وإقامة التوازن بين ما تمتلكه الإدارة من امتيازات السلطة العامة وبقية الأطراف المتنافسة.

ثانيا: خصائص القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد

مما تقدم يتضح أن دعوى الاستعجال قبل التعاقد تخرج عن المألوف في الاستعجال العام ، لذلك فهي تتميز عن غيرها بعدة مميزات .

أ: **دعوى مستعجلة خاصة:** ابتدع الفكر القانوني هذه الدعوى خاصة بالعقود الإدارية أو الصفقات العمومية، ولذلك لا يمكن إعمالها في باقي الأعمال الإدارية الأخرى¹. وتنبع هذه الخصوصية من أهمية المبادئ العامة التي وضعها المشرع لإبرام العقود الإدارية .

ب: **دعوى مستقلة:** نعني بها أنها دعوى قائمة بذاتها غير معلقة على دعوى موضوعية كما هو معروف في الاستعجال لوقف تنفيذ قرار إداري الذي يستوجب رفع دعوى في الموضوع لكي تقبل الدعوى الاستعجالية وهو ما نصت عليه المادة 926 التي تنص على أنه يجب أن ترفق العريضة الرامية إلى وقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره تحت طائلة عدم القبول بنسخة من عريضة دعوى الموضوع² و هو ما يؤكد خصوصية هذا الطعن بأنه غير مرتبط بدعوى أخرى في الموضوع مما يعبر عن ذاتية هذه الدعوى .

ج : **تمتع القاضي بسلطات واسعة :** خلافا لما هو مألوف لدى القضاء الإداري فإن المادة 2-551 L عن قانون القضاء الإداري الفرنسي تمنح للقاضي سلطات واسعة، حيث يستطيع أن يوجه أمر للإدارة بالقيام بالتزاماتها أو يأمر بتأجيل توقيع العقد، ويستطيع إلغاء بعض شروط العقد التي يمكن أن تسبب اختلالا في الالتزامات³، وقد حذا المشرع الجزائري حذوى المشرع الفرنسي بمنحه هذه السلطات للقاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد بموجب المادة 946، وذلك ما نستشفه من نص العبارات التالية: «يأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لالتزاماته»، «يأمر بتأجيل إمضاء العقد»، وهذه السلطات من شأنها أن تمكن القاضي الإداري الاستعجالي أن يتدخل بشكل فعّال في ظرف وجيز وهو ما يوافق المرحلة الهامة في الإعداد لإبرام العقد.

1- د.عمار زريق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 11، جوان 2017، ص.629.

2- المادة 926 من القانون 09/08 المتعلق ب ق.إ.م.إ، مرجع سابق.

3- L551-2 ordonnance N°2016 du 29 Janvier 2016 art71. NOR : ENM1527673R code de justice administration, dernière modification 09/04/2018 Édition : 18/04/2018.



ونجد تطبيقات هذه التقنية لدى القضاء الإداري الفرنسي مثل قرار مجلس الدولة بتاريخ 20 جانفي 2016 تحت رقم 394133 في قضية شركة (Derichebourg) ضد المجمع البلدي للتضامن (CIVIS)، حيث ألغى القاضي قرار طلب العروض التي تقدم به المجمع¹. و يبدو ظاهريا أن هذا القرار مبني على دعوى الإلغاء باعتبار أنه من القرارات المنفصلة و هذا الاعتقاد يصدق إذا كان أساس الدعوى هو المشروعية الداخلية أو الخارجية كما رأينا سابقا ، و إنما أساسه مخالفة المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية .

د: دعوى ذات طابع وقائي: ويقصد بالطبيعة الوقائية أنها تثار في المرحلة السابقة على إبرام العقد، الهدف منها منع خرق مبادئ إبرام العقد الإداري (العلانية، والشفافية، والمساواة، وحرية التنافس)²، ولذلك سميت بالقضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد، وبمفهوم المخالفة فهذه الدعوة إذا رفعت في مرحلة تنفيذ العقد فإن القاضي يحكم برفض الدعوى لخروجها عن نطاقها الزممي، وقد أشار إلى ذلك مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 11/2004 تحت رقم 264628، حيث أن الصلاحيات التي منحها المادة 2-551L للقاضي بالتدخل قبل التعاقد لا يمكن ممارستها بعد توقيع العقد، لذلك فإن موضوع الطعن يكون طلب وضع حد لانتهاك التزامات العلانية ووضع المنافسة التي تؤثر على عملية إبرام العقد³.

غير أن المشرع الجزائري سمح لأن يكون الطعن ولو بعد إبرام العقد، حيث نصت المادة 946 من ق.إ.م. الجزائر: يتم إخطار المحكمة الإدارية من قبل من له مصلحة أو ممثل الدولة على مستوى الولاية (الوالي) إذا أبرم العقد أو سيبرم، ويفهم من هذه العبارات أنه يجوز الطعن الاستعجالي في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة بعد إبرام العقد، وهنا نتساءل ما جدوى هذا الطعن بعد إبرام العقد؟ بحيث في هذه المرحلة لا يمكن لقضاء الاستعجال فعل أي شيء، ويبقى الغموض يكتنف الطعن الاستعجالي بعد إبرام العقد في النظام الجزائري، أو على الأقل يتم تحديد سلطات القضاء الاستعجالي الخاص بمبادئ إبرام العقود الإدارية إذا تم إخطاره بعد إبرام العقد.

ويرى الباحث على أن هذه التقنية الجديدة في مجال القضاء الاستعجالي الإداري حتى تكون أكثر فعالية، يجب أن يحدد لها النطاق الزممي، وهو المرحلة التي تسبق إبرام العقد أسوة بالمشرع الفرنسي و تحدد فيها سلطات القاضي التي تناسب هذه المرحلة .

1- CEN° 394133 le 20/01/2016, <http://arianeinternet. Conseil.Etat.Fr>, le 01/05/2018 à 9h 50min.

2- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.296.

3- Emmanuel Willem diplômé de l'IRA de Bastia assistant du contentieux près la 1^{ère} chambre du tribunal administratif de mise .WWW.Revvegeneraledudtoit.En le 01/05/2018 a 10^h 10^{min}.



الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد

بالإضافة إلى الشروط العامة التي يجب توافرها في كل دعوى لاسيما الدعوى الاستعجالية، إلا أن هناك شروط خاصة يستوجب توافرها لرفع دعوى استعجالية قبل التعاقد الخاصة بالعقود الإدارية و لذلك نكتفي بالشروط الخاصة دون العامة .

وبالرجوع إلى المادة 946 من القانون 09/08 باعتبارها الإطار القانوني لهذه التقنية الجديدة في مجال الطعن الاستعجالي الإداري الخاصة بالعقود الإدارية والصفقات العمومية، وتتمثل الشروط الخاصة فيما يلي:

أولاً: صفة المدعي:

يأخذ شرط الصفة في هذه الدعوى منحى آخر غير مألوف، حيث بينت المادة المذكورة أعلاه أن الصفة تكتسب بحكم المصلحة، وبحكم القانون.

1- صفة المدعي بحكم المصلحة: إعمالاً لقاعدة: «لا دعوى بدون مصلحة» اشترط المشرع الجزائري لرفع

دعوى استعجالية قبل التعاقد في مجال العقود الإدارية والصفقات العمومية من قبل كل من له مصلحة.

وعليه فإن المصلحة هي الدافع لإقامة الدعوى، والغاية المقصودة منها¹، أو هي الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوة من الحكم له بطلباته²، والمصلحة قد تكون قائمة أو محتملة، وفي هذا المجال فإن المصلحة هي إبرام العقد مع الإدارة، ومادام أن الطعن يكون سابق إبرام العقد فإن المصلحة محتملة لطاعن قد يكتسبها وقد لا يكتسبها.

وحسب القضاء الإداري الفرنسي فإن المصلحة تعتبر متوفرة لكل شخص طبيعي أو معنوي تخصصه المهني يمنحه المصلحة في إبرام العقد، وذلك في قرار لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 2008/08/08 تحت رقم 234298 في قضية بورغونBourgone، بقوله: إن تخصص الشركتين يكفي لإعطائهما مصلحة إبرام العقد³.

وحسب هذا المفهوم فإن المصلحة تثبت لكل من له شهادة التأهيل للمشاركة في منافسة الصفقات العمومية، والذي قد يتضرر من الاختلالات التي مست مبادئ إبرام العقد الإداري.

1- د. عمار زريق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص.630.

2- د. نبيل عبد الحافظ الشوابكة، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد7، جوان 2012، ص.251.

3- غني أمينة، الاستعجال في المواد الإدارية في ق.إ.م، رسالة ماجستير، جامعة وهران، 2012، ص.219.



2- صفة المدعي بحكم القانون : نصت المادة 946 من القانون 09/08، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية، وممثل الدولة هنا يقصد به الوالي، فالقانون منح الصفة للوالي برفع دعوى استعجالية قبل التعاقد باعتباره حارسا للشفافية، وحرية التنافس، كما يستطيع أن يرفع دعوى بعد إبرام العقد، باعتباره حارسا للمشروعية.

و يبدو من نص المادة أنها تطرح عدة إشكالات .

* **الإشكالية الأولى** : إذا كان المشرع الجزائري قد منح للوالي حق رفع دعوى الاستعجال قبل التعاقد على المستوى المحلي فإن هذا الحق مستساغ على مستوى المجلس الشعبي الولائي قياسا بنظام المداوالت حيث أن الوالي لا يستطيع أن يوقف تنفيذ مداولة المجلس الشعبي الولائي إلا عن طريق رفع دعوى أمام المحكمة الإدارية كما هو مبين في المادة 54 من قانون الولاية رقم 07/12 فإنه لا يستساغ بالنسبة للمؤسسات الأخرى على مستوى الولاية في غياب اطر قانونية واضحة .

* **الإشكالية الثانية** : لا نجد تفسيرا لاهتمام المشرع الجزائري بالصفقات العمومية على المستوى المحلي دون المركزي. إلا إذا كان يفكر في إسناد هذا الحق للوزير على المستوى المركزي . ومهما يكن من أمر فعلى المشرع أن يسرع في حسم الأمر في هذا الإغفال و التراخي .

ثانيا: آجال رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد:

يظهر أن تسمية هذه التقنية "قبل التعاقد" هي التي تحدد الفترة الزمنية التي يمكن رفعها فيه، وهي قبل إبرام العقد، أي المرحلة التي تسبق التوقيع، بالإضافة إلى موضوع الدعوى الذي يخص المبادئ الأساسية التي تهيأ إلى عملية الإبرام، غير أن المادة المذكورة أعلاه في فقرتها الثانية جاءت بعبارة تطرح إشكالا عمليا، وهي: «إذا أبرم العقد أو سيرم»¹، مما يفهم منها أنه يمكن رفع هذه الدعوى قبل إبرام العقد وبعده، وهذه الوضعية تشبه ما كان عليه القضاء الإداري الفرنسي عندما قبلت بعض المحاكم الإدارية النظر في الدعوى الاستعجالية قبل التعاقد بعد إبرام العقد في السنوات الأولى من تكريس هذه التقنية، غير أن مجلس الدولة الفرنسي سرعان ما تراجع عن قبول هذه التقنية بعد إبرام العقد، وذلك لأنه يخرج من المشروعية الوقائية إلى المشروعية العلاجية².

1- المادة 946 من ق إ م رقم 09/08، مرجع سابق.

2- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.13.



وقد أكد ذلك في قراره الصادر بتاريخ 1995/11/03 تحت رقم 157304 في قضية غرفة التجارة والصناعة بأن السلطات الممنوحة للقاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد لا يمكن ممارستها بعد إبرام العقد، فبمجرد توقيع العقد فإن الطعن يكون غير مقبول¹، ذلك لأن الطعن يفقد غرضه.

وهذا الاتجاه ما يؤكد الحكمة من ابتداء هذه التقنية التي سدت ثغرة كبيرة كانت شاغرة في مجال الضمانات القضائية التي تجعل إبرام العقود الإدارية تتم في جو من الأمن والطمأنينة والشفافية.

ثالثا: وجود إخلال بمبادئ إبرام العقد الإداري: انطلاقا من حرية التنافس التي كرسها الدستور الجزائري²، وجاءت بعده النصوص القانونية تباعا³، فإنه لا يوجد أي مانع في الترشح للمشاركة في الصفقات العمومية إلا ما منعه القانون، لذلك فإن أي تصرف من الإدارة المتعاقدة يتعارض مع المبادئ التي كرسها المشرع يعتبر إخلالا بالتزاماتها، وعلى هذا الأساس يعد إخلالا من قبل الإدارة ما يلي:

❖ خرق قواعد العلانية كعدم الإعلان عنها إطلاقا أو يكون محتوى الإعلان ناقصا من المعلومات التي نص عليها القانون⁴.

❖ الإقصاء التعسفي من قبل الإدارة دون سند قانوني.

❖ اختيار الإدارة أسلوب غير مناسب في إبرام الصفقات العمومية؛ كاللجوء إلى أسلوب التراضي في غياب الحالات الداعية إلى هذا الأسلوب⁵.

❖ الإخلال بقواعد اختيار المتعامل المتعاقد كالاكتفاء على المعايير الشخصية أو التفاوض مع أحد المتعهدين أثناء تقييم العروض. وبناءً على ذلك فإن ثبت على الإدارة اعتمادها على معايير غير موضوعية، فإنه يعد خرقا لمبادئ إبرام العقود الإدارية و بالتالي عدم القيام بالتزاماتها على الوجه المطلوب. وقد كان للمحكمة الإدارية بفرنسا تطبيقات في هذا المجال في قرارها الصادر في 1993/10/06، واعتبرت أن الصفقة باطلة لأنها جاءت بعد تفاوض غير قانوني⁶.

1- CE03/11/1995 N° 157304 chambre de commerce et d'industrie de tarbed et Haules-pyrénées.

WWW.marvhé-public.Fr.

2- المادة 43 من القانون 01/16 المعدل لدستور 1996.

3- المادة 02 من الأمر 03/03، المتعلق بالمنافسة.

4- المادة 62 من المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية.

5- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.12.

6- محمد فغير، جامعة الجزائر، مداخلة، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.11.



هذه مجموعة من الاختلالات التي يمكن للإدارة أن تمارسها مستغلة في ذلك امتيازات السلطة العامة التي منحها المشرع إياها في هذا المجال، والتي أوردناها على سبيل المثال لا الحصر، وعليه فكل تصرف من قبل المصلحة المتعاقدة يتعارض مع مبادئ المنافسة لإبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية يسمح لأصحاب المصلحة اللجوء إلى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد، وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن ما هي الإجراءات المتبعة، وما هي الأحكام التي يصدرها قاضي الاستعجال قبل التعاقد هذا ما سنبينه في العنصر التالي:

الفرع الثالث: إجراءات الدعوى والحكم فيها: إذا جاءت الشروط مستوفية لحالاتها جاز لمن له الصفة أن يلجأ إلى هذه التقنية الجديدة طالبا إصدار أوامر للإدارة للقيام بالتزاماتها.

وعليه سوف نتطرق في هذا المجال إلى الجهة القضائية المختصة التي يُلجأ إليها (أولا)، وسلطة القاضي في ذلك (ثانيا).

أولا: الجهة المختصة في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد

نصت المادة 946 من القانون 09/08 على أنه يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة في حالة الإخلال بالتزامات الإشهار أو المنافسة¹، بينما نصت المادة 230 من القانون الصادر بتاريخ 1992/01/04 لقضاة المحاكم الإدارية ومحاكم الاستئناف، ومجلس الدولة في فرنسا بإصدار أوامر²، ومقارنة بن النصين الجزائري والفرنسي، نقول أنه بالرغم من اتفاقهما باللجوء إلى القضاء الإداري الاستعجالي قبل التعاقد إلا أنهما اختلفا في الجهة القضائية التي يمكن اللجوء إليها، فالمشرع الفرنسي سمح باللجوء إلى كل درجات التقاضي الإداري على مختلف مستوياتهم سواء بالمحكمة الإدارية أو محاكم الاستئناف أو مجلس الدولة، أما المشرع الجزائري اقتصر على جهة قضائية واحدة وهي المحاكم الإدارية.

يمكننا أن نتساءل عن الخلفية التي تبناها المشرع الجزائري عندما اقتصر عن المحاكم الإدارية دون مجلس الدولة. وقد أدى ذلك إلى تبني تأويلين أساسيين هما.

أولهما إما المشرع الجزائري تجاهل الصفقات العمومية المركزية، وبالتالي لا تخضع إلى القضاء الاستعجالي قبل التعاقد. وثانيهما أن المشرع قد استحدث استثناء عن القاعدة العامة في توزيع الاختصاص بين المحاكم الإدارية ومجلس الدولة، حيث أسند سلطة الفصل في نزاعات السلطات المركزية إلى المحاكم الإدارية عندما يتعلق الأمر بالتدابير الاستعجالية قبل التعاقد³.

1- المادة 946 من القانون 09/08 من ق م إ الجزائر.

2- خضري حمزة، آلية حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.299.

3- د. عمار زريق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص.633.



ونحن بدورنا نستقرأ هذين الاحتمالين فإننا نستبعد الاحتمال الأول، إذ لا يعقل أن يتجاهل المشرع الجزائري الصفقات العمومية على المستوى المركزي، خاصة أنها تحتوي على غلاف مالي معتبر مما تكلف الخزينة العمومية مبالغ باهضة، فلا يمكن أن لا تخضع إلى التقنية الجديدة في الرقابة القضائية، أما الاحتمال الثاني فبالرغم من معقولية الميل إليه استنادا إلى نص المادة 946: «يجوز إخطار المحاكم الإدارية»، حيث جاءت على إطلاقها. من دون تحديد فإننا لا نشجع ذلك، ونعتبر هذا الاتجاه متعارض مع عبارة أخرى من نفس المادة، وهي: إذا أبرم العقد أو سيرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية¹. وهو الأمر الذي يدفعنا إلى مطالبة المشرع الجزائري بالخروج عن صمته والرجوع إلى القاعدة العامة، وهي الصفقات العمومية المركزية تخضع لمجلس الدولة في كل نزاعاتها بدون استثناء.

ثانيا: الحكم في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد:

منحت هذه التقنية الجديدة سلطات واسعة للقاضي الإداري خروجاً عن المألوف لدى الاستعجال العادي، فبمقتضى هذه الدعوى يستطيع القاضي الاستعجالي قبل التعاقد أن يأمر الإدارة الامتثال بالتزاماتها أو يرخص توقيع العقد مع إمكانية تسليط عليها الغرامة التهديدية إذا لم تستجب لأوامره، كما يمكن له أن يلغي بعض شروط العقد، بناءً على ذلك فإن القاضي الاستعجالي قبل التعاقد يتعدى اختصاصه إلى موضوع النزاع مما جعلها تكون أقرب من القضاء الكامل منه إلى القضاء الاستعجالي، الأمر الذي دفع ببعض الأصوات ترتفع لإعادة تسمية هذه الدعوى بالدعوى شبه استعجاليه.

أ- سلطة توجيه الأوامر للإدارة: وهي سلطة يمنحها المشرع للقاضي الإداري قصد إلزام الإدارة القيام بعمل أو الامتناع عنه²، وقد ظل القضاء الإداري في الجزائر وفي فرنسا ردحا من الزمن لا يستطيع أن يوجه أوامر للإدارة، ولذلك فإن سلطة إصدار الأمر من قبل القاضي الإداري تطور عما كان عليه في السابق، لذلك سوف نتطرق إلى مرحلة المنع ثم إلى مرحلة المنح.

1-مرحلة منع على القاضي توجيه أوامر للإدارة:

ساد مبدأ حظر توجيه الأوامر للإدارة من قبل القاضي الإداري الفرنسي وقتاً طويلاً، وتأثرت الدول التي حذت حذوها، ومنها الجزائر، ويقصد بهذا المبدأ أنه لا يجوز للقاضي الإداري وهو بصدد الفصل في المنازعة المطروحة عليه أن يوجه أمر للإدارة بالقيام بعمل معين أو الامتناع عنه، سواء كان ذلك أثناء رقابته

1- المادة 946 من القانون 09/08 من ق إ م إ الجزائري.

2- لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة النصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد5، يونيو 2015، جامعة القاهرة، ص.30.



على مبدأ المشروعية أو القضاء الكامل¹، فليس للقاضي الإداري إلا النطق بحكم الإلغاء في حالة ما إذا كان القرار الإداري مشوب بعيب من العيوب المسببة للإلغاء أو يحكم بأحقية المتضرر من الأعمال الإدارية سواء المادية أو القانونية بالتعويض.

يرجع الفقهاء مصادر مبدأ الحظر إلى مصادر تاريخية وتشريعية، غير أن المتتبع لمسار القضاء العادي و القضاء الإداري فإنه يرجعها إلى أسباب تاريخية التي ولدت نصوصا تشريعية، فالصراع الذي نشب بين الإدارة والبرلمانات أحدث القطيعة بينهما، وحرّمت على القضاء النظر في شؤون الإدارة وصلت إلى حد التجريم، الأمر الذي دفع بالإدارة بعد الثورة إلى تبني هذا التوجه، بالرغم من وجود محاكم جديدة، وذلك خوفا من أن يستمر القاضي بالتدخل في اختصاصها وعرقلة عملها²، وقد درج القضاء الإداري الفرنسي على مبدأ الحظر استنادا لمبدأ الفصل بين السلطات، وكرّسه في كثير من قراراته، إذ قضى بعدم جواز توجيه أوامر للإدارة لأجل تنفيذ بعض الأشغال أو وقفها، كما لا يجوز للقاضي الإداري بأن يأمر الإدارة بمنح الطاعن رخصة بناء بعد الحكم بإلغاء قرار رفض منح الترخيص، ولا يستطيع أن يسلط عليها غرامة تهديدية لدفعها على القيام بعمل معين³، ومنها القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1933/01/27 في قضية "le loir"⁴.

إذن فالقاضي الإداري أخذ على نفسه عهدا أن لا يوجه أوامر للإدارة عندما تعرض عليه قضية أحد أطرافها الإدارة، وذلك راجع للأسباب التي ذكرناها سابقا، وبمرور الوقت ارتقى هذا القيد الذي وضعه على نفسه إلى يلتزم به.

هذا التوجه دعمته نصوص قانونية أصدرها المشرع الفرنسي، المتمثلة في المرسوم الصادر في 1789/12/22 الذي منع على المحاكم القيام بأي عمل من شأنه يعرقل الأعمال الإدارية والمادة 13 من قانون التنظيم القضائي الصادر في 24/16 أوت 1790، والذي رسمت حدا فاصلا بين الأعمال القضائية والأعمال الإدارية، والقانون 14/7 أكتوبر 1790 الذي جاء فيه أنه لا يجوز إحالة أي رجل إداري إلى المحاكم بسبب وظيفته العامة⁵.

1- آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012، ص.29.

2- آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق.

3- حسينة شرون، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد2، جماعة محمد خيضر، بسكرة، ص.230.

4- بن عاشر صفاء، تدخل القاضي الإداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2014/1، ص.121.

5- قوسطو شهر زاد-مدى امكانية توجيه القاضي الإداري الأوامر للإدارة دراسة مقارنة رسالة ماجستير جامعة ابوبكر بالقائد تلمسان 2010 ص



من هنا تلتقي إرادة المشرع مع إرادة القاضي الإداري في فرنسا على عدم جواز توجيه أوامر للإدارة ورسم حدود فاصلة بين القضاء والإدارة، وهذا الاتجاه كان من تداعيات المرحلة التي سبقت الثورة الفرنسية من صراع بين القضاء العادي والإدارة، ومرحلة ما بعد الثورة التي واكبت نشأة القضاء الإداري.

أما القضاء الإداري في الجزائر فقد سار على نهج القضاء الإداري الفرنسي باعتبار أنه يمثل تراثا مرجعيا له، حيث جاء في إحدى قرارات الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى: «لا تملك الهيئة القضائية الإدارية توجيه أوامر للإدارة»¹، دون أن يكون له سند قانوني أو تاريخي كما هو الحال لدى القضاء الإداري الفرنسي، وإنما هو قيد ذاتي ألزم به القاضي الإداري نفسه. وكانت له عدة قرارات تمنع القاضي الإداري توجيه الأوامر للإدارة.

- قرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 1999/03/08 والذي من خلاله رفض توجيه أمر لوالي ميلة بإعادة إدماج المستأنف في الوظيفة العمومي. وقرار مجلس الدولة الصادر بتاريخ 2002/07/15 والذي جاء فيه: "ليس بإمكان القاضي أن يصدر أوامر أو تعليمات للإدارة فهو لا يستطيع أن يلزمها بالقيام بعمل"².

غير أن بعض الفقهاء ومنهم لحسين بن شريح آث ملويا فسر المادة 340 من قانون 05/01 المتعلق بقانون إ.م الجزائري يمكن للقاضي الإداري والعادي فرض غرامة تهديدية في حالة التعدي والاستيلاء والغلق، في حين يرى آخرون أن المادة 171 مكرر من الأمر 154/66 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية هي التي سمحت للقاضي بسلطة وقف تنفيذ القرارات الإدارية في حالة الاستعجال وحالة الضرورة، الأمر الذي جعل التخفيف من مبدأ الحظر³.

حيث أصدرت الغرفة الإدارية للمجلس الأعلى قرارا بتاريخ 1978/02/14 ينص على ما يلي: «... أن لرئيس الغرفة الإدارية الأمر بجميع التدابير الاستعجالية، شريطة أن لا تخلق عوائق ضد تنفيذ أي قرار إداري... وأن القاضي في هذا الباب بوسعه أن يوجه إنذارات للإدارة قصد إيقاف التعدي...»⁴، وقرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس القضائي بالجزائر العاصمة، والتي أمرت فيه الوزير المكلف بتسيير شؤون الجزائر

1- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2015، ص.36.

-أ.فاضل سهام -سلطات قاضي الالغاء لضمان تنفيذ احكامه في التشريعين الفرنسي و الجزائري -مداخلة القيت في المنتدى الاول تحت عنوان

² سلطات القاضي الاداري في المنازعات الادارية ليومي 17 و18/05/2011 جامعة 08 ماي 1945 قالملة ص11

3- آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص.53.

4- د. فريدة مزباني، أمنة سلطاني، مرجع سابق، ص.124.



العاصمة، بتسليم مفاتيح الشقة المتنازع عليها إلى الطاعنة واستأنف الوزير هذا القرار، حيث أيدته الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1999/03/08¹.

وهكذا يكون القضاء الإداري الجزائري قد سنَّ سنة حميدة بالخروج عن القاعدة التي ورثها عن القضاء الفرنسي بتوجيه أوامر للإدارة في حالة التعدي والاستيلاء والغلق، وهي الحالات التي تستعمل فيهم الإدارة امتيازات السلطة العامة في أعلى درجاتها، إذ لا يمكن أن تستغلها الإدارة للاعتداء على المواطنين. وأن هذا التوجه الجديد من شأنه أن يعطي حماية أكثر للمراكز القانونية، وبذلك يكون القضاء الإداري بدأ يخرج من الحظر الذي فرضه على نفسه بشكل تدريجي وسلس، ليؤكد على نيته في بسط رقابته على الأعمال الإدارية المصحوبة بتوجيه الأوامر حماية لمبدأ المشروعية، وضمانة أساسية لحقوق الأفراد وحريةهم في مقابل ما تتمتع به الإدارة من أولوية.

2- مرحلة منح القاضي الإداري سلطة توجيه الأوامر للإدارة:

تأثر القانون الفرنسي بقانون الاتحاد الأوروبي فأقر هذا الأخير توجيه أوامر للإدارة في المنازعات الإدارية الفرنسية المتعلقة برفض إقامة الأجانب لأسباب غير مؤسسية، وتنفيذ أحكام الإلغاء، ومن ذلك التوجيه الصادر بتاريخ 1989/12/21 بضرورة التنسيق بين دول الأعضاء في مجال التشريع لإيجاد حلول فعّالة تضمن احترام الأحكام الأوروبية في مجال المنافسة وإعلان إبرام بعض العقود²، الأمر الذي أدى بالنظام الفرنسي بالتراجع عن هذا الحضر خاصة بعدما ترسم وجوده والأسباب التاريخية التي واكبت نشأته لم يعد لها وجود ولم يعد يخاف على مستقبله.

وقد أقر ذلك من خلال أمر أصدره رئيس محكمة ستراسبورغ إلى إحدى الجماعات المحلية بأن تعيد الإجراءات المتعلقة بقبول الترشيحات مع مراعاة ما يقتضيه قانون الصفقات، كما ألغى مجلس الدولة قرارا صادرا عن المحكمة الإدارية grenouble، بتاريخ 1995/05/06 القاضي برفض توجيه أمر للإدارة بأن تراعي الالتزامات التي يفرضها قانون الصفقات العمومية³.

من خلال هذه الأحكام فإننا نستخلص الإرادة الموجودة لدى القاضي الإداري للخروج من الأساليب الكلاسيكية في الرقابة القضائية، والمساهمة في تكوين و إظهار ذاتية القانون الإداري باعتبار أن القضاء الإداري المصدر الأساسي للقانون الإداري.

1- رشيد خلوفي وجمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، ط.1، 2015، ص.215.

2- آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص.214.

3- خضري حمزة، آلية حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.299.



هذه الأحكام كان لها الأثر البالغ في النظام القانوني الجزائري خاصة بعد مرحلة الانفتاح السياسي، فقد أدرك المشرع الجزائري أن الاتجاه السابق لم يعد له أسباب تستدعي بقاءه، في الوقت الذي أصبح فيه القاضي الإداري حامي الحريات والسد المنيع ضد تعسف الإدارة¹.

يعد هذا التحول في الاتجاه خطوة نحو تطور القضاء الإداري، وسياسة جديدة تعلن القطيعة مع الماضي و التخلي عن بعض المبادئ الكلاسيكية التي لم تعد تواكب العصر، وتفعيل الأحكام القضائية على أرض الواقع، خاصة وأن الأساس التاريخي الذي كان يستند عليه القاضي الإداري الفرنسي بعدم توجيه أوامر لم يعد له وجود. ثم أن العقلانية ترفض أن تكون سلطة القاضي الإداري تنحصر في إصدار الأحكام دون أن ترافقها آليات للتنفيذ، فما قيمة الأحكام القضائية التي تبين الحق لصاحبه دون أن يحصل عليه.

ولذلك بات من الضروري أن تتبع أحكام القضاء الإداري أوامر للإدارة بتنفيذها ولا يعتبر ذلك تدخلا في نشاطها، وإنما هو من صميم مهمة القاضي الذي يقف إلى جانب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و الأمر يكون أكثر إلحاحا عندما تكون الإدارة أحد طرفي هذه العلاقة.

واستكمالا لبناء دولة القانون وتطبيق مبادئ الديمقراطية صدر القانون 09/08 المتعلق ب.ق.إ.م.إ. والذي سمح للقاضي بتوجيه أوامر للإدارة لاسيما المواد 978-980 في مجال الاستعجال قبل التعاقد في المادة 946، و من خلالها سمح المشرع الجزائري للقاضي الإداري الاستعجالي بتوجيه أوامر للإدارة للقيام بالتزاماتها المتعلقة بالإشهار والمنافسة، كأن يأمر بنشر الإعلان أو إعادة نشره مستوفيا للبيانات الإلزامية أو بقبول مترشح تم إقصاؤه بدون وجه حق².

ب- سلطة فرض الغرامة التهديدية:

يقصد بالغرامة التهديدية إجراء يهدف إلى حمل الإدارة على تنفيذ الأحكام والأوامر القضائية³، أو هي عقوبة مالية تبعية عن كل يوم تأخير يصدرها القاضي بقصد ضمان حسن تنفيذ حكمه أو حتى بقصد ضمان تنفيذ أي إجراء من إجراءات التحقيق⁴، ولقد استقر الفقه والقضاء في الجزائر على أنها مبلغ مالي

1- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مرجع سابق، ص.126.

2- عمار زريق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مرجع سابق، ص.636.

3- لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.31.

4- نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية المال العام، مرجع سابق، ص.285.



يوقعه القاضي الإداري على المدين الممتنع عن تنفيذ التزام واقع على عاتقه بمقتضى سند تنفيذي بناءً على طلب الدائن¹.

من خلال هذه التعاريف يظهر التباين البين والواضح، وإن اتفقوا على أنها تهدف إلى حمل المدين (الإدارة) على تنفيذ التزامه لكن من وجهة نظرنا أن التعبيرين الأول والثاني جانبا الدقة. إذ الغرامة التهديدية ليست إجراء من إجراءات التنفيذ موجودة ابتداءً، ولا عقوبة، لأن العقوبة تكون نهائية لا ينطق بها القاضي إلا بوجود نص، وهو ما يسمى بالركن الشرعي للجريمة، بينما الغرامة التهديدية مؤقتة وللقاضي كامل السلطة التقديرية في توقيعها أو إلغائها أو عدم النطق بها تماما، ويرجع ذلك حسب كل حالة على حدة، ونميل أكثر إلى التعريف الثالث.

أما التعريف المختار فالغرامة التهديدية هي وسيلة مؤقتة يوقعها القاضي للضغط على الإدارة التي امتنعت أو تقاعست عن تنفيذ التزام أصلي تقدر عن كل وحدة زمنية تأخرية معينة.

فالهدف من الغرامة التهديدية هو الضغط على الإدارة من أجل تنفيذ الأحكام القضائية. إذن فهي وسيلة كرسها قانون الإجراءات المدنية والإدارية على غرار التشريعات المقارنة، وذلك بالسماح للقاضي الإداري الاستعجالي بالحكم على الأشخاص المعنوية العامة بغرامة تهديدية في حالة ما امتنعت الإدارة أو تقاعست عن تنفيذ أحكامه، حيث جاء نص المادة واضح: «... يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد»².

ويمكن القول أن هذا الاتجاه مصدره الشريعة العامة التي سمحت للقاضي أن يلزم المدين بتنفيذ التزاماته عينا في خلال مدة معينة، فإذا تراخى في ذلك حكم عليه القاضي بدفع غرامة مالية تهديدية عن كل يوم تأخير أو عن كل أسبوع أو عن كل شهر، حتى يقوم بالتنفيذ العيني أو إلى أن يمتنع نهائيا، ويجوز للقاضي أن يخفضها أو يمحوها تماما³.

وهكذا يكون القانون الإداري قد استفاد من الشريعة العامة في تنظيمه للغرامة التهديدية.

1- شروط الحكم بالغرامة التهديدية: يمكن للقاضي الإداري الاستعجالي قبل التعاقد أن يحكم بغرامة تهديدية إذا توفرت الشروط التي جاءت مبينة في النصوص المنظمة لها.

1- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.16.

2- المادة 05/946 من القانون 09/08، مرجع سابق.

3- عبد الرزاق أحمد السهنوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج.2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص.807.



1-1-الشرط الأول: حكم قضائي امتنعت الإدارة عن تنفيذه: يجب أن يكون هناك حكم قضائي صادر في حق الإدارة لم تقم بتنفيذه، فإذا لم يوجد حكم فلا وجود للغرامة التهديدية.

والحكم القضائي يكون قد صدر نتيجة إخلال الإدارة بالتزاماتها، وحسب هذا المفهوم فإن الغرامة التهديدية لا يمكن أن يحكم بها القاضي وحدها مستقلة وهو ما يفهم من المادة 980 من قا.إ.م.إ. الجزائري.

1-2-الشرط الثاني: شرط الميعاد: تنص المادة 987 على أنه توجد ثلاث حالات في تحديد ميعاد طلب الحكم بالغرامة التهديدية.

الحالة الأولى: وهي حالات عادية، فيكون ميعاد طلبها بعد ثلاثة أشهر من صدور الحكم، حسب نص المادة 987 الفقرة الأولى.

الحالة الثانية: وهي حالة الاستعجال التي تعيننا في هذا المجال، وهنا يخضع تحديد الأجل للسلطة التقديرية للقاضي، فلا يمكن الطلب بها إلا بعد انقضاء هذا الأجل، و هو ما يفهم من نص المادة 987 في فقرتها الثانية «غير أنه فيما يخص الأوامر الاستعجالية يجوز تقديم الطلب بشأنها بدون أجل في الحالة التي تحدد المحكمة الإدارية... أجلا للمحكوم عليه... لا يجوز تقديم الطلب إلا بعد انقضاء هذا الأجل»¹.

الحالة الثالثة: وهي الحالة التي يتقدم فيها الطاعن إلى الإدارة بالتظلم من أجل تنفيذ الحكم الصادر ضدها، فيبدأ طلب الغرامة التهديدية بعد صدور قرار الرفض من قبل الإدارة، حسب مفهوم المادة 988².

وهنا للإدارة الخيار في قرارها، فقد تتخذ موقفا إيجابيا أو سلبيا، ففي الحالة الإيجابية يكون طلب الغرامة التهديدية بعد صدور قرار الرفض، وفي الحالة السلبية، أي في حالة سكوت الإدارة فنرجع إلى نص المادة 830 في فقرتها الثانية: «...بعد سكوت الجهة الإدارية المتظلم أمامها عن الرد خلال شهرين بمثابة قرار بالرفض ويبدأ هذا الأجل من تاريخ تبليغ التظلم...»³.

مما يعني أن تقديم طلب الغرامة التهديدية في حالة تقديم تظلم للإدارة لتنفيذ الحكم القضائي يكون بعد انقضاء شهرين من تقديم التظلم.

1- ارجع الى نص المادة 987 من القانون 09/08 قا.إ.م.إ.

2- ارجع الى نص المادة 988 من القانون 09/08، قا.إ.م.إ.

3- ارجع الى نص المادة 830 من القانون 09/08 قا.إ.م.إ.



1-3-3-الشرط الثالث: تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية: وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية فإن الطلب يعتبر الأداة الإجرائية التي تحمل الإدعاء أمام القضاء استعمالا للحق في الدعوى¹، وذلك ما نستشفه من المادة 987 «لا يجوز تقديم طلب إلى المحكمة الإدارية من أجل الأمر باتخاذ التدابير الضرورية... وطلب الغرامة التهديد عند الاقتضاء إلا بعد رفض التنفيذ من طرف المحكوم عليه...»²، فمن خلال هذه المادة يفهم بأنه لا يمكن أن يحكم القاضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه، إلا بعد تدخل المدعي تحقيقا لمبدأ القاضي لا يحكم القاضي بما لم يطلب منه تأسيسا بالقانون الخاص

لكن بالرجوع إلى نص المادة 05/946: «يمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديدية...»³.

مما يفهم من هاتين المادتين أنه فيما يخص تنفيذ الأحكام العادية لا يمكن للقاضي أن يحكم بالغرامة التهديدية إلا بعد رفض الإدارة تنفيذ هذه الأحكام، و لا يحكم القاضي بالغرامة التهديدية إلا بعد طلب المحكوم له. أما في القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد فيمكن للقاضي أن يقضي بالغرامة التهديدية من تلقاء نفسه و لذلك يمكن أن تكون مصاحبة لصدور الحكم.

ومما يدعم قولنا هنا هو نص المادة 981 التي سمحت للقاضي الإداري أن يصدر في نفس الحكم الأمر بقيام الإدارة بتدابير معينة ويحدد لها آجال ويأمر بغرامة تهديدية، إذا طلب منه، بخلاف الأمر في القضاء العادي فإنه لا يستطيع القاضي الحكم بالغرامة التهديدية إلا بعد تدخل المدين. فتدخل المدين شخصيا ضروري لتنفيذ الالتزام تنفيذًا عينيا، بحيث يصبح هذا التنفيذ بدون تدخل المدين غير ممكن، أو غير ملائم⁴. بالرغم من تحليلنا السابق فإن الأمور تبقى غامضة بالنسبة للقاضي الإداري الجزائري، وعلى المشرع أن يصرح بشكل واضح و يعزز هذه الرقابة بمواد لتوضيح الأمور أكثر.

بخلاف المشرع الفرنسي فصل صراحة في هذا الأمر بموجب المادة 33 من قانون 1991 التي سمحت للقاضي بالحكم بالغرامة التهديدية حتى وإن لم يطلبها الخصوم⁵.

1- مزباني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص.49.

2- المادة 987 من القانون 09/08، مرجع سابق.

3- المادة 946 من القانون 09/08، مرجع سابق.

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مرجع سابق، ص.809.

5- لوني يوسف، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة

أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015، ص.89.



2- خصائص الغرامة التهديدية: تتميز الغرامة التهديدية ببعض الخصائص عن بقية وسائل التنفيذ وهي:

1-2. خاصية التبعية: لا يتصور الحكم بالغرامة التهديدية مستقلة، إلا بوجود حكم أو قرار أو أمر قضائي ملزم للإدارة¹، فهي وسيلة تابعة للأصل، وهو الحكم الذي صدر عن القاضي المختص، وتم إبلاغه للإدارة المحكوم عليها، والتي تقاعست في تنفيذه.

2-2. الغرامة التهديدية تحكومية: ويقصد بهذه الخاصية أن للقاضي الحرية في تحديد مقدارها والرفع منها، أو تخفيضها، وبدء سريانها وتحديد الوحدة الزمنية²، وفي مجال الاستعجال ما قبل التعاقد فإن هذه الحرية لا تكون مطلقة إذ الأمر متعلق بإبرام صفقة عمومية، فيجب على القاضي أن يراعي الهدف الذي ينتظره الطاعن من هذه الوسيلة قبل إبرام العقد، مما يجعل الوقت محدد.

3.2. الخاصية التهديدية للغرامة: ويقصد بها الضغط على المدين (الإدارة) وإجباره على التنفيذ العيني³، حيث كلما تباطأت الإدارة في تنفيذ ما طلب منها من قبل القاضي الإداري الاستعجالي كلما زاد القاضي في قيمتها، ويحدد الوقت الذي تدخل فيه حيز التنفيذ.

4-2. الغرامة التهديدية مؤقتة: ويقصد بها محددة المدة، إذ أن الغرض من إصدار حكمها ينتهي ويسقط بمجرد اتخاذ المدين (للإدارة) لموقف نهائي من التنفيذ إما امتثاله لتنفيذ التزامه وإما إصراره على عدم التنفيذ، وهنا تتحول إلى المطالبة بالتصفية التي تستوجب حكما قطعيا يتضمن مبلغ الغرامات المتراكمة على المدين (الإدارة)⁴.

وإذا أسقطنا هذا المفهوم عن القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد، فإن الغرض من الحكم بها هو الضغط على الإدارة حتى تقوم بالتزاماتها التي حكم بها القاضي لصالح الطاعن، فإذا بدأت المصلحة المتعاقدة في تنفيذ ما طلب منها، فتكون الغرامة التهديدية قد حققت الهدف الذي صدرت من أجله، وبالتالي تسقط وتنتهي. أما إذا تعنتت الإدارة وأخذت موقفا واضحا بأنها لا تريد التنفيذ، فإن القاضي يحكم بمبلغ إجمالي ونهائي.

1- تياب نادية، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية المال العام، مرجع سابق، ص. 286.

2- أمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، مرجع سابق، ص. 316.

3- براهيمي فايضة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، رسالة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012، ص. 73.

4- لوني يوسف، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مرجع سابق، ص. 30.



3-تدرج الاعتراف بالغرامة التهديدية:

لم تكن للمقاضي الإداري الجرأة الكافية ليوجه الأوامر للإدارة، وذلك راجع للأسباب التي ذكرناها آنفا مما يستتبع حتما عدم الحكم على الإدارة بالغرامة التهديدية باعتبار أن القاضي يحكم ولا يدير.

وبعدما ضمن مركزه في المنظومة القضائية، وإيماننا من المشرع بأنه أصبح إحدى الضمانات الأساسية للحقوق والحريات، بادر بإصدار نصوص تجعل دوره أكثر فعالية سمحت له بإصدار أوامر للإدارة بالقيام بتدابير معينة، ويرجع الفضل إلى المشرع الفرنسي الذي أخذ هذه المبادرة ثم تبعه المشرع الجزائري.

1.3. الغرامة التهديدية في فرنسا: ظل القضاء الإداري في فرنسا وقتا طويلا دون أن يحكم ضد الإدارة بالغرامة التهديدية من أجل حملها على تنفيذ أحكامه، إلا بعد تدخل المشرع الفرنسي بموجب قانون رقم 539/80 المؤرخ في 16/07/1980، المتعلق بالغرامة التهديدية لحمل الأشخاص المعنوية العامة على تنفيذ الأحكام القضائية¹.

حيث نصت المادة من هذا القانون: «في حالة عدم تنفيذ حكم صادر من جهة قضاء إداري فإن مجلس الدولة يستطيع ولو تلقائيا توقيع الغرامة التهديدية ضمن الأشخاص المعنوية للقانون العام لضمان تنفيذ هذا الحكم»².

وتطبيقا لقانون 539/80 أصدر مجلس الدولة قرار في 17/05/1985 حكم فيه بغرامة تهديدية بطلب من الطاعنة التي حكمت لصالحها المحكمة الإدارية بإلغاء مداولة مجلس بلدية Maison naissurtardoire الصادر بتاريخ 17/09/1971 تسري بعد شهرين من صدور قرار مجلس الدولة والمقدرة بـ200 فرنك عن كل يوم تأخيرا لغاية تنفيذ حكم المحكمة³.

مما سبق يفهم أن صاحب الاختصاص في فرض الغرامة التهديدية هو مجلس الدولة دون غيره مما يجعلها تأخذ وقتا طويلا وجهدا مضاعفا على عاتق الطاعن، ، حيث بعدما يتحصل على الحكم أو الأمر يلجأ مرة أخرى بالطعن إلى مجلس الدولة ليأمر هذا الأخير الإدارة بتنفيذ الحكم تحت طائلة الغرامة التهديدية . بالإضافة إلى إرهاب مجلس الدولة بالقضايا الأمر الذي يجعلها عقبة إضافية في وجه الطاعن تحد من فاعلية الهدف من الغرامة التهديدية.

1- قوسطو شهرزاد، مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري الأوامر للإدارة، رسالة ماجستير، جامعة أو بكر بلقايد، تلمسان، 2010، ص.114.

2- مزباني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مرجع سابق، ص.35.

3- بن عاشور صفاء، تدخل القاضي الإداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2014، ص.145.



غير أن المشرع تفتن لذلك وأصدر القانون رقم 95/125 المؤرخ في 08/02/1995 يعترف فيه بسلطة المحاكم الإدارية بالحكم على الإدارة بغرامة تهديدية في كل درجات التقاضي¹.

2.3-الغرامة التهديدية في الجزائر:

أما القضاء الإداري الجزائري فإنه حذا حذو قرينه الفرنسي، فبالرغم من وجود نصوص تفرض الغرامة التهديدية على المدين الممتنع عن التنفيذ كالمادة 340 و471 من قانون الإجراءات المدنية الملغى²، إلا أنه تردد في الحكم بها ضد الإدارة، ففي قراره الصادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 14/05/1995 في قضية بودخيل ضد رئيس بلدية سيدي بلعباس، حيث استجابت لطلب الطاعن والمتمثل في رفع قيمة الغرامة التهديدية التي كانت قد حكمت بها الغرفة الإدارية بمجلس قضاء سيدي بلعباس من 2000 دج إلى 8000 دج عن كل يوم تأخير³.

من خلال هذا القرار يتبين أن القضاء الإداري في هذه القضية استند إلى المادة 471 من القانون المدني الملغى، باعتبار أن تلك المرحلة كانت الجزائر في ظل وحدة القضاء، ومادام نص المادة لم يخصص الجهة القضائية، فإن الغرف الإدارية بمختلف درجاتها عملت بنص المادة المذكورة آنفا وبآراء الفقه الذي يؤيد توجيه الأوامر من قبل القاضي الإداري، والحكم عليها بالغرامة التهديدية ليكسب الحكم القضائي قيمته الحقيقية، ويكون القضاء أكثر فعالية.

على خلاف ذلك فإن مجلس الدولة أصدر قرارا بتاريخ 28/02/2002 تحت رقم 188258 في قضية السيد (ب.ن)، وبلدية بن عدة ولاية مستغانم، هذا نصه: «حيث لا يمكن الحكم على الإدارة بدفع غرامة تهديدية يومية قدرها 200 دج عن كل يوم تأخير، وذلك من 03/07/1995 إلى 03/03/1997 يجب إلغائها»⁴. وفي هذا القرار يكون القضاء الإداري الجزائري قد أبان على تذبذب أحكامه في هذا المجال ولم يستقر على اتجاه واحد، وظل يراوح مكانه بين الحكم بالغرامة التهديدية في بعض القضايا وينكرها في البعض الآخر. ولكن المشرع أعلنها صراحة من خلال إصداره لقانون 09/08 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية، والذي أسس بنيان نظام الغرامة التهديدية عندما سمح للقضاء الإداري على اختلاف درجاته سلطة إصدار تتعلق بالغرامة التهديدية ضد الإدارة⁵.

1- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، مرجع سابق، ص.168..

2- عماد محمد شاطي هندي عبد العزيز، تطور مبدأ توجيه الأوامر من القاضي الإداري للإدارة، مقال منشور، ص.114.

3- رمضان فريد، تنفيذ القرارات الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، رسالة ماجستير. جامعة الحاج لخضر، باتنة 2014، ص.152-153.

4- قوسطو شهرزاد، مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري الأوامر للإدارة، مرجع سابق، ص.121.

5- نادية تياب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية المال العام، مرجع سابق ص.288.



وقد خصص لها أحكام عامة في الباب السادس من القانون المذكور آنفا بموجب المواد من 980 إلى 988 اعتبرها المشرع وسيلة ضغط على الإدارة الممتنعة عن تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، بالإضافة إلى المادة 946 في فقرتها الخامسة من نفس القانون التي خصصت بأوامر الاستعجال في مادة إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

كما نجد لمجلس الدولة تطبيقات في مجال الغرامة التهديدية، حيث أصدر قراره في 1999/03/03 في قضية رئيس مندوبية ميله ضد (ب.ف)، حيث أيد الحكم المستأنف ضده الذي صدر عن قاضي الاستعجال لقضاء مجلس قسنطينة الذي قضى بوقف أشغال البلدية تحت طائلة الغرامة التهديدية المقدرة بـ2000 دج عن كل يوم تأخير، وهذا بتاريخ 1994/05/28، غير أن مجلس الدولة أدخل عليه تعديلا وهو أن تسري الغرامة التهديدية من يوم 1995/03/11¹.

ج: سلطة الأمر بتأجيل إمضاء العقد: أجازت المادة 06/946 للقاضي الاستعجالي ما قبل التعاقد أن يأمر بتأجيل إمضاء العقد بمجرد إخطار بانتهاكات المصلحة للمتعاقد بالتزامات الإعلان وشفافية المنافسة، وتقابل في التشريع الفرنسي المادة L551-2²، بشرط أن لا يتجاوز هذا التأجيل 20 يوما، وهذا ما جعلنا نؤكد على الدور الوقائي الذي تلعبه هذه الدعوى قبل إبرام العقد، والخاصية المؤقتة التي تتميز بها إذ لا يمكن أن يكون هذا الأمر بمثابة عرقلة للنشاط الإداري، ولذلك حدده المشرع بعشرين يوما، ويمكن أن يكون إجراء تحفظي في انتظار القرار النهائي وفي هذه الحالة يوازن القاضي الاستعجالي بين إيجابيات وسلبيات التأجيل، ومدى تأثيره على الصالح العام³.

د: سلطة الإلغاء: تقوم المصلحة المتعاقدة بإصدار مجموعة من القرارات في مرحلة الإبرام تعبيرا عن إرادتها الموضوعية، وهذه القرارات تشكل في مجموعها جوهر عملية الإبرام، وتوضع في نفس الإطار بعض الشروط الخاصة لاختيار المتعاقد معها⁴، فإذا ما كانت هذه القرارات أو بنود العقد مخالفة للالتزامات العلنية والمنافسة كقرار استبعاد أحد المرشحين بدون وجه حق، أو وضع بنود تميز بين المرشحين يستطيع القاضي

1- رشيد خلوفي وجمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، مرجع سابق- ص 237.

2- Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. Code de justice administrative Version consolidée au 4 août

2018. <https://www.legifrance.gouv.fr>

3- بروك حليمية، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر، العدد 11، جامعة محمد خيضر، بسكرة.

4- خضري حمزة، آليات حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص 301.



الاستعجالي أن يلغيا¹، وهذه السلطة هي أقوى السلطات التي منحت إلى القاضي الاستعجالي الفرنسي قبل التعاقدية، وهو البحث في موضوع النزاع مباشرة، ويستطيع أن يأمر الإدارة بالامتثال إلى ما حكم به، وهنا تكمن فاعلية هذا النوع من القضاء إذ لا فائدة يجنيها الطاعن إذا لم تنفذ أحكام القضاء على أرض الواقع وبأسرع وقت قبل إجراء عملية الإبرام.

غير أن الوضع في القضاء الإداري الجزائري يختلف عما هو موجود في فرنسا، فإن المشرع الجزائري لم يمنح للقاضي الإداري سلطة الإلغاء مما يجعل سلطاته محدودة عما هو موجود في القضاء المقارن.

هذه السلطات التي يتمتع بها القاضي الاستعجالي تكون محل طعن بالاستئناف، أمام مجلس الدولة في غضون 15 يوما تسري من يوم التبليغ الرسمي أو من تاريخ انقضاء أجل المعارضة².

تعتبر الدعوى الاستعجالية السابقة على التعاقد في مجال العقود الإدارية ضمانا إضافية استحدثها القانون 09/08 بموجب المادتين 947/946 في مقابل ما تتمتع به المصلحة المتعاقدة من امتيازات، وهي إحدى الآليات المبتكرة لتحقيق الأمن القانوني في هذا المجال في ظل الضمانات السابقة لهذه المرحلة، والسلطات الواسعة التي منحت للقاضي الاستعجالي تكشف بجلاء نية المشرع في توفير نظام حمائي لمختلف المراكز القانونية في كل مرحلة من المراحل التي تمر بها العقود الإدارية فالنظام القضائي الاستعجالي قبل التعاقدية من شأنه أن يلعب دورا هاما في تفعيل المبادئ الأساسية لإبرام العقود الإدارية.

كما أن الأحكام التي يصدرها القضاء كتوجيه الأوامر للإدارة بالقيام بالتزاماتها، وإمكانية تأجيل توقيع العقد الإداري، وفرض الغرامات التهديدية في حالة عدم امتثال الإدارة لأوامر القاضي الاستعجالي، وإلغاء القرارات الإدارية الخاصة بهذه المرحلة، وبعض الشروط التعاقدية غير الموضوعية، تجعل من هذا النظام الجديد أكثر فاعلية، ويرتقي من مجرد اتخاذ إجراءات مؤقتة وقائية إلى نظام مزدوج وقائي علاجي عندما يفصل في أصل الحق.

بالرغم من هذه النقلة النوعية لتوفير الظروف الملائمة للتعاقد لم تكن من قبل، إلا أننا نسجل بعض المثالب في القضاء الإداري الجزائري مقارنة بالقضاء الإداري في فرنسا، وذلك بعدم تمكنه من سلطة الإلغاء والغموض الذي يعتري بعض الإجراءات، و من بين هذه الإجراءات المتخذة من قبل المشرع الجزائري حيث منح لممثل الدولة على المستوى المحلي (الوالي) حراسة الشفافية من خلال إمكانية إخطار القضاء، غير أنه لم يذكر ذلك على المستوى المركزي هذا من جهة .

1- برونك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مرجع سابق.

2- المادة 950 من القانون 09/08 المتعلق بق.إ.م.إ.، مرجع سابق.



من جهة أخرى إذا علمنا أن هذه الدعوى جعلت أساسا للمرحلة التي تسبق إبرام العقد الإداري، فما فائدة الطعن بالإخلال بمبدأ العلانية بعد إبرام العقد؟ وذلك ما نستشفه من نص المادة 947: «يتم هذا الإخطار... إذا أبرم العقد أو سيرم»، و هنا يكتنف هذا النص الغموض بحيث إذا أبرم العقد وثبت لدى القاضي الإخلال بالتزامات العلانية .

في اعتقادنا هنا القاضي أمام احتمالين إما الحكم ببطان الإجراء أو تعويض الطاعن ما أصابه من ضرر، وما فاته من ربح، فإذا اخترنا الاحتمال الأول وهو بطلان إجراء العلانية حتما يستتبع بطلان العقد، امتثالا لمبدأ ما بني على باطل فهو باطل، ونحن نستبعد هذا الحل باعتبار أن القاضي الاستعجالي ما قبل التعاقدي في الجزائر له سلطة توجيه أمر للإدارة بتأجيل إبرام العقد وليس له الحق أن يلغي العقد الإداري بعكس ما هو موجود في فرنسا التي عودتنا بظهور نظريات و مبادئ جديدة كنظرية القرارات المنفصلة و تراجع عن البعض الآخر كالطعن ضد أعمال السيادة، و هذه المرة جاء دور العقود الإدارية التي بقيت ردحا من الزمن تخضع للطعن أمام قضاء العقد فقط، و يبقى السؤال مطروح بشأنها حول ما إذا كان بالإمكان الطعن فيها بالإلغاء؟ هذا ما سوف نتطرق إليه من خلال التوجه الجديد لكل من المشرع و القاضي الإداريين في فرنسا.

ثالثا : التوجه نحو خضوع العقد الإداري إلى رقابة المشروعية:

من الأساليب التي ابتكرها النظام الإداري من أجل تطوير التسيير الإداري و تحسينه هو الأخذ بالأسلوب اللامركزية الإدارية من أجل إشراك الكفاءات المحلية في عملية التسيير لما يملكونه من دراية كاملة حول منطقتهم، مما يجعلهم مستقلين إداريا و ماليا فتكون لهم حرية في ترتيب الأولويات، و لكن هذه الحرية لا تصل إلى الحرية السياسية مما يجعل أعمالهم تحت الرقابة الإدارية و القضائية، غير أن هذه الرقابة تختلف من بلد لآخر و من زمن لآخر مثلما هو موجود في فرنسا منبع متطور القانون الإداري، بحيث هذه المرة جاءت المبادرة في مجال العقود الإدارية مما أحدث تحولا جذريا في الرقابة على الأعمال الإدارية بصفة عامة و العقود الإدارية بصفة خاصة.

1-مبادرة المشرع الفرنسي لخضوع العقد الإداري لرقابة المشروعية : كانت الرقابة على التصرفات الإدارية في فرنسا رقابة الوصاية ثم استبدالها بالرقابة اللاحقة من خلال تحويل هذه التصرفات من قبل المحافظ إلى المحكمة الإدارية¹. بادر المشرع الفرنسي بإصدار قانون 213/82 الذي أحدث تغييرا في الرقابة على التصرفات الإدارية بصفة عامة و العقد الإداري على وجه الخصوص، و ذلك من خلال نص المادة 03

¹-Marc Gjidara. LE CONTRÔLE DES ACTES DES AUTORITÉS LOCALES PAR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS



من نفس القانون حيث نصت على " بإمكان ممثل الدولة أن يطعن أمام المحكمة الإدارية في التصرفات الإدارية التي يقدر بعدم مشروعيتها خلال مدة شهرين من تاريخ إحالتها إليه " ¹ .

هذه المادة متعلقة فقط بالتصرفات الإدارية التي تحال إلى المحافظ ، أما التصرفات الأخرى ليس له أن يطعن فيها أمام القضاء الإداري بالإلغاء ، كما أنها خاصة بالمحافظ ، وهذا ما نستشفه من نص المادة المذكورة ، حيث حددت آجال للطعن يقدر بشهرين يبدأ حسابه من يوم وصول هذه التصرفات إلى المحافظ و له السلطة التقديرية في استعمال هذا الطعن.

هذا كان في بداية الأمر لكن بعد ذلك سمح مجلس الدولة الفرنسي لممثل الدولة (المحافظ) على مستوى الأقاليم المحلية باللجوء إلى المحكمة الإدارية من تلقاء نفسه حتى في التصرفات الإدارية التي لا تحال إليه سواء تعلق الأمر بالقرار أو العقد من خلال تفسيره للمادة 72/الفقرة 03 من الدستور الفرنسي ² ، وقد أكد هذا التوسع مجلس الدولة في قراره رقم 143800 المؤرخ في 14/03/1997 فيبإمكان المحافظ أن يطعن بالإلغاء أمام المحكمة الإدارية في التصرفات التي تحال إليه إجباريا أو تلك التي لا تحال إليه ³ .

و بهذا القرار يمكن القول أن هذا التوجه الجديد في فرنسا الذي أحدث ثورة في مجال العقود الإدارية جاء بتظافر جهود كل من المشرع و اجتهادات القضاء الإداري الفرنسي ، فإذا كان المشرع قد استحدث الطعن بالإلغاء ضد العقود الإدارية التي تحال إجباريا إلى السيد المحافظ ، فإن القضاء الإداري وسع من هذه الرقابة لتمتد حتى إلى تلك العقود التي لا تحال إلى المحافظ .

تهدف هذه الرقابة القضائية على الأعمال الإدارية المحلية المشوبة بعيب المشروعية إلى ضمانات مزدوجة، فمن جهة ضمان احترام مبدأ المشروعية من قبل الإدارة المحلية، و من جهة أخرى تحقيق اليقين القانوني (الأمن القانوني) للمواطنين ⁴ .

¹ -ART.03 du loi 82/213 du 02/03/1982. Modifié par Loi n°96-142 du 21 février 1996. "Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administratif les actes mentionnés au paragraphe II de l'article précédent qu'il estime contraires à la légalité dans les deux mois suivant leur transmission"

² - بوغازي فتيحة – تطور الإلغاء في العقود الإدارية – مذكرة ماجستير جامعة فرحات عباس سطيف 2010 ص 72

³ - C. E. DE France .N° 143800 .du 14 mars 1997. " le préfet peut demander au tribunal administratif l'annulation pour excès de pouvoir d'un contrat conclu par le département, même si ce contrat n'est pas soumis à l'obligation de transmission."

⁴ - Marc Gjidara. LE CONTRÔLE DES ACTES DES AUTORITÉS LOCALES PAR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS EN FRANCE. www.pravst.unist.hr



2-إزدواجية الطعن في العقود الإدارية. احتدم النقاش بين الفقهاء حول الجهة القضائية ذات الاختصاص في الدعوى الجديدة ، فمنهم¹ من ينادي بتوحيد الاختصاص و تبقى كل من الدعويين من اختصاص قاضي العقد ، و منهم² من ينادي بتوزيع الاختصاص بين قاضي العقد و القضاء الإداري .

غير أن غالبية الفقه و على رأسهم M . Pontier . | يتجه إلى قبول دعوى الإلغاء في العقود الإدارية و الإبقاء على قاضي الإلغاء حارساً لمبدأ المشروعية ، سواء في التصرفات التي تقوم بها الإدارة بالإرادة المنفردة أو تلك التي تشرك فيها طرفاً آخر و هو العقد الإداري عليه فالعقد الإداري قد يكون موضوع دعوى شخصية كما قد يكون موضوع دعوى عينية³ .

و نحن بدورنا نؤيد رأي الفقه الذي يرى بوجوبية التفرقة بين الدعويين ، و حجتنا في ذلك هو التمييز الظاهر بينهما ، بحيث تكون لدعوى الإلغاء الحجية المطلقة ، و يترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية و هي يستطيع كل شخص أن يتمسك بحكمها ، بينما دعوى القضاء الكامل أو الدعوى الشخصية لها الحجية النسبية و التي لا تتعدى طرفي الدعوى . و عليه فإن هذا الطعن يعتبر ضماناً إضافية من ضمانات الأمن القانوني في مقابل ما تمتلكه الإدارة من امتيازات السلطات العامة .

لكن ما يشد الانتباه هو اقتصار هذا الطعن على الأعمال التي تقوم بها الجماعات المحلية دون المركزية، مما يجعل القانون الصادر في هذا المجال و المذكور آنفاً يكيّل الأمور بمكيالين، كما أن الطعن خاص بممثل الدولة دون غيره، بمعنى أن السلطة التقديرية في استعمال هذا الطعن ترجع أولاً و أخيراً إلى ممثل الدولة على المستوى المحلي (المحافظ) . بالرغم من ذلك نحن متأكدين أنه سوف يخبرنا المستقبل بتغيير الكثير من الأمور نحو الأحسن بالنسبة لهذا الطعن ، كما نأمل أن يحذو المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي و يخضع العقد الإداري إلى رقابة المشروعية .

المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري كآلية لاستقرار المراكز القانونية

إذا كان العقد المدني يسوده مبدأ تساوي الطرفين، و مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين. فإن العقد الإداري ليس كذلك ينعدم فيه تساوي الطرفين بحيث تتمتع المصلحة المتعاقدة بسلطات واسعة كسلطة الإشراف والتوجيه وسلطة التعديل الانفرادي، وسلطة توقيع جزاءات مالية، وسلطة إنهاء العقد بالإرادة المنفردة مما يجعلها في مركز أقوى من مركز المتعاقد معها و هذا ما

¹ - الفقيه هوريو الذي يرى أن زمن التباين الشديد بين الدعويين يمكن أن يتقلص شكلاً و يمكن أن تندمجا في دعوى واحدة 1912/11/29

² - الفقيه ليون دوجي الذي يرى أن الدعويين مختلفتين و لا يمكن الجمع بينهما

³ - بوغازي فتيحة - تطور الإلغاء في العقود الإدارية - مرجع سابق ص 107



يُميّز العقد الإداري عن العقد المدني، الأمر الذي قد يجعلها تباغت المتعاقد معها بالتزامات إضافية لم يتم الاتفاق عليها، ولم ينص عليها في بنود العقد بدافع تحقيق المصلحة العامة، وضمان السير المرفق العمومي بانتظام واستمرار.

كما أن مرحلة التنفيذ لا تسير وفق ما اتفق عليه الطرفان دائما، فقد تظهر أحداث و ظروف لم يتوقعها أحد تؤثر على اقتصاديات العقد، وإن لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا فإنها تجعله مرهقا، مما يعرض المتعامل المتعاقد يتحمل أعباء إضافية لم تكن في الحسبان. فضمامنا لاستمرار تنفيذ العقد من أجل المصلحة العامة و المحافظة على المراكز القانونية ابتدع القضاء الإداري نظريات تحقق للمتعاقد مع الإدارة الحفاظ على حقوقه المالية التي تعتبر هي الدافع الأساسي للتعاقد مع الإدارة.

فالاستمرار في تنفيذ العقد و الاستقرار في الوضعيات القانونية للمتعاقدين، متوقف على مدى تحقيق هذه النظريات التوازن المالي للعقد الإداري، وكان لمجلس الدولة الفرنسي الفضل في ابتداع هذه النظريات من خلال قضية **cie francaise des tramways** في قراره الصادر بتاريخ 11 مارس 1910 بقوله: « من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام ضرورة أن يتحقق بقدر الإمكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الأعباء التي تفرض عليه...»¹.

وقد أصبحت لفكرة التوازن المالي مكانة هامة بمناسبة تنفيذ العقود الإدارية، يستند عليها المتعاقد مع الإدارة إذا ما حدث اختلال في اقتصاديات العقد، سواء بسبب تدخل الإدارة بموجب السلطات المخولة لها وما تتمتع به من امتيازات السلطة العامة، مما يجعلها تتصرف بالإرادة المنفردة دون أن تتوقف على رضا الطرف المتعاقد معها، أو كان ذلك بسبب الظروف التي تعترض تنفيذ العقد، التي لم يتوقعها أحد.

ولتحقيق التوازن المالي صدرت عدة نظريات لضمان استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته، منها ما جعلت التعويض عن هذا الاختلال كاملا (المطلب الأول) و منها ما جعلت التعويض جزئي (المطلب الثاني) لذا سوف نتطرق لهذه النظريات المتمثلة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، و نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط.1، 2010، منشورات زين الحقوقية، ص.602.



المطلب الأول: استقرار المراكز القانونية من خلال التعويض الكامل للمتعاقد

قد تعترض المتعاقد مع الإدارة أثناء مرحلة تنفيذ العقد صعوبات مادية لم يتوقعها الطرفان عند إبرام العقد من شأنها أن تحمله أعباء إضافية لم يكن ليتعاقد مع الإدارة لو علم بها، أو أعمال قانونية تصدرها المصلحة المتعاقدة تسبب في صعوبة تنفيذ العقد وتؤدي إلى اختلال في اقتصاديات العقد.

و عليه سوف نتعرض لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الأول) و نظرية فعل الأمير (الفرع الثاني)

الفرع الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تجد هذه النظرية الأشغال العامة كمجال خصب للعمل بها ، باعتبار أن الصعوبات التي تعترض المتعاقد أثناء التنفيذ تكون مادية و ليست قانونية لا يمكن توقعها كالأرض التي تكون صلابتها غير عادية ، أو مياه جوفية ، تستلزم القيام بجهود تفوق إمكانيات المتعامل المتعاقد . و للإحاطة بهذه النظرية يستوجب التعرض تعريفها (أولا) و أساسها القانوني (ثانيا) و شروط تطبيقها (ثالثا) و آثار تطبيقها (رابعا) .

أولا: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ويقصد بهذه النظرية أن المتعاقد مع الإدارة تواجهه صعوبات مادية لم يتوقعها عند إبرام العقد، ولم يكن بالوسع توقعها ومن شأنها أن تحدث زيادة في التكاليف عن الحد المقرر في العقد¹، الأمر الذي يجعل تنفيذ العقد مرهقا على المتعاقد وأكثر كلفة فيجب التعويض عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد بالقدر الذي يغطي جميع التكاليف والأعباء التي تحملها، فالتعويض في هذه الحالة يكون كاملا عن جميع الأضرار².

فالمتعاقد الذي يتعرض لهذه الصعوبات من حقه أن يطلب التعويض الكامل عن الأضرار التي تكبدها، باعتبار أن الأسعار المتفق عليها تسري على الأعمال العادية المتوقعة فقط وفقا لإرادة المتعاقدين المشتركة³.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.607.

2- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، د.ط، د.ت، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ص.311.

3- نعيمة فضل أحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة بنغازي، ليبيا، 2012، ص.44.



هذه الصعوبات المادية تقف حجر عثرة أمام المتعهد، وهو الذي التزم بمعاونة المصلحة المتعاقدة في تحقيق النفع العام، فإما أن يتوقف عن التنفيذ وينتج عنه إهدار المصلحة العامة أو يواصل في تنفيذ العقد ويتكبد خسائر فادحة وهو الذي يريد تحقيق الربح.

فإذا تخلت الإدارة عن المتعاقد معها، وتحمل الخسائر لوحده بدون شك تزيد تكلفة العقد على ما اتفق عليه، وبالتالي تهمل مصلحته، مما سيؤدي هذا إلى إجماع التعاقد مع الإدارة.

وأمام هذه الوضعية وإعمالاً لقاعدة لا إفراط ولا تفريط في المصالح يقوم التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة، بأن تتدخل الإدارة بالتعويض عن كل الخسائر التي تعرض لها للمحافظة على مركز المتعاقد خدمة لتحقيق المصلحة العامة وتشجيع المتعاقد مع الإدارة لمواصلة تنفيذ العقد.

ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

اختلفت الآراء حول الأساس القانوني لهذه النظرية باختلاف الزوايا التي يراها كل واحد، فمنهم من يرى أن أساس هذه النظرية يرجع إلى نية التعاقد، ومنهم من يرجعه إلى المسؤولية التقصيرية، ومنهم من يرجعها إلى فكرة العدالة والطبيعية الذاتية للعقود الإدارية، ولذلك سوف نتعرف على هذه الأسس ثم نرجح أيها أنسب .

أ- أساس النية المشتركة بين المتعاقدين: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن الطرفين المتعاقدين قد أبرما العقد على أساس أن السعر المتفق عليه تم تحديده مقابل الالتزام بتنفيذ العقد في ظروف عادية. أما الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تعترض المتعاقد يحدد سعرها بطريقة خاصة¹، ويصبح من واجب الإدارة تعويض الفارق بين السعر المتفق عليه في العقد والسعر الذي تحمله المتعاقد فعلاً²، وقد تبني مجلس الدولة الفرنسي هذا الأساس في بداية الأمر في عدة أحكام كحكمه الصادر في 1929/07/05 في قضية (Yaher)³، ولكن سرعان ما تخلى عنه وطبق هذه النظرية متى توافرت شروطها دون الاستناد على أساس اتفائي، بل طبقها حتى ولو تضمن العقد شرط صحيح باستبعادها⁴.

1- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.617.

2- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة منتوري، قسنطينة، 2012، ص.214.

3- د.محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط.2005، دار الفكر العربي، القاهرة، ص.677.

4- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.214.



يستفاد من التجربة الفرنسية أن النظرية يجب إعمالها كلما توفرت شروطها بغض النظر عن الأساس الذي تقوم عليه و اعتبرها مجلس الدولة الفرنسي من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضاها بحيث إذا تضمن العقد بند يستبعد إعمال هذه النظرية يعتبر باطلا و العقد صحيح .

مهما يكن فقد تعرض هذا الأساس لانتقادات شديدة على أساس إن فكرة النية المشتركة للمتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض في هذه النظرية لأن التعويض جزء من النظام القانوني للعقود يطبق في حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات¹ . كما أن القضاء هو الذي ابتدع هذه النظرية من التدخل في مجال العقود الإدارية نظرا للخصوصية التي يتميز بها دون أن يتوقف ذلك على نية المتعاقدين .

ب-أساس المسؤولية التقصيرية: يرجع بعض الفقه الفرنسي وعلى رأسهم بيكينو إلى تأسيس هذه النظرية على فكرة المسؤولية التقصيرية للمصلحة المتعاقدة، وذلك لوجود خطأ الإدارة في دراسة الأرضية، فهي التي أعدت العقد وخطة التنفيذ، وقد وافق المتعاقد على ذلك، أما وقد ظهر عدم صحتها فعلى الإدارة تحمل هذه الأضرار² ، ولذلك يراها البعض من الفقهاء أنها إحدى حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ³ .

وقد تعرضت كذلك هذه النظرية إلى انتقادات واسعة من قبل الفقه على اعتبار أنها تشبه نظرية فعل الأمير لذلك لا يمكن إعمال نظريتين في آن واحد من أجل التعويض، ثم أن تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من بين شروطها أن لا يكون مصدر هذه الصعوبات أحد طرفي العقد والإدارة إحدى طرفي العقد، لذلك لا يمكن إعمالها.

ج-أساس العدالة وطبيعة العقود الإدارية: يرى أصحاب هذه النظرية وهو الراجح من الآراء الفقهية الأخرى أن الأساس الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، وذلك بحكم العلاقة الوطيدة بين العقود الإدارية وفكرة المرفق العام وبالنظر كذلك إلى المتعاقد بأنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها⁴ ، فمن جهة ضرورة استمرار المرفق العام من أجل تقديم خدمات للمجتمع ، وذلك ما يحتم على المتعاقد مواصلة تنفيذ العقد في كل الظروف و مهما تكن الصعوبات بدون توقف، ومن جهة أخرى اعتبار المتعاقد معاوناً للإدارة في أداء مهامها، لذلك فإن من العدالة

¹-د. نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية - مرجع سابق. ص. 618

2-د. حسام القاعد، الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة، دراسة مقارنة، مجلة جامعة البحث، مج.39، ع.77، عام 2017، سوريا، ص.92.

3-د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.619.

4-د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.689.



إذا تعرض إلى صعوبات مادية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقا فيجب أن تقف الإدارة بجانب المتعاقد من خلال تعويض كامل للخسائر التي تكبدها جراء هذه الصعوبات المادية تشجيعا له لمواصلة تنفيذ العقد.

اجتهد الفقه والقضاء الإداريان في وضع أساس لتعويض المتعاقد مع الإدارة إذا ما اختل التوازن المالي للعقد ضمانا لاستمرارية المرافق العامة وتقديم النفع العام للمواطنين وأداء مهام الإدارة دون انقطاع، وقد اختلفت الآراء باختلاف الفقهاء والزواية التي يرى منها كل واحد، كما أن هذا الاختلاف مرجعه إلى الحالات التي كانت تقع وتتسبب في اختلال التوازن المالي للعقد.

وقد رجح الفقه والقضاء الإداريان أساس العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية للتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تسببت في اختلال اقتصاديات العقد الإداري، ونحن من مؤيدي هذا الرأي لعدة اعتبارات نذكر منها:

-الاعتبار الأول: أن نظرية النية المشتركة للمتعاقدين كأساس للتعويض لا يمكن إعمالها، ذلك أن الطرفين قد يضعان شرطا صريحا في العقد يستبعدان بمقتضاه التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، وبما أن الإدارة لها امتيازات السلطة العامة فقد تتعسف وتضع هذا الشرط، وبالتالي يتحمل المتعاقد وحده هذه الخسائر بالرغم من أنها خارجة عن إرادته.

-الاعتبار الثاني: إذا كان المتعاقد مع الإدارة هو معاونها في أداء مهامها، فإن هذه الأخيرة لا يمكن أن تتخلى عنه في هذه الظروف الصعبة، ويتحمل لوحده الخسائر الإضافية، وتعتبر نفسها أنها هي التي تقوم بتنفيذ العقد وتعرضت للصعوبات المادية غير المتوقعة فعليها أن تستمر في العمل من أجل تحقيق المصلحة العامة.

-الاعتبار الثالث: ضرورة استمرار المرفق العام هي التي تستدعي الإدارة إلى التدخل لمواصلة تنفيذ العقد الذي يكون مرهقا للمتعاقد ويمكن أن يتسبب في توقفه عن التنفيذ.

-الاعتبار الرابع: الهدف الذي يريد تحقيقه المتعاقد هو الربح، أما الإدارة فتريد تحقيق المصلحة العامة، لذلك إذا تخلت الإدارة عن المتعاقد معها في هذه الظروف وتحمل الخسائر لوحده فلن تجد الإدارة من يتعاقد معها مستقبلا، وفي نفس الوقت تعرض المصلحة العامة للضياع.

ثالثا: شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

لتطبيق هذه النظرية من أجل تعويض كلي للخسائر التي تكبدها المقاول يجب توافر شروط خاصة، والتي تسمح للمتعاقد أن يطالب بحقه في التعويض كاملا.



أ- أن تكون هذه الصعوبات المادية غير عادية: ويقصد بهذا الشرط أن تكون هذه الصعوبات المادية استثنائية أي ذات طابع مادي واستثنائي، وفي الغالب ما تكون ظواهر طبيعية كطبيعة الأرض الصخرية القاسية يصعب حفرها أو تكون الأرض هشة تراها غير متماسك أو تفرز كميات كبيرة من المياه¹، وسبق للقضاء الإداري المصري تطبيقات من هذا القبيل، فقد أصدر مجلس الدولة المصري قرارين بتاريخ 05 ماي 1953 و1957/01/02، حيث اعترضت المقاول طبقات صخرية أو تربة متكتلة تحتاج إلى استعمال آلات قطع الأحجار².

فلا يكفي لتطبيق النظرية أن يعترض تنفيذ العقد صعوبات بسيطة، بل يجب أن تكون هذه الصعوبات غير عادية يجاوز ما كان متوقعا³، ففي هذه الحالة يتفاجئ المتعاقد بصعوبات لم يتوقعها طرفي العقد عند إبرامه، ما كان ليتعاقد مع الإدارة لو علم بها، مما تستدعي من المقاول جهود إضافية لم تكن في الحسبان يترتب عنها إرهاق المتعاقد ماليا.

ب- أن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة عند إبرام العقد: كما هو معمول به على المتعاقد أن يبذل جهده للوقوف على كافة الصعوبات المادية التي يمكن أن تصادفه أثناء تنفيذ العقد، وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر بتاريخ 14/06/1969 حيث ألغت حكم محكمة القضاء الإداري، مبررة ذلك بواجب المتعاقد أن يتحرى بنفسه عن الصعوبات، وكان بوسعه التوصل إليها⁴. فإذا كانت هذه الصعوبات من النوع الذي لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وفقا للظروف التي سادت تلك العملية يمكن للمتعاقد المطالبة بالتعويض عنها، وقد أشار مجلس الدولة الفرنسي إلى ذلك في قراره الصادر في 03/02/1905 في قضية (مدينة باريس)⁵.

وإن كان يقع على عاتق المتعاقد واجب تقصي الصعوبات التي قد تقابله عند تنفيذ العقد فإن ذلك لا يعفي الإدارة من واجبها نحو المتعاقد بأن تمده بكل المعلومات ومعاونته في هذا الواجب ذلك لأن مبدأ حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات يلزم الإدارة بذلك، هذا ما قرره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 29/06/1951⁶.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 623.

2- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 693.

3- د. حسام القاعد، مرجع سابق، ص. 76.

4- شريف شريف، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جماعة أبي بكر الصديق، تلمسان، 2014، ص. 316.

5- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 696.

6- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 628.



فإذا تسبب أحد المتعاقدين في هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة بإهمال من المتعاقد أو سوء نية الإدارة أو بمداه معلومات خاطئة فإن القاضي يستبعد هذه النظرية، فالقاضي له السلطة التقديرية الكاملة في تحديد المتسبب في ذلك، كما يحدد نوعية هذه الصعوبات إن كانت غير عادية، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يصدر حكمه.

ج- أن تكون هذه الصعوبات المادية غير متوقعة هي سبب اختلال العقد ماليا: إن اعتراض المفاوض صعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد لا يؤدي إلى استحقاق التعويض بشكل آلي أو تلقائي بل يجب أن يترتب عن ذلك ضرر يلحق بالمفاوض¹، أي تسبب خسائر مالية للمتعاقد حتى يحكم بالتعويض استنادا لهذه النظرية²، ثم لا يهم إن كانت هذه الأضرار بسيطة أو جسيمة.

أما العقود الإدارية الجزافية³ فيتشدد القاضي الإداري في التعويض عنها، حيث يشترط قلب اقتصاديات العقد الإداري رأسا على عقب⁴، وفي فتوى للجمعية العمومية بمجلس الدولة المصري تقول إن طبيعة العقد الجزافية لا تحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على أنه يجب أن تخل باقتصاد العقد تبعاً لانحياز الأسس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه⁵.

مما تقدم في هذا الشرط فإن القضاء الإداري يفرق بين نوعين من العقود الإدارية، العقود الجزافية، وغير الجزافية، فالأولى يشترط فيها أن يكون الضرر جسيماً إلى درجة قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، وبمفهوم المخالفة إذا كانت الصعوبات المادية غير المتوقعة تسببت في تكاليف إضافية بسيطة لا يمكن إعمال هذه النظرية في التعويض، بينما النوع الثاني من العقود فلا يشترط جسامته الضرر، فيحق للمتعاقد أن يطالب الإدارة بالتعويض استناداً لهذه النظرية، ومهما يكن الضرر حتى ولو كان بسيطاً.

ونحن لا نؤيد هذا الاتجاه باعتبار أن العقود الإدارية ذات طبيعة واحدة، و يكون المتعاقد مع الإدارة معوناً لها فليس من العدل في شيء أن نفرق بينها فتقف بجانب متعاقد و تتخلى عن آخر لذا اقتراحنا أن يتخلى القضاء عن هذه التفرقة بين العقود الإدارية ضماناً لاستقرار المراكز القانونية و صون المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها.

1- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.217.

2- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.635.

3- العقود الجزافية: وهي التي تتضمن تحديد كمية الأعمال المطلوب إنجازها بشكل إجمالي لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها، بمعنى أنه يتم تحديد الأعمال إجمالياً، وفي نفس الوقت تحديد الثمن إجمالياً.

4- شريف شريف، مرجع سابق، ص.318.

5- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.637.



رابعاً : آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط أعمال هذه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يترتب عنها عدة نتائج نذكرها تباعاً:

أ- إذا قام مقتضى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فمن باب العدالة تعويض المتعاقد ما تكبده من خسائر تعويضاً كاملاً، وذلك بزيادة الأسعار زيادة تغطي جميع التكاليف التي تحمّلها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها لا تسري إلا على الأعمال العادية، وتلك هي نية الطرفين المشتركة¹، ولا يجزى إذا دفعت الإدارة مساعدة مالية جزئية، فحتى يتحقق التوازن المالي للعقد يجب أن تصب للمقاول مبلغاً إضافياً عن المبلغ المتفق عليه². وبذلك تضمن الإدارة مواصلة المتعهد في تنفيذ التزاماته و استمرار المرفق العام.

ب- بالرغم من اعتراض المقاول صعوبات مادية غير متوقعة لا يسوغ له أو يتوقف عن تنفيذ العقد، فإن ذلك قد يحرمه من مطالبة التعويض كما قد يعرضه إلى جزاءات مالية من قبل الإدارة³. وهذا يرجع إلى خصوصية العقود الإدارية التي تتطلب استمرارية التنفيذ لتحقيق المصلحة العامة باعتبار أن المقاول هو معاوناً للإدارة في أداء وظيفتها. فعليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات المادية التي تعترضه، وفي المقابل فإن الإدارة لا تتخلى عنه في هذه الظروف، وإلا حرم نفسه من مطالبة التعويض على أساس الصعوبات المادية غير المتوقعة. كما يصبح في نظر الإدارة متوقف عن أداء التزاماته مما يجبرها على توقيع جزاءات مالية أو إدارية عليه.

ج- إن الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تعترض المقاول عند تنفيذ العقد من شأنها أن تسبب في تجاوز المدة المتفق عليها لإنهاء أشغال موضوع العقد⁴، فإن المقاول لا يؤخذ عن هذا التأخير، وبالتالي إعفاؤه من الغرامة التأخيرية التي توقعها الإدارة في الحالات العادية.

الفرع الثاني : نظرية فعل الأمير

تبادر الإدارة بإجراءات متنوعة أثناء تنفيذ العقود الإدارية من شأنها أن تحدث اختلالاً في اقتصاديات العقد الإداري. مما يسبب أعباء إضافية يتكبّدها المتعاقد مع الإدارة. و عندها يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

1- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، (القرار الإداري، العقد الإداري)، د.ط، دن، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص.481.

2- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.218.

3- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.699.

4- د. حسام القاعد، الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة مرجع سابق، ص.90.



ولمعرفة أكثر حول هذه النظرية يجب أولاً تحديد هذه النظرية، وما هي الآثار المترتبة عن إعمالها مروراً بالشروط التي يتوجب توافرها.

أولاً: مفهوم نظرية فعل الأمير

لتحديد مفهوم نظرية الأمير لا بد من التطرق إلى تعريفها ثم إلى مختلف الصور التي تشكل هذه النظرية
أ- **تعريف نظرية فعل الأمير:** تعتبر نظرية فعل الأمير من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، والتي عول عليها القضاء الإداري في بداية الأمر لإقامة التوازن المالي للعقد الإداري بين التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة¹.

وقد تعرضت هذه النظرية إلى تعاريف متعددة نذكر منها:

يقصد بها تلك التصرفات الإدارية المشروعة التي تقوم بها السلطة العامة المتعاقدة، وتؤثر سلباً على مصالح المتعاقد معها².

أو هي كل إجراء تتخذه السلطات العامة من شأنه أن يزيد من الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو هي الالتزامات التي ينص عليها العقد، وهو ما يطلق عليه بصفة عامة المخاطر الإدارية³.

أو هي الأعمال المشروعة التي تصدر بصورة مفاجئة غير متوقعة عن سلطة عامة أثناء تنفيذ عقد إداري دون خطأ من جانبها، ويترتب عليها الإساءة إلى المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة، وينشأ فعل الأمير التزاماً على عاتق الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال بما يعيد التوازن المالي وفقاً للأسس التي قام عليها العقد عند إبرامه⁴.

بالرغم من الاختلاف الواضح بين هذه التعاريف في التعبير عن هذه النظرية إلا أنها تتفق في مقصدها وهو الأعمال المشروعة التي تقوم بها الإدارة ولا يد للمتعاقد فيها، ولم يكن يعلم بها، فالإدارة قامت بمباغطة المتعهد بهذه الأعمال وتسببت له في أضرار مالية. لذا يقع عليها دفع التعويض كاملاً.

و لعل يكون التعريف الأخير هو الأنسب وهو الذي نميل إليه لوضوحه وتفصيله في مضمون النظرية وهدفها التي وجدت من أجله، ومن خلاله يتبين لنا أن هذه الإجراءات التي تقوم بها الإدارة مشروعة،

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 696.

2- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص. 206.

3- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسية والقانون، ع. 17، جوان 2017، ص. 123.

4- شريفي شريف، النظام المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص. 291.



وعليه تخرج من هذه النظرية الإجراءات غير المشروعة، كما أن هذه الإجراءات تأتي أثناء تنفيذ العقد دون علم من المتعاقد، فتأتي مفاجئة، كما أنها تتسبب في إرهاب المتعاقد مالياً، وإن كانت لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ولكنه مرهقاً للمتعاقد.

لكي يواصل المتعاقد في تنفيذ العقد يجب على الإدارة تعويض ما تكبده من خسائر جراء تصرفاتها، ولا يسوغ للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ ضماناً لاستمرارية المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة باعتباره المتعاقد هو معاوناً للإدارة.

والإجراءات التي تقوم بها الإدارة متنوعة قد تكون مباشرة تتعلق بتنفيذ العقد وهي سلطة التعديل، وقد تكون بصفة غير مباشرة وهي إجراءات عامة تنظيمية تمس اقتصاديات العقد الإداري.

فالإدارة في هذه الحالة تباغت المتعاقد معها بإجراءات لم تكن في الحسبان، فتؤثر بطريقة أو بأخرى على مركزه المالي، و لضمان استمرار العقد الإداري يقع واجباً على الإدارة تعويض المتعاقد معها كل الخسائر التي تكبدها، وهذا مما يزيد من ثقة الإدارة والاطمئنان لها للتعاقد معها مرة أخرى .

ب- الصور المختلفة لفعل الأمير

بعد ما تعرفنا على نظرية فعل الأمير نتطرق الآن إلى الصور المختلفة التي تعتبر من فعل الأمير و عندما بحثنا عن هذا الموضوع وجدنا نوعين من الأعمال التي تعتبر من أفعال الأمير النوع الأول تعتبر أعمال من فعل الأمير من حيث طبيعة الإجراء نفسه و النوع الثاني من حيث آثار الإجراء فيكون مباشراً أو غير مباشر.

1- الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر على العقد بصفة مباشرة أو غير مباشرة

1-1- الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر على العقد بصفة مباشرة: تستعمل الإدارة المتعاقدة سلطتها في التعديل الانفرادي للعقد، و هو النموذج المثالي لنظرية فعل الأمير، بحيث يفتح المجال مباشرة للمتعاقد لاقتضاء التعويض الكامل عن جميع النفقات الزائدة التي لحقت به¹. ولعل هذه السلطة تجد تبريرها في فكرة المصلحة العامة التي تجعل طرفي الصفقة في وضعية غير متساوية، بحكم الأولوية التي

- محفوظ عبدالقادر - سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان



تمتاز بها الإدارة من جهة ، و تمتعها بامتيازات السلطة العامة من جهة أخرى، تحقيقا للمصلحة العامة و حسن سير المرافق العامة¹.

ومن جانبنا نرى هذه السلطة التي قد تهدد المراكز القانونية في العلاقة التعاقدية إذا ما أسئ استعمالها تنبع من خصوصية العقود الإدارية التي تكون فيها الأولوية للمصلحة المتعاقدة لافتراض أنها تبغي تحقيق المصلحة العامة من وراء التعديل فإذا ما مست هذه التعديلات المالية العقد و أحدثت فيه اختلالا، فعلى الإدارة أن تبادر بتعويض كامل للمتعاقد معها ضمان لاستمراره في التنفيذ.

1-2- الإجراءات الإدارية الخاصة التي تؤثر على العقد بصفة غير مباشرة: يحدث أن تتخذ الإدارة

المتعاقدة إجراء لا يؤثر مباشرة في بنود العقد و إنما يؤثر في ظروف تنفيذ العقد، ما من شأنه أن يتسبب في أعباء إضافية جديدة غير متوقعة و حينها يتعين تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا على أساس التوازن المالي للعقد². و الإجراءات التي تصدرها في هذا المجال عديدة و يصعب حصرها لأنها ليست من طبيعة واحدة كالإجراء المتعلق بتعديل سير العمل أو إدخال وسائل جديدة في تنفيذه أو قيام المصلحة المتعاقدة بأشغال عامة نجمت عنها أضرار للمتعاقد أثناء التنفيذ أو تدابير الضبط الإداري التي يترتب عليها أعباء إضافية كالأمر بنقل أسلاك كهربائية حفاظا على سلامة المواطنين³.

2- الإجراءات الإدارية العامة التي تؤثر على العقد بصفة مباشرة أو غير مباشرة

1-2 الإجراءات الإدارية العامة التي تؤثر في العقد بصفة مباشرة: قد يؤدي الإجراء العام المتخذ من

قبل السلطة العامة إلى تعديل الأوضاع التعاقدية بين الإدارة و المتعاقد كأن يؤدي إلى تعديل في شروط العقد⁴ فيزيد من أعباء تنفيذ العقد.

وقد اختلف الفقهاء حول إمكان تطبيق نظرية فعل الأمير في هذه الحالة، فذهب بعض الفقهاء إلى استبعادها باعتبار أن الإجراء لم يقصد به المتعاقد مع الإدارة و إنما هي تدابير عامة تمس جميع المواطنين و عليه لا يمكن تعويض المتعاقد إلا في حالتين، الحالة الأولى إذا نص القانون على ذلك و الحالة الثانية إذا كانت التدابير غير متوقعة⁵. غير أن الاجتهاد القضائي الفرنسي طبق النظرية في أحكامه الحديثة مثل حكمه الصادر

¹ - يوسف حورية - سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية - مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني المنظم بجامعة المدية

² - محمد سليمان الطماوي- الأسس العامة للعقود الإدارية مرجع سابق ص 605

³ - د. نصري منصور نابلسي - العقود الإدارية- مرجع سابق ص 702

⁴ - نصري منصور نابلسي-العقود الإدارية-مرجع سابق ص 706

⁵ - محفوظ عبد القادر - مرجع سابق - ص 151



بتاريخ 1939/04/28 في قضية (chemin de fer l.ouest) و تلخص القضية أنه في فرنسا صدر مرسوم بتاريخ 1935/07/16 يقضي بخفض نفقات الدولة في جميع الميادين بنسبة 10 بالمائة و قد أثر هذا المرسوم على شركة سكك الحديد الغرب بتعديل الاتفاق الذي تم بين الشركة و الدولة بتاريخ 1909/10/28 و الذي استردت الدولة بمقتضاه مرفق السكك الحديدية... فلما تظلمت الشركة من خفض تلك الأقساط بنسبة 10 بالمائة قضى المجلس في حكمه بتعويض الشركة تعويضا كاملا على أساس نظرية فعل الأمير... إلا إذا نص التشريع على عدم التعويض¹.

وما ختم به قرار مجلس الدولة الفرنسي هو تغليب النص التشريعي على الاجتهاد القضائي إذ لا اجتهاد مع النص ، و حتى لو وجد اجتهاد قديم و صدر تشريع جديد فإن الغلبة تكون للنص التشريعي، وفي هذه الحالة يتساوى الإجراء العام و الخاص في إرهاب المتعاقد من خلال ما يتسبب له من أعباء إضافية .

2-2 الإجراءات الإدارية العامة التي تؤثر في ظروف العقد: يقصد بها تلك الإجراءات العامة التي تؤثر في الظروف التنفيذية للعقد و ليس على شروطه، فيجعلها أكثر كلفة مما يؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة و اختلال اقتصاديات العقد². والقاعدة لدى مجلس الدولة الفرنسي في هذه الإجراءات لا تعويض فيها إلا إذا أدت إلى قلب اقتصاديات العقد " رأسا على عقب" و فهم البعض هذه العبارة أنها تحيل إلى نظرية الظروف الطارئة و البعض الآخر فهمها على إقرار نظرية فعل الأمير ولكنها بشروط أشد. و بعيدا عن هذا الخلاف فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي إعمال نظرية فعل الأمير في مجال الضرائب و الرسوم و تشريعات رفع الأجور و أسعار النقل أو التشريعات المتعلقة بالنقد³.

ثانيا: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

يسمح للمتعاقد المطالبة بالتعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير إذا توافرت شروطها التي نبينها فيما يلي:

أ- أن يتعلق الأمر بعقد إداري:

من الطبيعي أن يكون العقد إداريا وذلك للخصوصية التي يتميز بها وارتباطه بنظريات القانون العام، والتي من بينها نظرية فعل الأمير التي هي من الأفكار الإدارية التي لا مقابل لها في القانون الخاص⁴.

¹ - محمد سليمان الطماوي - مرجع سابق ص 613

² - د. نصري منصور نابلسي - العقود الادارية - مرجع سابق ص 707

³ - د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الادارية - مرجع سابق ص 715/717

⁴ - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 600.



وقد أشارت المحكمة الإدارية العليا بمصر في قرارها بتاريخ 1957/03/03 قائلة: «متى كان الأمر بين الشركة والحكومة خارجا عن الرابطة العقدية فإن طلب التعويض عن الأضرار التي ترتب التشريع الجديد استنادا إلى نظرية فعل الأمير يكون على غير أساس سليم من القانون، إذ من المقرر أن المسؤولية التي ترتب التعويض في نطاق أعمال الأمير لا تقوم إلا في حالة ما إذا كان المضرور بسبب التشريعات الجديدة تربطه بالدولة رابطة تعاقدية أثر فيها... بأن زاد في الأعباء... وأن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد»¹.

كما أصدر مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن قرارا بتاريخ 1982/11/05 يقضي فيه بأن الشركة التي أبرمت عقد توريد المازوت المنزلي مع مكتب H.L.M لا يمكن أن تستند في طلب التعويض فيما لحقها من خسارة على نظرية عمل الأمير بدء من وقت ارتفاع أسعار البترول، لأن الصعوبات التي صادفتها تكون مستقلة عن عمل الإدارة المتعاقدة².

وعليه لا يمكن المطالبة بالتعويض على أساس فعل الأمير إلا في حالة وجود رابطة تعاقدية بين الشخص المتضرر وشخص معنوي عام قام هذا الأخير بتصرفات أثرت على اقتصاديات العقد، مما جعله يتكبد خسائر زادت في سعر العقد، فمن واجب الإدارة أن تعوض له الفارق بين ما اتفق عليه يوم إبرام العقد والزيادة التي حصلت أثناء تنفيذ العقد، أما خارج العلاقة التعاقدية فلا يمكن مطالبة التعويض استنادا إلى نظرية فعل الأمير.

ب- أن يكون هذا الإجراء صادرا عن الإدارة المتعاقدة:

لقد كان الاتجاه السائد لدى القضاء الإداري الفرنسي أن التعويض على أساس نظرية فعل الأمير سواء كان التصرف الذي تسبب في أضرار للمتعاقد صادر عن المصلحة المتعاقدة أو صادر عن سلطة عامة أخرى³، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي حاد عن هذا الاتجاه حديثا وأصبح يشترط للتعويض على أساس هذه النظرية أن يكون الإجراء صادرا عن الإدارة المتعاقدة، وذلك في قراره الصادر بتاريخ 1949/03/04 في قضية مدينة تولون Ville de toulon⁴. واتبع هذا الاتجاه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع في مصر أن

1- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص.466.

2- شريف شريف، النظام المالي للعقد الإداري، مرجع سابق، ص.294.

3- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.716.

4- أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، رسالة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011،

ص.122.



عمل الأمير هو " إجراء خاص أو عام يصدر من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة لم يكن متوقعا وقت التعاقد يترتب عليه إلحاق ضرر خاص بالمتعاقدين لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء¹.

هذا يعني أنه إذا صدر إجراء من قبل إحدى السلطات العامة التابعة للدولة وتسبب في أضرار للمركز المالي للمتعاقدين مع سلطة أخرى، و جعل تنفيذ العقد مرهقا، فلا يمكن للمتعاقدين المضطرب أن يطالب بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، غير أننا لا نوافق فتوى الجمعية العمومية عن العبارة الأخيرة وهي " لا يشاركه فيه سائر من يمسهم الإجراء " و نعتبرها تتعارض مع العبارة التي وردت في نفس الفتوى وهي " إجراء خاص أو عام " إذ كيف يكون عام و لا يمس إلا الشخص المتعاقد وحده، و بمفهوم آخر إن صفة عمومية الإجراء لا تتحقق إلا بالمساس بالمراكز المماثلة لمركز المتعاقد مع الإدارة . ولهذا فإن نظرية فعل الأمير يجب إعمالها كلما كانت الإجراءات صادرة عن الإدارة المتعاقد وتوافرت كل شروطها .

و إذا صدر الفعل من شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد فيكون قد تخلف شرط من شروط نظرية فعل الأمير، و بالتالي لا يمكن إعمالها في هذه غير انه يمكن للمتعاقدين أن يطالب بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة وليس فعل الأمير².

وهذا ما تسبب في اختلاف التعاريف، فمنهم من عبر عن فعل الأمير بأنه الإجراء الذي يصدر عن السلطة المتعاقدة، وهذا التعريف يوافق الاتجاه الحديث للقضاء الإداري ومنهم من عبر عن النظرية بأنها الإجراء الذي يصدر عن السلطات العامة، وهذا أكيد ما يوافق الاتجاه القديم للقضاء الإداري.

وقد أحسن القضاء الإداري الفرنسي عندما أنطقها صراحة وحدد اتجاهه في هذا الموضوع، حيث لا يقبل طلب التعويض على أساس نظرية فعل الأمير إذا كان الإجراء الذي تسبب في الاختلال المالي للعقد صدر عن سلطة عامة غير المصلحة المتعاقدة، لأنها تفتقد إلى شرط من شروط إعمالها، بينما يمكن للمضطرب المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها.

ج- أن تكون هذه الإجراءات سببت ضررا للمتعاقدين:

يشترط لإعمال هذه النظرية كأساس لتعويض المقاول أن يترتب عن الإجراء الذي اتخذته الإدارة ضررا يلحق بالمتعاقدين معها، ولا يهم إن كان هذا الضرر جسيما أن بسيطا، فيكفي أن يكون الضرر قد تسبب في نقص من الأرباح التي على أساسها تم إبرام العقد³.

¹- سامي الطيب ادريس محمد - حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري مجلة كلية الدراسات العليا جامعة النيلين (مج10) (ع37-2) في 2017/12/01

²- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص.467.

³- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.208.



ذلك لأن المتعاقد مع الإدارة يريد تحقيق الربح وراء هذا التعاقد بعد تحقيق المصلحة العامة التي تريد تحقيقها الإدارة، وبناء على ذلك تتحقق أعمال قاعدة لا ضرر ولا ضرار في الشريعة الإسلامية، والضرر يقع بأحد أمرين إما بتفويت فرصة أو حصول مضرة، ولعل بفعل الأمير يحدث الأمران معاً، لذلك يجب على الإدارة المتعاقدة أن تحقق التوازن بين المصلحتين (المصلحة العامة دون التفريط في المصلحة الخاصة).

غير أن ما يشترط في الضرر هو أن يكون خاصاً بالمتعاقد وليس عاماً، يصبه هو وحده أو يصيبه بصورة أشد جساماً مما أصاب بقية الأفراد الذين خاطبهم الأجراء المثار للتعويض¹.

د-عدم توقع الإجراء الصادر عن الإدارة المتعاقدة:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير أن تكون الإجراءات الصادرة عن المصلحة المتعاقدة غير متوقعة² أثناء إبرام العقد، وبمفهوم المخالفة فإن المتعاقد إذا توقع هذا الإجراء الذي تقوم به الإدارة فلا وجه للمطالبة بالتعويض لأنه كان ظاهراً وواضحاً له حدوثه، ويرجع تقدير التوقع من عدمه إلى السلطة التقديرية للقاضي، بحيث لا يوجد معيار واحد يصلح لكل الحالات، وبالتالي فكل عقد له الظروف الخاصة به.

وشرط عدم التوقع لا ينصرف إلى الإجراءات التي تقوم بها الإدارة أثناء ممارسة حقها في التعديل، فهذا شيء متوقع لدى المتعاقد، وإنما ينصرف إلى حدود التعديل ومداه، فإذا نظم العقد كيفية إجراء التعديل وحدوده استبعدت النظرية أما إذا لم يحدد هذا التعديل والتكاليف التي يحدثها فإنه يمكن تطبيق النظرية³.

وقد وضحت محكمة القضاء الإداري في مصر ذلك بقولها: «إن القاعدة بالنسبة للتعويض على أساس التوازن المالي للعقد بسبب تعديل طريقة التنفيذ، أنه إذا لم يكن مقداره متفق عليه في العقد فإن جهة الإدارة لا تملك أن تستقل بتقديره، بل يقدره قاضي العقد باعتباره ينشأ تكاليف غير متوقعة...»⁴.

إذن فمناطق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير هو مباغتة الإدارة للمتعاقد بتكاليف ترهق كاهله أثناء التنفيذ، ولم تكن متوقعة أثناء إبرام العقد، فإذا سلمنا بافتراض توقع الإدارة لممارسة حقها في التعديل فإن عدم التوقع يتمثل في الأضرار التي سببها هذا التعديل، وقلب اقتصاديات العقد.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.713.

2- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.714.

3- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.603.

4- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص.469.



هـ- أن يكون الإجراء الذي قامت به الإدارة مشروعاً:

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير يفترض أن الإدارة لم تخطئ عندما قامت بعملها الضار¹، بمفهوم المخالفة إن الإدارة إذا قامت بإجراءات خاطئة تسببت في أضرار مست المركز المالي للمتعاقد، فهنا لا يمكن إعمال نظرية فعل الأمير، بل تقوم مسؤوليتها على أساس الخطأ.

فالعقد الذي أبرمته الإدارة لا يمكن أن يقيدتها عن تصرفات تستهدف بها المصلحة العامة، غير أن هذه التصرفات إذا سببت ضرراً للمتعاقد كلفته أعباء إضافية فإن الإدارة تسأل في نطاق عمل الأمير لأن مسؤوليتها تقوم بلا خطأ².

فالمصلحة المتعاقدة تقوم بتصرفات مشروعة سواء خاصة بالعقد كحقها في التعديل أو تصرفات عامة خارج العقد في إطار وظيفتها الإدارية فتؤثر هذه التصرفات على المركز المالي للمتعاقد من خلال جعل تنفيذ العقد مرهقاً، حينها تقوم مسؤوليتها حتى ولو لم تخطأ، وعندها يمكن للمتضرر أن يطالب بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير، أما إذا كانت هذه التصرفات غير مشروعة فإن مسؤوليتها تقوم على أساس الخطأ وليس على أساس نظرية فعل الأمير.

إذا توافرت هذه الشروط مجتمعة في الإجراء الذي صدر عن المصلحة المتعاقدة وتسبب في ضرراً للمتعاقد في مركزه المالي فله الحق أن يستند في طلبه عن التعويض إلى نظرية فعل الأمير، فإذا كان المشرع قد حوّل للمصلحة المتعاقدة القيام بالإجراءات المناسبة ما يحقق لها المصلحة العامة دون أن يتوقف ذلك على رأي الطرف المتعاقد معها، ففي مقابل هذا إذا تسببت هذه الإجراءات للعقد في زيادة التكاليف أو نقص الأرباح جاز للمتعاقد مع الإدارة أن يطالب بالتعويض على أساس نظرية فعل الأمير.

ثالثاً: الأساس القانوني للتعويض

انقسم الفقه بين اتجاهين لتبرير التعويض في نظرية فعل الأمير:

أ-الاتجاه الأول: يرى أصحاب هذا الاتجاه وهم أغلب الفقه أن أساس التعويض يرجع إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فيتعين على الإدارة أن تعيد التوازن المالي للعقد في كل مرة يتعرض فيها للاختلال توازنه بفعل

1- بن شعبان علي، آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص.208.

2- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.602.



الإدارة، وقد اعتمد القضاء الإداري المصري هذا الاتجاه في غالبية أحكامه¹، كما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر بتاريخ 1910/03/21 في قضية *Compagnie Française de Trammays*² ب-الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه و هم الأقلية من الفقهاء أن أساس التعويض يرجع إلى المسؤولية التعاقدية، وهي مسؤولية بدون خطأ³، باعتبار أن الإجراءات التي قامت بها المصلحة المتعاقدة مشروعة.

وفي واقع الأمر لا خلاف بين الاتجاهين وكل واحد يكمل الآخر، فالمسؤولية التعاقدية تركز على أساس التوازن المالي، وهذا ما يفسر الشرط الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي، وهو ضرورة صدور فعل الأمير من قبل المصلحة المتعاقدة، فهي مسؤولية دون خطأ التي تشكل أداة فنية للتعويض... وفكرة إعادة التوازن المالي للعقد يشكل تبريرا لإقرار التعويض بدون خطأ من قبل الإدارة⁴.

رابعا: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير:

إن الأثر الأساسي عند تطبيق نظرية عمل الأمير هو إعادة التوازن المالي عن طريق منح المتعاقد تعويضا كاملا عما أصابه من خسارة وما فاته من كسب، كما يمكن أن تتعدى هذه النظرية إلى آثار أخرى كعدم التعرض للجزاءات المالية في حالة التأخير، وإعفاء المتعاقد من تنفيذ العقد إذا أصبح مستحيلا، ويمكن له أن يطالب بفسخ العقد إذا تسببت الإدارة له في أعباء مالية كبيرة⁵.

لقد ابتدع القضاء الإداري نظرية فعل الأمير كأساس لإعادة التوازن المالي للعقد في مقابل ما تقوم به المصلحة المتعاقدة من تصرفات تؤثر على المركز المالي للمتعاقد معها.

وإن كانت هذه التصرفات مشروعة في حد ذاتها لارتباطها بالمهام الإدارية التي من واجبها ألا أن مسؤوليتها تقوم في هذه الحالة بدون خطأ، باعتبار أنها هي التي تسببت في الاختلال المالي للعقد، وأن المتعاقد معها لا يد له في ذلك، ولا يمكن للمتعاقد أن يتحجج بهذه التصرفات ليتوقف عن تنفيذ التزاماته بل يستمر في ذلك ويطالب الإدارة بالتعويض عن ما أصابه من أضرار.

1- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.720.

2- بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مرجع سابق، ص.123.

3- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.628.

4- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.722.

5- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.300.



المطلب الثاني: استقرار المراكز القانونية من خلال التعويض الجزئي للمتعاقد: من النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري من أجل المحافظة على المراكز القانونية للمتعاقدين و استقرارها، نظرية الظروف الطارئة التي جعلها كأساس لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، و للتعرف أكثر عنها سوف نتطرق إلى ماهية هذه النظرية (الفرع الأول) ثم إلى آثارها (الفرع الثاني)

الفرع الأول : ماهية نظرية الظروف الطارئة: نتعرض في ماهية النظرية إلى تعريف النظرية و إلى الشروط الواجب توافرها في نظرية الظروف الطارئة

أولاً: تعريف نظرية الظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة ظهور أحداث مفاجئة أثناء تنفيذ العقد الإداري الصفقة تجعله مكلفاً مرهقاً بالنسبة للمتعاقد، مما يقضي بحمل الإدارة المتعاقد لبعض الأعباء المالية من أجل استمرارية تقديم الخدمات¹، وبمقتضى النظرية هو أنه بعد إبرام العقد تقع حوادث استثنائية عامة لم يكن في الواسع توقعها، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً بحيث يهدد المتعاقد بخسارة فادحة، فيتربط على تطبيق هذه النظرية أن تتحمل الإدارة المتعاقدة جزء من الأعباء التي لحقت به².

وقد أبرزت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 1984/12/18 العناصر الأساسية والأحكام الرئيسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة هذا نصه: «أن مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ في تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية أو غيرها، ولم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام لعقد، ولا يملك لها دفعا وإنه يترتب عليها أن تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً تؤدي هذه النظرية بعد توفر شروطها إلى إلزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي لحقت به طول مدة قيام الظروف الطارئ»³.

إذا توقفنا عند هذه التعاريف فإننا نجد اتفاقاً بينها و هو وجود عقد إداري، وفي مرحلة التنفيذ تطرأ حوادث تؤثر على المركز المالي للمتعاقد، غير أن التعريف الذي جاءت به المحكمة العليا المصرية كان أكثر تفصيلاً، ونعيب عليه في نقطة في غاية الأهمية وهي العبارة التي جاءت فيه: «سواء من عمل الجهة الإدارية»،

1- محمد صغير بعلي العقود الإدارية، د.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، ص.92.

2- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.301.

3- د. حسن علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الرافدين للحقوق، ع.58،

مج.16 السنة18، ص.160.



وإذا حملنا هذه العبارة على إطلاقها قد تختلط علينا الأمور و نهم بالتناقض بين تعريف نظرية فعل الأمير و نظرية الظروف الطارئة ،ولذلك نقول أن هذه العبارة يقصد بها الإجراءات العامة التي تصدرها المصلحة المتعاقدة و استثنائها القضاء الإداري بأن لا تعويض فيها على أساس نظرية فعل الأمير،و لكن يمكن طلب التعويض في حالة ما إذا ترتب عنها اختلال في اقتصاديات العقد الإداري على أساس نظرية الظروف الطارئة .و لذلك فهي ليست خاطئة و إنما تسبب في الخلط بين النظريتين كان بالإمكان استبدالها بعبارة أكثر وضوحا مثل "القرارات العامة التي تصدرها الجهة الإدارية" .

ثانيا: نشأة نظرية الظروف الطارئة :

إن الحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي خلال الحرب العالمية الأولى في قضية غاز بوردو 1916 يعد دستور نظرية الظروف الطارئة باعتبار أن الأزمة الاقتصادية التي وقعت في تلك الفترة كانت هي السبب في ظهور النظرية¹، وتتلخص وقائع الحادثة أنه بسبب الحرب ارتفع سعر الفحم إلى ثلاثة أضعاف عن ما كان عليه ، وهي المادة الرئيسية التي يستخرج منها الغاز الذي كانت إحدى الشركات ملتزمة بتوريده لمدينة بوردو، مما صار تنفيذ هذا الالتزام مرهقا بدرجة غير متوقعة . لجأت الشركة إلى مجلس الدولة الذي قرر مبدأ جديدا مفاده أحقية المتعاقد في قدر من التعويض بسبب هذه الظروف الطارئة التي يلتزم بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظلها وعلى النحو الذي يرد الأعباء الجديدة إلى القدر المعقول²، ثم تواترت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة الفرنسي في الأخذ بهذه النظرية وتم تطبيقها في كافة العقود الإدارية³، ولقد تبني المشرع الجزائري مضمون هذه النظرية في نص المادة 107 من التقني المدني هذا نصه: «... غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم تكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك»⁴، غير أن هذا النص وإن لم يفصل في طبيعة هذه الظروف الطارئة إلا أنه وضع معايير يمكن تصنيف الظروف بأنها طارئة ويستحق إنزال نظرية الظروف الطارئة عليها.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.731.

2- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.301-302.

3- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.733.

4- المادة 107 من الأمر 58/75 المعدل والمتمم المتعلق بالقانون المدني الجزائري.



فقد جاء في المادة السالفة الذكر أن تكون الظروف استثنائية عامة غير متوقعة تهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة. وعليه فكل طرف يتعرض لظرف يحمل هذه المواصفات يصح أن يكون ظرف طارئاً ، يستطيع المتعاقد أن يطلب من القاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، غير أن الفقه والقضاء ذكروا بعض الأمثلة للحوادث الطارئة منها:

- حوادث طبيعية: كالزلازل والبراكين والسيول و الفياضانات والأوبئة.

- أفعال الإنسان: الحروب والثورات والإضرابات.

- وقائع مادية: غارات الجراء.

- إجراءات تشريعية وإدارية: صدور قوانين بزيادة الأسعار أو فرض ضرائب¹.

وقد سبقت الشريعة الإسلامية القانون الوضعي في هذا المجال فقرر فقهاؤها عدم جواز الغبن، سواء في تكوين العقد أو في تنفيذه، فهي في كلتا الحالتين ربا محرم وجعلوا الغبن سببا في فسخ العقود².

فقد أجاز فقهاء المذهب الحنفي فسخ عقد الإيجار للأعذار الطارئة وأجازوا فقهاء المذهب المالكي و الحنبلي إنقاص الثمن في الثمار المباعة إذا أصابها جائحة، ومن هنا نشأت نظرية العذر³ في الفقه الحنفي ونظرية الجوائح⁴ في الفقه المالكي والحنبلي، وهاتين النظريتين تقابلان نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي⁵.

إذن فنظرية الظروف الطارئة متجذرة في تاريخ القانون ، وتم إعمالها في مختلف المعاملات العقدية واستقر القضاء على تطبيقها مكرسا لأفكارها التي وضعت من أجل معالجة ظرف طارئ يخرج عن إرادة المتعاقدين، ولا يمكن دفعه، يتسبب في خسائر فادحة لأحدهما، فإذا استمر هذا الوضع يجعل المتضرر يتحمل أعباء مالية كبيرة. فيقتضي مبدأ العدالة أن يتقاسم المتعاقدان هذه الأعباء مادام فيه تحقيقا لاستقرار المعاملات واستمرار تنفيذ العقد.

1- هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، الخروبة، 2006، ص.53.

2- د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام القانوني المدني الجزائري، ج.1، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.

3- العذر: هو حالة طارئة على العقد تجعل تنفيذه وتحقيق آثاره أمرا مرهقا لأحد العاقدين، ويصيبه بضرر بالغ ينشأ عن العقد ذاته، وإنما لأمر خارجي وقع ليس لطرفي العقد دخل فيه.

4- الجوائح: مفرد جائحة: وهي ما يصيب الثمار والزروع من السماء أو بفعل الإنسان كالجيش أو الجرار أو الجراد، أو هي ما لا يستطيع دفعه ولا تضمينه إذا أتلّف أو أنقص العوض قبل تمام قبضه.

5- هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.04.



فالفكرة الأساسية التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة هي المساهمة في حل أزمة غير متوقعة لم تكن في الحسبان وتؤدي إلى زوالها، فترجع التكاليف إلى الحد المعقول، وتساهم في استمرار تنفيذ العقد واستقرار المعاملات التي هي من عناصر الأمن القانوني، الذي لا يتحقق إلا بعدم مباغثة الأفراد وطمأنينتهم على معاملاتهم العقدية، غير أن تطبيق هذه النظرية ليس على إطلاقها بل يجب توافر شروط خاصة بها، لذلك سوف نتعرض إليها في العنصر الموالي.

ثالثا: شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة:

ليس أي ظرف يعترض تنفيذ العقد يصلح لأن يكون من أوصاف نظرية الظروف الطارئة، وحتى يكون كذلك ويستدعي تدخل القضاء عند اللزوم لإعادة التوازن المالي للعقد وفق هذه النظرية يجب أن تتوافر شروط معينة تتعلق بنشأة الظروف الطارئة وبآثاره على تنفيذ العقد الإداري.

أ- شروط نشأة الظرف الطارئ:

تتمثل شروط نشأة الظرف الطارئ في استثنائية الحدث ومفاجئته للعاقدين¹، وعدم توقعه عند إبرام العقد²، وأن يكون هذا الظرف الطارئ عاما³.

1- ظرف استثنائي:

يشترط في الظرف الطارئ أن يكون مما لا يمكن توقعه عادة ولم يكن في حسبان المتعاقد عند توقيع العقد ولا يملك له دفعا⁴، ويتسع هذا الظرف ليشمل كل الأسباب التي تؤدي إلى اختلالات مالية للعقد الإداري، فقد تكون أسباب اقتصادية كارتفاع الأجور والأسعار ارتفاعا فاحشا أو لأسباب طبيعية كالزلازل والفيضانات والحروب أو لأسباب إدارية غير الجهة المتعاقدة⁵، كصدور تشريعات وتنظيمات، ويكون الحادث فجائيا واستثنائيا عندما يكون نادر الوقوع وغير مألوف، فلا يعول عليه الرجل العادي ولا يدخل في حسابانه⁶، والأصل في هذه الحالة أن تنفيذ العقد يكون عن حسن نية والقوة الملزمة للعقد تجعل طرفيه لا يتواقفان عن تنفيذه مهما كانت الحالات التي تعترضهما إلا في حالة واحدة فقط، وهي استحالة التنفيذ، أما الظروف

1- د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 303.

2- د. سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مقال منشور في مجلة الدراسات لعليا، جامعة النيلين، مج. 10، ع. 2-37 في 2017/12/01، ص. 209.

3- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 750.

4- د. محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 303.

5- د. سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص. 303.

6- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 750.



الطارئة فإنه بالرغم من عدم وصولها إلى استحالة التنفيذ إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مرهقا من الناحية المالية.

2- شرط عدم توقع الظرف الطارئ وعدم إمكانية دفعه:

يعتبر هذا هو الشرط الجوهرى الذي سميت النظرية باسمه، ولا يوجد عقد سليم من المخاطر، بحيث أن على كل متعاقد أن يستعد لهذه المخاطر ويقدرها عند إبرام العقد، أما الظرف الطارئ هو الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان¹، وقد عبر عن الظرف غير المتوقع مفوض الدولة Corneille في تعليقه عن حكم مجلس الدولة الفرنسى في قضية Fromassol بقوله: هو لحدث الذي يتضاد مع كل الحسابات التي أجراها أطراف العقد أثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الأطراف². وإن كان لابد من توقع بعض الحوادث الطارئة التي قد تعترض تنفيذ العقد مما يجب على المتعاقد الاستعداد إلى دفعها، ولكن الذي لا يتوقع هو مدى الآثار التي يخلفها هذا الظرف الطارئ بحيث إذا بلغ حدا من الجسامه التي تجعل المتعاقد مع الإدارة يتكبد خسائر فادحة، وبها تختل اقتصاديات العقد يستوجب من المصلحة المتعاقدة أن تشاركه في تجاوز هذه الأزمة، وذلك بتقاسم الخسائر فيما بينهما وإلا جاز له أن يلجأ الظرف المتضرر إلى القضاء طالبا منه إعادة التوازن المالى للحد المعقول استنادا إلى هذه النظرية.

3- أن يكون هذا الظرف الطارئ عاما:

ويقصد ألا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمتعاقد مع الإدارة ولا يشترط فيه أن يعم البلاد بكاملها بل يكفي أن يشمل عددا كبيرا من الناس كأهل بلد أو إقليم أو طائفة منهم كالمزارعين في جهة من الجهات أو منتجي سلعة بذاتها أو المتاجرين فيها³، فمعيار العمومية يتحدد بعدد الأشخاص الذين تأثروا بهذا الظرف الطارئ أو يتجدد بمقدار البقعة الجغرافية التي تأثرت به أو قد يندمج العنصران معا⁴.

وقد أخذ المشرع الجزائري في المادة 107 بهذا الشرط من خلال عبارة: «إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها»⁵، وقد اختلف الفقهاء حول شرط العمومية في نظرية الظروف الطارئة فمنهم

1- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 650.

2- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 754.

3- بن يحي شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع04، 2010، ص. 51.

4- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مداخلة ألفت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان: احترام التوقعات القانونية ليومي 24 و25/12/2016، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، ص. 112.

5- المادة 03/107 من التقنين المدني الجزائري، مرجع سابق.



من اعتبره شرطا مجحفا غير منطقي، ومنهم من يرى أنه ضمان لعدم الغش، ولذلك فقد انقسموا إلى اتجاهين على هذا المجال:

***الاتجاه الأول:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن غاية النظرية تحقيق العدالة التي تقتضي رفع الإرهاق الذي أصاب المدين، فهي خاصة بالطرف الضعيف في العقد، وهو المدين المرهق، فإذا قيدنا الطرف الطارئ بالعمومية امتنع تحقيق العدالة في حالات كثيرة قد لا يتحقق شرط العمومية في الحادث الطارئ الاستثنائي، وبذلك تضحل النظرية وتفقد كثيرا من معناها¹.

وقد سار في هذا الاتجاه فقهاء الحنفية في أحكام الأعدار في عقود الإجارة والمزارعة فيمكن أن يكون عاما، كما يمكن أن يكون خاصا لأنهم ينظرون إلى العذر أنه قد يكون بجانب المستأجر أو المؤجر أو العين المؤجرة، أما في المزارعة فقد يكون في جانب صاحب الأرض، كما قد يكون في جانب المزارع².

ويستندون أصحاب هذا الرأي أن الأساس الذي تقوم عليه هذه النظرية وهو العدالة يهدمه هذا الشرط بحيث يحرم المدين المرهق (المتعاقد مع الإدارة) من الاحتماء بأحكام هذه النظرية قصد التخفيف من إرهابه بداعي عدم إصابة غيره بذات الإرهاق³، فهم يعتبرون أن أعمال أحكام هذه النظرية مناطه إرهاب مجموعة من الناس بنفس الإرهاق في حين أن العلاقة تربط بين طرفين اثنين، فلا يجب أن تتعدى هذه العلاقة أناس آخرين.

***الاتجاه الثاني:** يرى أصحاب هذا الاتجاه أن شرط العمومية يجد تبريره في كون أن تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة تمثل استثناء على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي تؤدي إلى هدم استقرار الروابط العقدية، كما أن التغيرات العامة تمثل ظاهرة ملموسة يمكن التحقق منها وضبطها بعكس التغيرات الخاصة⁴، ولقد سار من قبل في هذا الاتجاه فقهاء الشريعة الإسلامية من المالكية والحنابلة، فنص ابن رشد فقال: «وعند مالك أن أرض المطر إذا كريت فممنع القحط من زراعتها... أن الكراء ينفسح»، ونص ابن قدامي المقدسي فقال: «إذا حدث خوف عام يمنع... الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك»⁵.

1- هزرشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.67.

2- أحمد يوسف عبد الرحمان بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية، رسالة ماجستير، الجامعة الإسلامية، غزة، 2017، ص.163.

3- بن يحيى شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الطرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.52.

4- بن يحيى شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الطرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص.163.

5- أحمد يوسف عبد الرحمان بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، مرجع سابق، ص.163.



فأصحاب هذا الاتجاه يشترطون العمومية في الظرف الطارئ حتى يحافظوا على استقرار المعاملات مما يعني يعملون على تضيق أعمال هذه النظرية، ذلك لأن إسقاط هذا الشرط يؤدي إلى إعمالها بشكل واسع، وبالتالي كل الظروف الشخصية تعتبر ظروفًا طارئة يحتمي وراءها المتعاقد.

ترجيح:

مما تقدم يتبين لنا أن كل اتجاه له مبررات يستند إليها، ونؤيد كل اتجاه في جانب دون الآخر ونحاول أن نقف وقفة عدل وإنصاف في شرط العمومية لنظرية الظروف الطارئة ونبينه بشيء من الاستفاضة والتفصيل في حالتين:

-الحالة الأولى: إذا كان الظرف الطارئ مصدره يرجع إلى أسباب طبيعية كالأمطار والزلازل والبراكين والفيضانات فلا تحتاج إلى شرط العمومية حتى تطبق نظرية الظروف الطارئة ولا يمكن أن نحرم المتعاقد المرهق من التعويض على شرط العمومية، لأن هذه الظروف لا تحتاج إلى دليل وقوعها استنادًا لقوله صلى الله عليه وسلم: «أرأيت أن منع الله الثمرة بما يأخذ أحدكم مال أخيه»¹، وعليه فعلى القاضي إعادة التوازن المالي للعقد إذا كان الظرف الطارئ آفة طبيعية سواء تضرر الشخص المتعاقد لوحده أم مع كثير من الناس، لذلك في مثل هذه الحالات القاضي يسقط شرط العمومية وينظر إلى الحدث الطارئ ذاته.

-الحالة الثانية: وهي حالة مثلًا الخوف؛ يمكن أن نربطه بشرط العمومية، فإذا كانت الطريق التي توصل إلى مكان تنفيذ العقد غير آمنة وفسدت المواد أو تأخر الملتزم في تنفيذ العقد وفق الأجل المحددة في العقد، في هذه الحالة إذا كان الخوف عام يتحقق تطبيق نظرية الظروف الطارئة، أما إذا كان الخوف خاصًا بالمتعاقد لأن أحد أعدائه يقطع عليه الطريق، ففي هذه الحالة لا مجال لإعمال النظرية، وعليه نطالب من المشرع أن يفصل في موضوع شرط العمومية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأن إعمال الشرط على إطلاقه يعتبر إجحافًا في حق المتعاملين المتعاقدين في كثير من الحالات، كما أن إسقاطه يفتح المجال لتوسيع تطبيق النظرية، وبالتالي تفقد محتواها في حالتين. لذلك فالعدل يتطلب منا أن نقف وسطًا بين أمرين فلا تضيق ولا توسع في إعمالها.

4- أن يقع الظرف الطارئ عند تنفيذ العقد: لكي تطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يحدث هذا الظرف أثناء تنفيذ العقد وبعد إبرامه، وبالتالي لا يعتد بالطارئ الذي يحدث قبل إبرام العقد أو بعد انقضاء

1- هزري عبد الرحمن، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص.30.



العقد¹، وهذا يقتضي غالباً عندما يكون تنفيذ العقد لفترة زمنية وأثناء تحدث الظروف الطارئة التي تؤدي إلى اختلالات مالية في العقد، ولذلك فإن تطبيقات نظرية الظروف الطارئة في أغلب الأحيان تكون في عقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد والنقل والأشغال العامة².

مما يعني أن نظرية الظروف الطارئة تجد مجالها في عقود المدة³، والتي يلعب فيها الزمن دوراً جوهرياً، ويمكن هذا الدور في اتساع الوقت حتى يحدث الظرف الطارئ ويؤثر على اقتصاديات العقد في آن واحد هذا يحيلنا بشكل غير مباشر إلى التساؤل عن إمكانية استبعاد تطبيق النظرية في العقود الفورية⁴.

انقسم الفقه حول هذا الموضوع إلى ثلاثة اتجاهات فمنهم من عمّم هذه النظرية لتشمل جميع العقود، ومنهم من اقتصرها على العقود المتراخية التنفيذ دون غيرها، وتوجّأ آخر من الفقهاء وقف موقفاً وسيطاً وعليه سوف نتطرق إلى هذه الاتجاهات.

***الاتجاه الأول:** وهو الاتجاه المضيق في تطبيق النظرية ويقتصر على عقود المدة (المستمرة) أو الدورية، ولا يمكن تطبيقها على العقود الفورية حتى ولو كان تنفيذها مؤجلاً إلى المستقبل أو كان تنفيذها مجزئاً، ففي الحالتين يقصد بهذا التأجيل تسهيل التنفيذ على المدين⁵، وهذا ما يتوافق مع العقود الإدارية التي غالباً ما تكون من العقود التي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن وهنا تجد نظرية الظروف الطارئة المجال الخصب لتطبيقها.

وحجة أصحاب هذا الرأي هو تخفيف حكمة التشريع والتي تتمثل في إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادي للعقد ولن يتأتى ذلك إلا في فترة زمنية يحدث فيها الظرف الطارئ⁶.

***الاتجاه الثاني:** وهو الاتجاه الموسع في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، يرى أصحاب هذا الاتجاه أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يشمل العقود متراخية التنفيذ والفورية إذ لا يوجد ما يمنع تطبيقها إذا توافرت

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 758.

2- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 654.

3- وتسمى كذلك بالعقود المستمرة أو العقود الزمنية وهو نوعان عقد أي تنفيذ مستمر كالإيجار والعمل وعقد تنفيذ دوري كعقد التوريد.

4- وهو العقد الذي ينعدم فيه الزمن، فعقد البية التسليم والرفع في الحال حتى ولو كان الثمن مؤجلاً يبقى فوري لأن عنصر الزمن عرضي لا يتحدد به موضوع العقد.

5- د. أحمد الصويبي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها، مقال منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، مج. 3، ع. 2، 2007، ص. 174.

6- د. سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مرجع سابق، ص. 209.



شروطها، إذا كان العقد غير متراخ وطرأت حوادث استثنائية عقب إبرام العقد مباشرة، وإن كان هذا نادر الوقوع¹.

فأصحاب هذا الاتجاه لا يولون إلى عنصر الزمن أي اعتبار، فمناط تطبيق النظرية هو حالة التنفيذ التي تتصادف مع حدوث الظرف الطارئ وتوفير شروطها، وهي غير مرتبطة بنوعية العقود إن كانت متراخية التنفيذ أو فورية، وحسب هذا المفهوم فإن نظرية الظروف الطارئة هي نظرية قائمة بذاتها. وفي هذا قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه يتعين في المقام الأول أن تطرأ حوادث استثنائية عامة وأن تكون خلال مدة العقد الإداري وليس بعدها مؤثرا في التزامات المتعاقد مع الإدارة تهدد بخسارة فادحة وتجعل تنفيذ التزاماته مرهقا له، ولما كانت مدة التعاقد مع المطعمون ضده تنتهي يوم 1973/12/21 ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد... ونهاية مدة التنفيذ المتفق عليها يوم 1973/12/31... من هنا فلا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والقول بغير ذلك؛ يعني إثبات المتعاقد مع الإدارة عن تقصيره في تنفيذ التزاماته العقدية وتراخيه فيها².

فهذا الحكم يدعم الاتجاه الموسع لتطبيق النظرية، إذ يفهم منه أن الأسعار ارتفعت خارج وقت تنفيذ العقد وبالتالي حكمت المحكمة عدم تطبيق النظرية وبمفهوم المخالفة لو ارتفعت هذه الأسعار في فترة تنفيذ العقد لطبقت النظرية واستفاد المتعاقد مع الإدارة من التعويض الجزئي، ومما يستفاد من هذا الحكم أن المحكمة لم تذكر نوع العقد إن كان متراخي التنفيذ أو فوري التنفيذ فأسست حكمها على فترة التنفيذ وليس شيئا آخر.

***الاتجاه الثالث:** وهو الاتجاه الذي يتوسط الاتجاهين السابقين وهم الذين لا يقتصرون تطبيق النظرية على العقود المتراخية، بل حتى العقد مؤجل التنفيذ لأحد طرفيه ذلك لأن شرط التراضي في النظرية شر غالبا لا شرط ضروري، والعبارة في الفاصل الزمني بين إبرام العقد وتنفيذه³.

ومن تطبيقات القضاء أنه وبموجب عقد بيع ذرة بين الطاعن والمطعون ضده دفع الطاعن جزء من الثمن كقسط أول وكتب شيكين بقيمة الثمن المتبقي مستحقي الدفع في 1970/01/18 و1970/01/25، ولكن قبل تسليم الذرة أصدر المحافظ قرارا بتحديد سعرها مما عاد على المطعمون ضده بالضرر فاعتبرت المحكمة العليا هذا العقد من العقود المتراخية وطبقت عليه نظرية الظروف الطارئة ولا يشترط التزامات كل

1- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.209.

2- د. أحمد الصويبي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها، مرجع سابق، ص.173.

3- نعيمة فضل عوض أميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة بن غازي ليبيا 2012، ص.



من الطرفين متراخية التنفيذ، فيكفي أن يكون التزام أحد الطرفين متراخيا ولو قام الطرف الآخر بتنفيذ كل التزاماته فور إبرام العقد¹.

فهذا الاتجاه يؤسس تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عنصر الزمن، أي على الفترة الزمنية التي يتم فيها تنفيذ العقد أو الفترة الفاصلة بين إبرام العقد وتنفيذه بغض النظر عن نوع العقود إن كانت متراخية التنفيذ أو فورية مؤجلة التنفيذ، وأقصى تطبيق للنظرية من العقود الفورية التي يتم تنفيذها مباشرة بعد إبرامها، وهذا منطقي لأنها المدة الزمنية التي يتم فيها التنفيذ منعدمة وتقتضي الالتزامات المتبادلة في حينها فلا يوجد وقت محدود لحدوث الظروف الطارئ وإرهاق الطرف المنفذ.

وقد جاء هذا الحكم المبين أعلاه ليدعم هذا الاتجاه بحيث يطهو النزاع حول عقد فوري التنفيذ، ولكن تسهيلا للمدين أجل دفع الثمن على أقساط مما استغرق مدة معينة جعلت تنفيذ الأقساط المتبقية مرهقة، الأمر الذي أدى إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ونحن بدورنا نضم صوتنا إلى صوت الاتجاه الثالث الذي يدعو إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود التي تستغرق مدة زمنية للتنفيذ دون النظر لنوع العقد، وإن كنا نعلم أن العقود الإدارية خاصة منها الصفقات العمومية من العقود المتراخية التنفيذ، ولكن يبقى إشكال آخر خاص بالعقود الإدارية وهو أن هذه العقود تمر بمراحل متعددة لإبرامها، كما أنه قد يمدد في آجال تنفيذها، فإذا وقعت ظروف طارئة في هذه الفترات هل تطبق النظرية؟

والجواب على هذه الإشكالية من حالتين:

-الحالة الأولى: من المعلوم أن الذي يريد التعاقد مع الإدارة يلتزم بمجرد تقديم نفسه للمنافسة فإذا وقعت ظروف طارئة في هذه الفترة ولم تبت الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة فإن من حق المنافسين أن يسحبوا عطاءاتهم، فإذا لم يفعلوا ذلك فإنهم يعتبرون عالمين بالظروف الطارئة، وبالتالي لا حق لهم في التعويض².

ولمجلس الشورى اللبناني تطبيق في هذا المجال، فقد أصدر قرارا بتاريخ 2004/06/14 أنه: «إذا كان يتعين على الشركة العارضة أن تسحب عرضها قبل أن ينعقد العقد، ويبلغ منها ويصبح ملزما لها لاسيما أن البلدية تأخرت مدة طويلة عن تصديقه وكانت الأسعار خلالها بارتفاع مستمر، وبما أن اعتبارات التقلبات

1- عبد القادر عوض خلف الله الدابي، آثار الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية، مقال منشور بمجلة جامعة بحث، رضا العلمية، ع.12، سبتمبر 2014، جامعة الزعيم الأزهرى، السودان، ص.13.

2- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.655.



الحاصلة بين تاريخ العرض وتاريخ التصديق غير متوقعة وغير مرتقبة مما يحرم الشركة المستدعية حق الإفادة من التعويض على أساس نظرية غير المنظور»¹.

ومن جانبنا نؤيد هذا القرار لأن من الشروط الواجب توافرها مباغته الظروف الطارئة للمتعاقد أثناء التنفيذ فتخفف هذه المباغته بإعمال هذه النظرية من خلال التعويض الجزئي، أما إذا وقعت هذه الظروف قبل إبرام العقد حتى ولو كانت هذه العملية تمر بمراحل فإن شرط المباغته لم يتحقق، وبالتالي فالمقبل على التعاقد هو عالم بهذه الظروف فله أن ينسحب.

-**الحالة الثانية:** وهي الحالة التي يمتد فيها تنفيذ العقد بعد المدة المحددة لإنهاء العقد، وفيها احتمالين:

***الاحتمال الأول:** إذا كان امتداد تنفيذ العقد إلى ما بعد المدة المتفق عليها راجع إلى خطأ وتراخي المتعاقد وحدث ظروف طارئة في هذه المدة فلا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة.

***الاحتمال الثاني:** إذا كان هذا التأخير راجع إلى خطأ الإدارة أو وافقت على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد، فهنا يمكن تطبيق النظرية².

وفي هذا الشأن أصدرت المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1962/06/09 قرارا هذا نصه: «أن الشركة وإن كانت قد توقفت عن التنفيذ بنفسها إلا أن الوزارة قد قامت بالشراء على حسابها ومن مقتضى هذا الشراء على حسابها عدم إنهاء الرابطة العقدية واستمرار العقد منتجا لآثاره واعتبار الشركة هي المسئولة أمام الوزارة عن عملية الشراء، فالشركة تعتبر من الناحية القانونية واصلت التنفيذ...»³.

مما يعني في هذا الحكم أن ارتفاع سعر الزئبق الذي هو موضوع الشراء يعتبر ظرفا طارئا وقع في تلك الفترة حتى وإن كانت الشركة توقفت عن التنفيذ، ولكن المصلحة المتعاقدة واصلت الشراء على حساب الشركة، واعتبرت المحكمة، وكأن الشركة هي التي استمرت في تنفيذ العقد وحدث ظرف طارئ، مما استوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ب-شروط الظرف الطارئ من حيث الأثر وهو شرط الإرهاق :

إذا توافرت كل الشروط السالفة الذكر ولكنها لم تؤثر على اقتصاديات العقد الإداري فلا مجال لتطبيقها، ذلك لأن ابتداء هذه النظرية كان القصد منه هو إعادة التوازن المالي للعقد بعد اختلاله نتيجة الظرف الطارئ، لهذا يشترط لتطبيق هذه النظرية أن يختل التوازن المالي للعقد ويصبح تنفيذه مرهقا.

1- د. نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص.759.

2- المرجع نفسه، ص.760.

3- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.656.



ويعد شرط إرهاق المدين (أو المتعاقد مع الإدارة) من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة ذلك لأن الحادث الطارئ لا يعتد به إلا إذا ترتب عن حدوثه أن أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا¹، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة على نظرية القوة القاهرة، وهو أن يكون تنفيذ العقد مرهقا وليس مستحيلا، وهو الشرط الوحيد الذي ينقل نظرية الظروف الطارئة من المجال النظري إلى المجال العملي².

لكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هي نسبة الإرهاق المعتبرة قانونا حتى يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة؟ إلى أي معيار يستند عليه القاضي.

الظرف الطارئ المعتبر لدى مجلس الدولة الفرنسي هو الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب، فلا يكفي إذا فقد المتعاقد أرباحه كلها أو جزء منها أو لحقه ضررا معقولا، فقلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية تقدر في كل حالة وفق ظروف كل عقد على حدة³.

فالإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقا لمدين قد لا يكون مرهقا لمدين آخر، وما يكون مرهقا لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقا لنفس المدين في ظروف أخرى، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة⁴.

إن الإرهاق المعتبر هو الذي يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد مما يجعل التعامل المتعاقد يتكبد خسائر فادحة مألوفة ولا يوجد معيار عام ثابت تحدد به النسبة المعتبرة في الإرهاق، غير أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الشخصي وما يملكه المتعاقد مع الإدارة من ثراء، وما دام أن الإرهاق يختلف وفقا لظروف كل عقد على حدة فالمعيار المعول عليه هو المعيار الموضوعي.

1- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مداخلة أُلقيت في الملتقى الوطني ليومي 24 و25/02/2016، بجامعة قاصدي مرياح، ورقلة، تحت عنوان: "احترام التوقعات القانونية".

2- إحسان ستار خضر، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود جزء من متطلبات الترقية إلى الصف الأول قضاة، 1997.

3- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.657.

4- عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج.1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص.645.



وتقول المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 17/06/1972: «يجب أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته واعتبار العقد وحدة... لا ينظر إلى أحد عناصره فقط...»، هذا بعدما أكدت أن المتعاقد ليس له المطالبة بالتعويض بدعوى أن أرباحه نقصت أو فوات كسب ضاع عليه¹.

وغالبية الفقهاء يعولون على المعيار الموضوعي في تقدير الإرهاق على مدى اختلال التوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين بغض النظر عن ثروة المدين (المتعاقد مع الإدارة)، فلا ينفي الإرهاق عن المدين (المتعاقد مع الإدارة) أن يكون واسع الثراء كما لو كان بنكا أو دولة².

أمام سكوت النصوص عن تحديد الإرهاق المعتبر في نظرية الظروف الطارئة فإن الأمر يعود إلى سلطة القاضي التقديرية إن كان الظرف الطارئ قد أثر على مالية العقد حتى وصل إلى حد الإرهاق غير المؤلف، وبالتالي تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتعويض المتعامل المتعاقد عما تكبده من خسائر.

أما في الشريعة الإسلامية فقد اختلف الفقهاء في النسبة المعتبرة، فذهب الحنابلة إلى أن تحديد مقدار وضع الجائحة لا فرق بين القليل والكثير إلا ما جرت عليه العادة بتلفه كالشيء اليسير الذي لا يلتفت إليه، وذهب المالكية إلى تحديد الثلث كمعيار يفرقون به بين الكثير الذي يعتبر إرهاقا والقليل الذي لا يعتبر جائحة³.

ومن قول مالك في من ابتاع بستانا فيه تمر وتين وعنب ورمان وغيره وقد حل بيعه كل صنف منه وهو في موضع واحد أو افتقرت أماكنه وجمعت الصفقة فأجبح صنف منها كله أو بعضه فإن جائحة كل ثمرة منها على حدة لا تضم إلى غيرها، فإذا بلغت ثلث ذلك النوع حط عنه ثلث حصته من الثمن بالقيمة⁴.

وإن كان الفقه المالكي حدد الثلث في الجائحة كمعيار في معاملات البيع والشراء فهي لا تتناسب مع الصفقات العمومية التي يختلف نوعها من صفقة لأخرى، وكذلك فهي من العقود المتراخية التنفيذ خاصة في صفقة الأشغال العمومية وصفقة التورية، فلا يمكن أن توضع قيمة محددة لاعتبار الإرهاق الموجب للتعويض، وعليه نحن بدورنا نعول على المعيار الموضوعي الذي يجب إدخال عدة اعتبارات منها نوعية الظرف الطارئ ودرجة الإرهاق الموجبة للتعويض ونوع الصفقة ولذلك لا يمكن التنبؤ بها والاتفاق عليها، وبالتالي يترك الأمر إلى حين وقوع الظرف الطارئ، وما ينتج عليه من خسائر ومن ثمة يقدره القاضي.

1- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص. 659.

2- إحسان ستار خضر، مرجع سابق.

3- هزريش عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص. 76.

4- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، مج. 6، دار الغرب الإسلامي، ط. 1، 1999، ص. 207.



الفرع الثاني : آثار نظرية الظروف الطارئة

إن الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد فإنها تؤثر بشكل مباشر على المركز المالي للمتعاقد مع الإدارة وإن كانت لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلا فإنها تجعل تنفيذه مرهقا، فإذا تقع هذه الحالة بين الحالة العادية التي ينفذ فيها المتعاقد التزاماته كما توقعها، وكما اتفق عليها الطرفان وحالة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، ولذلك فإن القصد من إعمال نظرية الظروف الطارئة يتمثل في: (أولا) استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد، (ثانيا) حق المتعاقد في الحصول على التعويض.

أولا: استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد:

بالرغم من حلول الظرف الطارئ الذي لا يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ولكنه مرهقا، ويجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته ولا يتوقف بدعوى الإرهاق، فإذا توقف عن ذلك يعرضه لعدم الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة، وليس له الحق في طلب فسخ العقد¹.

وقد قضى مجلس شورى الدولة اللبناني في قراره بتاريخ 1999/02/16 حيث قضى بما يلي: «بما أنه يتوجب على الملتزم الذي يستند بنظرية غير المنظور (نظرية الظروف الطارئة) الاستمرار في تنفيذ الالتزام تحت طائلة حرمانه من التعويض على أساسها»².

فحتى يستفيد المتعاقد من حماية نظرية الظروف الطارئة عليه أن يستمر في تنفيذ العقد مادام ممكنا، ويطلب في نفس الوقت بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ثانيا: حصول المتعاقد على مساعدة الإدارة ماليا :

تنص المادة 107 في فقرتها الثالثة: «... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول»³.

وهذا يعني أن القاضي له سلطة إنقاص التزامات المدين إلى الحد المعقول، لكن في القانون العام لا يستطيع أن يرد الالتزامات، إنما يحكم بالتعويض عن الخسائر التي تكبدها المتعامل المتعاقد خدمة لتحقيق هدف العقد وهو المصلحة العامة.

1- إحسان ستار خضر، مرجع سابق.

2- د. نصري منصور نابلسي، مرجع سابق، ص.766.

3- المادة 03/107 من التقنين المدني الجزائري.



فأساس نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري يرتكز على ضرورة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وليس فقط حماية مصلحة المتعامل المتعاقد، أما في نطاق القانون الخاص فهي تستهدف فقط حماية المتعاقد والمدين وتحقيق التوازن بين التزامات المتعاقدين¹.

وعليه فتطبيق نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة التي تنتج عن الظروف الطارئة وتوزيعها بينهما لتمكين المتعاقد مع الإدارة من الوفاء بالتزاماته العقدية، فالتعويض الجزئي الذي يحصل عليه المتعاقد هو بمثابة مساعدة من الإدارة ليتجاوز المتعاقد الظرف الطارئ الذي تعرض له². وقد قضت المحكمة العليا الليبية في أحد أحكامها بأن: «... قيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقا كان على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف»³.

وترجع هذه المشاركة إلى اعتبار أن المتعاقد مع الإدارة هو معاون لها في أداء مهمتها فلا يمكن لها أن تتخلى عنه في هذه الظروف الصعبة حتى يستمر في تنفيذ التزاماته لتحقيق التمتع العام الذي تسعى إليه المصلحة المتعاقدة.

وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي استمسك بضرورة تحمل المتعاقد لجانب من الخسارة فإنه لم يرس على قاعدة موحدة تحدد نسبة المشاركة، غير أنه يسعى إلى جعل مشاركة المتعاقد رمزية والنسبة المئوية الغالبة التي تتحملها الدولة تتراوح ما بين 80% إلى 90% من الخسائر⁴.

استنتاج حول نظرية الظروف الطارئة

إذن فمقتضى نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية استمرار العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها في الظروف الصعبة التي جعلت تنفيذ العقد مرهقا بدلا من انقضائها، وهذا ما يجعل الاستقرار في المعاملات الإدارية في كل الظروف العادية وغير العادية مما يبعث الاطمئنان في نفوس المتعاملين المتعاقدين، وبالتالي تحقيق الأمن القانوني في العقود الإدارية.

فقد أثر القضاء الإداري الإبقاء على استمرار المعاملات التعاقدية واستقرارها مع الإدارة عن انقضائها

في حالة اختلال التوازن المالي بسبب الظروف الطارئة التي لا يد للمتعاقد فيها.

1- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، مرجع سابق، ص.477.

2- د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، مج.16، ع.58، السنة18، ص.198.

3- نعيمة فضل أحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة مرجع سابق، ص.145.

4- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص.673.



وهذا المسلك الذي ابتدعه القضاء الإداري من شأنه أن يحقق العدالة العقدية ويحافظ على المراكز القانونية التي أنشأها العقد من خلال إعادة التوازن الاقتصادي المختل بسبب الظروف الطارئة التي تجاوزت الأوضاع المألوفة، وذلك بتوزيع الخسارة بين المتعاقدين، ذلك أن آثار القوة الملزمة للعقد التي تملي على كل طرف أن يستمر في تنفيذ التزاماته بقاءها مرهون ببقاء الظروف العادية التي تعاقد عليها الطرفان، فإذا تغيرت الظروف أعيد تنظيم العلاقة وفقا لهذه الظروف الجديدة، وإذ كانت أحكام الظروف الطارئة في القانون الخاص لا تحمي إلا مصلحة المدين المرهق فإنها في القانون العام تحمي مصلحة الطرفين، وذلك بإعادة التوازن المالي للعقد وفقا لما تمليه الظروف الصعبة التي يمر بها تنفيذ العقد، فمشاركة الإدارة في تحمل الأعباء الجديدة غير التعاقدية من جهة ترفع الإرهاق المالي على المتعاقد حتى يستمر في تنفيذ العقد والوفاء بالتزاماته، ومن جهة أخرى بقاء العقد قائما ومنتجا لآثاره من أجل تحقيق المصلحة العامة التي تسعى الإدارة إليها.

تعد هذه النظريات ضمانات قضائية لاستقرار المراكز القانونية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري، واستمرار العلاقة التعاقدية إذا ما اعترضت المتعاقد ظروف طارئة، أو أعمال إدارية مفاجئة، أو صعوبات مادية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد مرهقا. فإن القضاء الإداري ابتدع هذه النظريات وجعلها كأساس للمحافظة على التوازن المالي للعقد من أجل المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها من جهة، والمحافظة على مصلحة المتعاقد معها من جهة أخرى. هذا من شأنه أن يبث في نفوس المتعاقدين الثقة والاطمئنان، واستقرار المراكز القانونية التي تعد في مجموعها الركائز الأساسية لفكرة الأمن القانوني.

وإن تشابهت هذه النظريات في نشأتها القضائية وأن تقوم على وقائع مفاجئة وغير متوقعة ومن خلال هذه النظريات تقوم مسؤولية الإدارة بدون خطأ، إلا أنها تظهر كل نظرية بذاتها من خلال الأفعال التي تؤدي إلى إعمالها في العقود الإدارية، كما يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة التعويض الجزئي و يترتب على تطبيق نظريتي فعل الأمير و الصعوبات المادية غير المتوقعة التعويض الكامل ولذلك تتميز كل نظرية بشروط خاصة.

يعد العقد الإداري الوجه الآخر من التعاملات الإدارية من أجل الحصول على الخدمات و الأموال و التي تقوم على رضا الطرفين و التعاون بينهما بخلاف الأمر في القرارات الإدارية. و نظرا لخصوصية العقود الإدارية التي يكون فيها الطرفين غير متساويين سعی كل من المشرع و القضاء الإداري أن يضعان ضمانات في مقابل ما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة حماية للمراكز القانونية للمتعاقدين و إقامة نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة.



ففي مرحلة الإبرام سمح للمتضرر من تصرفات الإدارة الحق في الطعن ضدها بدعوى استعجالية قبل التوقيع على العقد، و هي دعوى جديدة استحدثها قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري من خلال المادتين 947/946 في الفصل الخامس من الباب الثالث من الكتاب الرابع على غرار التشريع المقارن ، إلا أننا نجد أنها غير كافية لذا نطالب من المشرع أن يكون أكثر جرأة و أكثر وضوحاً من خلال تدعيمها بمواد إضافية .

تسمح هذه التقنية بالتدخل السريع للقاضي بأن يعيد الأمور إلى نصابها و ذلك من خلال توجيه أو امر للإدارة بأن تتصرف بشكل معين كإعادة الإعلان على طلب العروض إذا كانت تنقصه البيانات الضرورية أو لم ينشر بالكيفية التي نص عليها القانون ، كما منحت هذه التقنية سلطات واسعة للقاضي الاستعجالي، خلافاً لما هو معروف في الاستعجال العادي، بحيث يستطيع المساس بأصل الحق تصل إلى درجة الإلغاء في فرنسا، إلا أن القضاء الإداري الجزائري لم يتجرأ بعد عن هذه الأحكام و في اعتقادنا يرجع لسببين.

السبب الأول هو حداثة التجربة الجزائرية في مجال القانون العام بصفة عامة و القضاء الإداري على وجه الخصوص حيث لم يصدر القانون المتعلق بالإدارة إلا في سنة 2008 و صار ساري المفعول في سنة 2009 و لم تكتمل هياكل القضاء الإداري إلا في سنة 2012

السبب الثاني هو انتماء القضاء الإداري الجزائري إلى السلطة القضائية، مما دفع السلطات العامة للاستنجاد بقاضي مكلف بالفصل في المنازعات الإدارية و ليس قاضي خرج من رحم الإدارة يعرف كل كبيرة و صغيرة عنها يستطيع أن يجتهد بأحكام و مبادئ عامة في هذا المجال.

أما في مرحلة التنفيذ فإن الأمور لن تسير دائماً كما اتفق الطرفان فقد تعترض المتعاقد مع الإدارة ظروف و أحداث مفاجئة و لم يتوقعها الطرفان تسبب اختلالاً في المركز المالي للمتعاقد لذلك ابتدع القضاء الإداري نظرية فعل الأمير و نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و نظرية الظروف الطارئة كضمانات لاستمرار تنفيذ العقد من خلال إعادة التوازن المالي للعقد.

نحن نرى أن المشرع و القضاء الإداري قد أحاطا مرحلة إبرام العقد و مرحلة تنفيذه بجملة من الضمانات القانونية و القضائية تجعل المراكز القانونية للأطراف المتعاقدة في مأمن من الانتهاك و الضياع الأمر الذي يبعث في نفوس المتعاملين المتعاقدين الثقة و الاطمئنان و الاستقرار في مراكزهم القانونية، مما يشجع على القدوم للتعاقد مع الإدارة في المستقبل دون خوف، و هذا من شأنه أن يحيط العلاقة التعاقدية بسياج من الأمن القانوني .



يتضح من العرض السابق أن فكرة الأمن القانوني تتجسد في الأعمال الإدارية القانونية من خلال الضمانات القانونية و القضائية التي وضعت من أجل تحقيق التوازن بين المراكز القانونية للأفراد وما تتمتع به الإدارة من امتيازات السلطة العامة.

ففي القرارات الإدارية التي تظهر فيها امتيازات السلطة العامة في أكمل صورها و أعلى درجاتها، نجدها قد قيدت بمبدأ المشروعية الذي لا يسمح للإدارة القيام بتصرفاتها إلا في دائرته و وفق مقتضاه . و يتفرع عن هذا المبدأ عدة مبادئ أخرى كمبدأ تدرج القواعد القانونية ومبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية التي تمثل عناصر الأمن القانوني في القرارات الإدارية، وإذا ما أسئ استعمال هذه الامتيازات و اخترقت هذه المبادئ تبقى الضمانات القضائية الملجأ لكل متضرر بمختلف الدعاوى التي يمكن أن يستعملها في وجه الإدارة ، ومنها دعوى إلغاء القرارات الإدارية التي تناولناها بالدراسة باعتبارها إحدى ضمانات الأمن القانوني في القرارات الإدارية .

بالرغم من ذلك فإن مبدأ الأمن القانوني يتراجع في بعض الأوقات و في بعض الأعمال التي تعتبر استثناء على مبدأ المشروعية . فقد يتراجع أثناء السلطة التقديرية للإدارة و أثناء الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد بينما ينعدم تماما في الأعمال السيادية (أعمال الحكومة) الأمر الذي دفع بالقضاء الإداري إلى التراجع في نظرته لهذه الأعمال و التضييق في أعمالها و خضوعها إلى رقابة قضائية من نوع خاص من خلال الانتقال من المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية ، أما أعمال السيادة فإنّ الفقه و القضاء الإداريان فإنهما يسيران إلى تسليط الرقابة عليها و إن كانت من أجل التعويض عنها و ليس إلغائها فإن بعض الفقه ينادي بإلغائها تماما و ذلك لأن مبرر نشأتها لم يعد موجودا الآن.

و يبدو أن مبدأ الأمن القانوني في العقود الإدارية أكثر تطورا و أكثر ظمان من القرارات الإدارية فقد سعى كل من المشرع و القضاء الإداريان أن يوفر الحماية اللازمة للمراكز القانونية في جميع المراحل التي تمر بها العلاقة التعاقدية .

وعليه يمكن القول بأن القواعد القانونية التي وضعها المشرع و المبادئ و النظريات التي ابتدعها القضاء الإداري تمثل ضمانات أساسية لمبدأ الأمن القانوني في الأعمال الإدارية القانونية (القرارات الإدارية – والعقود الإدارية).

وبالرغم من المراحل التي قطعتها الجزائر في جميع المجالات وانتقالها إلى الجمهورية الثانية، واستفادتها من تجارب الغير (فرنسا) في مجال التشريع والقضاء لوضع ضمانات جادة لتحقيق مبدأ الأمن القانوني إلا أنها لا زالت فتية وغير كافية، نأمل أن يتحرر كل من المشرع والقضاء من القيود السياسية.

الخاتمة

خاتمة

يتبين لنا من خلال هذا البحث الذي كان تركيزنا فيه الوصول إلى الضمانات التي تكفل حقوق الأفراد وحررياتهم في الأعمال الإدارية القانونية، أن مبدأ الأمن القانوني لم ينشأ دفعة واحدة، وإنما مر بمراحل صاحبت تطور القانون في المجتمع باعتبار أنه قانون وضعي من صنع الإنسان الذي يتميز بالنقص و عدم الدراية الكافية بالمستقبل ، لذلك كان كلما مر بمرحلة إلا واكتسب تجربة تسمح له بتصحيح أخطاء الماضي ليبني بها مستقبله القانوني ، وعليه فإن القانون الذي كان يعبر عن إرادة الحاكم و لا يولي أي اهتمام لحقوق الأفراد، أصبح وسيلة هامة لإقرارها وحمايتها بعد ما ذاقت البشرية ردها من الزمن الاستبداد و الظلم والجور. غير أن العكس ما نجده في الشريعة الإسلامية التي لم تنشأ أعرافا و تقاليد ثم تطورت و إنما أنزلت كاملة تامة من لدن حكيم عزيز يعلم السر و ما أخفى ، منبعمها الوحي المنزل من عند الله عز وجل على رسوله محمد صلى الله عليه و سلم ، فكانت أحكام الشريعة الإسلامية تدور بين جلب المصالح و درء المفاسد، فهي عدل كلها و خير كلها .

لذلك بيننا مظاهر مبدأ الأمن القانوني في أسلوب التدرج في نزول القرآن وفي الأحكام التي تخاطب المكلفين و في بعض المعاملات التي يرفع بها الحرج لدى المسلمين، و الحكمة في ذلك هو ترويض النفوس على تقبل الأحكام الجديدة التي جاء بها الشرع الحكيم ، و التمهل في اقتلاع العادات القبيحة المتأصلة في النفوس وفق فطرة الإنسان التي تتلاءم مع هذا المنهج .

ما ذكرناه ليس من باب المقارنة بين القانون و الشريعة الإسلامية ، وإنما من أجل تبيان نقص النظم البشرية و كمال التشريع السماوي ، باعتبار أن الأول صورة للإنسان الذي يخضع للأهواء و النزعات الشخصية والعواطف البشرية ، ولذلك تكون القوانين قاصرة الأمر الذي يدفع واضعها في كل مرة للتعديل و التغيير و بالتالي عدم الاستقرار ، و الثاني وحي من السماء فهو تشريع كامل مانع معجز في أحكامه وكلها مصالح للعباد في المعاش و المعاد، لعلها تكون زادا للمشرع في وظيفته .

إن ما يتأكد عندنا الآن هو أن مبدأ الأمن القانوني من بين أهم المبادئ التي تلعب دورا هاما في تماسك وفعالية النظام القانوني في الدولة ، و حماية حقوق الأفراد و الحريات و من خلاله توصلنا إلى نتيجة في غاية الأهمية و هي أن القانون لا يكون آمنا إلا إذا قام على ركائز أساسية نذكر ثلاثة منها :

الأول الاستقرار النسبي للقواعد القانونية من خلال التقليل من التعديلات المتكررة ، وقد يرجع ذلك إلى وضع القوانين بشكل ارتجالي و بدون دراسة معمقة للوضع السائد، أو استيراد قوانين لا تليق بعادات و تقاليد

و إيديولوجية المجتمع ، باعتبار أن القانون هو وليد بيئته و المرأة العاكسة لثقافته وتطوره ، وكلما كان القانون لا يعبر عن طموحات و أماني المجتمع الذي يطبق فيه يصبح غير فعال و يقابل بالرفض.

لذلك يجب مراعاة الوسط الاجتماعي الذي سيطبق فيه القانون في المجتمع حتى يلقي القبول والرضى، وإن كان غير ذلك فيقع اتساع الهوة بين القانون و الواقع مما يقابل بالرفض و لا يستجاب لأحكامه. وعليه فإن لكل مجتمع ظروفه التي تختلف عن باقي المجتمعات فما يصلح من قوانين في مجتمع ما قد لا يصلح في مجتمع آخر، كما أن القوانين ليست مؤبدة فإنها ما صلح من قوانين في فترة من الفترات قد لا يصلح في المستقبل ، باعتبار أن المجتمعات تتطور فحتما تتطور معها القوانين.

الثاني الوصول إلى القانون إذ ليس من العدل في شيء أن يطالب المواطن بالامتثال لقانون لا يعلم به، ولذلك فإن الدولة يقع عليها التزاما بإعلام المواطنين بالقانون التي تريد تطبيقه عليهم دون مباغتتهم به ، و لا يكفي الوصول إلى القانون العلم به و هو ما سميناه الوصول المادي للقانون، وإنما كذلك الوصول الفكري وهو فهمه و استيعابه، و لن يتحقق ذلك إلا إذا كان القانون يتركب من عبارات سهلة و واضحة و مألوفاً وأسلوب صريح ، إذ لا قيمة للقانون إذا علم به المواطنون واعتراه الغموض. ولذلك يجب أن يكون القانون مفهوماً سهلاً دقيقاً من خلال استعمال المشرع العبارات الواضحة وغير المعقدة ، والابتعاد عن أسلوب التلميح الذي يعطي للقانون عدة تأويلات التي تغرس الشك والريب حتى لدى المختصين مما يترتب عنه الاختلافات ، إذ القانون كما يحتاج إلى وسائل لنشره فكذلك يحتاج للغة علمية واضحة ولصياغته بأسلوب صريح باعتباره علم من العلوم .

الثالث احترام التوقعات المشروعة إذ لما كان القانون يقرر السلوك الذي يجب أن يكون عليه الفرد في المجتمع مستقبلاً، فالقوانين النابعة من المجتمع هي التي تعبر عن طموحاته وأماله ، ففي هذه الحالة إن المجتمع هو الذي يحدد مستقبله القانوني بنفسه، من خلال وضع قواعد قانونية تنظم حياته وما الحاكم إلا وكيل على المجتمع ، وعلى هذا الأساس نتوصل الى نتيجة هامة و هي يجب معرفة الآثار التي تترتب على تطبيق القانون مستقبلاً، كي يتصرف المكلفون وفق أحكامه و يبنون توقعاتهم على هديه.

وهذه التفاعلات بين الركائز المذكورة يتحقق مبدأ الأمن القانوني ويكسب "مبدأ لا يعذر أحد بجهله للقانون" قيمة قانونية و اجتماعية ، و هذه الركائز السابقة الذكر ليست على سبيل الحصر فبالإمكان إضافة ركائز أخرى.

بما أن الأمن القانوني يشمل كل مناحي الحياة الاجتماعية وفي كل المجالات، كان اهتمامنا أكثر بالعلاقة بين الإدارة و المواطن، باعتبارها جزء من حياة الأفراد اليومية من خلال العلاقة بينها و بين المواطنين من جهة ، و

إبراز ذاتية القانون الإداري من جهة أخرى ، ولذلك توصلنا إلى أهم الضمانات القانونية و القضائية التي تحقق الأمن القانوني في الأعمال الإدارية القانونية ، و نعي بذلك القرار الإداري و العقد الإداري.

تعتمد الإدارة في تأدية وظيفتها الإدارية على القرارات الإدارية، باعتبارها الوسيلة القانونية التي تعبر بها الإدارة عن إرادتها المنفردة من أجل تحقيق المصلحة العامة ، وتظهر فيها الإدارة بمظهر امتيازات السلطة العامة بكامل صورها ، بحيث تصبح نافذة في حق الأفراد بمجرد نشرها إذا كانت تنظيمية أو تبليغها إذا كانت فردية دون أن يتوقف ذلك على رضی المخاطبين بها ، وما يزيد الاهتمام بها هو عدم وقف تنفيذها بالرغم من الطعن فيها أمام القضاء إلا في حالات نادرة وبضوابط خاصة، فينبغي على الإدارة عند إصدارها لهذه القرارات أن تراعي المراكز القانونية ، وعلى هذا الأساس وضعت عدة ضمانات قانونية و قضائية التي تحقق ذلك.

لذلك ينبغي أن يتحقق مبدأ الأمن القانوني في القرارات الإدارية وذلك من خلال المحافظة على استقرار المراكز القانونية، ولن يتأتى ذلك إلا تحت مظلة مبدأ المشروعية الذي يلزم الإدارة أن لا تتعارض قراراتها مع القانون أو الدستور.

من بين أهم ضمانات المشروعية أن لا تكون القرارات الإدارية نافذة في حق الأفراد إلا بعد نشرها أو تبليغها إلى المخاطبين بها ، و حتى تكون كذلك تتخذ الإدارة كل السبل و مختلف الوسائل لإعلام المخاطبين بقراراتها قبل مطالبتهم بتطبيقها ، وليس معنى ذلك أن يكون القانون صادرا في إحدى الوسائل القانونية التي تكون في متناول الأفراد فحسب ، و إنما تمكن المخاطبين بها من فهم محتوى هذه القرارات، و ذلك بإعطاء العناية الكافية للغة العربية الرسمية المتداولة بين أفراد المجتمع من خلال استعمال الأسلوب المباشر والصريح و الابتعاد عن كل ما يدعو إلى الغموض و التلميح .

يتفرع عن مبدأ المشروعية عدة مبادئ منها مبدأ تدرج القواعد القانونية، الذي يعبر عن الهرم القانوني المتشكل من النظام القانوني للدولة و الذي يأتي على رأسه الدستور، بحيث لا تخرج القاعدة الدنيا عن مقتضى القاعدة التي تعلوها، و إذا لم يتحقق هذا التناسق بين النصوص القانونية تكون القاعدة الدنيا خارجة عن نطاق المشروعية، مما يعرضها للطعن أمام القضاء باعتبار القاضي الإداري حارس المشروعية.

إذا كان مبدأ تدرج القواعد القانونية يضمن تماسك القواعد القانونية و تناغمها فإن قاعدة توازي الأشكال لا تقل أهمية عنه، بحيث أقرها قانون الشريعة العامة الجزائري في المادة الثانية منه "... لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون ..." بمعنى أنه لا يلغى نص قانوني إلا بنص قانون آخر مساويا له في المكانة و القوة الإلزامية أو بنص يعلو عليه، و بمفهوم المخالفة لا يمكن لنص أدنى أن يلغى أو يعدل نص قانوني أعلى منه، فلا يمكن لقرار إداري أن يلغى قانونا بينما العكس صحيح، ومنه نتوصل إلى نتيجة أخرى غاية في الأهمية و هي أن تعدل

أو تلغى القوانين بنفس الأشكال والإجراءات التي أنشأتها تحقيقاً للتوازن بين السلطات بحيث لا يمكن لسلطة أن تعتدي على اختصاص السلطات الأخرى.

كما أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يسمح بالمحافظة على المراكز القانونية، باعتبار أن القرارات تسري على المستقبل مثلها مثل القوانين ، بحيث أن القرارات التي تصدرها الإدارة لا تسري على المراكز القانونية التي تكونت في ظل قانون قديم أي المحافظة على الحقوق المكتسبة ، غير أن هذا المبدأ لا يطبق على إطلاقه بل تدخل عليه بعض الاستثناءات مما يجعلها تنعطف آثارها على الماضي ، كالسحب الإداري أو تنفيذ قانون بأثر رجعي أو تنفيذ أحكام قضائية لكنها لا تمس بالحقوق المكتسبة وهذا ما يحقق مبدأ الأمن القانوني. كما توصلنا إلى نتيجة أخرى غاية في الأهمية و هي أن الفكر الإداري بدأ يتراجع عن بعض المبادئ التقليدية، منها مبدأ عدم تسبب القرارات الإدارية إلا بنص ، فقد تراجع المشرع و القضاء الإداريين عن هذا المبدأ استجابة لانتقادات الفقه الإداري، بحيث أصبح المبدأ هو أنه يجب على الإدارة تسبب قراراتها الفردية لا سيما التي تكون في غير صالح المواطنين.

أما الضمانات القضائية فقد اقتصرنا على قضاء مشروعية القرار الإداري، التي تعتبر بمثابة أشعة كشف على عيوب القرار الإداري، بحيث يلعب القاضي الإداري دوراً هاماً في حماية المراكز القانونية، بالرغم من ذلك إلا أن في بعض القرارات نجد القاضي الإداري يقف مكتوف الأيدي أمامها فتخرج من رقابته بعض القرارات الإدارية، إما بإرادة من القاضي نفسه أو بإرادة من المشرع، كقرارات السيادة أو القرارات المحصنة تشريعياً أو القرارات التي تأخذ في الظروف الاستثنائية

أما من الناحية الموضوعية فقد شهد القضاء الإداري تطوراً ملحوظاً ، بحيث استطاع القاضي الإداري أن يتجرأ و يوجه للإدارة أوامر بعد ما كان في فترة قريبة يعد ذلك تدخلاً في الوظيفة الإدارية أو حل محلها، و من خلاله أصبح دوره أكثر إيجابية ، بحيث كان يكتفي بإصدار الأحكام فقط ، و بهذا التوجه فإن الأحكام القضائية أصبحت لها فعالية أكثر في أرض الواقع ، و تعود بالفائدة على المتضرر من القرارات الإدارية، إذ لا فائدة يجنيها الطاعن من حكم قضائي دون إعطاء آليات تنفيذه، مع مطالبتنا بالمزيد من الفعالية و ذلك بالمتابعة الجنائية ، إذ في كثير من الحالات لا تستجيب الإدارة لأوامر القاضي .

و ضمناً لتكوين العقد الإداري في جو تسوده الشفافية و المساواة ، ابتدع المشرع تقنية جديدة للمحافظة على مراكز المتنافسين من خلال دعوى استعجاليه ما قبل التعاقد، أو ما تسمى " بالظعن الاستعجالي ما قبل التعاقد" والتي تمكّن من خلالها القاضي أن يأمر الإدارة بالرجوع عن تصرفاتها أو تأجيل إبرام العقد الإداري.

كما أن القضاء الإداري أحاط مرحلة تنفيذ العقد الإداري بمجموعة من الضمانات في مقابل ما يعرض تنفيذ العقد و إن لم يكن مستحيلا يكون مرهقا للمتعاقد الأمر الذي يكلفه خسائر فادحة ، فتشجيعا له لمواصلة تنفيذ العقد و استمرار العلاقة التعاقدية استقرار المراكز القانونية و استمرار المرفق العام في تقديم الخدمات وضع القضاء الإداري ضمانات لتحقيق ذلك من خلال ابتداعه لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة و نظرية فعل الأمير، و ذلك من أجل تعويض المتعامل المتعاقد تعويضا كاملا عما تكبده من خسائر أثناء تنفيذه للعقد.

أما عن التعويض الجزئي فقد ابتدع القضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة، و من خلالها يتم مشاركة الإدارة للمتعاقد في الخسائر التي يتعرض لها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، باعتبار أن الظروف الطارئة التي تسببت في الاختلال المالي للعقد لا يد للإدارة و المتعاقد فيها ، الأمر الذي جعل الإدارة تشارك المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد، تشجيعا له لمواصلة تنفيذ العقد و تحقيق المصلحة العامة ، كما أخضع القضاء الإداري الفرنسي العقد الإداري لرقابة المشروعية و بذلك يكون عرضة للطعن المزدوج .

و عليه يمكن أن نخرج من هذا البحث بالاقترحات التالية:

* دسترة مبدأ الأمن القانوني

* يجب أن تصدر النصوص القانونية باللّغة العربية الرسمية و هي التي تعبر عن النص الأصلي وأن اللغة الأجنبية ما هي إلا ترجمة لها و ليس العكس.

* اعتماد الأسلوب الصريح في النصوص القانونية بعيدا عن التلميحات التي تؤدي إلى تأويلات متعددة لنص قانوني واحد مما قد يسيء تطبيقه ليس من مكان إلى مكان آخر فحسب ، و إنما حتى في نفس المكان من زمان إلى زمان آخر.

* عدم مفاجئة المواطنين بتطبيق قوانين جديدة لم تترك لهم الفرصة الكافية للتعرف عليها أو مناقشتها.

* تعديل المادة الأولى من التقنين المدني و ذلك بحذف الفقرة الأخيرة، إذ في اعتقادنا لا يمكن للقاضي إذا بحث في الشريعة الإسلامية لا يجد عدل لحل النزاعات المطروحة أمامه، مع عدم تقييده بمذهب من المذاهب .

* تعديل المادة الرابعة من التقنين المدني بحيث يصبح تطبيق القانون في جميع أنحاء القطر في وقت واحد، باعتبار أن الجريدة الرسمية تنشر إلكترونيا .

* التقليل من التعديلات المتكررة و التي تطال النصوص التي لم يجف حبرها بعد.

* يمكن إزالة التعارض بين النصوص بالتخلي عن تنظيم مجال واحد بعدة نصوص، وإن كان لا بد للنص التنظيمي أن يصدر تطبيقا للنص التشريعي، فلا يمكن له أن يصدر قاعدة قانونية جديدة.



- * تطبيق مبدأ تسبب القرارات الإدارية كقاعدة عامة على الأقل في القرارات الفردية، و الاستثناء هو عدم تسبب القرارات الإدارية التنظيمية إلا بنص صريح .
- * التخلي عن المبدأ التقليدي لدى القضاء و هو عدم قبول الطعون ضد القرارات السيادية على الأقل ليس بدعوى الإلغاء و إنما بدعوى التعويض كما هو موجود لدى القضاء المقارن.
- * خضوع العقود الإدارية للدعوى الشخصية و العينية
- * احترام قاعدة توازي الأشكال بحيث يخضع كل نص قانوني في تعديله أو إلغائه إلى نفس الإجراءات التي أنشأته.

تمت بحمد الله

المراجع

قائمة المراجع

أولاً : المصادر

أ) القرآن الكريم

ب) النصوص القانونية

1- القانون 01/ 16 الصادر بتاريخ 6 / 03 / 2016 ج ر ج العدد 14 الصادرة في 03/7 / 2016 المتضمن التعديل الدستوري الجزائري

2- دستور 1996 الصادر بتاريخ 28 / 11 / 1996 ج ر ع 76 الصادرة في 08 / 12 / 1996 المتضمن تعديل الدستوري

3- الإعلان العالمي لحقوق الإنسان اعتمد بموجب قرار الجمعية العامة 217 الف د 3 بتاريخ 10/12/1948

4- الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الصادرة في روما بتاريخ 04/11/1950 المعدلة بالبروتوكولين 11 و 14 المتممة بالبروتوكول الإضافي و البروتوكولات 4-6-7-11-12

5- الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي اعتمد من قبل مجلس جامعة الدول العربية بموجب قرار صادر بتاريخ 04/03/2004

6- القانون العضوي 16/10 المؤرخ في 25/08/2016 ج ر ج 50، الصادرة في 28/08/2016 المتعلق بنظام الانتخابات

7- القانون 83/17 المؤرخ في 16/07/1983 ج. ر. ع 30 الصادرة في 19/07/83 يتضمن قانون المياه

8- قانون 11/10 المؤرخ في 22/06/2011 ج ر عدد 37 الصادرة في 03/07/2011 المتضمن قانون البلدية.

9- القانون 91/05 المؤرخ في 16/01/1991 ج ر رقم 03 الصادر في 16/01/1991 المعدل والمتمم بالقانون

30/96 المؤرخ في 21/12/1996 ج ر عدد 81 الصادر بتاريخ 22/12/1996 المتضمن ترقية وتعميم استعمال اللغة العربية.

10- القانون رقم 06/ 03 المؤرخ في 20/02/2006 ج. ر. ج 14 الصادرة في 08/03/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي

- 11- القانون 01/10 المؤرخ في 29/06/2010 ج. ر- ع 42 الصادرة في 11/07/2010 المتضمن مهنة الخبير المحاسب و محافظ الحسابات و المحاسب المعتمد
- 12 - قانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 ج ر ع 21 المؤرخ في 23/04/2008 المتضمن ق إ م إ ج
- 13- قانون 14/88 المؤرخ في 03/05/1988 ج ر ج / ع 18 الصادرة في 04/05/1988 يعدل و يتمم الامر 75 / 58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني
- 14- القانون 29/90 المؤرخ في 10/09/1990 ج ر ع 52 الصادرة في 02/12/1990
- 15- قانون 11/91 المؤرخ في 27/04/1991 ج ر عدد 21 الصادر في 08/05/1992 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.
- 16 - القانون 12/08 المؤرخ في 25/06/2008 ج ر ج 36 الصادرة في 02/07/2008، المعدل و المتمم بالقانون 05/10، المؤرخ في 15/08/2010 ج ر ج 46، الصادرة في 18/08/2010 المتعلق بالمنافسة.
- 17- قانون 01/06 المؤرخ في 20/02/2006 ج ر / ع 14 الصادرة بتاريخ 08 مارس 2006 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته
- 18- الأمر 13/96 المؤرخ في 15/06/96 ج. ر. ع 37 الصادرة في 16/06/1996 يعدل و يتمم القانون 83/17 المتضمن قانون المياه.
- 19- الأمر 182/65 المؤرخ في 10/07/1965 ج. ر. ع 58 الصادرة في 13/07/1965 المتضمن تأسيس الحكومة
- 20- الأمر 03/03 المؤرخ في 19/07/2003 ج ر ج 43، الصادرة في 20/07/2003 المعدل و المتمم
- 21- الامر 58/ 75 المؤرخ في 26/09/1975 ج ر ج ع 78 الصادرة في 30/09/1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم
- 22- المرسوم الرئاسي 415/12 المؤرخ في 11/12/2012 ج ر ع 68 الصادرة في 16/12/2012 المتعلق بالتصديق على الميثاق الافريقي
- 23- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 16/09/2015 ج ر ج 50 الصادرة بتاريخ 20/09/2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام

- 24- من المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 ج ر رقم 58 الصادرة في 2010/10/07 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- 25- المرسوم الرئاسي رقم 403/02 المؤرخ في 2011/11/26 ج.ر.ج العدد 79 الصادرة في 2012/12/01 الذي يحدد صلاحيات وزارة الشؤون الخارجية
- 26- المرسوم الرئاسي 247/15 المؤرخ في 2015/09/16 ج ر ج عدد 50 الصادرة في 20/09 / المتضمن تنظيم الصفقات العمومية و تفويضات المرفق العام 2015
- 27- المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 2012/07/24 ج ر ج عدد 52 الصادرة بتاريخ 2012/07/28 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية .
- 28- المرسوم الرئاسي 301/03 المؤرخ في 2013/09/11 ج ر ج عدد 55 الصادرة في 2013/09/14 المعدل و المتمم للمرسوم الرئاسي 250/02
- 29- المرسوم الرئاسي 338/08 المؤرخ في 2013/10/26 ج.ر.ج عدد 62 الصادرة في 2013/11/9 الذي يعدل و يتمم المرسوم الرئاسي 25/02
- 30- المرسوم الرئاسي 320/92 المؤرخ في 1992/08/11 المتمم للمرسوم الرئاسي 44/92 المؤرخ 1992/02/09 المتضمن اعلان حالة الطوارئ ج.ر.ع 61 الصادرة بتاريخ 1992/08/12
- 31- مرسوم رئاسي 196/91 الصادر بتاريخ 1991/06/4 ج.ر.ع 29 الصادرة 1991/06/12 المتضمن تقرير حالة الحصار
- 32- مرسوم 131/88، المؤرخ في 1988/07/4، ج.ر.ع 27 الصادرة في 1988/07/06 ينظم العلاقات بين الادارة والمواطن+
- 33- مرسوم رقم 64/ 147 المؤرخ في 1964/05/28 ج.ر.ج عدد 1 الصادرة في 1964/05/29 بشأن تنفيذ القوانين والضوابط.
- 34- مرسوم تنفيذي رقم 01/89 الصادر في 1989/01/15 الذي يضبط كيفية تحديد دفاتر الشروط المتعلقة بالإمتياز في احتكار الدولة للتجارة الخارجية

35- المرسوم التنفيذي 454/991 المؤرخ في 1991/11/23 ج.ر-ع 60 الصادرة في 1991/11/24 الذي يحدد

شروط إدارة الأملاك الخاصة و العامة التابعة للدولة و تسييرها

36- المرسوم التنفيذي 176/91 المادة 41 المؤرخ في 1991/05/28 ج ر عدد 26 الصادر في 1991/06/01، الذي

يحدد كفيات تحضير شهادة التعمير و رخصة التجزئة و شهادة التقسيم و رخصة البناء و شهادة المطابقة و رخصة الهدم و تسليم ذلك.

37- المرسوم رقم 116/84 المؤرخ في 12 ماي 1984 ج ر ج 20 الصادرة بتاريخ 1984/05/15 المتضمن إحداث

نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

38- المرسوم رقم 145/82 المؤرخ في 10/10/1982 ج ر ج الصادرة بتاريخ 1982/04/13، المتضمن تنظيم

الصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي.

39- المرسوم التنفيذي 434/91 المؤرخ في 1991/11/9 ج ر ج 57 الصادرة في 1991/11/13 المتضمن تنظيم

الصفقات.

ج) النصوص و الأحكام الأجنبية

1- *Code de justice administrative Version consolidée au 4 août 2018.*

<https://www.legifrance.gouv.f>

2--ART.03 du loi 82/213 du 02/03/1982. Modifié par Loi n°96-142 du 21 février 1996

3- *L551-2 ordonnance N°2016 du 29 Janvier 2016 art71. NOR : ENM1527673R code de justice administration, dernière modification 09/04/2018 Édition : 18/04/2018.*

4-Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public. J.O .R. F du 12/07/1979 p1711.

5- JORF du 28/05/1943. P1450--LOI française n 284 du 23 mai 1943

6-C.E le 17/02/1950 ministre de l.agriculture c/ Dame lamotte (G.A.P.F) les grands arrêts petites fiches 2017

7- C.E N° 394133 le 20/01/2016, [http:// ariane internet. Conseil.Etat.Fr](http://ariane.internet.Conseil.Etat.Fr), le 01/05/2018 à 9h 50min

8- C.E 03/11/1995 N° 157304 chambre de commerce et d'industrie de tarbed et Haules-pyrénées. WWW.marvhé-public.F

9 -C.E de France dicision 14220 du 04.08.1905.www.legifrance.gouv.fr

10 - C. E .DE France .N° 143800 .du 14 mars 1997

11-- C.E N° 1741317520 le 19 mai 1933 Benjamin grand arrêts petites fiales (GAPF) pare72.

[www. Didiermorndi.Fr](http://www.Didiermorndi.Fr)

ثانيا: المراجع باللغة العربية

- 1- ليان مكاي-نحو ثقافة سيادة القانون -معهد الولايات المتحدة للسلام - ط 1.2015.
- 2- إبراهيم الشهاوي عقد امتياز المرقف العام B.O.T ط الأولى 2003 ب.د.ن
- 3- أبي عبد الله محمد-صحيح البخاري كتاب التوحيد 97 حديث رقم 7372 دار ابن كثير بيروت دمشق
- 4- إسماعيل علي محمد -مدخل الى دراسة النظم الإسلامية ط 1 - نوفمبر 2014 دار النداءاسطنبول تركيا
- 5- القرضاوي يوسف، مدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى 1993 مؤسسة الرسالة بيروت
- 6- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام القانوني المدني الجزائري، ج.1، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر.
- 7- حمادي العبيدي ، الشاطبي -مقاصد الشريعة، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 1996
- 8- خالد بن عبد الله الخضير مشروعية تأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي مجلة العدل ع49 محرم 1432 هـ الرياض المملكة العربية السعودية
- 9- خالد خليل الظاهر، القضاء الإداري، ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية، ط.1، 2009 مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض .
- 10- دلشاد معروف علي، رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، ط.1، 2016، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية.

- 11- رجب محمد طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائيين في القضائيين الدستوري والإداري (دراسة مقارنة) ط1. 2011 دار النهضة العربية القاهرة.
- 12- رشيد خلوفي، قانون المنازعات الإدارية، ج الأول ط2013، د.م.ج الجزائر.
- 13- سليمان محمد الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، 1957.
- 14- صوفي حسن أبو طالب، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية-مرجع سابق
- 15- عجة الجيلالي مدخل العلوم القانونية (نظرية الفائض) دار الخلدونية، ص 120
- 16 - عصمت عبد المجيد بكر- مجلس الدولة – ب ط – ب س- دار الكتب العلمية.
- 17- علي فيلاي – مقدمة في القانون – طبعة جديدة 2010 موفم للنشر الجزائر
- 19- عمر بدوي محمد، المدخل للعلوم القانونية، النظرية القانونية، مجموعة محاضرات يقدمها مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح برنامج الدراسات القانونية
- 20- عمرو عدنان، إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، رام الله، 2001، حقوق الطبع والنشر محفوظة للهيئة الفلسطينية المستقلة.
- 21- فتحي الدريني-النظريات الفقهية – ط4 1997 منشورات جامعة دمشق.
- 22- فهد عبد الكريم أبو العثم، القضاء الإداري بين النظرية والتطبيق، ط1، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
- 23- كوسة فضيل، القرار الإداري في ضوء مجلس الدولة، ط2013 دارهومة للنشر والتوزيع الجزائر.
- 24- لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في قضاء الاستعجال الإداري، ط3، 2011، دار موسسة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 25- لحسين بن شيخ آث ملوية-دروس في القانون الجزائري العام –ب.ط-2012 دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع الجزائر .
- 26- محمد زكي عبد البر، التقنين الفقه الإسلامي، المبدأ والمنهج و التطبيق ط2/1986 إدارة إحياء التراث الإسلامي بقطر.
- 27- محمد صغير بعلي العقود الإدارية، ب.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر.

- 28- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقود الإدارية، (ب، ط) دار الفكر الجامعي الإسكندرية، مصر.
- 29- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، ط2004، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر.
- 30- منذر فضل -تاريخ القانون -ط2/2005 السلسلة الثقافية دار ثاراس للطباعة و النشر العراق
- 31- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الرابعة، دار المجد للنشر والتوزيع الجزائر.
- 32- نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط.1، 2010، منشورات زين الحقوقية
- 33- يعقوب عبد الوهاب الباحسين رفع الحرج في الشريعة الإسلامية ، ط4، 2001، مكتبة الرشد الرياض
- 34- إبراهيم نعيمة، أصول التشريع الدستوري في الإسلام، الطبعة الأولى ديوان الوقف السني -مركز البحوث و الدراسات الإسلامية بغداد جمهورية العراق 2009
- 35- أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمان أبي زيد القيرواني، النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات، مج.6، دار الغرب الإسلامي، ط.1، 1999.
- 36- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي تفسير القرآن العظيم بن كثير ط/2000 دار ابن حزم للطباعة و النشر و التوزيع بيروت - لبنان
- 37- أبي عبيد القاسم بن سلام حقه أبو أنس سيد ب رجب ، قدمه له وعلق عليه أبو إسحاق الحويني المجلد الأول، دار الهدى النبوي ، مصر، دار الفضيلة السعودية، ط1، 2007
- 38- أزيد محمد صديق، أثر تحصين القرار الإداري من الرقابة القضائية على الحق في التقاضي (دراسة مقارنة) ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية، ط 2016
- 39- أسامة سراس شريعة حمو رابي وأصل التشريع في الشرق القديم- مجموعة من المؤلفين ترجمة ط 2 الناشر دار علاء الدين دمشق
- 40- أشرف عبد الفتاح أبو المجد محمد-موقف قضي الإلغاء من سلطة الإدارة في تسبيب القرارات الإدارية دراسة مقارنة-ط 2005 ب.د.ن. www.kotobarabia.com

- 41- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - شرح القواعد الفقهية - الطبعة الثانية دار القلم النشر و التوزيع دمشق 1989
- 42- الصادق ع الرحمان / مدونة الفقه المالكي وأدلته، ج3، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع
- 43- الصادق عبد الرحمان الغرياني - الفقه المالكي و أدلته ط1 -2002 الجزء الرابع مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع بيروت لبنان
- 44- إمام عبد الفتاح هيجل تقديم إمام أصول فلسفة الحق المجلد1 ط3/2007 التنويرعلي مولاي المكتبة الهيجلية
- 45- أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، (ب.ط) دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2005
- 46- بوحميده عطاء الله، النصوص القانونية من الإعداد إلى التنفيذ د.م.ج. بن عكنون الجزائر 2008
- 47- بوعمران عادل، النظرية العامة للقرارات والعقود العمرانية، ط2011 دار الهدى للنشر و التوزيع عين مليلة الجزائر
- 48- جلال الدين السيوطي الإتيقان في علم القرآن المجلد الثالث من إصدارات وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف و الدعوى و الإرشاد المملكة العربية السعودية.
- 49- حسام مرسي، أصول القانون الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ط2012 .
- 50- حمدي أبو النور السيد عويس - مبدأ احترام الحقوق المكتسبة في القانون الإداري - ط1/2011 دار الفكر الجامعي الإسكندرية .
- 51- ذنون سليمان يونس العبادي، سقوط القرارات الإدارية الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر
- 52- ذنون سليمان يونس العبادي - مظاهر السلطة العامة في إنهاء العقد الإداري - دار الكتب القانونية دار شتات للنشر و البرمجيات مصر و الإمارات 2015 .
- 53- رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد، (ب.ط) جامعة الشرق الأوسط. 2013.
- 54- رجب محمود طاجن، ملامح عدم الرجعية في القضائين الدستوري و الإداري. دراسة مقارنة دار النهضة العربية، القاهرة، ، ط1 ، 2011.

- 55- رشيد خلوفي وجمال سايس، اجتهادات أساسية في القضاء الإداري، منشورات كليك، ط.1، 2015
- 56- رفعت عبد السيد، مبدأ الأمن القانوني، دار النهضة العربية، القاهرة، (ب-ط)(ب.س)
- 57- سامي جمال الدين – الرقابة على أعمال الإدارة-(ب.ط.) (ب-س) الناشر منشأة المعارف جلال حزي و شركاه الإسكندرية.
- 58- سعيد إسماعيل علي – السنة النبوية رؤية تربوية – ط1- 2002 دار الفكر العربي القاهرة
- 59- سعيد بن علي وهف القحطاني الربا و أضراره و آثاره في ضوء الكتاب و السنة شبكة الألوكة
- 60- سمير عبد السيد تناغو-النظرية العامة للقانون منشأة الناشر للمعارف بالإسكندرية 1974
- 61- صاحب عبید الفتلاوي - تاريخ القانون الطبعة الأولى سنة 1998 مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان
- 62- صحيح مسلم كتاب الجهاد والسير باب صلح الحديبية وسيره ابن هشام.
- 63- صوفي حسن أبو طالب تاريخ النظم القانونية والاجتماعية – ب ط و ب. د. ن . ص33
- 64- عبد الرحمان بن ناصر السعدي – تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان-ط1/2003 دار ابن حزم بيروت لبنان
- 65- عبد الرزاق أحمد السهموري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج.2، دار النهضة العربية القاهرة، 1968.
- 66- عبد الرزاق أحمد السهموري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج1 دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان
- 67- عبد الرضا حسين الطعان – مدخل إلى الفكر السياسي الغربي الحديث و المعاصر – الجزء الأول الفكر السياسي الغربي الحديث – ب.ط-ب.س-جامعة بغداد
- 68- عبد العزيز خليفة-الأسس العامة للعقود الإدارية (ب.ط) دار الفكر الجامعي الإسكندرية. مصر 2007
- 69- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، القرار الإداري، (ب.ط) (ب.س) دار الفكر الجامعي الإسكندرية.

- 70- عبد القادر جمعة رمضان المحكمة العليا الليبية، ورقة متعددة للمؤتمر الثاني لرؤساء المحاكم الإدارية في الدول العربية ، المعنون بأعمال السيادة بين الإطلاق والتقييد المنعقد بالإمارات العربية المتحدة ليومي 11 و 12/09/2012 .
- 71- عبد القادر عدو، المنازعات الإدارية، ط2، 2012، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر.
- 72- عبد الله بن سعد بن عبد الله آل مغيرة - دلالات الألفاظ عند شيخ الإسلام ابن تيمية المجلد الأول ط1 2010 دار الكنوز اشبيليا للنشر والتوزيع المملكة العربية السعودية.
74. عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات الجزائري القسم العام ط7/2009 ج1 د.م.ج. بن عكنون الجزائر.
75. عصام الدبس ، النظم السياسية ، أسس التنظيم السياسي ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ط2010 عمان،
- 76- عصام علي الدبس، النظم السياسية، الكتاب السادس، ط.1، 2011، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان الأردن.
- 77- على خطار الشطناوي موسوعة القضاء الإداري ج1 ط3/2011 دار الثقافة للنشر و التوزيع الأردن.
- 78- على عودة العقابي ، العلاقات الدولية، بدون ط، بدون دار نشر
- 79 على محمد جعفر- نشأة القوانين وتطورها- ط1 لسنة2002 المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر التوزيع بيروت لبنان
- 80- على مراح الاتجاهات الفقهية في تفسير الظاهرة القانونية ، دار هومة بط، 2011 .
- 81 - عليوة مصطفى فتح الباب - الوسيط في سن و صياغة و تفسير التشريعات الكتاب الثاني دار القانونية- دار ستات للنشر و البرمجيات مصر.
- 82- عمار عوايدي نظرية القرار الإداري بين علم الإدارة العامة و القانون الإداري دار هومة طبعة2005 الجزائر.
- 83- عمر سليمان، الأشقر المدخل إلى الشريعة والفقه الإسلامي ط1/2005 دار النفائس عمان الأردن
- 84- غالب على الداودي، المدخل إلى علم القانون دار وائل للطباعة و النشر عمان ط7/2004
- 85- غالب علي الداودي - المدخل الى علم القانون - ط7/2004 دار وائل للنشر عمان

- 86- فتحي الدريني الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده ط3-1984، مؤسسة الرسالة بيروت
- 87- فرج على الفقيه حسين ، مظاهر التسيير ورفع الحرج في الشريعة الإسلامية، ط2003،1، دار قتيبة للطباعة والنشر والتوزيع، سوريا.
- 88- فؤاد محمد موسى عبد الكري، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المحكمة العربية العمومية، معهد الإدارة العامة، مركز البحوث السعودية،2003.
- 89- فؤاد محمد موسى عبد الكريم، القرارات الإدارية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، معهد الغدارة العامة، مركز البحوث بالمملكة العربية السعودية 2003.
- 90- قيس عبدالوهاب الحياي، ميراث المرأة في الشريعة الإسلامية ط1،2008 دار الحامد للنشر والتوزيع عمان
- 91- لعشيب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر 1990.
- 92- ماجد راغب الحلو القضاء الإداري، د.م.ج، ط1995، الإسكندرية.
- 93- مازن راضي ليلو ، القانون الإداري ، منشورات الأكاديمية العربية، في الدنمارك،2008.
- 94- ماهر الجبوري، القرار الإداري، دار اليازوري، عمان الأردن، (ب.ط) (ب.س).
- 95- محمد الأخضر الصبيحي –مدخل الى علم النص و مجالات تطبيقه–الدار العربية للعلوم ناشرون منشورات الاختلاف.
- 96- محمد الصغير بعلي، القضاء الإداري- دعوى الإلغاء، ب.ط، دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة، الجزائر.
- 97- محمد بن أبي بكر ابن القيم الجوزية، كتاب إعلام الموقعين عن رب العالمين، ج3 دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية .
- 98- محمد حسنين –عقد البيع في القانون المدني الجزائري – ط4 ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر
- 99- محمد حسين منصور، المدخل إلى القانون -القاعدة القانونية - منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة الأولى 2010 بيروت لبنان

- 100- محمد رفعت ع الوهاب النظرية العامة للقانون الإداري ط 2012 دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية.
- 101- محمد رفعت عبد الوهاب، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وسيادة القانون الاختصاص القضائي لمجلس الدولة دار الجامعة الجديدة، ط، 2011.
- 102- محمد رفعت عبد السيد-القضاء الإداري - الكتاب الأول منشورات الحلبي الحقوقية لبنان ط1 2005
- 103- محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ملتزم الطبع والنشر دار الفكر العربي ، القاهرة، 2005.
- 104- محمد شريف محمد ضيف الله، ميراث المرأة في الفقه بشهادة باطلة وحقائق،
- 105- محمد عثمان بشير- المدخل إلى فقه المعاملات المالية ب ط- ب س- دار النفائس للنشر والتوزيع الأردن.
- 106- محمد فؤاد عبد الباسط أعمال السلطة الإدارية، القرار الإداري، العقد الإداري، دار الفكر الجامعي الإسكندرية 1989 .
- 107- محمد محمد عبده إمام، القضاء الإداري مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة، دراسة مقارنة دار الفكر الجامعي ط 2008.
- 108- محمد محمود منطاوي-الفقه الجنائي الإسلامي في ضوء الشريعة الإسلامية وفقا للقانون السعودي ط 1/ 2015 المركز القومي للإصدارات القانونية القاهرة.
- 109- محمد ناصر الدين الألباني - مختصر صحيح البخاري ط ش و المجلد الأول 2002 مكتبة المعارف للنشر و التوزيع الرياض
- 110- محمد الصغير بعلي الوجيز في المنازعات الإدارية دار العلوم للنشر والتوزيع عنابة الجزائر 2005
- 111- محمود عاطف البنا - العقود الإدارية(ب . ط)-(ب. س)- دار الفكر العربي القاهرة.
- 112- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، د.ط، د.ت، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر
- 113- محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، ط 2007، دار الفكر العربي ، القاهرة .
- 114- محي الدين جابر- قصة الحضارة - الجزء الأول المجلد الأول دار الجيل للطبع و النشر و التوزيع بيروت

- 115- مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي العام - ط1- ج1- 1998- دار القلم دمشق
- 116- مناع القطان، التشريع والفقہ في الإسلام تاريخاً و منهجاً، مكتبة وهبة القاهرة 2001
- 117- ميسون جريس الأعرج، عيب السبب في القرار الإداري، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2015
- 118- نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون بطريقة الحق- منشورات الحلبي الحقوقية ط الاولى 2010
- 119- نواف كنعان ، القضاء الإداري، ط2009 دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 120- هاني علي الطهراوي: (النظم السياسية والقانون الدستوري) دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011،
- 121- هاني علي الطهراوي ، النظم السياسية والقانون الدستوري ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.
- 122- وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي و أدلته ج-1 - ط2/ 1985 دار الفكر للطباعة و التوزيع و النشر
بدمشق سوريا
- 123- أحمد محمد الرفاعي، المدخل إلى العلوم القانونية، نظرية القانون بحث منشور على
الموقع <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/law.pdf>
- 124 - باعزیز علی الفکی، المواطنة والمساواة في الحقوق السياسية، (ب.س) (ب.ط)، مركز دراسات الإسلام
والعالم المعاصر
- 125- عبد الفتاح أبو غدة - الرسول المعلم وأساليبه في التعليم ط1/ 1996 دار البشائر الإسلامية لطباعة و
النشر و التوزيع بيروت لبنان
- 126- عبد الرحمان الناصر السعدي - تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان - ط1/ 2003 دار ابن حزم
بيروت لبنان.
- 127- محمد رضا الحسيني الجبالي - تدوين السنة الشريفة دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع بيروت
لبنان
- 128- أحمد شلبي - تاريخ التشريع الإسلامي و تاريخ النظم القضائية في الإسلام - (ب.ط) (ب.س) مكتبة
النهضة المصرية
- 129- أبي الفداء اسماعيل بن عمر بن كثير - تفسير القرآن الكريم - ج1- ط1- 1999 دار طيبة الرياض
المملكة العربية السعودية .

130 - أحمد راتب عرموش موطأ الامام مالك ط2009/14 دار النفائس للطباعة و النشر و التوزيع بيروت
لبنان

131-عصام نعمة إسماعيل الطبيعة القانونية للقرارات الإدارية ط1 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت
لبنان

132-عبد اللطيف بن سعيد الغامدي – حقوق الإنسان في الإسلام – ط2000/1 مركز الدراسات و البحوث
أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية الرياض.

133-عمار عو ابدى .النظرية العامة للمنازعات الإدارية في النظام القضائي الجزائري.ج2 ط3د.م.ج.الجزائر
2004

ثالثا : القواميس

1- د. علي بن هادية ، بلحسن البليش ، الجيلاني بلحاج يحي- القاموس الجديد للطلاب – ط7-1991المؤسسة
الوطنية للكتاب الجزائر

رابعا: الأطروحات و المذكرات الجامعية

أ) أطروحات دكتوراه

1- إسماعيل بوقرة ، الحكم بدعوى الإلغاء ، أطروحة الدكتوراه ، جامعة الحاج لخض ، باتنة، 2013

2- بن شعبان علي آثار الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري – أطروحة دكتوراه جامعة منتوري
قسنطينة 2012

3- علام لياس -الأعمال الحكومية بين الحصانة المطلقة و الرقابة القضائية-أطروحة دكتوراه جامعة مولود
معمر تيزي وزو 2018

4- بعوني خالد ، منازعات نزع الملكية للمنفعة العمومية في النظام القانوني الجزائري مذكرة دكتوراه جامعة
الجزائر (1) كلية الحقوق ن2011

5- حليبي منال –تنظيم الصفقات العمومية و ضمانات حفظ المال العام في الجزائر –أطروحة دكتوراه
جامعة قاصدي مرباح ورقلة2017

- 6- خليفي عمده ، الضوابط القضائية للسلطة التقديرية للإدارة، دراسة مقارنة ، مذكرة دكتوراه جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2016
- 7- دلييلة بوزغار، نظرية الأمن في الفقه الإسلامي، مذكرة دكتوراه جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، 2011
- 8- دوييني مختار-ضوابط جودة القاعدة القانونية-أطروحة دكتوراه جامعة الجيلالي الياصب بسيدي بلعباس 2015
- 9- عبد المهدي أحمد العملي، قواعد تفسير النصوص وتطبيقاتها في الاجتهاد القضائي الأردني ، مذكرة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 2005
- 10- عليوات ياقوتة، الصفقات العمومية في الجزائر، أطروحة دكتوراه جامعة منتوري قسنطينة، 2009
- 11- كسال عبد الوهاب، سلطة القاضي الإداري في توجيه الأوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، جامعة قسنطينة، 2011
- 12- كنتاري عبد الله – ركن الاختصاص في القرار الإداري – مذكرة ماجستير في القانون العام جامعة أبو بكر بلقائد تلمسان 2011
- 13- نبالي فطمة، دور المجلس الدستوري في حماية الحقوق والحريات العامة في مجال محدود وحول محدود، أطروحة دكتوراه، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2010 أبي بكر بلقايد تلمسان 2013
- 14-آمال يعيش تمام، سلطات القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012،
- 15-بن الدين بخولة. الإسهامات النصية في التراث العربي أطروحة دكتوراه جامعة احمد بن بلة وهران 2016
- 16- بن يحي ناعوس- تحليل الخطاب في ضوء لسانيات النص – أطروحة دكتوراه جامعة وهران 2013
- 17- بوكثير عبد الرحمان عبئ الإثبات في دعوى الإلغاء أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1 لسنة 2014

18- خضري حمزة، آلية حماية المال العام في إطار الصفقات العمومية، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر 1 لسنة 2015

19- خطاب كريمة -قرينة البراءة -أطروحة دكتوراه جامعة الجزائر 1/ 2015

20- د. حبشي لزرق -أثر سلطة التشريع على الحريات العامة و ضماناتها -أطروحة دكتوراه جامعة

21- رداوي مراد - مساهمة المجلس الدستوري الجزائري في حماية مبدأ الفصل بين السلطات - أطروحة

دكتوراه جامعة محمد خيضر بسكرة 2016

22- شريفي شريف، النظام المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة أبي بكر بلقائد تلمسان، 2014،

23- عليوات ياقوتة- تطبيقات النظرية العام للعقد الإداري الصفقات العمومية في الجزائر -أطروحة

دكتوراه جامعة منتوري قسنطينة 2009

24- كامل سامية تسبيب القرارات الإدارية. أطروحة دكتوراه جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس 2018-

25 د. قوسم حاج غوثي، مبدأ التناسب في الجزاءات التأديبية والرقابة القضائية عليه، أطروحة دكتوراه،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012

26- محمد الأحسن -النظام القانوني للتأديب في الوظيفة العامة -دراسة مقارنة أطروحة دكتوراه جامعة

أبي بكر بلقائد تلمسان 2016/2015

(ب) مذكرة ماجستير

1- براء محمد عيسى صلاح -النظام القانوني لميعاد الطعن في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري

ال فلسطيني -مذكرة ماجستير الجامعة الإسلامية غزة 2018

2- مزوغ ياقوتة - نطاق مبدأ نية العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري -مذكرة ماجستير

جامعة احمد بن بلة وهران 2015

- 3- إحسان ستار خضر، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود جزء من متطلبات الترقية إلى الصف الأول قضاة، 1997.
- 4- أحمد حميودة، مبدأ تدرج قواعد القانونية وأثاره على الوضعية القضائية ، إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006
- 5- أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية مذكرة ماجستير جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2011
- 6- احمد سمير قرني -عقود الإذعان في الفقه الإسلامي -مذكرة ماجستير جامعة الشارقة 2008
- 7- أحمد طلال عبد الحميد -قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية - مذكرة ماجستير جامعة النهريين العراق 2012
- 8- أحمد كربوعات، حماية المجلس الدستوري للحقوق والحريات الأساسية، مذكرة ماجستير، جماعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2015
- 9- أحمد يوسف عبد الرحمان بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين
- 10- أكلي نعيمة، النظام القانوني لعقد الإمتياز الإداري ، الجزائر، مذكرة ماجستير جامعة تيزي وزو، 2013
- 11- أوقارت بوعلام، وقف تنفيذ القرارات الإدارية في أحكام ق.إ.م.إ الجزائر مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، فيفري 2012
- 12- بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2009
- 13- براهيمي فايزة، الأثر المالي لعدم تنفيذ الأحكام القضائية الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2012
- 14- بن عاشور صفاء، تدخل القاضي الإداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر 1، 2014
- 15- بوزيد صبرينة، قانون المنافسة اللا أمن قانوني أم تصور جديد للأمن القانوني، مذكرة ماجستير، جامعة 8 ماي 1945 ، قلمة، 2016

- 16- تركي بن محمد بن عبد الله البسام، الدعاوى المستعجلة في الفقه والنظام، دراسة تطبيقية مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2008.
- 17_ حسن خالد محمد الفليت ، الانحراف في استعمال السلطة وأثره على القرار الإداري مذكرة ماجستير جامعة الأزهر ، غزة فلسطين ، 2014
- 18- حمايتي صباح ، الأليات القانونية لواهة القرارات التأديبية للموظف العام في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الوادي 2014
- 19_ حموم فريدة، الأمن الإنساني، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم السياسية والإعلام 2004
- 20_ خليف ياسمين ، رقابة القاضي الإداري على التصريح بالمنفعة العامة مذكرة ماجستير ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو 2011
- 21- رائد محمد يوسف العدوان، نفاذ القرارات الإدارية بحق الأفراد ، جامعة الشرق الأوروبية، مذكرة ماجستير 2013، دراسة مقارنة في الأردن، مصر
- 22- رزايقية عبداللطيف ، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية على التشريع الجزائري مذكرة ماجستير جامعة الوادي 2014
- 23- رمضان فريد، تنفيذ القرارات الإدارية وإشكالاته في مواجهة الإدارة، مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر، باتنة 2014،
- 24- رؤوف يوقرة ، مدى مطابقة القانون الجزائري مع قيم المجتمع، مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2009
- 25- سلام عبد الحميد محمد زكنه، الرقابة القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، دراسة مقارنة، الأكاديمية العربية المفتوحة في الدانمارك، مذكرة ماجستير ألمانيا، 2008
- 26- شريف محمد يوسف بعلوشة -دعوى إلغاء القرار الإداري- مذكرة ماجستير جامعة الأزهر غزة فلسطين 2010
- 27_ عائشة غنادرة ، دور القاضي الإداري ، حدود سلطاته في رقابة المشروعية ، مذكرة ماجستير ، جامعة الوادي 2014 .

- 28- عمراوي حياة ، الضمانات المقررة للموظف العام خلال المسائلة التأديبية في ظل التشريع الجزائري ،
مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخطر باتنة
- 29- فادي نعيم جميل علاونة -مبدأ المشروعية في القانون الإداري و ضمانات تحقيقه مذكرة ماجستير
جامعة النجاح الوطنية فلسطين 2011
- 30- محفوظ عبدالقادر -سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري دراسة مقارنة مذكرة ماجستير
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان 2014
- 31- محمد بن عبد الله بن محمد الحاكم، القرار الإداري المستمر وآثاره في الفقه والنظام، جامعة الإمام
محمد بن مسعود الإسلامية، السعودية، مذكرة ماجستير 1431
- 32- محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري ، مذكرة
ماجستير 2011، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض
- 33- مشرى سلمى الأمن السياسي مذكرة ماجستير ، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2010،
- 34- منال جهاد أحمد خلة -أحكام عقود الإذعان في الفقه الإسلامي- مذكرة ماجستير الجامعة الإسلامية
غزة 2008
- 35- نعيمة فضل عوض أحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مذكرة
ماجستير جامعة بن غازي ليبيا 2012
- 36- نقاش حمزة- الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2001
- 37- تبناني وهيبه، الأمن المتوسطي في إستراتيجية الأطلسي، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري ،
تيزي وزو، 2004
- 38- فتيحة حابي النظام القانوني لصفقات انجاز الإشغال العمومية في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10 / 236
مذكرة ماجستير جامعة تيزي وزو 2013
- 39- احمد عبدالمالك سويلم ابوداري - الظروف الاستثنائية و أثرها على الحقوق و الحريات العامة في
فلسطين دراسة تحليلية مقارنة - مذكرة ماجستير الجامعة الإسلامية غزة فلسطين 2017

- 40 - بشر صلاح العاوور-سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية في التشريع الفلسطيني مذكرة ماجستير جامعة الأزهر غزة فلسطين 2013
- 41- بن عاشر صفاء، تدخل القاضي الإداري في تنفيذ قراراته ضد الشخص المعنوي العام، مذكرة ماجستير جامعة الجزائر، 2014
- 42- حاوة الطاهر أحكام التسيير في الشريعة الإسلامية كعامل من عوامل تطبيقها مذكرة ماجستير 2005، جامعة الجزائر
- 43- خليفي محمد ،النظام القانوني للتفويض الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقائد تلمسان، 2008
- 44- زيات نوال، الإشهار في الصفقات العمومية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر
- 45- ذبيح ميلود - مبدأ الفصل بين السلطات في النظام الدستوري الجزائري – مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2006
- 46 - رباحي مصطفي – الصلاحيات غير العادية ، لرئيس الجمهورية في ظل دستور 1996 مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2005
- 47- سليمان منير ، مدى فعالية الضمانات التأديبية للموظف العام ، مذكرة ماجستير جامعة مولود معمري تيزي وزو 2015
- 48- عبد الرحمن مسفر رمزي، الإدارة بالشفافية لدى مديري مكاتب التربية والتعليم بمنطقة مكة المكرمة من وجهة نظر المديرين المشرفين، مذكرة ماجستير، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية
- 49- غني أمينة، الاستعجال في المواد الإدارية في ق.إ.م، مذكرة ماجستير، جامعة وهران، 2012
- 50- قاضي أنيس فيصل – دولة القانون و دور القاضي الإداري في تكريسها في الجزائر –مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2010
- 51- قرميس اسماعيل – محل دعوى الإلغاء. دراسة في التشريع و القضاء الجزائريين مذكرة ماجستير جامعة الحاج لخضر باتنة 2013

- 52 - قوسطو شهرزاد- مدى إمكانية توجيه القاضي الإداري الأوامر للإدارة دراسة مقارنة مذكرة ماجستير جامعة ابوبكر بالقائد تلمسان 2010
- 53 - لوني يوسف، تنفيذ الالتزامات العقدية عن طريق الغرامة التهديدية في ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2015.
- 54 - محمد مفرح حمود العتيبي، حكم التعويض عن أضرار أعمال السيادة في القضاء الإداري ، مذكرة ماجستير 2011، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض
- 55- مزوغ ياقوتة – نطاق مبدأ نسبية أثر العقد بين الفقه الإسلامي و القانون المدني الجزائري – مذكرة ماجستير جامعة أحمد بن بلة وهران 1. 2015
- 56- مزباني سهيلة، الغرامة التهديدية في المادة الإدارية، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012
- 57- نعيمة فضل أحميدة، نظرية الظروف الطارئة وعقد الأشغال العامة، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير، جامعة بنغازي، ليبيا، 2012.
- 58- نقاش حمز –الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية – مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2011
- 59- نقاش حمزة – الظروف الاستثنائية و الرقابة القضائية – مذكرة ماجستير جامعة منتوري قسنطينة 2011
- 60- هزوشي عبد الرحمان، أثر العذر والجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي، مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، الخروبة، 2006.
- 61 - شريف أحمد يوسف بعلوشة، دعوى إلغاء القرار الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، غزة، 2010.
- 62- بو الشعور وفاء، سلطات القاضي الإداري في دعوى الإلغاء في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011
- 63- بن دياب إكرام.القرارات الإدارية المنفصلة و تطبيقاتها على الصفقات العمومي.مذرة ماجستير جامعة ابو بكر بلقايد تلمسان 2017

63. بوغازي وهيبه. تطور الإلغاء في العقود الإدارية. مذكرة ماجستير جامعة فرحات عباس سطيف 2010

خامسا: المقالات والبحوث

1- محمد بن إعراب ومقيدة جعفري – خرق معايير الأمن القانوني في المنازعات الجبائية مداخلة ألقيت في

الملتقى الوطني الموسوم بعنوان احترام التوقعات القانونية جامعة قاصدي مرباح ورقلة ليومي 24-

2016/02/25

2- أحمد الصويجي شليبيك، نظرية الظروف الطارئة أركانها وشروطها، مقال منشور في المجلة الأردنية في

الدراسات الإسلامية، مج.3، ع.2، 2007

3- إسماعيل جابوربي –أسس فكرة الأمن القانوني و عناصرها – مجلة تحولات العدد2 جوان2018

4- أيوب بن منصور الجربوع، عيب الشكل في القرار الإداري مقال منشور

5- بريج محي الدين، دور القضاء الإداري في حماية مبدأ المنافسة، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول

قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق يومي 16/17 مارس 2015 بجامعة 8 ماي 1945، قالمة

6- حيدر وهاب عبود، مبدأ المساواة أمام الضريبة (دراسة مقارنة)، بين الشريعة الإسلامية والنظم الضريبية

الوضعية، بحث منشور على: <http://www.lasj.netle16/04/2018a18h24min>.

7- زياد خالد المفرجي-الحق المكتسب في القانون الإداري- مقال منشور

8- سامي الطيب إدريس محمد، حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري، مقال منشور في مجلة

الدراسات لعليا، جامعة النيلين، مج.10، ع.37-2 في 2017/12/01.

9- صبح موسى المومني ، حالات إباحة رجعية القرارات الإدارية، بحث منشور على الموقع

<https://www.researchgate.net>

10- عبد الرحمن طويبرات، الرقابة الإدارية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة ألقيت

في جامعة قالمة

11- عطا الله تاج، الانحراف في استعمال السلطة من أوجه إلغاء القرار الإداري، مقال منشور في مجلة دفاتر

السياسة والقانون العدد 16 في جانفي 2017 جامعة ورقلة

- 12- عمارزريق، بشير الشريف شمس، قضاء الاستعجال ما قبل التعاقد في مادة الصفقات العمومية في الجزائر، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد11، جوان 2017
- 13- غيتاوي عبد القادر ، القرار الإداري بين نفاذه وجواز وقف تنفيذه. مقال منشور
- 14- كسال سامية، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس قانوني للمنافسة الحرة مداخله أقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام " المنظم بجامعة يحي فارس المدية يوم20/05/2013
- 15- كوسة عمار – إشكالية تحديد المعايير في المادة الإدارية التجربة المغربية نموذجا –مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية العدد4. ديسمبر 2014
- 16 - محمد الحسن البغا، التقنين في عملية الأحكام العدلية مقال منشور
- 17- محمد بوكماش وخلود كلاش مبدأ الامن القانوني و مدى تكريسه في القضاء الإداري مجلة البحوث و الدراسات العدد24/2017جامعة خنشلة
- 18- محمد واصل، أعمال السيادة والاختصاص القضائي، مجلة جامعة دمشق الاقتصادية والقانونية ،
- 19- نادية تباب، تكريس مبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية حماية للمال العام، مداخله أقيت بجامعة قلمة،
- 20- ناهد عطا الله الشمروخ تطبيقات القواعد الفقهية في الأحكام الطبية – قاعدتا لا ضرر ولا ضرار و المشقة تجلب التيسير
- 21- يمينة خضار ، الأثر الرجعي في القرارات الإدارية، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 11 جوان 1917 ، جامعة باتنة
- 22- يوسف حورية – سلطات الإدارة في مجال الصفقات العمومية – مداخله أقيت في الملتقى الوطني المنظم بجامعة المدية
- 23- يوسف شباط – موعد الطعن في دعوى الإلغاء و دوره في توطيد سيادة القانون مقال منشور

- 24- احمد ناصوري –النظام السياسي و جدلية الشرعية و المشروعية –مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية المجلد 24 العدد2/2008
- 25- إلياس شاهد ، الحاج عرابة ، عبد النعيم درفور – تقييم تجربة تطبيق الحكومة الالكترونية في الجزائر مقال منشور
- 26- إلياس شاهد ، الحاج عرابة ، عبد النعيم درفور – تقييم تجربة تطبيق الحكومة الالكترونية في الجزائر المجلة الجزائرية للدراسات المحاسبية و المالية عدد3/2016
- 27- أمال قاسمي، دور قانون الوقاية من الفساد ومكافحته في تكريس قواعده الشفافية في مجال الصفقات العمومية، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام " المنظم بجامعة يحي فارس المدينة يوم20/05/2013
- 28- اميرحسن جاسم – نظرية الظروف الاستثنائية و بعض تطبيقاتها المعاصرة –مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية المجلد14/العدد8 ايلول 2007
- 29- بروك حليلة، دور الطعن الاستعجالي السابق للتعاقد في مكافحة الفساد في العقود والصفقات العمومية، مجلة الفكر، العدد11، جامعة محمد خيضر، بسكرة.
- 30- بقرة إسماعيل ، أثار حكم الإلغاء وإشكالات تنفيذه ،مجلة الإحياء،العدد14، المركز الجامعي خنشلة
- 31- بن عبد المالك بوفلجة، النظام القانوني للتعويض في العقود الإدارية، مقال منشور في مجلة دفاتر السياسية والقانون، ع.17، جوان 2017.
- 32- بن يحي شارف، ضرورة إسقاط الشرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، ع04، 2010
- 33-حاحة عبدالعالي – تطبيقات مبدأ الفصل بين السلطات في ظل دستور1996 مجلة الاجتهاد القضائي العدد4جامعة محمد خيضر بسكرة
- 34- حامق ذهبية – نشر القانون كوسيلة لضمان الوصول إليه – مداخلة أقيمت في الملتقى المنظم يومي 16 و17/02/2014 تحت عنوان الوصول إلى القانون بجامعة قاصدي مرباح ورقلة

- 35- حسان نادية - فعالية عملية التقنين في محاربة التضخم القانوني في المجالين الاقتصادي و الاجتماعي
مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني حول الأمن القانوني بجامعة قاصدي مبراح ورقلة
- 36- حسان نادية –النشر في الجريدة الرسمية كوسيلة للوصول إلى القانون- مداخلة أقيمت في الملتقى المنظم
يومي 16 و17/02/2014 جامعة قاصدي مبراح ورقلة
- 37- حسن علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مقال منشور في
مجلة الرافدين للحقوق، ع.58، مج.16 السنة 18.
- 38- حسينة شرون، سلطة القاضي الإداري في توجيه أوامر للإدارة بين الحظر والإباحة، مجلة الاجتهاد
القضائي، العدد2، جماعة محمد خيضر، بسكرة،
- 39- خالد بن عبد الله الخضير مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الشريعة الإسلامية منشور
- 40- خالد حسين أبو عمشة –المقروئية و أهميتها و كيفية قياسها –مقال منشور
- 41- خليف سالم الجهيمي. تراجع بعض المبادئ التقليدية في القضاء الإداري الفرنسي منشور على الموقع
<https://supremecourt.gov>.
- 42- دليلة بوزغار قاعدة لا ضرر ولا ضرار نماذج تطبيقية في الاقتصاد الإسلامي جامع الأمير عبدالقادر
قسطنطينة
- 43- ربيع زكرياء استعاذ بجامعة البويرة – حق التقاضي في القانون الدولي لحقوق الإنسان –مقال منشورة
في الانترنت
- 44- رحيم علي صالح اللامي .م.ابتسام صاحب الزويني – المقروئية .مستوياتها –العوامل المؤثرة فيها –صعوبة
تطبيقها مقال منشور
- 45- زياد أحمد العرسان –الطبيعة القانونية للإجراءات التنفيذية للعقد الإداري مقال منشور
- 46- سامي الطيب ادريس محمد –حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الاداري مجلة كلية الدراسات
العليا جامعة النيلين (مج10) (ع2-37) في 2017/12/01

47- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة بجامعة يحي فارس، المدينة، يوم 20 ماي 2013، الملتقى الوطني بعنوان: "دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام"

48- سلوى بومقورة، رقابة القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية في التشريع الجزائري، مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام " المنظم بجامعة يحي فارس المدينة يوم 20 / 05 / 2013

49- سهيلة ديباش، إشكالية تطبيق قانون المنافسة على الصفقات العمومية، مداخلة منشورة على الموقع: www.univ-medea.dz

50- شريف الشريف -مبدأ الشفافية في العقود الإدارية كآلية للحد من الفساد المالي -مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية عدد 03/ جانفي 2003 جامعة تلمسان الجزائر

51- صالح أحمد الفرجاني، مبدأ المساواة أمام القانون وتطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية والشرعية، العدد 6، السنة الثانية جوان 2015، جامعة الزاوية، ليبيا

52- عامر زغير محسين، الموازنة بين فكرة الأمن القانوني ومبدأ رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية مقال منشور

53- عبد الحق بلفقيه-باحث بجامعة عبد المالك السعدي بطانجة ، من معاني الشرعية و المشروعية و الشرعنة مقال منشور

54- عبد الحي ابرو دراسة فقهية تطبيقية لقاعدة (لا ضرر و لا ضرار)

55- عبد العالي حاحة، و آمال يعيش تمام، الرقابة على تناسب القرار الإداري ومحلّه في دعوى الإلغاء، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة

56- عبد القادر عوض خلف الله الدابي، آثار الظروف الطارئة على العلاقة التعاقدية، مقال منشور بمجلة جامعة بحث، رضا العلمية، ع.12، سبتمبر 2014، جامعة الزعيم الأزهري، السودان

- 57- عبد المجيد غميحة- مبدأ الأمن القانوني و ضرورة الأمن القضائي – عرض مقدم في إطار الندوة المنظمة من طرف الودادية الحسنية للقضاة بمناسبة المؤتمر الثالث عشر للمجموعة الإفريقية للاتحاد العالمي للقضاة الدار البيضاء 2008/03/28 المغرب
- 58- عجالي بخالد، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الأمن القانوني، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني السابع للأمن القانوني المنظم يومي 24 و25/11/2014 بجامعة يحي فارس المدية
- 59- علي فيلاي – لغة القانون علم نسبي و واقع- مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني المنظم يومي 16 و17/02/2014 تحت عنوان الوصول إلى القانون بجامعة قاصدي مرباح ورقلة
- 60- علي فيلاي- إحترام التوقعات –مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني المنظم يومي 24 و25/02/2016 تحت عنوان إحترام التوقعات القانونية جامعة قاصدي مرباح ورقلة
- 61- علي يوسف صاحب مفهوم العقد في القانون الانجلو امريكي –دراسة مقارنة –مجلة القادسية للقانون و العلوم السياسية العددان 1 و2 المجلد الثالث كانون الاول 2010
- 62- عليان بوزيان، أزمة الأمن القانوني للحقوق الدستورية مقال منشور في مجلة العلوم القانونية و السياسية العدد3، 2014
- 63- عليان بوزيان، مقاصد القانون الوضعي في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية مقال منشور
- 64- عماد محمد شاطي هندي عبد العزيز، أ.م.د.عمار طارق عبد العزيز عماد محمد شاطي هندي تطور مبدأ توجيه الأوامر من القاضي الإداري للإدارة، مقال منشور في مجلة الحقوق المجلد 17/ع3 كانون الثاني 2015 جامعة النهريين.بغداد.العراق
- 65- عمار طارق عبد العزيز الحصانة القانونية للقرارات الإدارية مقال منشور في مجلة الحقوق جامعة النهريين المجلد 17/ع9 2006/ بغداد العراق
- 66- عميري أحمد، دور الإشهار في إضفاء الشفافية على إجراءات إبرام العقود الإدارية في الجزائر طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 15/247 مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية العدد 18، جوان 2017.
- 67- عوض عباس الهادي –محمد داود محمد-محمد علي محمد-لسانيات النص ومعايير الخطاب الصحافي مقال منشور

- 68- فارس حامد عبد الكريم، القصور التشريعي مقال منشور
- 69- فاضل سهام –سلطات قاضي الإلغاء لضمان تنفيذ أحكامه في التشريعين الفرنسي و الجزائري –
مداخلة ألقيت في الملتقى الأول تحت عنوان سلطات القاضي الإداري في المنازعات الإدارية ليومي
17 و18/05/2011 جامعة 08 ماي 1945 قالمة
- 70- فاطمة الزهراء رمضاني، أثر الصياغة الجيدة للنص في دعم مبدأ الأمن القانوني في الجزائر، مداخلة
القيت في الملتقى الوطني ليومي 11 و12/11/2014 تحت عنوان الامن القانوني في الجزائر بجامعة المدينة
- 71- فايزة بورباح القيمة الدستورية للأمن القانوني مداخلة رقم 11، الملتقى السابع بعنوان: الأمن القانوني في
الجزائر جامعة يحي فارس المدينة، 11-12/11/2014،
- 72- قادر أحمد عبد الحسين، انحراف القرار الإداري عن قاعدة تخصيص الأهداف في التشريع العراقي،
يوم 2018/03/03 على الساعة 21 و20 دقيقة <http://www.lasj.net> مقال منشور:
- 73- كسال سامة، مبدأ حرية التجارة والصناعة أساس القانون للمنافسة الحرة، مداخلة ألقيت في الملتقى
الوطني "حرية المنافسة في التشريع الجزائري"، يومي 4/3 أبريل 2014 بجامعة باجي مختار، عنابة
- 74- ماهر حامد الحولي –التدرج في تطبيق الاحكام الشرعية و مظاهره في قطاع غزة -2010
بحث منشور على الموقع <http://site.iugaza.edu.ps>
- 76- محفوظ علي التواتي فكرة العقود ادارية بتحديد القانون مجلة الجامعة الاسمية-العدد 28 السنة 11
- 77- محمد الشافعي بوراس، العقود الإدارية بحث منشور
- 78- محمد ألقصري –القاضي الإداري و منازعات الصفقات العمومية مقال منشور
- 79- محمد بكرار شواش، الاجتهاد القضائي كمصدر للقاعدة القانونية و كيفية الوصول اليه. مداخلة ألقيت في
ملتقى الوصول إلى القانون المنظم يومي 16 و17/02/2014 بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة.
- 80- محمد بن عمارة – إزالة معوقات الأمن القانوني لاحترام التوقعات – مداخلة في الملتقى الوطني ليومي
24 و25/02/2016 المنظم بجامعة قاصدي مرباح ورقلة تحت عنوان احترام التوقعات القانونية

81- محمد بوكماش و خلود كلاش – مبدأ الأمن القانوني و مدى تكريسه في القضاء الإداري – مقال منشور في مجلة البحوث و الدراسات العدد 24 / 2017/ جامعة خنشلة

82- محمد خلف بني سلامة، أ. سامي سعيد محمود دراغمة، معايير الشفافية في الفقه الإسلامي، وأثرها في الوقاية من الأزمات الاقتصادية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الإسلامية، مج.2، ع.2، جوان 2014، جامعة طيبة

83- محمد سمير محمد جمعة –مدى قبول الطعن بالإلغاء في القرارات القابلة للانفصال في النظامين الفرنسي و المصري مقال منشور

84- محمد عبد الله دراز –الربا في نظر القانون الإسلامي –بحث منشور على الموقع <https://www.alarabimag.com>

85- محمد فقير، رقابة القضاء الإداري الاستعجالي على الصفقات العمومية قبل إبرامها في التشريع الجزائري- آلية وقائية لحماية المال العام. مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام " المنظم بجامعة يحي فارس المدية يوم 20 / 05 / 2013

86- محمد منير حساني، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 5 جوان 2016، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة

87- مشاكر مزوغي –حق التقاضي و دولة القانون مقال منشور

88- مفتاح خليفة عبد الحميد ، سحب القرار الإداري وأثاره ، مجلة العلوم والدراسات الإنسانية ، كلية الأدب والعلوم ،مدج ليبيا العدد الأول المجلد الثاني، 2014.

89- مفتاح خليفة عبد الحميد، سحب القرار الإداري وأثاره ، مجلة العلوم والدراسات الإنسانية ،المرج، العدد الأول المجلد الثاني، سنة 2014

90- مقني عمار، أعمال السيادة كإستثناء عن اختصاص القضاء وتطبيقاتها في مواد الجنسية، جامعة تيارت، 2013 بحث منشور <http://law.tanta.edu.eg>

91- موفق الطيب شريف، تطور القيمة القانونية لفكرة الأمن القانوني – مداخلة أقيمت في ملتقى بجامعة ورقلة

92- نبيل عبد الحافظ الشوابكة، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد7، جوان 2012

93- وافية داهل-تسبب القرارات الإدارية-دراسة مقارنة بين الجزائر و فرنسا -مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ع 11 جوان 2017

94- يوسف أحمد الزمان – حق التقاضي و تحصين القرارات الإدارية من الطعن القضائي في قطر مقال منشور

95- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان: احترام التوقعات القانونية ليومي 24 و25/12/2016، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة

96- يوسف بوشاشي، نظرية الظروف الطارئة بين استقرار المعاملات واحترام التوقعات، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني ليومي 24 و25/02/2016، بجامعة قاصدي مرباح، ورقلة، تحت عنوان: "احترام التوقعات القانونية".

97- لعلام محمد مهدي، القضاء الاستعجالي قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية، المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد5، يونيو 2015 جامعة القاهرة [www. Ejles.com](http://www.Ejles.com)

98- أحمد زايدي إحترام الثقة المشروعة مبدأ يلزم القاضي و المشرع مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان إحترام التوقعات القانونية المنظم يومي 24 و25/02/2016 بجامعة قاصدي مرباح ورقلة

99- بلخير محمد آيت عودية - عبد الرحمان زهواني، التحليل الاقتصادي لمبدأ حماية التوقعات المشروعة، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني المنظم يومي 24 و25/02/2016 بعنوان احترام التوقعات القانونية جامعة قاصدي مرباح ورقلة

100- حسام الدين علي مجيد، التمييز الإيجابي والكويتا النيابية، جامعة أربيل، مقال منشور على الموقع:

www.Resarchgal.net

101- حسام القاعد، الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة مقارنة، مجلة جامعة البحث، مج.39، ع.77، عام 2017 سوريا الصعوبات المادية غير المتوقعة، دراسة

102- عبد الرحمن طويبر، الرقابة الإدارية كوسيلة لتكريس الشفافية في التشريع الجزائري، مداخلة أقيمت في الملتقى الوطني الموسوم بعنوان " دور قانون الصفقات العمومية في حماية المال العام " المنظم بجامعة يحي فارس المدية يوم 20/05/2013

103 - ماجد احمد الزاملي – التمييز بين الشرعية و المشروعية مقال منشور

104 - موفق شريف الطيب – نظرات شرعية على نظرية القانون الطبيعي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي – مجلة البحوث و الدراسات ع15 لسنة 2013

105 موفق طيب شريف-مدرسة العقد الاجتماعي من منظور الفقه الإسلامي –مجلة الحقيقة للعلوم الانسانية و الاجتماعية المجلد 17 ع 3 سبتمبر 2018 ص 107

106- أحمد هنية، عيوب القرار الإداري، مقال منشور في مجلة المنتدى القانوني، العدد الخامس، جامعة محمد خيضر، بسكرة،

سابعاً: المراجع الفرنسية

1-Thomas Piazzon- La sécurité juridique - thèse,Défrénois , coll doctorat et notariat.T.35

.2010p.62

2 – Viridiana Fernandez –les qualités de la loi these pou le doctorat en droit université de toulouse france t.1 2003

3 - Céline Beudet. Université de sherbrooke .clarté. Intelligibilité des textes

www.vcharite.univ.fr le 28/08/2018

- 4- Jean-luc warnsmann simplifions nos lois pour agurir un mal francais .la documentation francaise paris 2009
- 5- Artpre. ADD 1965 eldul ajoute : dans le flexibilite. Dand l'incertitude des " relations humaines.
- 6-Maurice hauriou principes de droit public librairie de la societ  des reculsirey.Paris 1916
- 7- Philippe Rimbault recherche sur la sécurité juridique en droit administratif L.G.D.J 2009 paris
- 8 - *Hans Kelsen (1881-1973) LA HIÉRARCHIE DES NORMES* WWW.LE-POLITISTE.COM
- 9- *Emmanuel Willem diplim  de l'IRA de Bastia assistant du contentieux près la 1^{er} chambre du tribunal administatif de mise.WWW.Revvegenerale du droit.En le 01/05/2018 a 10^h 10^{min}*
- 10 - *Alexandre Piraux- la double nature de la transparence dans l'administration CRAIG,*
- 11 - Arnaud Ray nouard , Anne-Julie Kerhuel. Mesurer de droit a l.a une de la securité juridique. Georgetown Law and Economics Research Paper No. 10-12 July 2010 univercit  paris .<https://scholarship.law.georgetown.edu>
- 12- G faure et G. koubie conomica. Colletude juridique. t 16.200
- 13- Georges Tessier la responsabilité de la puissance publique . paul du pont1906
- 14- Georges Tessier .la responsabilité de la puissant publique .pauldupont 1906
- 15 -Marc Gjidara. LE CONTRÔLE DES ACTES DES AUTORITÉS LOCALES PAR LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS EN France.www.pravst.unist.hr

A decorative rectangular border with intricate, symmetrical floral and scrollwork patterns in black ink, framing the central text.

الفهرس

الفهرس

الباب الأول : الإطار النظري لمبدأ الأمن القانوني و الأعمال الإدارية	1
الفصل الأول: ماهية الأمن القانوني.....	3
المبحث الأول: تأصيل مبدأ الأمن القانوني.....	4
المطلب الأول:التأصيل التاريخي والفلسفي لمبدأ الأمن القانوني.....	4
الفرع الأول: التأصيل التاريخي لمبدأ الأمن القانوني.....	4
أولاً: فكرة الأمن القانوني في المجتمعات البدائية.....	4
ثانياً: فكرة الأمن القانوني في المجتمعات الحديثة.....	12
الفرع الثاني: التأصيل الفلسفي لفكرة الأمن القانوني.....	15
أولاً:مبدأ الأمن القانوني في المذاهب المثالية.....	15
ثانياً: النظريات المعارضة.....	27
المطلب الثاني: مظاهر الأمن القانوني في أحكام الشريعة الإسلامية.....	31
الفرع الأول: مظاهر الأمن القانوني في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم.....	31
أولاً: مظاهر مبدأ الأمن القانوني في القرآن الكريم.....	32
ثانياً: مبدأ الأمن القانوني في السنّة الشريفة.....	41
الفرع الثاني: مبدأ الأمن القانوني في عصر ما بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم.....	45
أولاً: مظاهر الأمن القانوني في عصر الخلفاء الراشدين.....	45
ثانياً: مبدأ الأمن القانوني في الدولة الأموية.....	47
المبحث الثاني: مفهوم مبدأ الأمن القانوني و عناصره.....	49
المطلب الأول: المقصود بالأمن القانوني وتمييزه عن ما يشابهه من مصطلحات.....	50
الفرع الأول: مفهوم الأمن القانوني.....	50
أولاً: تعريف الأمن.....	50
ثانياً: تعريف القانون.....	54
ثالثاً: تعريف الأمن القانوني.....	55
الفرع الثاني: تمييز الأمن القانوني عن ما يشابهه من مصطلحات.....	58
المطلب الثاني: عناصر الأمن القانوني.....	62
الفرع أولاً: الوصول إلى القانون.....	63

64.....	أولاً- الولوج المادي للقاعدة القانونية.....
76.....	ثانياً- الولوج المعنوي للقانون.....
81.....	الفرع الثاني: الاستقرار القانوني.....
81.....	أولاً: مفهوم الاستقرار القانوني.....
84.....	ثانياً- استقرار المراكز القانونية الشخصية.....
85.....	ثالثاً- العلاقة الثنائية للاستقرار.....
86.....	الفرع الثالث : التوقع المشروع.....
86.....	أولاً: نشأة مبدأ التوقع المشروع.....
86.....	ثانياً: تعريف التوقع المشروع.....
87.....	ثالثاً : إمكانية بناء التوقعات.....
88.....	رابعاً: المحافظة على التوقعات المبنية مسبقاً.....
89.....	الفرع الرابع : تداخل مكونات الأمن القانوني.....
89.....	أولاً: علاقة الاستقرار بإمكانية الوصول إلى القانون.....
90.....	ثانياً: علاقة الولوج إلى القانون بالتوقع المشروع.....
92.....	الفصل الثاني: ماهية الأعمال الإدارية القانونية.....
92.....	المبحث الأول: ماهية القرار الإداري.....
92.....	المطلب الأول: مفهوم القرار الإداري وخصائصه.....
92.....	الفرع الأول: تعريف القرار الإداري.....
93.....	أولاً: التعريف اللغوي للقرار الإداري.....
93.....	ثانياً: التعريف الاصطلاحي للقرار الإداري.....
97.....	الفرع الثاني: خصائص القرار الإداري.....
97.....	أولاً: القرار الإداري عمل قانوني.....
98.....	ثانياً: القرار الإداري عمل انفرادي.....
98.....	ثالثاً: القرار الإداري فوري التنفيذ.....
99.....	رابعاً: القرار الإداري يصدر عن سلطة إدارية وطنية.....
99.....	الفرع الثالث: تمييز القرار الإداري عن باقي الأعمال.....
100.....	أولاً: تمييز القرار الإداري عن أعمال السلطة التشريعية.....
101.....	ثانياً: معيار التفرقة بين القرار الإداري والأعمال القضائية.....

104.....	الفرع الرابع: أركان القرار الإداري
104.....	أولاً: ركن الاختصاص
109.....	ثانياً: ركن الشكل والإجراءات في القرار الإداري
110.....	ثالثاً: ركن السبب
111.....	رابعاً: ركن المحل
111.....	خامساً: ركن الغاية
112.....	المطلب الثاني: أنواع القرارات الإدارية
112.....	الفرع الأول: القرارات الإدارية من حيث مداها
112.....	أولاً: القرارات الفردية
112.....	ثانياً: القرارات التنظيمية
114.....	ثالثاً: أهمية التفرقة بين القرارات التنظيمية والفردية
115.....	الفرع الثاني: أنواع القرارات من حيث تكوينها
115.....	أولاً: القرارات البسيطة
115.....	ثانياً: القرارات الإدارية المركبة
120.....	الفرع الثالث: أنواع القرارات من حيث آثارها
120.....	أولاً: القرارات الإدارية من حيث نفاذها في حق الأفراد
121.....	ثانياً: القرارات الإدارية المنشئة والكاشفة
122.....	الفرع الرابع: أنواع القرارات الإدارية من حيث رقابة القضاء الإداري عليها
122.....	أولاً: القرارات الإدارية الخاضعة لرقابة القضاء الإداري
123.....	ثانياً: القرارات الإدارية المحصنة ضد رقابة القضاء الإداري
127.....	المبحث الثاني: نظرية العقد الإداري
127.....	المطلب الأول: ماهية العقود الإدارية
127.....	الفرع الأول: تأصيل العقود الإدارية
127.....	أولاً - تأصيل العقد الإداري في الشريعة الإسلامية
131.....	ثانياً- نشأة العقد الإداري في فرنسا
132.....	الفرع الثاني: مفهوم العقود الإدارية
132.....	أولاً: تعريف العقد الإداري
135.....	ثانياً - تمييز العقد عن الألفاظ ذات الصلة

136	ثالثا: تحديد العقد الإداري في فرنسا وفي الجزائر
138	الفرع الثالث: معايير تمييز العقد الإداري
139	أولا: العقود الإدارية بتحديد من القانون
140	ثانيا: المعايير القضائية لتمييز العقد الإداري
146	المطلب الثاني: أهم أنواع العقود الإدارية
146	الفرع الأول: عقد الأشغال العامة
146	أولا- التعريف التقليدي لعقد الإشغال العامة
151	ثانيا: التعريف الحديث لعقد الأشغال العامة
152	الفرع الثاني: عقد التوريد
153	الفرع الثالث: عقد امتياز المرافق العمومية
153	أولا: التعريف الفقهي
154	ثانيا: التعريف القضائي
155	ثالثا: التعريف التشريعي
		الباب الثاني: الضمانات القانونية و القضائية لتحقيق مبدأ الأمن القانوني في الأعمال الإدارية
158	القانونية
160	الفصل الأول: آليات تحقيق مبدأ الأمن القانوني في القرار الإداري
160	المبحث الأول: مبدأ المشروعية كضمانة لتحقيق الأمن القانوني في القرار الإداري
161	المطلب الأول: مفهوم مبدأ المشروعية و عناصره التي تحقق الأمن القانوني
161	الفرع الأول: محتوى مبدأ المشروعية
161	أولا: تعريف مبدأ المشروعية
163	ثانيا: أهمية مبدأ المشروعية
163	ثالثا: الشرعية و المشروعية في الدستور الجزائري
165	الفرع الثاني: عناصر تحقيق مبدأ الأمن القانوني في ظل المشروعية
165	أولا: الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات
167	ثانيا: خضوع الدولة للقانون
169	ثالثا: التحديد الواضح للاختصاصات الإدارية
170	رابعا: تدرج القواعد القانونية
174	خامسا: خضوع الإدارة للرقابة القضائية

175.....	الفرع الثالث: حماية المراكز القانونية من خلال مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية
176.....	أولا: مفهوم مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية
177.....	ثانيا: مبررات مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية
179.....	ثالثا: إستثناءات مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية ومدى تأثيرها على الأمن القانوني
185.....	المطلب الثاني: تدهور مبدأ الأمن القانوني في ظل المشروعية الاستثنائية
185.....	الفرع الأول: السلطة التقديرية للإدارة
187.....	أولا: مظاهر السلطة التقديرية في الأركان الخارجية للقرار الإداري
188.....	ثانيا : مظاهر السلطة التقديرية في الأركان الداخلية للقرار الإداري
189.....	الفرع الثاني: نظرية الظروف الاستثنائية
190.....	أولا: تعريف نظرية الظروف الاستثنائية
191.....	ثانيا: أساس السلطة الاستثنائية
192.....	ثالثا: شروط قيام الظروف الاستثنائية
193.....	رابعا: أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الأمن القانوني
194.....	خامسا : خضوع الإجراءات و الأعمال الصادرة في الظروف الاستثنائية إلى الرقابة القضائية
197.....	الفرع الثالث: نظرية أعمال السيادة
197.....	أولا: تعريف أعمال السيادة
199.....	ثانيا: نشأة نظرية أعمال السيادة
199.....	ثالثا : معايير أعمال السيادة
202.....	رابعا: موقف المشرع والقضاء الجزائريين من أعمال السيادة
203.....	خامسا: أعمال السيادة والفقهاء الإسلامي
205.....	سادسا: أعمال السيادة في الاتجاه الحديث
206.....	المبحث الثاني: الضمانات القضائية لاستقرار المراكز القانونية حمايتها
207.....	المطلب الأول: المشروعية الخارجية للقرار الإداري
207.....	الفرع الأول: عيب عدم الاختصاص
208.....	أولا: مميزات عيب عدم الاختصاص
208.....	ثانيا: صور عيب عدم الاختصاص
214.....	الفرع الثاني: عيب الشكل والإجراءات
215.....	أولا: عيب الشكل

223.....	ثانيا: عيب الإجراءات.....
228.....	المطلب الثاني: المشروعية الداخلية للقرار الإداري.....
228.....	الفرع الأول: عيب مخالفة القانون.....
229.....	أولا: المخالفة المباشرة لأحكام القانون.....
230.....	ثانيا: المخالفة غير المباشرة للقانون.....
231.....	ثالثا: مخالفة تطبيق القاعدة القانونية.....
232.....	الفرع الثاني: عيب السبب.....
232.....	أولا: الاتجاه المنكر لعيب السبب في القرار الإداري.....
232.....	ثانيا: الاتجاه المؤيد لعيب السبب في القرار الإداري.....
232.....	ثالثا: نطاق الرقابة القضائية على ركن السبب.....
233.....	أ: الرقابة على الوجود المادي للوقائع.....
234.....	ب: الرقابة على التكييف القانوني للوقائع.....
235.....	ج: الرقابة على ملائمة القرار الإداري.....
239.....	الفرع الثالث: عيب الغاية.....
239.....	أولا: الانحراف بالسلطة عن المصلحة العامة.....
242.....	ثانيا: الانحراف في استعمال السلطة عن قاعدة تخصيص الأهداف.....
243.....	ثالثا: الانحراف بالإجراءات.....
244.....	رابعا: آليات إثبات الانحراف في استعمال السلطة.....
249.....	الفصل الثاني: ضمانات الأمن القانوني في العقد الإداري.....
249.....	المبحث الأول: ضمانات الأمن القانوني في مرحلة إبرام العقد الإداري.....
250.....	المطلب الأول: المبادئ العامة لإبرام العقد كآليات لتحقيق الأمن القانوني.....
251.....	الفرع الأول: مبدأ حرية الوصول إلى الطلبات العمومية.....
251.....	أولا: الإعلان عن التعاقد.....
254.....	ثانيا: مبدأ حرية المنافسة.....
259.....	الفرع الثاني: مبدأ الشفافية.....
260.....	أولا: تعريف مبدأ الشفافية.....
261.....	ثانيا- معايير الشفافية.....
261.....	ثالثا- أسس الشفافية.....

264.....	الفرع الثالث: مبدأ المساواة.....
264.....	أولاً: الأساس الفلسفي و القانوني لمبدأ المساواة.....
265.....	ثانياً: الأساس القانوني لمبدأ المساواة.....
267.....	ثالثاً- أبعاد مبدأ المساواة.....
271.....	المطلب الثاني: القضاء الاستعجالي قبل التعاقد كضمانة لتحقيق الأمن القانوني في العقود الإدارية.....
272.....	الفرع الأول: محتوى القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد.....
272.....	أولاً: مفهوم القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد.....
275.....	ثانياً: خصائص القضاء الاستعجالي ما قبل التعاقد.....
277.....	الفرع الثاني: شروط رفع دعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد.....
277.....	أولاً: صفة المدعي.....
278.....	ثانياً: آجال رفع دعوى الاستعجال ما قبل التعاقد.....
279.....	ثالثاً: وجود إخلال بمبادئ إبرام العقد الإداري.....
280.....	الفرع الثالث: إجراءات الدعوى والحكم فيها.....
280.....	أولاً: الجهة المختصة في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد.....
281.....	ثانياً: الحكم في الدعوى الاستعجالية ما قبل التعاقد.....
294.....	ثالثاً: التوجه نحو خضوع العقد الإداري إلى رقابة المشروعية.....
296.....	المبحث الثاني: التوازن المالي للعقد الإداري كآلية لاستقرار المراكز القانونية.....
298.....	المطلب الأول: استقرار المراكز القانونية من خلال التعويض الكامل للمتعاقد المتعاقد.....
298.....	الفرع الأول: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
298.....	أولاً: تعريف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
299.....	ثانياً: الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
301.....	ثالثاً: شروط إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
304.....	رابعاً: آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....
304.....	الفرع الثاني: نظرية فعل الأمير.....
305.....	أولاً: مفهوم نظرية فعل الأمير.....
308.....	ثانياً: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير.....

312.....	ثالثا: الأساس القانوني للتعويض.....
313.....	رابعا: آثار تطبيق نظرية فعل الأمير.....
314.....	المطلب الثاني: استقرار المراكز القانونية من خلال التعويض الجزئي للمتعاقد.....
314.....	الفرع الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة.....
314.....	أولا: تعريف نظرية الظروف الطارئة.....
315.....	ثانيا: نشأة نظرية الظروف الطارئة.....
317.....	ثالثا: الشروط إعمال نظرية الظروف الطارئة.....
327.....	الفرع الثاني: آثار نظرية الظروف الطارئة.....
327.....	أولا: استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.....
327.....	ثانيا: حصول المتعاقد على مساعدة الإدارة ماليا.....
332.....	خاتمة.....
338.....	الفهرس.....

المملخص

الملخص

لم تعد كلمة الأمن متعلقة بالمجال العسكري ، فلقد تحول هذا المفهوم التقليدي إلى مفهوم حديث يشمل كل مناحي الحياة ومنها المجال القانوني، فلم يعد الخطر يأتي من العدو والكوارث الطبيعية فحسب ، بل أصبح القانون مصدر خطر كذلك ،فالتضخم التشريعي الذي يؤدي إلى التعارض وكثرة التعديلات وعدم وضوح النصوص ونقص معياريتها وكثرة الاستثناءات وصعوبة الوصول إلى القواعد القانونية ،كلها مظاهر سلبية تشكل خطر على المخاطبين بالقاعدة القانونية بدلا من أن تكون مصدر ثقة وأمان، فالأمن القانوني يهدف إلى حماية الأفراد من الآثار السلبية للقاعدة القانونية بغض النظر عن السلطة التي أصدرتها، وهي عدم زعزعة المراكز القانونية وإشاعة الطمأنينة بين أشخاص العلاقات القانونية .

و من أجل تنفيذ السياسة العامة للدولة استعملت الإدارة العمومية كوسيلة لتحقيق أهدافها و زودتها بوسائل مادية وبشرية وقانونية للقيام بدورها على الوجه المطلوب ،وتعد الوسائل القانونية أبرز الأعمال التي تقوم بها الإدارة المتمثلة في القرار الإداري والعقد الإداري و هو مجال دراستنا ، بحيث تشهد الإدارة الحديثة تحولا ملحوظا من التسيير التقليدي إلى النمط الالكتروني، الأمر الذي أحدث انقلابا في مفاهيم وأساليب الإدارة الحديثة،هذا ما أدى إلى قفزة نوعية في مجال الأعمال الإدارية القانونية و العدول عن بعض المبادئ التقليدية و التي لم تعد تتماشى و الواقع المعاش .

لذلك أصبح القانون بالمفهوم الواسع أكثر ارتباطا بالتقنية في عصر المعلوماتية التي سيطرت على السلوك الإنساني ، وبالتالي استقرار تصرفاته ومعاملاته ومراكزه والتي ارتبطت هي الأخرى بالأمن التقني. فالقانون لم يعد وسيلة لفض النزاعات وتحديد من أخطأ ومن أصاب ومن هو الضحية وكيفية تعويضه والدفاع عن المتضرر من تصرفات الإدارة فحسب ، بل أصبح موضوع القانون تلك الأنشطة والأوضاع والعلاقات والتجمعات والعمليات والظواهر الاجتماعية المراد تنظيمها، لأن القاعدة القانونية أصبحت تخاطب الوضعيات القانونية التي يتواجد فيها الأشخاص .

مما تقدم يتبين بأن فكرة الأمن القانوني تعتبر ضرورة لقيام دولة القانون، انطلاقا من أهمية الأمن في حد ذاته الذي لا يمكن أن تستقيم الحياة بدونه أو تقوم للدولة قائمة ،وذلك لارتباطه بكل مجالات الحياة السياسية والاقتصادية والثقافية والاجتماعية ،الأمر الذي دفعنا أن نحدد مجال بحثنا في الأعمال الإدارية القانونية تدعيما لإرساء ركائز دولة القانون و ذلك من خلال توضيح فكرة الأمن القانوني وتجسيدها في المعاملات الإدارية تطبيقا للنهج الديمقراطي والأساليب الحديثة في التسيير الإداري.

الكلمات المفتاحية: الأمن – الضمانات – الاستقرار – الولوج – القانون – الأعمال الادارية .

Résumé

Le concept de sécurité n'a plus de rapport avec la sphère militaire, il a été transformé en une notion moderne englobant tous les aspects de la vie, y compris la sphère juridique. Le danger ne provient pas uniquement de l'ennemi et des catastrophes naturelles, mais le droit est également une source de danger. L'inflation législative entraîne des incohérences. L'absence de normalisation, le nombre élevé d'exceptions et la difficulté à respecter les règles juridiques sont autant de phénomènes négatifs qui constituent un danger pour ceux qui abordent la base juridique plutôt que d'être une source de confiance et de sécurité. La sécurité juridique vise à protéger les individus des effets négatifs de la règle juridique, Ce qu'elle a publié, à savoir, ne pas déstabiliser les centres judiciaires et rassurer les gens sur les relations juridiques.

Afin de mettre en œuvre la politique générale de l'État, l'administration publique a été utilisée comme moyen d'atteindre ses objectifs et leur a fourni des moyens matériels, humains et juridiques lui permettant de s'acquitter de son rôle de la manière requise, ce qui constitue le travail le plus important effectué par l'administration dans la décision et le contrat administratifs. Ce qui a conduit à un bond en avant dans le domaine du travail administratif juridique et au rejet de certains principes traditionnels qui ne sont plus compatibles avec la réalité U.

Par conséquent, la loi au sens large est devenue davantage liée à la technologie à l'ère de l'information, qui dominait le comportement humain, et donc la stabilité de ses actions et transactions et de ses centres, qui étaient également liés à la sécurité technique.

La loi n'est plus un moyen de résoudre les litiges, de déterminer qui a tort, qui est blessé, qui est la victime, comment l'indemniser, et de la défendre contre les agissements de l'administration, mais la loi est devenue le sujet des activités, situations, relations, groupes, processus et phénomènes sociaux à organiser. .

Cela montre que l'idée de sécurité juridique est une nécessité pour l'établissement d'un État de droit fondé sur l'importance même de la sécurité, sans laquelle la vie ne peut être établie sans lui ou sur l'État, car elle est liée à tous les domaines de la vie politique, économique, culturelle et sociale. Le travail administratif juridique à l'appui de l'établissement des fondements de l'état de droit en clarifiant le concept de sécurité juridique et son incarnation dans des transactions administratives en application de l'approche démocratique et des méthodes modernes de gestion administrative.

Summary

The concept of security is no longer related to the military sphere. The traditional concept has been transformed into a modern concept encompassing all aspects of life, including the legal sphere. The danger is not only from the enemy and natural disasters, but the law is also a source of danger. Legislative inflation leads to inconsistency, The lack of standardization, the high number of exceptions and the difficulty of reaching the legal rules are all negative phenomena that pose a danger to those who are addressing the legal basis rather than being a source of trust and security. Legal security aims to protect individuals from the negative effects of legal rule, Which it has issued, namely, not to destabilize legal centers and to reassure people of legal relations.

In order to implement the general policy of the state, public administration has been used as a means to achieve its objectives and provided them with material, human and legal means to carry out its role in the required manner. The legal means are the most prominent work carried out by the administration in the administrative decision and administrative contract. Which led to a quantum leap in the field of legal administrative work and the rejection of some traditional principles that are no longer compatible with the reality U.

Therefore, the law in the broad sense became more related to technology in the information age, which dominated the human behavior, and thus stability of its actions and transactions and centers, which were also linked to technical security.

The law is no longer a means of resolving disputes, determining who is wrong, who is injured, who is the victim, how to compensate him, and defending the victim from the actions of the administration. Rather, the law has become the subject of those activities, situations, relations, groups, processes and social phenomena to be organized. .

This shows that the idea of legal security is a necessity for the establishment of a state of law, based on the importance of security in itself, without which life can not be established without it or based on the state, because it is linked to all spheres of political, economic, cultural and social life. The legal administrative work in support of laying the foundations of the rule of law by clarifying the concept of legal security and its embodiment in administrative transactions in application of the democratic approach and modern methods of administrative management.