

## جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات

د. بودة محمد

أستاذ محاضر "ب" بكلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة وهران

### Résumé:

الملخص بالعربية:

La relation entre les pouvoirs constitutionnels institués de décisions et de contrôles Soulève une problématique dialectique dans les systèmes juridiques modernes, et le rôle de chacun de ses pouvoirs se détermine dans la législation et la mise en œuvre des règles protectionnistes dans le cadre du principe de la sécurité juridique et judiciaire, afin de mieux protéger et défendre les droits et libertés fondamentaux des individus.

تثير إشكالية جدلية العلاقة التي تربط بين السلطات الدستورية المؤسسة بفتح السين من تشريعية، تنفيذية وقضائية أهمية بالغة في النظم القانونية الحديثة، ودور كل منها في التشريع بوضع القواعد الحمائية ضمن مبدأ الأمان القانوني والقضائي لحقوق الأفراد وحرياتهم وفق ما ورد في النصوص الأساسية للدولة وتنفيذ قواعد هذه النصوص ثم السهر على التطبيق من خلال إسهامات القضاء سواء الدستوري أو الإداري في تفعيل هذه الحماية بتوفير الضمانات الكافية في ظل دولة القانون .

### مقدمة:

يحتل موضوع الحقوق والحريات أهمية بالغة لدرجة أشرك فيها المشرع الدستوري كافة السلطات والهيئات الدستورية على نحو السلطات الثلاث التشريعية، التنفيذية والقضائية بغرض كفالة حمايتها وتكريساً للأمن القانوني للأفراد.

فالدراسة تقتضي البحث عن الضمانات المقررة قانوناً ووسائل حمايتها معيارياً وإجرائياً، وقبل ذلك ضرورة التمييز بين مواضيع الحقوق الفردية والجماعية والتي

تؤدي إلى تباين القيمة القانونية ودرجة الحماية كذلك بين تلك الأساسية والعامّة. كما أن مكانة الحقوق والحريات ومساحتها في الحياة القانونية لا يمكن أن ندرجها إلا بوضع ميادين اختصاص واضحة وضوابط محدّدة بين كل من مجالي التشريع والتنظيم وضرورة وضع آليات حمائية للسلطة المختصة بتكريس الحقوق والحريات المنصوص عليها. لكن هذه الضمانات لا زالت ناقصة، وإن تعلق الأمر بمواضيع حقوقية ذات طبيعة دستورية لأنها لم تصل إلى المستوى الذي يجعلها في مأمن من التجاوز والاعتداء.

بداية يتوجب تحديد المصطلحات بين الحقوق الفردية والجماعية ثم بين تلك الأساسية والعامّة ودور كل من الرقابة الدستورية والإدارية في حمايتها على ضوء ما انتهت إليه التشريعات المقارنة.

ولذلك فإن أحسن حماية للحقوق إضافة إلى الميكانزمات الدستورية التي سيأتي التفصيل فيها تكمن في تمكين السلطة القضائية من الوسائل الضرورية في مواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية ومن ورائها الإدارة العامة بالسهر على التطبيق الصحيح للقواعد التشريعية.

لهذا نجد بأن المشرع الدستوري استعمل تعبير القانون بمعناه العام 99 مرة وأظهر من خلاله حماية الحقوق والحريات، لأنه غالباً ما نصطدم بالعبارة التالية: "تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون".

أما التشريع فقد ذكر فقط 15 مرة بالإشارة إلى السلطة التشريعية والانتخابات التشريعية فحسب دون ذكر للمعنى الذي يقصد الشرعية، كما تناولته المادة 162 دون غيرها من نفس الدستور. وحتى المبدأ الشهير تم تحويره: وفق ما جاء في المادة 60 "لا يعذر بجهل القانون".

ومبدأ الشرعية لم تذكر إلا بشكل عابر 04 مرات بالمقدمة وفي المادتين 140 و142، فكيف لنا إجراء المطابقة بين التنفيذ والدستوري وقد محونا قاعدة التدرج القيمي للقواعد وأسلمنا عملية الرقابة لنفس الهيئة حتى وإن افتقرت بدورها للاختصاص القانوني بعيداً عن المعايير السياسية ؟

أما الحقوق فقد أتى ذكرها 16 مرة والحريات أشير لها فقط في 09 مواضع من الدستور، أما عدد المرات التي تلازمت فيها الحقوق والحريات مرتين فقط. الارتباط بذلك جدّ وطيد بين كل من الحق، الحرية، القواعد القانونية، إجراءات الممارسة، الضمانات المقررة وموقف السلطة القضائية في تكريس ما نصّ عليه المشرع من حقوق للأفراد.

بل إن مفهوم الحرية أمكن تطبيقه في النظم القانونية المقارنة حتى على الأشخاص القانونية العامة من ذلك مبدأ حرية الإدارة، فمن منطلق قاعدة الإدارة الحرة المعترف بها دستورياً، تمّ الانتقال إلى فكرة مجتمع المواطنين المشكلين للجماعات المحلية، اجتهاد يتوافق مع ما وصل إليه مجلس الدولة في نفس الموضوع، انتهى إلى محو التمييز الذي أقرته المادة المحددة للاختصاص التشريعي دستورياً، وهذا بين "القواعد والمبادئ"، وساهم في وضع الإدارة الحرة في مأمن من محاولات التحديد الصادرة عن السلطة التنظيمية الوطنية.

وبعد إتاحة الحرية للإدارة وتخليصها من هيمنة السلطة التنظيمية الوطنية، المجلس الدستوري سعى إلى تخليص الجماعة المحلية في مرحلة ثانية لحمايتها من تعدي السلطة التشريعية.

تكريس الضمانات كان من نتائجه الانتقال من "حرية الوجود" إلى "حرية التصرف". وهذا ما مكّن الجماعة المحلية من قدرة حقيقية لتسيير شئونها بإتاحة مجال واسع من الاختصاصات وإمكانيات مالية وقانونية كافية، لذلك يتطلب تكريس

الحقوق والحريات توفير وسائل وأدوات عملية لأصحاب الحقوق وللمتقاضين في الطعن وقدرة للسلطة القضائية بالتصدي للطعون المرفوعة أمامها دفاعاً عن الشرعية. لهذا نسعى بعد تعريف الحقوق والحريات وتحديد الفرق بينهما إلطرح نماذج منها ومدى تكريسها في الحياة العملية بالاستعانة بالميكانيزمات القانونية والقضائية وان كان في النظم المقارنة، وهذا من خلال التساؤل بداهة عن المقصود بالحقوق والحريات الأساسية والعامّة ؟

#### أولاً: المقصود بالحقوق والحريات.

يقصد بداية بالحق القدرة والخيار الذي يمتلكه الفرد في الاستفادة أو التمتع بنشاط محدّد في النص بل والقدرة على المطالبة به قانوناً، وما أترف له به ليس بفعل قدرته وقوته في مقابل ما يقوم به من واجبات، لأنه في مواجهة حق الفرد في القيام بممارسة حرياته من عدم القيام بها هناك حق آخر للجماعة أو الدولة يؤديه المواطن استيفاء لواجباته و التزاماته التي على عاتقه .

أما إن بحثنا في لفظ الحرية نجد القصد منها التخلص من القيد الذي يحول دون التمكّن من ممارسة الحق لأن الحرية نقيض العبودية، كما يقصد به القدرة على التصرف من عدمه بمقتضى النصوص التي تحمي الفرد دون المساس بالغير أو النظام العام، كما أنها عبارة تتضمن حالة الشخص الذي لا يكون موضع إزعاج في نشاطه الفكري أو المادي بانشغالات أو بعوارض أي كانت تحول دون مباشرة فعله الإداري، أما الحقوق والحريات الأساسية فهي تلك المحمية دستورياً أو دولياً والتي ترتبط بدولة القانون وتستمد من حقوق الجيل الأول والثاني إلى الثالث أي من الحقوق المرتبطة بالحرية

إشكالية الحقوق المرتبطة بالحريات الأساسية تتواجد على المستوى الدستوري ولها بعدين لأنها أداة حمائية مدعمة من جهة لصالح الفرد ومن جهة ثانية أداة

إكراهية في مواجهة الدولة وتقييد لصلاحيات السلطات المؤسسة بفتح السين المعتمدة والتي لا يمكنها تجاوز الضوابط الدستورية. فئة تندرج ضمن حقوق الجيل الأول الكلاسيكية وتختلف عن باقي الحقوق في ضرورة امتناع من الدولة عن التدخل لتكريس فئة من الحقوق من مثل الحق في الحياة، الملكية، المساواة. في حين الحقوق التشاركية تقتضي تدخل الدولة وتحركها لتفعيل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية مثل تكريس الحق في التعليم والعلاج عن طريق بناء المدارس والمستشفيات، في حين يقصد بحقوق الجيل الثالث أو التضامنية المرتبطة بالحق في البيئة والسلام وتعبير أكثر عن أمانى مستقبلية في السعي للرفاه الاجتماعي والإنساني.

أما الحريات العامة تكون محمية من التشريع العادي وتعبير عن الدولة الشرعية في ظل النظام الإداري.

#### أ- مميزات الحقوق والحريات الأساسية:

القواعد التي تتجاوز المستوى التشريعي والتي تحمي الحريات الأساسية تنتج أثراً في العلاقات الأفقية بين الهيئات والأفراد، كما يمكن إثارتها من الأشخاص المعنوية العامة والخاصة، أما الحريات العامة لا تكون مضمونة إلا في العلاقات العمودية بين السلطات العامة والأفراد.

إن أغلب الحريات العامة اليوم في ظل تصاعد ظاهرة الدسترة أصبحت حريات أساسية ، وكل منهما تتمايز عن الأخرى في المسائل التالية:

- الحريات الأساسية يتم الاحتجاج بها في مواجهة كافة السلطات التنفيذية والتشريعية والقضائية، أما الحريات العامة تكون محمية في مواجهة السلطة التنفيذية.

- الحريات الأساسية تتطلب تدخل القاضي الدستوري والدولي، أما الحريات العامة تتطلب تدخل القاضي الإداري والعادي في مواجهة تصرفات السلطة الإدارية بالارتكاز على التشريع والمبادئ العامة للقانون.

#### ب- مجال الحقوق والحريات وحدود السلطة التنفيذية تقليدياً:

في جدلية العلاقة بين السلطة التنفيذية وقضاء مجلس الدولة في حماية الحقوق والحريات العامة يستوجب الإشارة إلى ضرورة تقييد سلطة التنفيذ في المسائل الحقوقية بضوابط قانونية، وعند مناقشة موضوع هذه الضوابط أمكن طرح التساؤل التالي: هل هناك إمكانية أن تفرض الأحكام التي تتجاوز مجرد تتميم التشريع وتنفيذه أحكام مستجدة والتزامات أخرى غير تلك المتواجدة في التشريع نفسه في مواجهة المواطنين؟

النظرية التي كانت سائدة بحسب ما طرحه الأستاذ "ديمالبارغ" عند غالبية الكتاب تتفق في القول بأن السلطة التنظيمية تتضمن بعض التقييدات منها:

1. التنظيم لا يستطيع المساس ببعض المسائل من مثل فرض العقوبات، وهذا عملاً بقاعدة أن العقوبات والجرائم لا تسري إلا بنص تشريع، مثلاً المادة الأولى من قانون العقوبات "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون". في حين أن التنظيم قد لا يتدخل إلا في العقوبات البديلة كما هو حال الفقرة الخامسة من نص المادة 5 مكرر "يخضع العمل للنفع العام للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل والضمان الاجتماعي".

2. الضريبة لا يمكن أن تنشئ بتنظيم، وهي قاعدة عامة في القانون العام منذ وثيقة الميثاق الأعظم الإنجليزي ثم الثورة الفرنسية، وقد نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 64 من الدستور "لا يجوز أن تُحدَث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون".

في حين أن المشرع الفرنسي يختتم سنويا نص قانون المالية بمادة عبارتها تنص: "أي ضريبة أو رسم لا يتم فرضهما إلا بتشريع".

3. القواعد المتعلقة بالتنظيم القضائي، وإنشاء الهيئات القضائية لا يتم تحديدهما إلا بتشريع، بما يستبعد التنظيم بحسب الفقرة 07 من المادة 122 من الدستور.

4. بشكل بديهي السلطة التنظيمية لا يمكن ممارستها في مواضيع يفرض فيها الدستور تدخل السلطة التشريعية، أو تلك التي خصصت صراحة للسلطة التشريعية من المصدر نفسه، أو من تلك التي هي محل تشريع، بمعنى التقيّد بالاختصاص التخصيصي ورفض التخلي عن ممارسته، كما أكد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته وأسماء بالاختصاص السلبي<sup>1</sup>.

وكما ذكر كل من الأستاذة "بارتلميودياز" فإن هناك قيود ناتجة عن التقليد لا يكون فيها للتنظيم القوة القانونية الكافية التي للتشريع؛ ويقصد بذلك أن بعض القواعد التشريعية بالنظر لأهميتها وارتباطها بمسائل حقوقية وضع عليها المشرع الأساسي قيوداً حمائية للأفراد<sup>2</sup>. ونتيجة ذلك يتبين التركيز على فكرتين فاعلتين وأساسيتين:

- ضرورة تقييد مادي لمواضيع السلطة التنفيذية بأن لا يكون هنالك مساس بمجال الحقوق والحريات الفردية، وإن حصل يكون تحت رقابة سياسية وقضائية.

<sup>1</sup> Carre-De malberg. Raymond: Contribution à la théorie générale de l'état, éd Dalloz, 2004, T1, p563.

<sup>2</sup> Barthélemy. Joseph, Duez. Paul : Traité de droit constitutionnel, éd Panthéon, 2004, p774 et s.

- خضوع أحكام التنظيم لرقابة قضائية فاعلة عكس التشريع، لم يترك فيه التقدير للسلطة التنظيمية تحت الرقابة السياسية للبرلمان<sup>1</sup>.

وبلا أدنى شك فإن الذي يزعم بأن التنظيم غير الشرعي يمكن وضع حد له بطريق الطعن الولائي أمام صاحب التصرف أو اللجوء إلى استعمال حق طرح الشكوى أمام البرلمان، في حقيقة الواقع لا تعد إلا وسائل بلا جدوى لأنه غالب الوقت صاحب التصرف لا يتراجع عن موقفه.

كما أن السائد في العمل النيابي يكشف بأن الأغلبية البرلمانية لا تعلن الحرب على حكومة تساندها سياسياً بسبب إصدارها تنظيم غير شرعي، مقابل هذا ولحسن الحظ وضماناً لمصلحة الأفراد فإن القانون المقارن أتاح رقابة شرعية أعمال السلطة التنفيذية قضائياً وجعلها في متناولهم بطريقتين مفتوحين للطعن بعدم الشرعية أمام القاضي:

1. طريق الدعوى بتجاوز السلطة لإلغاء التنظيم غير الشرعي، ميدانه واسع لأن كل تنظيم قابل للطعن ومحل رقابة من قاضي مستقل ومحاييد ضد التعسف الإداري.
2. بطريق الدفع بعدم الشرعية، يقوم الطاعن بإثارة تنظيم أمام القاضي ويطلب منه رفض تطبيقه على النزاع المطروح بدعوى أن التنظيم غير شرعي، لكن قاعدة الفصل بين السلطات تضع حداً لسلطات القاضي العادي، وإذا ما كان القاضي الإداري مختص لتقدير شرعية التنظيم فإن المحاكم العادية ليس بإمكانها إلا فيما يتعلق بتنظيمات الضبط، أما التنظيمات الأخرى فإن القاضي العادي ملزم بإحالة فحص الشرعية أمام القضاء الإداري بألية أولية النظر، يكون له اختصاص

<sup>1</sup> بودة محمد، سلطة الوزير الأول التنظيمية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن أحمد 2، سنة 2014، ص: 350 وما يليها.



تفسير التنظيم دون البث في عدم شرعيته، كما ورد في قرار "سات فون" الصادر عن محكمة التنازع<sup>1</sup>.

فالسطة التنظيمية تعدّ أداة لهيمنة السلطة التنفيذية على مجال التشريع، وبالتالي التقليص من مجال الإرادة العامة لوجود إنتاج تنظيمي نتج عنه تضيق من مجال الحقوق والحريات الفردية، فهي سلطة لايمكنها أن تتدخل في المجال الحقوقي إلا بشكل تكميلي. فمن فوائد التمييز بين ميداني كل من التشريع والتنفيذ حسب الاتجاه الفقهي المذكور وعلى رأسه الأستاذ "ديمالبارغ، نجدها بإظهار اختلافات أساسية في ثلاثة مسائل:

- **المسألة الأولى:** إن كان لهما نفس الموضوع، فانه ليس لهما نفس قوة الأثر، فالتشريع يتميز بأنه نظامي "ستاتيتار"، بمعنى يتضمن قواعد ذات مصدر أسمى، يفرض نفسه على كل هيئات الدولة غير المشرع. والتنظيم الذي يجد مصدره في السلطة التنفيذية ليس له هذه القيمة النظامية أو الأساسية لأنه لا يعد إلا مصدر قانوني أدنى، ليس بإمكانه أن يفرض نفسه في مواجهة المشرع، لأن البديهي اعتبار القانون التأسيسي يهيمن ويلغي القانون الذي هو مجرد تنظيمي.
- **المسألة الثانية:** التنظيم ليس له نفس قوة المبادرة وحرية التصرف، كما هو شأن التشريع، التنظيم كحال كل تصرف إداري يعد تصرف ثانوي، مبدئياً وبالنظر لتعريفه لا يستطيع أن يتدخل إلا تنفيذاً لتشريع. فالتنظيم لا يستطيع التنافي مع التشريع أو الفصل في مسألة هي من اختصاص هذا الأخير.
- **المسألة الثالثة:** التنظيم خلاف التشريع يكون محل طعن كباقي التصرفات الإدارية، بما يجعله تحت طائلة رقابة الشرعية بطريق قضائي، فحص نقيده حدود التشريع الذي يسعى إلى تنفيذه<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Barthélemy.J, Duez.P:Idem, p774 et s.

أما عن دواعي التمييز بين التشريع والتنظيم، فقد جاء على لسان الأستاذ "أمون.ل" بأن التحديد المادي والإلزامي المكّرس دستورياً بين ميداني كل من التشريع والتنظيم، قد يلقي إشكالات في التطبيق، إن لم تتواجد الآليات المناسبة لطرح الحلول. فكما ذكر مقرّر مجلس الجمهورية "هوريو.ا" في جلسة 12-08-1958 بأن ميدان الحريات الفردية يبقى في كل الأحوال بعيداً عن تدخل الإدارة، وأن المراسيم الواردة في الميادين الجديدة بالإمكان أن تكون موضوع طعن بتجاوز السلطة. إضافة إلى إمكان تعديلها في أي وقت من المشرع، البرلمان بذلك يخصّص بدون تأخر حق العودة إلى الحدّ الذي وضعه بنفسه.

### ج- الحقوق والحريات الأساسية في الدستور الجزائري:

من خلال استطلاع النص الأساسي يتبين بأن قواعد مقدمة دستور 1996 تضمن الحرية لكل فرد، وقد نص على مبدأ الحماية القانونية ورقابة عمل السلطات العمومية في مجتمع تسوده الشرعية، أما باقي قواعد الدستور أشارت فيها المادة 08 الفقرة الثالثة بأن غاية المؤسسات التي يختارها الشعب لنفسه ترمي إلى حماية الحريات الأساسية للمواطن .

أما عن جملة الحقوق التي تطرق لها المشرع الدستوري، والتي يمكن لنا أن نجد لها تطبيقات عملية وقضائية في القانون المقارن نجد الحق في الحياة والذي لم يأتي المشرع على ذكره في أي من نصوص الدستور الحالي رغم أهمية هذا الحق الأساسية على غرار الحقوق التالية والتي طرحها على النحو التالي:

#### 1- الحق في المساواة:

نص المشرع الجزائري في الفصل الرابع من الباب الأول من الدستور على جملة حقوق وحريات دستورية، منها ما جاء في نص المادة 29 منه: "كل المواطنين

<sup>1</sup> انظر في ذلك: Carre-Demalberg .R: Ibid, p564 a574.

سواسية أمام القانون". ولا يمكن أن يُتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف شخصي أو اجتماعي.

وعلى نفس المنوال وردت المادة 51 من نفس الدستور: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون". لكنها قواعد قد يصعب تطبيقها بفعل النصوص والإرادة التشريعية نفسها، لأنه ان كان تجسيد الحق يقضي بالضرورة طرح إجراءات عملية لتكريس ما تم النص عليه قانونا، لكن في الاتجاه الصحيح وليس لترسيخ التفاوت وهذا ما تناولته المادة 31 مكرر، المدرجة بالتعديل الدستوري 08-19 الصادر بتاريخ 15-11-2008، دون المادة الأصلية 31.

تضمنت المادة التزام الدولة بالعمل على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع حظوظ تمثيلها في المجالس المنتخبة". ومن ضرورة إصدار قانون عضوي يحدّد كيفية تطبيقها، وبقراءة مضمون المادة 31 مكرّر نجدها في تناقض مع ما طرحته نصوص أخرى سابقة ولاحقة والتي نصت بدورها بأنه لا يمكن أن يتذرع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

## 2- الحق في التعليم:

التمكين من الحق في التعليم يتكسر أكثر من منطلق مبدأ المساواة، وإحدى المرجعيات الأساسية في تكريس هذا الحق تستند على المادة 53: "الحق في التعليم مضمون. التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون. التعليم الأساسي إجباري. تنظم الدولة المنظومة التعليمية. تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني".

تكريس الحق الدستوري تقرّر من مبدأ التساوي في الحقوق لبعض الفئات من المعاقين بتدخل اجرائي وقضائي كما سيأتي التفصيل فيه لاحقاً.

### 3- الحق في الملكية:

نص المشرع الدستوري في المادة 52: "الملكية الخاصة مضمونة". أما في الفقرة 09 من المادة 122: "يشرع البرلمان... في نظام الملكية". وقبل ذلك جاء في المادة 20: "لا يتم نزع الملكية إلا في إطار القانون. ويترتب عليه تعويض قبلي عادل ومنصف".

حماية لهذا الحق وتكريسا له أقر القضاء بأن الاعتداء على الملكية يشكل اغتصاب غير نظامي عندما تقوم الإدارة دون سند قانوني صحيح بسلب مواطن ملكية عقارية خاصة. وليتحقق هذا لا بد من توافر جملة شروط مجتمعة من خلال حدوث سلب حقيقي جزئي أو مؤقت يمس ملكية عقارية بطريقة غير نظامية؛ بمعنى دون سند شرعي مثلا عند صدور قرار بنزع ملكية. نتيجة ذلك يكون القاضي العادي المختص لإصلاح جملة الأضرار الناشئة عن السلب. بهذا الإدارة عندما تكون خارج القانون فإنها تفقد مزية القاضي الإداري.

ويتم عرض المسائل التي يتم فيها المساس بالحق في الملكية على القضاء العادي لخطورة المساس الفاضح الذي يصل إلى تحويل التصرف الإداري إلى مجرد تصرف مادي وليس قانوني، أي التصرف لا يكون مرتبطا بشكل ظاهر بأي نص تشريعي أو تنظيمي، عندها القاضي العادي يعد حامي هذه الحقوق.

فإن ذكرت المادة 32 بأن الحقوق والحريات الأساسية مضمونة، نتساءل عن نوع الضمانات الواجب توفيرها سواء إجرائية وقضائية، وجاء في المادة 35: "يعاقب القانون على المخالفات المرتكبة ضد الحقوق والحريات، وعلى كل ما يمس سلامة الإنسان البدنية والمعنوية".

وهذا ما يدفع إلى ضرورة دفع السلطة التشريعية إلى اتخاذ موقف وسد الفراغ في بعض المسائل مما قد يحول دون ارتكاب السلطة الإدارية للتجاوزات الناشئة عن تدخلها بفعل محاولة تنظيم ممارسة الحقوق والحريات أو بفعل صلاحياتها في الضبط. المثال الحي في الحد من ممارسة الحق والحرية الأساسية يكمن في حق الإضراب والذي يعد مبدأ ذو قيمة دستورية وأن استعماله مقرر وإن وضعت له حدود، فتلك الحدود المرتبطة بحماية النظام العام والمصلحة العامة تقرأ في النظم المقارنة على أنها تقييد للطرف الآخر في النزاعات الاجتماعية حتى يحول دون تكريسه، فيلجأ بذلك إلى التفاوض، وعند انتفائه لا سبيل إلا الإضراب. فالحدود هي على عاتق رب العمل، لأنه لا يمكن تصور الدفاع عن المصالح المهنية دون وسيلة الإضراب.

والحق الآخر يتقرر في إنشاء الأحزاب السياسية المعترف بهما دستورياً وفق المادة 42، والعوارض التنفيذية التي تحول دون ذلك برفض منح الاعتماد ضمن الأفق الممدد إلى حد إفراغ الحق من مضمونه في سياق استعمال السلطة الإدارية لاختصاصاتها التقديرية الموسعة بإثارة التذرع بالحد من هذا الحق بمبرر ضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوروي للدولة.

وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي. ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبينة في الفقرة السابقة. ويُحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية. ولا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه

مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما. وتحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون قد يأخذ شكلاً تنظيمياً.

### ثانياً: الضمانات القانونية والقضائية الحمائية في مواجهة السلطة التنفيذية.

من ضمن الآليات التي يمكن اعتمادها لأجل تكريس الحماية القانونية إن لم يكن الحديث عن الحماية التشريعية في ممارسة سلطة البرلمان لاختصاصاته في إطار الميدان التخصصي أو التحفظ التشريعي، لأن التجاوزات يفترض صدورها عن الإدارة العامة ومن ورائها الجهاز التنفيذي، يعقب ذلك تواجد سلطة قضائية حقيقية بالمرصاد شرط تمتعها باستقلالية كافية.

#### أ- ضمانات الحقوق والحريات الدستورية والحمائية:

الضمانات تنقرر بمقتضى ما ورد في مواد الدستور الجزائري التالية: المادة 122: "يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية، وواجبات المواطنين". كما نصت المادة 139: "تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية". ونصت المادة 176: "إذا ارتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحرياتهما، ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة أرباع (4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان".

أو بحسب نص المادة 178: "لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس... 5 - الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن".

## ب- ضمانات الحقوق الأساسية في القانون الدستوري المقارن.

هنالك نوعين من الضمانات القانونية الموضوعية وذات البعد الإجرائي في القانون الدستوري المقارن:

## ب-1- ضمانات في الموضوع لمواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية:

وهي عبارة عن شروط تواجد الحقوق مع مجموعة آليات ، من ذلك أن الحقوق الأساسية تتمتع بضمانات عامة تضمنها العدالة الدستورية من خلال الرقابة القضائية على التشريع التي يجريها المجلس الدستوري سواء من خلال الرقابة المجرّدسواء مسبقة أو لاحقة ، أو من خلال الرقابة المجسدة بعد إحالة من القاضي العادي.

## -1- قابلية التطبيق المباشر للقواعد الدستورية المرتبطة بالحقوق الأساسية:

قد لا يكون مجدياً النص على الحق بتفاصيل وإحالة تطبيقها على المشرع عندما لا يكون له تطبيق مباشر، وقد كتب كل من الأستاذ "ج. دلفولفي" و"ج. فودال": "في بعض الحالات المبادئ الدستورية لا يمكن تطبيقها بشكل مباشر عن التشريع". عكس البعض الآخر من النظم والتي منها الدستور البرتغالي والذي نص في المادة 18 بأن: "القواعد الدستورية المرتبطة بالحقوق والحريات تطبق مباشرة وتقرض نفسها على الهيئات العامة والخاصة".

مجلس الدولة الفرنسي كانت له مناسبات طبق فيها القواعد الدستورية حول الحرية الجامعية بتكريس مبادئ دستورية معترف بها من تشريعات الجمهورية أقرها المجلس الدستوري في تفسيره سنة 1984 وهذا بمناسبة قرار "بيكار" الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> انظر في ذلك: Ce : 09-07-1997, Picard

كما سعى إلى تطبيق مباشر إعلان حقوق الإنسان والمواطن في قضية الحجاب بمقتضى رأيه الاستشاري<sup>1</sup>.

على نفس منوال التطور المسجل في القانون الفرنسي عند إقرار مبدأ المساواة في دعم موقف إرساء الحق في التعليم للطفل المعاق فإنه قد تمّ اللجوء إلى تحقيق نفس الهدف لكن بمبدأ مخالف قائم على أساس دسترة مبدأ التمييز الايجابي وقد تحقق ذلك في توجهات قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، كما كان نفس شأن المشرع الذي سار على خطاه من ذلك صدور تشريع 11 فبراير 2005، والذي أحدث تغيير مهم بحيث توجب تمكين الطفل المعاق كمبدأ عام من تعليم في بيئة عادية في المستوى الابتدائي والثانوي وحتى المستوى العالي، و استثناء توجيهه نحو المراكز المتخصصة، وهذا ما يعطي لأسر المعاقين ضمانات مؤسساتية تعليم الطفل المعاق في الوسط العادي لم يعد يفهم منه أنه مبدأ ذو قيمة رمزية ولكن باعتباره حق ذو قيمة تنازعية وقابل للاعتراض. لهذا لم يعد بإمكان الدولة الاختباء خلف نقص الإمكانيات المالية أو تقصير الهيئات العامة أو الخاصة، بحسب ما جاء في قرار مجلس الاستئناف الإداري بباريس<sup>2</sup>.

ومن أوجه تسهيل تكريس حق تعليم الأطفال المعاقين في فرنسا بحكم التدخل التشريعي ودور الاجتهاد القضائي في الحماية القانونية اللازمة:

- مكين الطفل المعاق من مساعد تربوي يعينه في حياته الدراسية "AVS".

<sup>1</sup> Louis Favoreu, Patrick Gaia, RichardGhevontian, Jean- Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni : Droit constitutionnel, Dalloz ,3éd, 2000, p 890 et s.

<sup>2</sup> CAA Paris, 11 juillet 2007.



- قيام نظام من المساعدات للتخفيف من الأعباء التعليمية للطفل المعاق تسمى بالإعانة التعليمية للطفل المعاق" والتي تمنح لأولياء المعاقين. هذه الإعانة تتباين بحسب حجم الإعاقة وتندرج ضمن الاعتراف المؤسساتي بالإعاقة ، والأعباء الأخرى يتم تحملها من آليات تعويض الإعاقة .

فالتعويض عن الإعاقة مقرر كحق أساسي معترف به لكل شخص معاق حسب نص المادة 56 من تشريع 18-01-2002، المرتبط بعملية "التحديث الاجتماعي"، هذا في الجانب التشريعي أما في الجانب الآخر فقد ساهم الاجتهاد القضائي الفرنسي بدوره في تكريس هذا الحق ومن أهم الاجتهادات القضائية الصادرة بالخصوص عن القضاء الإداري نجد القرارات التالية:

- قرار "Guillaumette. Laruelle"، بتاريخ : 08-04-2009.

- قضية وزير التربية ضد السيد والسيدة "ب"، عن قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 15-12-2010.

## 2- الطبيعة القضائية للحقوق والحريات الأساسية:

تتمتع الحقوق والحريات الأساسية بميزة أساسية أنها ذات طبيعة قضائية بمعنى تكون قابلة للدفاع عنها قضائياً، تساعد الفرد في الحفاظ على فضاء من الحرية ضد الدولة.

فالحقوق الأساسية قد تكون شخصية بضمانات موضوعية، لهذا استقر القضاء الألماني في بنائه على أن هذه الحقوق موجهة لحماية مصالح فردية قابلة للطعن فيها أمام القضاء العادي للدفاع عن حقوق دستورية عند غياب تلك السلطة أمام القضاء الدستوري بسبب الإخطار المؤسساتي، فهي حقوق أساسية معبرة عن مطالب شخصية ومتضمنة عناصر موضوعية في النظام القانوني، كما جاء في قرار "لوث"

بتاريخ 15-01-1998. وبذلك فإن الحق الشخصي لحرية الصحافة مثلاً يفترض ضماناً موضوعية لإقرار صحافة حرة.

### 3- التحفظ التشريعي:

تحفظ يقصد به حسب عبارات الأستاذ "أوتو ماير" استبعاد لمبادرة السلطة التنفيذية في الميادين التي يغطيها التشريع بفضل تدخل صريح من الدستور. مفهوم يسمح بإنجاز ترتيب بحسب ان كان موضوع قانوني ما يدخل أو يستبعد في هذا الميدان، بين ما يخضع للمشرع وما يخضع للجهاز التنفيذي، آلية تسهل من عملية ضبط ميدان التشريع الذي به نستخلص ميدان آخر يخص التنظيم .

تحفظ القانون أو التحفظ الدستوري لاختصاص المشرع يمنع كل تفويض أو إحالة موسعة لاختصاص المشرع الرئيسي غالى السلطة التنظيمية أو ما يسمى بعدم الاختصاص السلبي، المثال البارز في هذا الجانب يخص المجال الجزائي لحماية حريات الأفراد نجد مبدأ الشرعية الجزائية: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي صادر قبل حدوث الفعل ومطبق بشكل شرعي"<sup>1</sup>.

### 4- احترام المحتوى الأساسي للقواعد وتجنب تشويه الحق المنصوص عليه دستورياً:

من ذلك ما جاء في المادة 53 من الدستور الإسباني: "فقط التشريع بإمكانه تنظيم ممارسة الحقوق والحريات مع ضرورة احترام المضمون الأساسي للحق".

### 5- الطابع الاستثنائي والمشروط لإلغاء الضمانات<sup>2</sup>:

<sup>1</sup> Tremeau Jérôme: La réserve de la loi, compétence législatif et la constitution, Thèse de Doctorat, economicapu.aix.Marseille, pp 24 et 248.

<sup>2</sup> من ذلك حالة الحصار والتي يترتب عنها النتائج التالية:

هناك فترات غير عادية في حالة الأزمة تعرف بنظرية الظروف الاستثنائية تتغلب فيها متطلبات السلطة على متطلبات الحرية بشكل يؤدي إلى اتساع صلاحيات الضابطة والتي يقتضي فيها استبعاد بعض المبادئ والقواعد، لكن القاضي حتى أثناء هذه الفترات يحاول ممارسة حد أدنى من المراقبة حماية للحريات الفردية .

ولقد نظمت العديد من النظم والدساتير بشكل دقيق حالات المساس بالحقوق الأساسية بالأخص منها الحقوق المرتبطة بالحريات عند الأزمة الخطيرة وإعلان حالة الاستثناء، النظم مثل ايطاليا وألمانيا واسبانيا وان عرفت حالات إرهاب فقد جابهته بوسائل مناسبة دون الإعلان عن حالة الاستثناء رغم النص عليها في الدستور .

أما الدستور الفرنسي فقد طرح مادتين الأولى هي 16، تخص حالة الاستثناء وقد استعملت مرة واحدة بعد محاولة الانقلاب سنة 1961، أما الثانية في المادة 36

- 
- تولي الهيئة العسكرية سلطات الضبط بدلاً عن الهيئات المدنية.
  - اتساع صلاحيات السلطة العسكرية التي تصبح غير مألوفة بالتفتيش ليلاً ونهاراً، وضع الأشخاص بالإقامة الجبرية، منع الاجتماعات وحجز المنشورات.
  - محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية التي تتسع صلاحياتها.
  - حالة الطوارئ: وهي حالة تخص جزء أو كل إقليم الدولة عند حدوث تهديد خطير يمس السير العادي للنظام العام يقتضي اتخاذ سلطات خاصة ممارسة من الهيئات المدنية من مثل منع الإقامة ببعض المناطق، منع الاجتماع والنشر وإجراء الحجز الإداري لكل شخص يشتبه في تهديده للنظام العام.

ممارسة هذه السلطات تتم على حساب حقوق وحريات الأفراد بممارسة الاعتقال والتعذيب والإخفاء القسري للأشخاص. عند هذا الوضع يكتبي القاضي الإداري بملاحظة اتساع سلطات الضبط ويضفي الشرعية على الإجراءات المتخذة استناداً على الظرف الاستثنائي. لم يستطع القاضي في غالب الأحيان القيام إلا بمراقبة متراجعة وغير فعالة، وكما ذكر الأستاذ "أوشاك.د": "يظهر القاضي بمناسبة هذه الظروف ليس كمرقب للسلطة التنفيذية بل كمتعاون معها بتسويق إجراءاتها التي تتجاوز بها الحريات". **نقلاً عن:** أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، **ترجمة:** محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2009، ص: 419.

وتخص حالة الحصار التي لم يتم تفعيلها. ومع ذلك ورغم خطورة الأوضاع فإن ضمانات الحقوق الأساسية تبقى قائمة ومضمونة وقد تصدى مجلس الدولة في قرار كنال" 19-10-1962 بإلغاء أمر الرئيس حول التفويض الممنوح باستفتاء.

#### 6- تهيئة إجراء مراجعة الدستور:

إجراء تعديل الدستور يجب أن يهيئ بشكل خاص لتوفير أحسن الضمانات للحريات وأحياناً لجعلها ثابتة وفي مأمن من كل تعديل أو تشويه عند إصدار نصوص قانونية أو تدابير تنفيذية<sup>1</sup>.

#### ب-2- الضمانات الإجرائية في مواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية:

بالفعل، يجب الاعتراف للمتناضي بحق الحصول على العدالة، لكنه حق لا يتقرر إلا من خلال إجراءات عملية وفاعلة، والطرف السلبي للحق المعني شخصياً ليس القاضي، ولا حتى الهيئة القضائية نفسها، إنما الدولة بأكملها، لأنه باسمها يتم إقرار العدالة.

إن إنكار الطعن القضائي ضد أعمال السلطة التنفيذية الأساسية وعلى رأسها التنظيم بمثابة إنكار للعدالة، وكما جاء على لسان الأستاذ "فالين.ج" في مقدمة أطروحة الأستاذ "فافورول" تعريف إنكار العدالة طرح باعتباره: "رفض شيء مستحق رفضاً ظالماً"، وصف غير كاف في تعريف الظلم أو سوء القضاء، بل أكثر من ذلك قد يعدّ أنه حكم بسوء نية أو عجز عن اتخاذ القرار أو رفض القاضي الحكم في المسألة.

<sup>1</sup> Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires: Premier Ministre, conseil d'état, 2édition, miseajour 2007, la documentation française, p32.

ويكون من جهة أخرى، إنكار للعدالة حينما لا يجد المتقاضى هيئة قضائية تقبل الفصل في قضيته. مع العلم أن الرفض المذكور لا يرتبط بفوات أجال أو غياب مصلحة أو عذر يخص تصرفات قانونية أو أعمال سيادية واضحة أو لوجود تعقيدات إجرائية تحول دون ذلك، كما يحصل الإنكار حينما يرفض القاضي الفصل أو يفصل لكن بعدم القبولحتى قبل البث في الموضوع. إن الإنكار فكرة موضوعية وليست شخصية، لا يتعلق الأمر بالضرورة على الأقل بتوجيه اللوم للقاضي على موقف خاطئ أو غير صحيح، بل أن السبب قد يعود إلى خلل في التنظيم القضائي، أو وجود طريقة تشريعية سيئة في توزيع الاختصاصات بين مختلف الهيئات تترك فجوات يصعب تغطيتها.

إن البحث الجيد عن فكرة إنكار العدالة يكشف أنها تعيش في شبه سرية وعلى هامش التشريعات، حالة لا يتم التصدي لها إلا بإدانتها ووصفها بالجريمة، لأن بقائها فيه إهانة للقانون، وضع لا يعفى منه رجل القانون ولا يخضع له في مجتمع يرغب في سيادة القانون. واجب الدولة أن لا تضع المعوقات وأن لا تستثنى نفسها من التدخل السريع لرفعها بوضع تنظيم محكم لمرفق العدالة تجنباً للثغرات في الاختصاصات التنازعية، وتجنباً كذلك لإفلاس القضاء.

أما في الحالة التي ترفض فيها هيئة قضائية الحكم في قضية مدرجة أمامها بشكل نظامي في الأجال المقررة وبتوافر باقي الشروط من صفة ومصلحة، عندها يتم استبعاد عبارات استعملها مجلس الدولة في تبرير إدانته للمرفق العام، بحسب قرار **Ce,ass :13-07-1962,Castragoli** في سرده ذكر المجلس بأن إنكار العدالة يعبر عن تنظيم سيئ للمرفق، حتى ولو لم يسجل أدنى خطأ محدد، فإن هذا التنظيم أو السير المعيب قد يكون أساساً كافياً لقيام مسؤولية الدولة. لكن من سخرية الأشياء أن يحدث إدراج قبول المسؤولية في الوسط القانوني، بل وتكريسها في النصوص، إلا أننا قد نجد عدم تجاوب القضاء، بما قد يشكل في حد ذاته إنكار إضافي للعدالة.

الدولة يقع على عاتقها إلزام سياسي في إقرار العدالة وتكريسها عملياً، لأن ذلك أحد أسباب وجودها، كما أنها من المحاسن التي تؤسس لفكرة المواطنة. ولأنه في المقابل كذلك حدوث نتيجة بأثر خطير يكون في رفض الدولة تكريس العدالة، القبول بتأبيد الظلم في مواجهة حقوق الأفراد وحرياتهم وتتصل مخالفيها وممثليها عن تصرفاتهم ببقائها دون جزاء، قد ينتج عنه التهوين من القانون الذي تضعه بنفسها<sup>1</sup>.

أما عن الضمانات الإجرائية فقد نصت عليها الدساتير بشكل متباين لتمكين الأفراد من اللجوء مباشرة للقاضي الدستوري بطعن خرق حق أساسي، مثل الحاصل في ألمانيا بتمكين الأفراد إجراء الطعن الدستوري الفردي ضد تصرفات تشريعية أو إدارية أو قضائية.

أما في اسبانيا يوجد إجراء "المبارو" ضد تصرفات إدارية وقضائية، وهذا بإتاحة إمكانية الفرد الطعن بعدم الدستورية لتضرره مباشرة من تنظيم ينتهي إلى إلغائه، والإلغاء يتم النطق به من القاضي الدستوري، شرط أن يتعلق الموضوع بمساس بحق أساسي، وهو ما يحد بعض الشيء من ميدان رقابة الشرعية أو الدستورية<sup>2</sup>. إجراء مفتوح أمام الأفراد يسمح بمنازعة كل تصرف صادر عن السلطات العمومية دونما تضيق.

هذه الآلية عبارة عن إجراء حمائي تتدرج ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية والتي تهدف في أهمها إلى الحماية الحقوق الأساسية للأفراد المصنفة من الدرجة الأولى من المواد 14 إلى 30 من الدستور، بعد إخطار من الأشخاص القانونية سواء طبيعية أو معنوية للقانون العام أو الخاص، المتضررة من تصرف صادر عن السلطات العمومية، سواء إدارية أو قضائية، بل يندرج ضمنها حتى

<sup>1</sup> Favoreu.L : Du Déni de justice en Droit public français, LGDJ, 1964, p02.

<sup>2</sup> Ziller. Jacques : Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe, AJDA n 09, 20 septembre 1999, p640.

التصرف البرلماني الذي يخلو من الطابع التشريعي. تصرفات تكون قابلة للطعن فيها أمام المحكمة الدستورية، عقب الطعن المرفوع أمام القاضي إن لم يكن منصفاً<sup>1</sup>.

أما في بلجيكا والنمسا هناك إمكانية الطعن المباشر ضد التشريعات، طعن قد يخضع أحيانا لهيئة "المدافع عن الشعب" أو بلجوء الفرد مباشرة إلى المحكمة الدستورية لخرق يمس حقوق أساسية.

### 1- رقابة المجلس الدستوري:

القاضي الدستوري يكون المختص بشكل فيه الكثير من المآخذ بالرقابة على دستورية التشريع دونما إشكال والذي قد يثور باستعراض نص المادة 165 التي تشير إلصنف من التصرفات الإدارية الأكثر أهمية والمقصود بها التنظيمية، مع ذلك قد تقلت من الرقابة حال اتصافها بالعمل الحكومي، لأنه يمكن ربطها وان بصعوبة بالتصرفات الإدارية، مثلاً كما فعل الأستاذ "شاببي.ر"، عند استبعاد النظر في تصرفات الجهاز التنفيذي ذات الصلة بالتشريع، كطرح مشروع قانون مع أنها تصرفات قابلة للطعن فيها أمام القاضي الدستوري في باقي النظم في إطار دولة القانون، خصوصاً عند مساسها بمصالح الأفراد. عكس المعمول به في النظام الفرنسي الذي يحوي زوايا مبيّنة ومناطق سوداء تلحق الأذى بحقوق وحريات الأفراد. إذا ما حصل هذا في بدايات التطبيق الدستوري، وإذا ما تمّ إحصاء بهذا الفعل نوع من "إنكار للعدالة" فإن الأمور قد تغيّرت عند قيام القاضي الإداري بالتصدي بجرأة تدريجياً للوضعيات الأكثر وضوحاً، منها أساساً مسألة إنكار حق الأفراد في اللجوء إلى قاض.

القضاة هم من يحدّد إذا ما كان تصرف ما قابل للتقاضي من عدمه، بتصريحهم باختصاصهم أو إعفاء أنفسهم من البت فيه. القاضي الدستوري وحتى

<sup>1</sup> Bon.Pierre: La question d'inconstitutionnalité en Espagne, Revue Pouvoirs, 137, 2011, p123.

الإداري لا يشير بالمرجعية لفكرة أعمال الحكومة، كما نعلم فإن الفقه هو من أسس للنظرية من خلال قرارات القاضي الذي لا يستعمل إلا عبارات حيادية<sup>1</sup>.

ففي النظم المقارنة يوجد دور واسع للمجلس الدستوري في رقابة التشريع في مدى تطابقه مع الدستور، ولا يوجد إشكال مع التنظيم بما أنه مراقب من قضاء مجلس الدولة والذي له كذلك دور في رقابة مشاريع النصوص بالنظر إلى مهامه الاستشارية.

وفي إطار دوره الحمائي ذكر المجلس بأن الدستور يرخص للمشرع أن يمدد اختصاصه دون أن يكون له الحق في التقليل من هذا الاختصاص، ويتعلق هنا برفض الاختصاص السلبي، عيب يؤدي للتصريح بأن القواعد التشريعية قد تكون مخالفة للدستور، كما جاء في قراره المؤرخ في 26-01-1967<sup>2</sup>.

## 2- رقابة القضاء الإداري:

تجب الإشارة إلى أن إسهام القضاء الإداري الواسع في تكريس دولة القانون تطور مع مرور الوقت، لم يعد فقط وسيلة لتصحيح النشاط الإداري أو معاقبة التعسف الإداري، بل أضحت عاملاً لحماية حقوق المرتفقين، عمل أنجز خلال المسار الطويل للاجتهادات القضائية على حركتين:

- تشكيل قواعد شكل وإجراء، موجهة في الأصل لجعل النشاط الإداري أكثر فاعلية.

<sup>1</sup> Favoreu.Louis:Pour en finir avec la « théorie »des actes de gouvernements, Mélanges en l'honneur de Pactet.Pierre :l'éprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Dalloz 2003, p606 a614.

<sup>2</sup> Haquet.Arnaud : La loi et le règlement, LGDJ 2007, p 88.



- قواعد تشكلت تدريجيا في قانون يرمي إلى حماية حقوق المرتفقين<sup>1</sup>.

يتطلب الأمر تفسير قضاء كل من "ليون ودهان" بشكل مناسب لأن الحدّ من الحريات العامة يعد اختصاصا تنظيمي مشروط والذي لا يتدخل إلا "لتكريس" القواعد المحددة مسبقا من المشرع، لكن ضرورات سير المرافق العمومية أو النظام العام تجعل منه اختصاصا غير مشروط وان جرت ممارسته تحت رقابة القاضي<sup>2</sup>.

ومن أوجه حماية حقوق الأفراد إسهامات نفس القضاء من خلال إجراء استعجال-الحرية"، إجراء ورد في نص المادة 521-2 من تشريع العدالة الإدارية: "بإمكان قاضي الاستعجال خلال أجل 24 ساعة إصدار أمر باتخاذ التدابير الضرورية لحماية حرية أساسية يتم المساس بها بشكل خطير وغير شرعي ظاهر من شخص معنوي عام أو خاص مكلف بتسيير مرفق عام في ممارسته لسلطاته، إجراء يتم اتخاذه بعد أن يعرض عليه طلب مبرر بحالة الاستعجال.

ومبدأ "العجلة-الحرية" هو مبدأ تمّ إعداده من أجل حماية الحريات الأساسية، عندما تخرقها الإدارة بشكل خطير، والنيل من الحرية الأساسية يكون نتاج سلوك عملي كما يكون نتاج قرار، بحسب القرار تمّ الاعتراف بعدة حريات جماعية على أنها أساسية بمقتضى الاستعجال، مثل: "حرية التعبير في الاقتراع، حرية المنتخبين المحليين في ممارسة وکالتهم، حرية الاجتماع، الحرية النقابية، حق الإضراب".

<sup>1</sup> Solerconteaux- pierre : Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif, Mél Waline.J, 2002, p377.

<sup>2</sup> Il convient donc de bien interpréter la jurisprudence Labonne-Dahane car la limitation des libertés publiques est normalement une compétence du pouvoir réglementaire conditionnée, qui ne doit intervenir que pour la « mise en cause » des règles fixées préalablement par le législateur.

كما أدخل المشرع الدستوري تعديلاً بنص المادة 71-1 بتاريخ: 23-07-2008، والذي في ظل وجود قواعد حمائية للفرد بشكل مكثف، أورد آلية أخرى ممثلة في هيئة دستورية مستقلة أخذت تسمية محامي الحقوق للدفاع عن المواطنين وحرياته عند التعرض إلى تعسف صادر عن المرافق العامة للدولة والجماعات المحلية<sup>1</sup>.

#### أ- تحديد اختصاص مجلس الدولة التنازعي:

يتضح موقع مجلس الدولة والدور المنوط به جليا في كل من فرنسا والجزائر، بالنظر إلى الصلاحيات المخولة له، بما يدفع إلى جعله مبدئياً حصناً منيعاً للحريات العامة تصدياً لتجاوزات السلطة الإدارية المركزية، ولو رجعنا تاريخياً إلى الوراء لوجدنا أن نص المادة 09 تحدد اختصاص مجلس الدولة بتشريع 24-06-1872 بقولها: "مجلس الدولة يفصل بسيادة في الطعون في مجال التنازع الإداري وفي طلبات الإلغاء بتجاوز السلطة الموجهة ضد التصرفات المختلفة للهيئات الإدارية". نص قد يقترب بعض الشيء من نفس مضمون المادة 09 إن وجد جراً كافية من قضاة مجلس الدولة الجزائري، يتعلق الأمر بالقانون العضوي 98-01 المنظم لمجلس الدولة.

فإرادة فتح ميدان الطعن بتجاوز السلطة لكل تصرفات السلطة التنفيذية يناسب بشكل غير قابل للنقاش نية واضعي تشريع 1872، مثلاً تقرير "باتي" والذي ذكر: "في المستقبل، الأفراد المتعسف في حقوقهم من قبل السلطات، لا يمكنهم التزم الصمت، بل يجب على العكس تسليحهم بالطعون لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة

<sup>1</sup> Le défenseur des droits veille aux respects des droits et des libertés par les administrations de l'état, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi par tout organisme investit d'une mission de service public...il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa .il peut se saisir d'office.

تحت الأنظمة التي نعيش فيها وأي كانت تسمية رئيس السلطة التنفيذية". لكن هذا الشكل قد ينفيه تبني نظرية ذات بعد عضوي فقط<sup>1</sup>.

إلا أن التساؤل المطروح أعلاه حول مآخذ العدالة الإدارية يكمن في تراجع دور مجلس الدولة التنازعي، لهذا يقتضي منطق الحياد عرض أهم الانتقادات التي تعرّض لها القضاء الإداري، من ذلك افتقار قضاته للاستقلالية والحياد وفق ما جاء في نص الفقرة الأولى من المادة: 06-1 من الاتفاقية الأوروبية، من جهة. ومن جهة أخرى، تراكم مهام مجلس الدولة باعتباره في نفس الوقت مستشارا للحكومة وقاضيا، رأّت المحكمة الأوروبية أنّ تراكم المهام هذا غير متلائم مع القواعد الثابتة للحياد.

وفي سياق انتقادات عدالة مجلس الدولة الإدارية، كان القضاء الإداري منذ بداياته محل اتهام بانحيازه وميله للإدارة، انتقاد وان لم يختفي كلية إلا أن التطور القضائي الحاصل والاجتهاد على مرّ السنين تدارك النقائص بالنظر إلى عديد القضايا الصادرة عنه أو التي فصلت فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تستند إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، ففي المادة السادسة من الاتفاقية جاء النص على النحو التالي: "كل شخص له الحق في أن تسمع شكواه بإنصاف، علنياً وفي أجل معقول، وهذا من محكمة مستقلة وحيادية يقرّها التشريع، والحكم يجب أن يصدر بشكل علني".

والإجراء الإداري المعمول به كان محل انتقاد عديد المرات بوجود رؤية نظرية لمسألة حقوق الإنسان، وتجاهل حقائق الواقع رغم التقدّم المسجل، كما وجهت المحكمة الأوروبية دعوات إلى ضرورة وضع توازن في الوسائل بين الفرد والإدارة، ومن أن يكون مجرى النزاع منصفاً، وبأن لا يكون القضاة خاضعين للسلطة

<sup>1</sup> Stech.O:La contribution de la jurisprudence a la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la 3 République, LGDJ 2007, p55 a59.

السياسية، كما دُكرت نفس المحكمة بضرورة أن توجي المحاكم للأفراد بالثقة ومن أن يتم تكريس قواعد وآليات، من ضمن ذلك الحق في قاض، وضرورة استيفاء الحقوق بطريق قضائي، دون اهمال الحق في طعن فاعل أمام هيئة قضائية<sup>1</sup>.

#### -ب- علاقة الادعاء القضائي بحقوق الأفراد:

للحد من حالة الاستبداد كان لابد من فتح الباب أمام السلطة الثالثة للتصدي لحالات التعدي باستيعاب طعون الأفراد، الخطوة التي يسلكها الطاعن بعد تمكين الأفراد من الحق في الادعاء عقب التوجه نحو السلطة الإدارية المختصة المتمسكة بموقفها.

والتحرك القضائي يكون حال المساس الحال والمباشر بمصالح الأفراد، عندما ينتقي التوازن بين سلطة الحكام وحرية المحكومين، قطيعة تخدم دائما مقاصد الأقوياء على حساب الإضرار بالضعفاء. أما وسيلة احترام حقوق الأفراد وحررياتهم المعترف بها، هي الرقابة بنوعيتها الدعوى المباشرة والدفع الفرعي أو الدفع بالامتناع عن تنفيذ النص المخالف للقواعد القانونية، لكن رفض إتاحة الرقابة قد تعود إلى دوافع سياسية، كما قد يعود الأمر إلى موانع تقليدية بتوالي التطبيق على نهج حظر الرقابة على بعض التصرفات.

#### -ج- حق الأفراد في الطعن القضائي:

لقد طرح الأستاذ "جازق"<sup>2</sup> تساؤلا بإمكانه أن يلخص أزمة القواعد القانونية والهيئات القضائية في فترة زمنية بعيدة نسبياً، لم يكن فيه الانتشار الواسع لمسألة

<sup>1</sup> Truch et D, Odent B : La justice Administrative, que sais-je? 2 ed, 2008.ibid, p107.

<sup>2</sup>Jeze.Gaston: Les principes généraux du droit administratif.techniques juridiques du droit public francais, principes, T3, op.cit, p340; Chapus.R : Droitadministratif general,T1,15 édition, Montchrestien

حقوق الأفراد والحماية القانونية التي سعت التشريعات جاهدة إلى تضمينها في المدونات القانونية والإجرائية، وجاء هذا التساؤل بالتعبير التالي: هل هناك تصرفات تكون بطبيعتها غير قابلة للطعن القضائي؟

فأجاب بأن كل تصرف يعبر عن إرادة الحكام أو الأعوان يتوجب أن يخضع للرقابة القضائية. المرتفقين والمحكومين يجب تمكينهم دائما من الحق في الطعن، والذي يسمح لهم برقابة صحة تصرفات الحكام والأعوان، من هيئات منظمة قضائيا وتقتصر وفق الأشكال القضائية، رقابة في طابعها القضائي تعدّ الكيفية الوحيدة التي تمنح ضمانات حقيقية.

لقد جاء على لسان الفقيه "فافورو.ل" بأن الاعتقاد القضائي السائد ينفي كل محاولة فقهية للتمييز بين تصرفات السلطة الرادارية لأن كل التنظيمات محل رقابة في مواجهة التشريع، كما في مواجهة الدستور<sup>1</sup>، واستمر في شرحه قائلاً، بأنه يجب أن نضع في أذهاننا وببساطة بأن كل تصرف إداري من الأكثر سموا في الهرمية ويقصد بذلك المرسوم إلى الأدنى درجة، سواء القرارات أو المناشير التنظيمية أو الفردية، يمكن أن تجابه بالقواعد الدستورية، عملاً بمبدأ القابلية للرقابة.

مثلاً قرار بلدي يمكن أن يطرح للنظر بحجة مخالفته للمادة الثانية من الدستور، والتي تمنع كل تمييز بسبب الأصل، العرق أو الدين، أو بناء على المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والتي تنص على حرية التعبير. بمعنى إمكان الرقابة بقلب العملية، فإن كان التصرف الأدنى درجة مع إمكانية الطعن بعدم شرعيته، فإنه

2001,p262 ; Chapus.R : de la soumission au droit des reglements, Dalloz, 1960,chron, p119.

**Voir aussi :** Favoreu.L, Renoux.S : Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Dalloz 1992, p20 et s.

<sup>1</sup> Favoreu.L, Renoux.S : Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Dalloz 1992, p20 et s.

قابل لأن يطعن من قبل نفس القضاء في دستوريته، ليبقى التساؤل مطروحاً على المرسوم بالأخص التنظيمي والذي يفلت صراحة من رقابة قضاء الشرعية موضوعاً ومن رقابة الدستورية إجراءً.

بما يدفعنا بالتالي إلى ذكر محاولة التمييز المثارة بين التنظيم المستقل، والتنظيم التطبيقي للتشريع، وهذا بحجة أن الأول يكون خاضع مباشرة للدستور، ومن أن الثاني لا يكون له ذلك، في الحالة التي يقوم بتطبيق التشريع، لأن الأخير يكون بمثابة حاجز بينه وبين الدستور. القطيعة مع القانون الدستوري تظهر هنا أنها يقينية، لكنها تبدو في النهاية تكميلية مقارنة مع استمرارية القانون الإداري. إخضاع التنظيمات المستقلة للمبادئ العامة للقانون يؤكد التأثير الضعيف للنصوص الدستورية ويذكر مجدداً بالمشاركة الأساسية للقاضي الإداري في النظام القانوني للسلطة التنظيمية<sup>1</sup>.

أما الضمانات المقررة من القضاء العادي فقد كرس بعض الدساتير سلطة تمكين القاضي العادي من صلاحيات في هذا الشأن، مثلاً في إسبانيا عندما يتعلق الأمر بحق أساسي من المصاف الأول فإن نص المادة 53-2 أقرت بأن الأفراد بإمكانهم التقدم من القاضي العادي طلباً للحماية باستعمال إجراء خاص مؤسس على مبادئ الأولوية والاستعجال<sup>2</sup>.

## خاتمة

حماية حقوق الأفراد وحرياتهم لا تنكسر إلا بالتأكيد على مبدأ الأمان القانوني الذي لا يتحقق إلا بمبدأ آخر أساسي نص فيه الدستور على الحق في التقاضي في مواجهة كافة تصرفات السلطة التنفيذية، لأن كل تاريخ الطعون القضائية، بالأخص

<sup>1</sup> Steck.O : La contribution de la jurisprudence a la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la I<sup>re</sup> République, op.cit, p 533,534.

<sup>2</sup> Favoreu .L : Droit Constitutionnel, op.cit, p807.

طعون تجاوز السلطة ظهرت بقصد الحد المتدرّج من هيمنة الإدارة، فالمواطن في كافة النظم مركز القواعد القانونية ومحور السلطة القضائية، يعتبر جزء رئيسي من علاج إشكالية تراجع الشرعية وحالات انعدام المسؤولية، بتعزيز دوره المواطناتي بالانتظام للدفاع عن حقوقه القانونية.

ولا يتحقق هذا إلا في ظل وجود استقلالية حقيقية للسلطة القضائية التي كرستها نصوص الدستور، فالقواعد القانونية موجودة على مستوى النص الأساسي، من ذلك ما جاء في نص المادة 138 وما يليها، أكد فيها المشرع الدستوري على استقلالية السلطة القضائية وأنها تضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية، لكنه مجهود لم يكتمل لوجود عوارض قانونية تضاف إليها موانع عملية وإجرائية، من ذلك أن رقابة المجلس الدستوري يغلب عليها الطابع السياسي في تركيبته ومهامه وعجز الهيئة تقنيا من تمكين الأفراد من الدفاع عن حقوقهم الدستورية. كما قد تعود الأسباب إلى المنع المتوارث والناجم عن سلطة سياسية وإدارية مركزية منغلقة على نفسها ومتوجسة من سلطة قضائية مستقلة. تقليد لم يخضع للتحقيق والدراسة الدقيقة والنقدية، يعد من بين القواعد الكلاسيكية في القانون العام، قبل أن يتم صياغته في تشريعات أو في أوامر، وبرغم اختلاف جهود هذه القواعد، إلا أننا نجد في هذه الموانع نفس الأفكار المعبر عنها بشكل متشابه منذ أن تمّ تكريس المركزية الحكومية والإدارية.

ومن الاستنتاجات التي يمكن أن نخلص إليها تأتي عقب استطلاع ثقل التقاليد التي يخضع لها النظام القيمي للقواعد، بما يسمح بالقول أن هذا الأخير يبقى محكوماً بنفس المعتقدات المتوارثة، فهناك ارتباط وطيد بين الشرعية والعدالة فالسلطة والمؤسسات تكون شرعية إذا ما عدت تصرفاتها عادلة، وتكون غير شرعية عند تواجد امتيازات وريوع ووضعيات تفضيلية داخل المجتمع الواحد.

كما أن هناك معيار آخر يتقرر في الفاعلية والتي لا يمكن تقديرها إلا مقارنة بأهدافها، سلطات ومؤسسات تكون غير فاعلة لانفرادها بانعدام الثقة.

أما المعيار الثالث يتحدد في الاعتراف بالديمقراطية الحديثة التي تساهم في إنشاء مطلب للشفافية والتفهم، لأنه عندما يكون سير المؤسسات الدستورية غامضاً وفي ظل تواجد فاصل بين المبدأ والواقعان الشرعية لا يمكنها الظهور، بما أن الشكوك تنشأ من غياب الوضوح والعجز من تقدير ما يجري في المجتمع والصعوبة المتزايدة من التحكم في الواقع<sup>1</sup>.

الضمان الحقيقي لدولة القانون ليس بأيدي ممثلي الشعب وحدهم بل أن كلمة الفصل فيه تعود للحكومة وتحديدًا للجهاز التنفيذي، فكلما تزايد تأهيل معياري في شكل تنظيمي بما يلزم ذلك من تجاوزات تكون بمنأى عن رقابة النواب، وبشكل أقل يصل القضاة إلى ممارسة رقابتهم بفاعلية.

وفي وقتنا هذا القواعد لا تكون دقيقة دون أن تكون "تقنية والتقاليد الكبرى للحرية أظهرت في تعددية السلطات والتمثيل السياسي تتعدّد الأجهزة، وبالتالي يتقرر الضمان الحقيقي للحرية. القانون الدستوري والحرية ضروريان لتنظيم العلاقات وتحديد اختصاصات ممارسة السلطة، إذا ما استطاعت دولة القانون العثور على التوازن الفاعل، عندها يكون قد تحقق أقصى ما هو مطلوب من القاعدة القانونية في السياسة، ولكن إذا ما كان هدفها استبدال الآثار التي تنتجها فقط تعددية السلطات، بتعدد الحتميات القانونية، فتكون عندها قد أساءت للحرية إذا ما كان الأفراد والمصالح والسلطات السياسية على استعداد للتواجد بشكل متجاور والبقاء الواحدة

<sup>1</sup> Tanger.Nicolas : Le dictionnaire de la république, la légitimité et la légalité p209.



إلى جانب الأخرى بعيداً عن منطق المواجهة والصراع، فإن القواعد القانونية على العكس من ذلك لها منطقتها واستعدادها المجبول على "الهرمية"<sup>1</sup>.

ليبقى أهم جانب في إرساء دعائم دولة القانون حماية لحقوق الأفراد تكريس قواعد شرعية أعمال السلطة الإدارية ومسؤولية القائمين عليها القانونية والقضائية، وهذا بتفعيل تعديلات في النظام القانوني والقضائي على مستويين موضوعي مؤسستي و إجرائي حقوقي :

- المستوى الأول الموضوعي والمؤسستي يكمن في ضرورة طرح إجراءات عملية لتكريس الحقوق المنصوص عليها دستورا، فان ذكرت النصوص بأن الحقوق والحريات الأساسية مضمونة ، تتساءل عن نوع الضمانات الواجب توفيرها سواء اجرائية وقضائية، وهذا بالنص على قانون عضوي يحدّد كميّات تطبيقها.

- أما المستوى الثاني الإجرائي والحقوقي، يتحدّد في ضرورة إقرار رقابة الإلغاء اتجاه كافة التصرفات ذات الطابع الإداري، أي كان مصدرها أو مستوى القائم عليها، مع تثبيت مبدأ الأمان القانوني للأفراد في الادعاء والاعتراف بحق التقاضي في مواجهة أعمال السلطة الإدارية، والاعتراف على أقل تقدير بحقهم في الدفع الفرعي إزاء قرارات إدارية تستمد بدورها وجودها كما انعدام شرعيتها من تصرفات تنظيمية مركزية، وهذا ما يساعد على توسيع دائرة اختصاص مجلس الدولة التنازعي واستعادة القضاء الإداري لاختصاصاته كاملة دون اجتزاء في رقابة شرعية كافة تصرفات السلطة التنفيذية والتي تمس بحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية أو العامة.

<sup>1</sup> Leisner. Walter: L'état de droit une contradiction? Mélanges Eisenmann. CH, 1974, p76 et 78.

### قائمة المراجع:

#### أولاً: باللغة العربية:

- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة: محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2009.
- بودة محمد، سلطة الوزير الأول التنظيمية (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن أحمد 2، سنة 2014.

#### ثانياً: باللغة الفرنسية:

- Barthéllemy. Joseph, Duez.Paul : Traité de droit constitutionnel, éd Panthéon, 2004.
- Bon.Pierre: La question d'inconstitutionnalité en Espagne, Revue Pouvoirs, 137,2011.
- Carre-De malberg. Raymond: Contribution à la théorie générale de l'état, éd Dalloz, 2004, T1.
- Chapus.René : Droit administratif general, T1, 15 éditions, Montchrestien 2001.
- Chapus.R : de la soumission au droit des reglements, Dalloz1960, chron.
- Favoreu.L : Du Déni de justice en Droit public français, LGDJ, 1964.

- Favoreu Louis, Patrick Gaia, RichardGhevontian, Jean- Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni : Droit constitutionnel, Dalloz ,3éd, 2000.
- Favoreu.Louis:Pour en finir avec la « théorie »des actes de gouvernements, Mélanges en l'honneur de Pactet.Pierre :l'éprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Dalloz 2003.
- Favoreu.L, Renoux.S : Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Dalloz 1992.
- Haquet.Arnaud : La loi et le règlement, LGDJ 2007.
- Leisner. Walter: L'état de droit une contradiction? Mélanges Eisenmann.CH, 1974.
- Jeze.Gaston: Les principes généraux du droit administratif.techniques juridiques du droit public francais, principes, T3.
- Soler conteaux- pierre : Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif, Mél Waline.J, 2002.
- Stech.Olivier: La Contribution de la jurisprudence a la renaissance du pouvoir réglementaire central sous la I<sup>ère</sup> République, LGDJ 2007.
- Truchet D, Odent B : La justice Administrative, que sais-je? ,2 ed, 2008.
- Tanger.Nicolas : Le dictionnaire de la république, la légitimité et la légalité.

- Tremeau Jérôme: La réserve de la loi, compétence législatif et la constitution, Thèse de Doctorat, Economicap.u.aix.Marseille.
- Ziller. Jacques : Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe, AJDA n09, 20 septembre 1999.
- Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires: Premier Ministre, conseil d'état, 2<sup>e</sup> édition, mise à jour 2007, la documentation française.