

الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية والرقابة القضائية عليها

بقلم الأستاذ : بومدين أحمد

أستاذ مساعد بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة الدكتور مولاي الطاهر، سعيدة

ملخص المقال:

إن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن يكون البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية . وبمقتضى هذه السلطة يتولى سن القوانين ، في حين تتولى السلطة التنفيذية تنفيذها.

بيد أن التطور الذي عرفته المجتمعات والظروف الصعبة التي مرت بها الكثير من دول العالم دفع إلى التخفيف من حدة ذلك المبدأ عن طريق السماح للسلطة التنفيذية بالقيام بالوظيفة التشريعية استثناء وفي حالات محددة ، وذلك إما بتفويض من البرلمان وهو قائم ، أو في حال غياب البرلمان، أو في حال عدم قدرته على توفير الأدوات القانونية بالسرعة الكافية التي تحتاجها الحكومة للتغلب على ظروف استثنائية غير متوقعة.

وتعد الأوامر التشريعية الأداة القانونية التي بمقتضاها أصبحت السلطة التنفيذية تتدخل في الوظيفة التشريعية. وبالنظر إلى عدم التوافق بين جهاز الإصدار والعمل المتخذ.

وبالنظر إلى أن التدخل في الوظيفة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية أصبح يتخذ ثلاث صور، فإنه يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الأوامر: الأوامر التفويضية وأوامر غيبة البرلمان والثالثة أوامر الحالة الاستثنائية، ومن ثم فالبحث سينصب حول بحث الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية من خلال موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

مقدمة:

إن الأخذ بمبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن يكون البرلمان هو صاحب السلطة التشريعية. وبمقتضى هذه السلطة يتولى سن القوانين، في حين تتولى السلطة التنفيذية تنفيذها.

بيد أن التطور الذي عرفته المجتمعات والظروف الصعبة التي مرت بها الكثير من دول العالم دفع إلى التخفيف من حدة ذلك المبدأ عن طريق السماح للسلطة التنفيذية بالقيام بالوظيفة التشريعية استثناء وفي حالات محددة، وذلك إما بتفويض من البرلمان وهو قائم، أو في حال غياب البرلمان، أو في حال عدم قدرته على توفير الأدوات القانونية بالسرعة الكافية التي تحتاجها الحكومة للتغلب على ظروف استثنائية غير متوقعة.

وتعد الأوامر التشريعية الأداة القانونية التي بمقتضاها أصبحت السلطة التنفيذية تتدخل في الوظيفة التشريعية. وبالنظر إلى عدم التوافق بين جهاز الإصدار والعمل المتخذ.

وعليه، فإن التساؤل يطرح حول الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية ومعرفة ما إذا كانت هذه الأخيرة تعتبر قرارات إدارية فتخضع بالتالي للنظام القانوني للقرارات الإدارية لصدورها عن السلطة التنفيذية. أم تعتبر قوانين تخضع للنظام القانوني للقانون العادي بالنظر إلى تدخلها في مجال القانون.

إن لتحديد الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية أهمية كبيرة إذا المسلم به أن القرارات الإدارية يمكن إلغاؤها والتعويض عنها أمام القضاء الإداري، بينما القوانين لا يمكن أن تخضع سوى لرقابة دستورية القوانين.

لقد تردد الفقه والقضاء في هذا الصدد بين معيارين، هما المعيار العضوي والمعيار الموضوعي، إلا أنه يمكن القول بغير تردد أن المعيار العضوي مازالت له الغلبة في القانون العام الفرنسي والمصري والجزائري في التفرقة بين الأعمال التشريعية والأعمال الإدارية، ولما كانت الأوامر التشريعية بحسب المعيار العضوي تعتبر قرارات إدارية، ووفق المعيار الموضوعي تعتبر قوانين. اختلف الفقه والقضاء بشأن تحديد الطبيعة القانونية لها وظهرت عدة نظريات بحثت في طبيعتها القانونية.

وبالنظر إلى أن التدخل في الوظيفة التشريعية من قبل السلطة التنفيذية أصبح يتخذ ثلاث صور، فإنه يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من الأوامر الأولى الأوامر التفويضية والثانية الأوامر صادرة في غيبة البرلمان والثالثة أوامر الحالة الاستثنائية، ومن ثم فالبحث سينصب حول بحث الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية، لتلها أوامر غيبة البرلمان، وأخيرا أوامر الحالة الاستثنائية من خلال موقف الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

المبحث الأول: الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية

تبنى أول دستور للجمهورية الجزائرية المستقلة الصادر بتاريخ 10 سبتمبر 1963 أسلوب التشريع التفويضي الذي أقر لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر بناء على تفويض من المجلس الوطني فنصت المادة 58 على أنه: «يجوز لرئيس الجمهورية أن يطلب من المجلس الوطني التفويض له لمدة محددة قصد اتخاذ تدابير ذات صبغة تشريعية عن طريق أوامر تشريعية تتخذ في نطاق مجلس الوزراء وتعرض على مصادقة المجلس في أجل ثلاثة أشهر».

ويعد نص المادة 38 القاعدة العامة لتنظيم التفويض التشريعي في فرنسا في ظل دستور 1958 الحالي 1 ، وقد درج الدستور المصري على إطلاق تسمية اللوائح التفويضية عن القرارات بقوانين التي تصدرها السلطة التنفيذية لتنظم بها المسائل التي لا يتناولها إلا التشريع، وذلك بتفويض خاص من السلطة التشريعية بمقتضى نص المادة 108 من الدستور الحالي 2.

إن الحديث عن الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية . يدفعني إلى استعراض موقف الفقه الفرنسي من خلال نظرياته القانونية التي كان لها الأثر البارز في التكييف القانوني لها، وذلك في مطلب أول. بينما خصصت المطلب الثاني لعرض موقف القضاء منها. واكتفيت بموقف القضاء الإداري الفرنسي الذي لعب دورا كبيرا في تحديده للطبيعة القانونية للأوامر التفويضية، وهي نفس المبادئ التي استقر عليها القضاء الإداري المصري.

1 جاء نص المادة 38 على أنه: « يجوز للحكومة أن تطلب من البرلمان بمناسبة تنفيذ برنامجها ، أن يرخص لها في خلال مدة محدودة أن تتخذ عن طريق الأوامر إجراءات تدخل عادة في نطاق القانون ، وتصدر هذه الأوامر في مجلس الوزراء بعد أخذ رأي مجلس الدولة .

وتكون نافذة المفعول من تاريخ نشرها، على أنها تصبح لآغية إذا لم يعرض مشروع القانون الخاص بإقرارها على البرلمان قبل نهاية المدة المحددة في قانون التفويض، وبانتهاء الفترة المذكورة في الفقرة الأولى لا يجوز تعديل الأوامر التي تنظم مجالات تدخل في النطاق التشريعي إلا بقانون».

2 جاءت المادة 108 من دستور جمهورية مصر العربية الحالي لسنة 1971 المتضمنة النص التالي: « لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفي الأحوال الاستثنائية بناء على تفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثي أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة ، وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات والأسس التي تقوم عليها ، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب في أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض ، فإذا لم تعرض أو عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون» .

المطلب الأول: موقف الفقه الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية

ظهر الجدل في الفقه الفرنسي مبكرا حول الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية. تمخض عن ذلك قيام نظريات قانونية كان لها الأثر الكبير في التكييف القانوني لها، و بناءا عليه أستعرض موقف الفقه الفرنسي ، ثم موقف الفقه المصري ، فموقف الفقه الجزائري.

الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي

اختلف الفقه الفرنسي في ظل الدساتير الفرنسية عامة حول تحديد الطبيعة القانونية للمراسيم أو الأوامر التفويضية التي تصدرها الحكومة استنادا للقوانين التفويضية، وقد عرض الفقه الفرنسي في تحديده لطبيعة المراسيم أو الأوامر التفويضية آراء ونظريات عديدة أهمها: نظرية التفويض التشريعي ، ونظرية توسيع الاختصاص اللائحي ، ونظرية بونار الراجحة في الفقه الفرنسي ، وبناءا على ذلك سنستعرض هذه النظريات تباعا مع إيضاح موقفها والآثار المترتبة عن الأخذ بها والانتقادات التي وجهت إليها وفق ما يأتي :

أ_ نظرية التفويض التشريعي

وهي النظرية الأقدم تاريخيا وإن كان معظم الفقه الفرنسي قد هجرها وبمقتضاها فان الصلاحية التي يعطيها البرلمان للسلطة التنفيذية والتي من شأنها أن يكون للحكومة إصدار لوائح في نطاق القانون، إنما هي تفويض حقيقي للوظيفة التشريعية. ويترب عن ذلك أن تكتسب قرارات الرئيس خصائص العمل التشريعي الصادر عن البرلمان ومن ثم تخرج هذه الأعمال من نطاق رقابة الإلغاء التي يمارسها القضاء الإداري على القرارات الإدارية اكتفاء برقابة البرلمان عليها عند عرضها¹.

1 سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، طبعة 2003، الإسكندرية، مصر، ص 280.

وقد فسر أنصار نظرية التفويض التشريعي انتقال الاختصاص من البرلمان إلى الرئيس بتفسيرين ، الأول استند إلى قواعد الوكالة في القانون المدني ، إذ يقوم المشرع بوصفه موكلا بنقل جزء من اختصاصه إلى رئيس الجمهورية الذي يتصرف باعتباره وكيلًا ، وتعتبر تصرفات الرئيس إذا صدرت في حدود التفويض كما لو أنها كانت صادرة عن البرلمان ، فهناك إذن نقل حقيقي للسلطة التشريعية بمقتضاه يتصرف الرئيس باسم البرلمان ونيابة عنه ، ولذلك فإن العمل الصادر من الرئيس يحوز خصائص وقوة العمل التشريعي الصادر من البرلمان¹ .

ثم عدل الفقه الفرنسي عن هذا التفسير إلى تفسير ثان لإضفاء صفة الشرعية على نظرية التفويض التشريعي والذي قام على فكرة مؤداها أن تفويض السلطة التشريعية عمل تبرره الاعتبارات العملية ، وأن تنازل البرلمان عن سلطاته التشريعية مرده وطأة الضرورات العملية ، مع عدم التسليم بالطبيعة التشريعية لها ، فالتفويض لا يؤثر على طبيعة قرارات الرئيس ، فهي أعمال إدارية خاضعة لرقابة القضاء² .

وفي تقدير غالبية الفقه الفرنسي ، أن الأمة هي صاحبة الاختصاص الأصيل والتي تملك السلطة التشريعية وهي التي فوضت البرلمان نفسه في ممارسة هذه السلطة و بالتالي البرلمان هو نفسه مفوضا من الأمة ونتيجة لذلك يكون تفويض البرلمان للحكومة مستحيل قانونا أسوة بالتصرفات الأخرى التي منحها الدستور للسلطة التشريعية ، كما أن السلطة التشريعية وظيفتها عهد بها الدستور إلى البرلمان وليست حقا له يملك التصرف فيه أو التنازل عنه ، فليس للبرلمان أن يفوض من جديد هذا الاختصاص أو تلك الوظيفة عملا «بمبدأ عدم جواز تفويض السلطة»³ .

1 عمر فهد حلي ، الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي والبرلماني ، دراسة مقارنة ، طبعة 1985 ، مصر ، ص 244 .

2- المرجع نفسه ، ص 246 .

3- يمثل هذا الرأي موقف الفقه الفرنسي قبل تنظيم أسلوب التفويض التشريعي دستوريا في

ب. نظرية توسيع الاختصاص اللائحي

إزاء الانتقادات التي وجهت إلى نظرية التفويض التشريعي ، ظهرت نظرية توسيع الاختصاص اللائحي للسلطة التنفيذية ، وطبقا لهذه النظرية فإن البرلمان حين يرخص للسلطة التنفيذية في تنظيم بعض المسائل ، فإنه لا يفوضها في ممارسة الوظيفة التشريعية ، ولكن يوسع نطاق اختصاصها العادي ، بأن يسند إليها اختصاصا جديدا ، ذلك أن دستور الجمهورية الثالثة لعام 1875 لم يحدد مقدما المواد التي يختص بتنظيمها المشرع والمواد التي تختص بها السلطة التنفيذية ، ولكنه بنصه على أن هذه السلطة تلتزم بتنفيذ القوانين ، يكون قد أناط بالبرلمان القيام بهذا التحديد¹.

وينبغي على ذلك ، أن البرلمان يملك أن يعهد إلى الحكومة بتنظيم بعض المسائل ، التي يرى عدم ملائمة تنظيمه لها ، مما يؤدي إلى انكماش نطاق المواضيع التي يختص بها ، واتساع نطاق المواد التي تختص بتنظيمها الحكومة ، وحين تصدر السلطة التنفيذية لوائح تنظم بها ما عهد إليها بتنظيمه ، فإنها تكون قد نفذت القانون الصادر في هذا الشأن وهو ما ألزمها به الدستور².

يؤدي الأخذ بهذه النظرية إلى اعتبار اللوائح التفويضية مجرد قرارات إدارية عادية من حيث طبيعتها لأنها صادرة من السلطة التنفيذية وفي مجال اللائحة بعد توسيعه ، ومن ثم فهي طبقا للمعيار الشكلي أو الموضوعي عملا إداريا ، وذلك على أساس أنه يمكن

دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958 ، فقد جرى العرف في فرنسا خلال الجمهوريتين الثالثة والرابعة على تفويض السلطة التنفيذية التشريع في نطاق محدد من قبل البرلمان الفرنسي ، رغم عدم وجود نص في الدستور يعترف للبرلمان بصلاحيه التفويض. تجدر الملاحظة أن النظريات التي بحثت في الطبيعة القانونية من قبل الفقه الفرنسي تمت قبل دسترة التفويض التشريعي.

المرجع نفسه، ص247.

1- أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1978، القاهرة، مصر، ص86.

2- المرجع نفسه ، ص87.

للقانون أن يحول مسألة من المجال التشريعي إلى المجال اللائحي ، ولكنه لا يستطيع أن يحول طبيعة الأعمال التي ستنظم هذه المسائل ، وبالتالي فإن هذه الأعمال تحتفظ بطبيعتها القانونية الثابتة والمحددة لها ابتداء بالنظر إلى الجهاز الذي أصدرها وعليه فهي لا تكتسب حصانة القوانين ، بل تخضع لرقابة الإلغاء شأنها شأن سائر القرارات الإدارية¹.

بيد أن الفقه قد اختلف بصدد تفسير قدرة اللوائح التفويضية، وهي عمل إداري لدى أنصار هذه النظرية، على تعديل وإلغاء القوانين القائمة.

فذهب البعض إلى الأخذ بتفسير تعطيل أو وقف مبدأ خضوع اللائحة للقانون ، ومؤداهما أن قانون التفويض إذ يحدد أو يوسع اختصاص اللائحة يوقف في نفس الوقت مبدأ خضوع اللائحة للقانون ، مع ملاحظة أنه في ظل دستور 1958 الفرنسي ، حيث يوجد نطاق محتجز لكل من القانون واللائحة ، فإن توسيع السلطة اللائحية لا يتعلق بنطاق اللوائح المستقلة كما كان الأمر في ظل لوائح الجمهوريتين الثالثة والرابعة ، وإنما يتعلق باللوائح التقليدية (التنفيذية) وذلك لأنه في مجال اللوائح المستقلة طبقا للمادة 37 من الدستور لا توجد ولا تتدخل القوانين ، ولما كانت الأوامر التفويضية هي لوائح تتدخل في موضوعات القانون أي في نطاقها المحتجز دستوريا ، فإن العلاقة بين القانون واللائحة داخل هذا النطاق الأخير فقط هي التي تتعدل ، ولذلك فإن توسيع الاختصاص اللائحي لا يعني شطب أحد موضوعات المجال التشريعي لصالح اللائحة ، بل تبقى هذه الموضوعات من اختصاص البرلمان، ولكن الأثر الوحيد لقانون التفويض هو أن يكون من حق السلطة اللائحية التقليدية (التنفيذية) التدخل في مجال التشريعي أو تعديل القوانين، وعليه ، فإن الموضوعات التشريعية تبقى تشريعية ، القوانين تظل قوانين واللوائح تستمر لوائح ، إنه مبدأ خضوع اللوائح التقليدية للقانون هو الذي يتوقف².

1- عبد العظيم عبد السلام، الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2004، مصر. ص 127.

2- سامي جمال الدين، المرجع السابق، 281.

ثم عدل الفقه عن التفسير السابق إلى تفسير التجريد التشريعي ، ومعنى ذلك أن قانون التفويض مجرد بعض القوانين ، وهي التي ستكون محلا للتشريع بواسطة اللوائح التفويضية من صفة القانون وبالتالي قوته ، بحيث ينزلها إلى مرتبة اللوائح ، ومن ثم يمكن للوائح التفويضية وهي مجرد قرارات إدارية تنظيمية أن تعدل أو تلغى تلك القوانين باعتبار أنها جميعا أصبحت في درجة واحدة من القوة وبالتالي فإن اللاحق منها يستطيع أن يعدل في السابق وينسخه ، وفي رأي البعض فإن هذا التجريد لا يترتب فور صدور القانون وإنما يترتب عندما تتدخل الحكومة فعلا وتتولى بالتنظيم مسائل معينة يقتضى تنظيمها المساس ببعض القوانين القائمة ، فحينئذ يتحقق تجريد هذه القوانين من القوة القانونية ومن صفتها بحيث تنزل إلى مرتبة القرارات الإدارية العادية وطبيعتها ، وبذلك فإن التجريد لا يتم إلا إذا تحقق شرط تدخل السلطة التنفيذية فعلا وتناولها بالتعديل أو الإلغاء أحد النصوص القائمة ، بمعنى أن التجريد يكون مشروطا بعمل الحكومة¹.

ومع ذلك فإنه يعيب هذه النظرية أنه من الصعب الاعتراف للمشرع بإمكانية نزع صفة أو قوة القانون من أحد الموضوعات حتى ولو مؤقتا ، ذلك أن تعديل القوة القانونية للعمل ليس لأحد سوى المشرع الدستوري أن يقوم به وبنص صريح في الدستور، وبالإضافة إلى ذلك فإن المادة 34 من الدستور، طبقا لهذا التفسير ، تتحدد موضوعاتها وتتعدل لحساب السلطة اللائحية بواسطة قانون عادي هو قانون التفويض ، وهو ما يتعارض من نص هذه المادة ذاتها والتي تقضي بعدم جواز تعديلها إلا عن طريق قانون أساسي ، ومن ثم يعد ذلك التعديل أو بالأحرى التجريد مخالفا للدستور، وحتى مع التسليم جدلا بصحة هذه النظرية فإنها لا تصلح إلا إذا كان قانون التفويض قد حدد سلفا وعلى وجه التحديد القوانين التي سيجردها من هذه الصفة ، وهو ما لا يحدث غالبا².

1- عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق، ص 127. وكذلك عمر فهمي حلمي، المرجع السابق، ص 260.

2- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 282.

وعلى هذا الأساس ، فإن نظرية توسيع السلطة اللائحية هي بحق تحايل قصد به في فترة من الفترات في ظل الجمهورية الرابعة في (فرنسا) تبرير نظام يصطدم مع المشروعية، وحاول الفقه التمسك بها في ظل نظام الجمهورية الخامسة الذي يجعل من هذا النظام أمرا مشروعاً ، دون أي سند قانوني أو مبرر مقبول ، ولكنها لم تعد مقبولة الآن.

ج. الاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي :

لمواجهة عيوب كل من نظرية التفويض التشريعي التي تنتهي إلى أن طبيعة اللوائح التفويضية هي طبيعة وقوة العمل التشريعي ، وتوسيع السلطة اللائحية التي تنتهي إلى نقيض ذلك باعتبار أن طبيعة اللوائح التفويضية هي طبيعة وقوة العمل الإداري ، اتجه جانب كبير من الفقه في فرنسا إلى رأي سبق وأن أبداه الفقيه بونار ومضمونه: « أن اللوائح التفويضية تمر بمرحلتين تختلف خلالهما طبيعتها وقوتها القانونية . المرحلة الأولى وهي السابقة على عرض اللوائح التفويضية على البرلمان لإقرارها ، وفي هذه المرحلة تعتبر اللوائح التفويضية أعمالاً تشريعية وذلك من الناحية الموضوعية وتتمتع بقوة القانون، ومن ثم فإنها تكون قادرة على تعديل وإلغاء القوانين القائمة وتستمد تلك اللوائح طبيعتها التشريعية وقوتها القانونية هذه من قوانين التفويض ، ولكن نظراً لصدور هذه اللوائح من السلطة التنفيذية ، فإنها تعتبر من الناحية العضوية (الشكلية) قرارات إدارية تخضع بهذه المثابة لرقابة القضاء ، ويمكن للقضاء إذا ما ثبت لديه عدم مشروعيتها بمخالفتها لقانون التفويض إن يحكم بإلغائها شأنها في ذلك شأن القرارات الإدارية الأخرى¹ .

1- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 282.

أما المرحلة الثانية ، وهي المرحلة اللاحقة لعرضها على البرلمان وإقراره لها ، فإن اللوائح التفويضية تتحول إلى قوانين وتصبح أعمالاً تشريعية من الناحية العضوية بالإضافة إلى كونها كذلك من الناحية الموضوعية ، وما دامت قد أصبحت قوانين فإنها لا تخضع في (فرنسا) لرقابة القضاء ولا يجوز التعريض لها بالإلغاء أو فحص الشرعية ، لأنها خرجت من دائرة القرارات الإدارية التي تسري عليها هذه الرقابة ، ودخلت في نطاق القوانين حيث لا تجري عليها الرقابة¹ .

وخلاصة هذا الرأي أنه بالنسبة للرقابة القضائية، تعتبر اللوائح التفويضية عملاً إدارياً قبل تدخل البرلمان ولكنها تحوز طبيعة العمل التشريعي بعد إقرار البرلمان لها. أما في مواجهة القوانين فهي دوماً عملاً تشريعياً قبل وبعد تدخل البرلمان. وأن رقابة القضاء الإداري للأوامر التفويضية يقتصر الطعن فيها بالنظر إلى قانون التفويض لا غير، ولا يمكن ليد القضاء أن تمتد لرقابة دستورتها، ذلك أن وظيفة القاضي تقتصر على مراقبة الأوامر بالنظر إلى قانون التفويض الذي صدرت بناء عليه.

الفرع الثاني: موقف الفقه المصري

نهج الفقه المصري نفس منهج الفقه الفرنسي في تحديده للطبيعة القانونية للوائح التفويضية ، غير أن فيصل موقف الفقه كان بإنشاء المحكمة الدستورية العليا التي أنهت دور القضاء الإداري في رقابته للوائح التفويضية ومن ثم فقدان موقف الفقه المصري قبل نشأة المحكمة الدستورية العليا لقيمتها العملية .

1- عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 130.

أولاً: موقف الفقه المصري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا:

اتجه غالبية الفقه المصري إلى نفس الرأي الذي أبداه الفقه الفرنسي في تحديده للطبيعة القانونية للوائح التفويضية ، من خلال التمييز بين مرحلتين الفاصل فيما يتمثل في موافقة مجلس الشعب والذي يترتب عنه تحول اللائحة التفويضية إلى قانون كسائر القوانين بعدما كانت عملاً إدارياً خاضعاً لرقابة القضاء الإداري¹.

بيد أن اتجاه آخر في الفقه المصري يرى أن القرارات بقوانين تبقى محتفظة بطابعها الإداري، وأن ليس لموافقة البرلمان سوى إضفاء القوة القانونية دون تأثير في طبيعته، فقد ذهب الدكتور سامي جمال الدين إلى القول: «أن الرأي الصواب في هذا الشأن هو ذاته ما سبق وأن أبديناه في شأن اللوائح التشريعية ، وخلصته هنا أن اللائحة التفويضية تكتسب منذ صدورها طبيعة الأعمال الإدارية فتكون قابلة للطعن ضدها بالإلغاء وبالنسبة لتدخل البرلمان بإقرار هذه اللائحة ، فإنه ينبغي أن نفرق بين أسلوبين في هذا الإقرار، إما بإصدار قانون استناداً إلى وظيفة التشريع ، أو بأسلوب التصديق نتيجة ممارسة سلطة الرقابة. وفي هذه الحالة فلا يمكن أن تؤدي هذه الرقابة إلى تعديل طبيعة العمل الإداري وتحويله إلى عمل تشريعي ، خاصة وأن هذا التعديل ينتهي إلى تحصين العمل من رقابة القضاء أما بصورة مطلقة كما هو الحال في فرنسا ، وإما بصورة جزئية ولكن جسيمة كما هو الحال في مصر².

وفي الوقت ذاته، فإن هذا التصديق ليس سوى ضماناً وهمية باعتباره نوعاً من الرقابة البرلمانية، وذلك لأنه ليس أمام أعضاء البرلمان سوى رفض مجموع الأحكام الواردة في المشروع أو قبولها في مجموعها ، وبذلك وعن طريق هذا التصويت الشامل، يمكن للحكومة إدراج ما لا يرغبه البرلمان بين الأحكام التي يوافق عليها . وهو ما يجعل الرقابة القضائية أمراً لا غنى عنه³.

1- سليمان الطماوي ، النظرية العامة للقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الخامسة 1988، مصر. ، ص481.

2- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص582.

3- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص782.

وعلى ذلك، وتطبيقا للمعيار العضوي، فإن اللوائح التفويضية في مصر، هي أعمال إدارية بطبيعتها. وهي بتلك الصفة تخضع لرقابة القضاء الإداري على مشروعيتها ما دامت قائمة، أما قوتها القانونية، فإنها استنادا لنص الدستور وتطبيقا لنظرية الضرورة تتمتع بقوة القانون منذ صدورها صحيحة، فيكون لها تعديل وإلغاء القوانين القائمة في حدود ما ورد بقانون التفويض ذاته.

والخلاصة أن الأوامر التفويضية باعتبارها عملا إداريا، تخضع رغم تمتعها بقوة القانون، لرقابة القضاء الإداري وهي رقابة تماثل مثلتها بشأن اللوائح المستقلة. سواء فيما يتعلق بدعاوي الإلغاء والتعويض وفحص الشرعية أو بالدفع بعدم الشرعية وكذلك التفسير أمام القضاء الإداري أو المدني»¹.

إن ما ذهب إليه الدكتور سامي جمال الدين من إمكانية إخضاع اللوائح التفويضية لرقابة القضاء الإداري سواء قبل أو بعد مصادقة البرلمان، استنادا إلى الطبيعة القانونية للعمل، وتمسكه بضمانه الرقابة القضائية على اللوائح التفويضية له تفسير واحد تمثل في غياب ضمانه الرقابة اللاحقة على اللوائح التفويضية بعد مصادقة مجلس الشعب والذي من شأنه أن يعرض الحقوق والحريات إلى الضرر الأكبر. أما وبعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي أصبح لها شأن في الرقابة على اللوائح فلم يعد هاجس التخوف قائما حتى ولو اكتسبت اللائحة صفة القانون مادام أنها لن تنجو من رقابة المحكمة الدستورية العليا والتي يترتب عن حكمها نفس الآثار المترتبة عن رقابة القضاء الإداري لمشروعية اللوائح بالنظر إلى قانون التفويض قبل مصادقة البرلمان عليها.

ثانيا : موقف الفقه المصري بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا:

ذهب الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي إلى أن هذا النوع من اللوائح - اللوائح التفويضية- يجوز الطعن فيه بالإلغاء لدى مجلس الدولة على أساس أن هذه اللوائح

1- سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص288.

قد أصدرت بقرارات من السلطة التنفيذية ، فهي قرارات إدارية وفقا للمعيار الشكلي (أو العضوي) ، فإذا ما عرضت على مجلس الشعب وأقرها ، فإنها بهذا الإقرار تصبح من قبيل التشريعات وتكتسب الحصانة التي تتمتع بها سائر القوانين ، فأمرها قبل إقرارها من مجلس الشعب يغير أمرها بعده¹.

وتساءل الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي بقوله : ولكن ماذا يبقى لمجلس الدولة من رقابة بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا ؟ .

فقد أجاب بأن: هناك أصل عام أريد له أن يكون واضحا:

أنه إذا خالفت اللائحة قانونا فإن الرقابة القضائية هنا هي التي رقابة المشروعية، ويزاولها القضاء الإداري.

أما إذا خالفت نصا في الدستور فإن الرقابة القضائية هنا هي رقابة الدستورية وتزاولها المحكمة الدستورية العليا .

فإذا ما أصدرت الحكومة لائحة تفويضية خالفت بها نصوص قانون التفويض فإن الرقابة هنا هي رقابة المشروعية ووسيلتها الطعن بالإلغاء لدى مجلس الدولة.

أما إذا أصدرت الحكومة لائحة تفويضية خالفت فيها نصا من نصوص الدستور فإن الرقابة هنا هي رقابة الدستورية.

وكل ذلك قبل أن يقر مجلس الشعب هذه اللائحة.

أما إذا أقرها فإنها حينئذ تصبح قانونا و الطعن الوحيد المتاح في نصوصها هو الطعن بعدم الدستورية².

وعن الوضع في الجزائر ، فيمكن ترتيب نفس النتائج التي رتبها الفقه الفرنسي والمصري في تحديد الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية الصادرة بمقتضى المادة 58

1- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، قضاء الإلغاء، طبعة 1999، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، ص 441

2- مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع نفسه، ص 442.

من الدستور الجزائري لسنة 1963 فتعتبر الأوامر قرارات إدارية قبل المصادقة عليها أما بعد المصادقة عليها تضاف إليها الصبغة التشريعية ، إلى جانب ذلك فإن الأوامر التفويضية اعترف الدستور للمجلس الدستوري بسلطة رقابة دستورية الأوامر ، ومن ثم لن تنأى بعيدا عن أية رقابة 1 .

المطلب الثاني: موقف القضاء الفرنسي من الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية

عرف موقف القضاء الإداري الفرنسي في تكييفه للطبيعة القانونية للأوامر تطورا جوهريا. تبنى بمقتضاها مجلس الدولة لأول وهلة نظرية التفويض التشريعي مصبغا على الأوامر صفة العمل التشريعي، غير أنه عدل عن ذلك وأخذ يضيف على الأعمال القانونية الصادرة من السلطة التنفيذية في المجال التشريع صفة العمل الإداري لصدورها من سلطة إدارية وفقا لغلبة المعيار الشكلي المتبع في التمييز بين القرارات التشريعية والقرارات الإدارية ، ثم توالى أحكامه تباعا في مناسبات عديدة .

أعطى مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر، المراسيم التشريعية، صفة التشريعات العادية ولم يقبل الطعن فيها بالإلغاء أمامه. وذلك حتى نهاية القرن التاسع عشر، واستند في ذلك إلى نظرية التفويض التشريعي التي اعتنقها في تكييفه لطبيعة المراسيم التشريعية 2.

وقد تراجع مجلس الدولة الفرنسي عن موقفه هذا منذ بداية القرن الماضي وحتى الآن، وذلك باعتبار المراسيم أو الأوامر التفويضية عامة قبل تصديق البرلمان عليها مجرد قرارات إدارية ، تخضع لرقابته لمخالفتها لمبدأ المشروعية ، وأجاز بالتالي الطعن فيها

1- المادة 64: «يفصل المجلس الدستوري في دستورية القوانين والأوامر التشريعية. بعد إخطار رئيس الجمهورية أو رئيس المجلس الوطني».

2- عبد العظيم عبد السلام، المرجع السابق، ص 133.

بالإلغاء أمامه إذا خالفت شروط وقواعد قانون التفويض ، أو للدستور المعمول به . على الرغم من اعترافه بتمتعها بقوة القانون وقدرتها على المساس بالقوانين المعمول بها سواء بالتعديل أو الإلغاء ، وذلك على إثر اعتناقه المعيار الشكلي في التمييز بين الأعمال التشريعية والأعمال الإدارية ، وتكييفه للعمل وفقا لمصدره وليس لمضمونه . مؤيدا بذلك جمهور الفقهاء في تحديد الطبيعة القانونية للمراسيم أو الأوامر التفويضية ، ومتفاديا بذلك النقد الشديد الذي وجهه له الفقه الفرنسي على إثر اعتباره المراسيم التشريعية قوانين وتحصينها من دعوى الإلغاء أمامه . وتصبح المراسيم أو الأوامر التفويضية قوانين عادية بعد تصديق البرلمان عليها وإقرارها ، وتنجوبالتالي من رقابة القضاء الإداري¹ .

وقد بدأ مجلس الدولة موقفه هذا بقراره الشهير في قضية شركة سكك حديد الشرق وآخرون ، والصادر في 6 ديسمبر 1907 ، والذي جاء فيه...«ومن حيث أنه إذا كانت قرارات رئيس الدولة بلوائح إدارة عامة تتم بمقتضى تفويض تشريعي وتتضمن نتيجة لذلك ممارسة سلطات عهد بها المشرع إلى الحكومة في هذه الحالة الخاصة بكامل مداها ، فلا تخرج رغم ذلك من الطعن بالإلغاء المنصوص عليه في المادة التاسعة من قانون مجلس الدولة الصادر في 24 من مايو 1872 والتي أجازت الطعن بالإلغاء لتجاوز السلطة في مختلف قرارات الجهات الإدارية ، لصدورها من جهة إدارية..».

وقد جاء بتقرير مفوض الحكومة تاردييه في هذه القضية:«...ينبغي ملاحظة أنه يوجد في أي وقت أي نص يضيفي الصفة التشريعية صراحة على لوائح الإدارة العامة.. وإذا وجب الاعتراف بالطبيعة التشريعية للوائح الإدارة العامة فقط ، لمجرد صدورها بناء على تفويض مباشر من البرلمان ، لأدى ذلك إلى الاعتراف بذات الطبيعة للوائح التي تصدرها جهات أخرى غير رئيس الدولة .. فحتى مع صدور لوائح الإدارة العامة بمقتضى تفويض من السلطة التشريعية فلا شك أنها من عمل جهة إدارية..»² .

1- عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق ، ص 133.

2- C.E.6dec.1907, compagnie des chemins de fer de l'est et autre, rec913, concl.tardieu.

ومن أشهر قرارات مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد، تذكر قراراته التالية:
- قرار مجلس الدولة الصادر في 24 يونيو عام 1961 ، في قضية الإتحاد الوطني لنقابات البوليس، والذي قضى فيه بإلغاء بعض أحكام أمر 18 من أغسطس عام 1960 ، لتجاوزها حدود الصلاحية المحددة في قانون التفويض وخاصة المادة الأولى من هذا الأمر ، وذلك لتعديلها جزئيا بعض ضمانات أفراد الشرطة المقررة بالقانون رقم 1504/48 ، والصادر في 18 سبتمبر 1948 . وتحويلها أيضا بطريقة دائمة سلطة تحديد الضمانات الأساسية لهؤلاء الأفراد من البرلمان عن طريق القوانين للسلطة التنفيذية عن طريق الأوامر على الرغم من دخول هذه الضمانات في نطاق القانون وفقا للمادة 34 من دستور 1958 ، ومما يعد اعتداء على هذه المادة 1.

- قرار مجلس الدولة الصادر في 19 من أكتوبر عام 1962 في قضية canal robinet godot ، والذي أقر فيه أيضا الطبيعة الإدارية للمراسيم أو الأوامر التفويضية، وذلك بقوله: «...تعد المراسيم-أو الأوامر التفويضية- أعمالا إدارية منذ أكثر من نصف قرن، تطبيقا للمبادئ القانونية التي استخلصها القضاء الإداري ويعيد تأكيدها باستمرارها منذ هجره لنظرية التفويض التشريعي»².

فمنذ عام 1907 لم يعتبر مجلس الدولة العمل الصادر من السلطة المفوضة إليهما، يتمتع بذات طبيعة العمل الصادر من السلطة المفوضة . ومن ثم فإن القرارات التي تصدرها السلطة الإدارية بمقتضى تفويض تشريعي تظل قرارات إدارية.

(أورده أحمد يسري ، أحكام المبادئ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة العاشرة ، 1995 ، الإسكندرية ، مصر، ص.145).

1- C.E 24 nov. 1961, fédération nationale des syndecat de police,

(أورد الحكم عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق ، ص.135).

2- C.E.ass.19oct.1962, canal, robin et godot, rec.522.aj.1962 .

(أورده أحمد يسري ، المرجع السابق، 757).

-قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 11 يونيو عام 1990 في قضية المؤتمر المنعقد لبحث موضوع إقليم كاليدونيا الجديدة والذي أقر فيه خروج القوانين الصادرة من البرلمان بسيادته، أو من الجهة التي عهد إليها في لحظة ما بالسلطة التشريعية وحدها ثم صادق على أعمالها من الرقابة القضائية ، ومن ثم فإن الأوامر التي تصدرها الحكومة إستنادا للمادة 38 من الدستور ، والتي يصادق عليه البرلمان صراحة أو ضمنا تعد أعمالا تشريعية ولا تخضع للرقابة القضائية¹.

المبحث الثاني : الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان

انفرد المؤسس الدستوري المصري والجزائري بتنظيمه الدستوري للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان²، و البحث في الطبيعة القانونية لهذه الأوامر. يدفع إلى استعراض موقف الفقه في مطلب أول .

وفي مطلب ثان نتناول دراسة موقف القضاء من رقابته للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان. وقد اكتفيت بعرض موقف القضاء الإداري المصري الذي أتاحت له فرصة رقابتها، وذلك على خلاف القضاء الجزائري الذي لم تتح أية مناسبة ليقول كلمته بشأنها.

1- C.E, 11 juin 1990, congre du territoire de la nouvelle Calédonie et autres

2- تنص المادة 147 من الدستور المصري بقولها: « إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون. ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال 15 يوما من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائما ، وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون ، إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه آخر .»

المطلب الأول : موقف الفقه من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في

غيبة البرلمان

إن البحث في موقف الفقه من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في غيبة البرلمان سيتم من خلال عرض موقف الفقه المصري من الطبيعة القانونية للوائح الضرورية ، ثم استعراض موقف الفقه الجزائري من الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية الصادرة في غيبة البرلمان في ظل دستور 1976 ودستور 1989 المعدل سنة 1996 في فرع ثان .

الفرع الأول : موقف الفقه المصري

لقد عرف نظام الرقابة القضائية على أعمال السلطة التنفيذية تطورا مهما ، كان له الأثر البالغ في توجيه رأي الفقه المصري في تحديده للطبيعة القانونية للوائح الضرورية ، فقبل نشأة المحكمة الدستورية العليا ، ميز جملة الفقه المصري بين مرحلتين ، الأولى السابقة لموافقة البرلمان وتأخذ القرارات بقوانين طبيعة القرارات الإدارية ومن ثم تخضع لرقابة القضاء الإداري ، والمرحلة اللاحقة وتتخذ صورة العمل التشريعي وتنأى عن رقابة القضاء الإداري.

بيد أنه بإنشاء المحكمة الدستورية العليا والتي أصبح لها شأن رقابة دستورية القوانين والقرارات بقوانين ، أصبحت القرارات بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الشعب خاضعة لرقابة الدستورية التي تزاولها المحكمة الدستورية ، وبذلك طويت صفحة رقابة مشروعية القرارات بقوانين التي كان يزاولها مجلس الدولة المصري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

أولا : موقف الفقه المصري قبل نشأة المحكمة الدستورية العليا

انقسم الفقه المصري إلى اتجاهين ، فريق أول تمثله الأغلبية يرى أن هذه اللوائح وإن كانت في الفترة السابقة على إقرار البرلمان لها تتصف بالطبيعة اللائحية وتتمتع بقوة

القانون، إلا أنها بعد إقرارها بواسطة البرلمان ، فإنها تتحول إلى قوانين وتصبح في حكمها وبالتالي تكتسب الحصانة القضائية التي تتمتع بها القوانين فلا يجوز الطعن ضدها بالإلغاء أمام القضاء الإداري ، بعد أن كان ذلك الطعن جائزا قبل إقرارها من البرلمان ، إذ كانت في هذه الفترة قرارا إداريا يخضع لرقابة الإلغاء¹¹.

بينما اتجه فريق ثان إلى القول أن القرارات بقوانين تبقى محتفظة بطابعها الإداري، وأن ليس لموافقة البرلمان سوى إضفاء القوة القانونية دون تأثير في طبيعته. ومن أنصار هذا الرأي الدكتور سامي جمال الدين الذي نجده متمسكا بضمانة الرقابة القضائية على اللوائح التشريعية وبحق القضاء الإداري في بسط رقابته للوائح التشريعية فقد ذهب إلى القول: «ويستفاد من هذا الاتجاه الغالب ، أن لإقرار البرلمان اللوائح التشريعية أثرا جوهريا يتمثل في تحويلها من قرارات إدارية إلى قوانين ، أي أن تلك اللوائح بعد هذا الإقرار تأخذ طبيعة القانون، وهو ما لا نراه صحيحا ، إذ أن طبيعة العمل الذي يصدره رئيس الجمهورية لا تتغير نتيجة التدخل البرلمان أو عدم تدخله ، وإن كان من شأن هذا التدخل أن يؤكد قوة القانون أو يزيلها ، فالرأي لدينا أنه يجب الاعتراف للعمل القانوني بطبيعة قانونية واحدة ثابتة ومؤكدة، ومن ثم فإنه وفقا للمعيار الشكلي وهو المعيار السائد في صدد تحديد طبيعة الأعمال القانونية الصادرة من السلطات العامة ، تكتسب أعمال رئيس الجمهورية بصفته ممثلا للسلطة التنفيذية ، طبيعة الأعمال الإدارية. في حين تكتسب الأعمال الصادرة من البرلمان وفقا للإجراءات الدستورية المقررة لسن القوانين ، طبيعة القانون ، فإذا تدخل البرلمان بخصوص اللوائح التشريعية وذلك بالتصديق عليها ، فإنه ليس من شأن هذا التصديق التأثير على الطبيعة الإدارية لتلك اللوائح ، لأن هذا التصديق لا يكتسب صفة القانون، إذ هو عمل رقابي يقوم به البرلمان ممارسة لوظيفته السياسية بالرقابة على أعمال السلطة التنفيذية ، وبالتالي لا يكون له سوى مدى سياسي دون أن يكون له أي أثر قانوني على طبيعة اللائحة. بمعنى أنه ليس

1- سليمان الطماوي ، المرجع السابق ، ص 495.

من أثر للتصديق سوى تأكيد قوة القانون لهذه اللوائح ، دون أن يعدل من طبيعتها ، فتظل مجرد لوائح تتمتع بقوة القانون نتيجة خصيصتها الاستثنائية ، ومن ثم تظل هذه اللوائح خاضعة للرقابة القضائية على مشروعيتها ودستوريتها ، دون أن يؤثر على هذا الخضوع تصديق البرلمان ، حيث لا يملك المجلس النيابي تصحيح اللائحة التشريعية إذا صدرت غير مشروعة ، لما يعنيه ذلك التصحيح من تحصين لقرار إداري من رقابة القضاء وهو ما يعد مخالفا لنص المادة 68 من الدستور الذي يحرم هذا التحصين صراحة»¹.

وأضاف قائلا : «ونحن لا ندري الحكمة أو العلة من التمسك بإضفاء طبيعة القانون على هذه اللوائح نتيجة تصديق البرلمان عليها ، وذلك دون سند دستوري فإذا كانت العلة هي تبرير مخالفة هذه اللوائح للقوانين وتعديلها ، فيكفي الاعتراف لتلك اللوائح بقوة القانون دون طبيعته ، وهو ما قرره الدستور ذاته ، أما إذا كانت الحكمة هي تحصين هذه اللوائح من الرقابة القضائية بعد التصديق عليها ، فهو أمر لا تستوجبه الضرورة»².

نخلص مما سبق أن الاعتراف بحق القضاء الإداري في رقابته لوائح الضرورة ، وموقف غالبية الفقه المصري المؤيد لرقابة القضاء الإداري للوائح الضرورة يجب أن يقرأ في إطار الزمن الذي قيل فيه والمتمثل في الحقبة الزمنية التي صاحب سكوت الدستور القائم آنذاك، من تنظيمه لرقابة دستورية القوانين واللوائح في النظام الدستوري المصري.

ثانيا : موقف الفقه المصري بعد نشأة المحكمة الدستورية العليا

ذهب الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي إلى أن الموقف السابق لا يمكن الأخذ به بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا ، فالأصل العام الذي يجب أن يكون واضحا كما قررنا

1- سامي جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 97.

2- سامي جمال الدين ، المرجع نفسه ، ص 98.

أنه إذا خالفت اللائحة قانونا فإن الرقابة القضائية هنا هي رقابة المشروعية،
ويزاولها القضاء الإداري.

أما إذا خالفت نصا في الدستور فإن الرقابة القضائية هنا هي رقابة الدستورية
وتزاولها المحكمة الدستورية العليا .

وبالنسبة للوائح الضرورة ، فقبل إنشاء المحكمة العليا سنة 1969 والمحكمة
الدستورية العليا في دستور 1971_ التي لم ترالنور إلا في سبتمبر 1979_ ، كانت الرقابة
القضائية على هذه اللوائح معقودة للقضاء ، والقضاء الإداري على وجه الخصوص .
أما بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا فقد تغير الوضع ، وأصبح لها شأن في
الرقابة على هذه اللوائح¹².

فقد نصت المادة 175 من الدستور على أن: « تتولى المحكمة الدستورية العليا
دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص
التشريعية. وذلك كله على الوجه المبين في القانون .

ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامه .»
فأصبحت لوائح الضرورة تخضع الآن لرقابتين :

رقابة مجلس الدولة (القضاء الإداري)

ورقابة المحكمة الدستورية العليا (القضاء الدستوري)

فكيف تجري هاتان الرقابتان بالنسبة لكل منهما ؟

فأما لوائح الضرورة فهناك معيار دقيق يجب إعماله في هذا الشأن³ :

إذ يجب التفرقة بين وضعين: فإذا ما أريد أن يطعن في هذه اللوائح لمخالفتها

لل قانون أصبح الأمر داخلا في مجال رقابة المشروعية التي يملكها القضاء الإداري.

أما إذا بني الطعن على أساس مخالفتها للدستور ، فإن الأمر يصبح داخلا

في مجال رقابة الدستورية وينعقد الاختصاص فيها للمحكمة الدستورية العليا دون
سواها .

1- مصطفى أبوزيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 436.

إن رقابة المشروعية في لوائح الضرورة غير متصوره ، ذلك لأنه تبني - من الناحية الفنية- على مخالفة لائحة الضرورة لقانون أسبق ، ومثل هذا السبب لا يصلح- قانونا ومنطقا- لكي يكون سببا للطعن ، ذلك أن هذه اللوائح تساوي القانون تماما في قيمتها الملزمة ومكانها في تدرج النصوص ، فمن حقها أن تخالف القانون الأسبق عليها دون أن تعيها من أجل ذلك شائبة أو عوار1.

فلا يبقى سوى الرقابة الأخرى: رقابة الدستورية : ذلك لأن الطعن فيها لا يمكن أن يبني إلا على أساس أن الحكومة قد خالفت فيها نص الدستور ، فأصدرت لائحة الضرورة دون أن تكون الشروط الواردة في المادة 147 قد توافرت2. وهذا هو وجه الطعن الوحيد المتوقع والمألوف بالنسبة للوائح الضرورة1 .

وقد طبقت محكمة القضاء الإداري ذلك تطبيقا سليما في حكم لها قالت فيه :«إن القرار المطعون فيه وهو القرار الجمهوري بقانون رقم 23 لسنة 1979 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب ، هذا القرار الجمهوري وإن كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات إدارية يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان (وهذا هو القضاء القديم المستقر قبل إنشاء

المحكمة الدستورية) إلا أن هذه القرارات بقوانين تأبى أن تبحث في القرار بقانون من وجهة مطابقته أو عدم مطابقته للقوانين العادية الصادرة من السلطة التشريعية لأن هذا المرسوم له قوة القانون بنص الدستور فيكون قادرا على تعديل تلك القوانين ومخالفتها ، ومن ثم تمتنع محاسبته على أساس مكانته التي زوده بها الدستور لتتحصر الرقابة عليه في التأكد من التزامه بأحكام الدستور ، بمعنى أن تلك الرقابة هي من قبيل الرقابة الدستورية المباشرة»2.

1- مصطفى أبوزيد فهمي ، المرجع السابق ، ص 437.

2- حكم محكمة القضاء الإداري في 29/5/1979 لسنة 33ق، أورده الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي ، في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص 439.

ثم عرضت المحكمة للماضي ، فقالت في حكمها : «وقد كان للسوابق القضائية المشار إليها موقعها من تاريخ القضاء المصري في الحقبة الزمنية التي صاحبت سكوت الدستور القائم ، آنذاك والنظام القانوني الساري في تنظيم الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، بحيث كانت رقابة القضاء الإداري تتسع لرقابة دستورية القوانين عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين غير الدستورية في القضية المعروضة ، أما بعد إنشاء محكمة مستقلة تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين فإن الطعن على هذه القرارات بقوانين من حيث دستوريتهما تخرج من اختصاص محكمة القضاء الإداري».

وتأسيسا على ذلك ، لم يعد لموقف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للوائح الضرورة وتمييزه بين مرحلتين السابقة واللاحقة لموافقة البرلمان أي قيمة لا من الناحية القانونية أو القضائية ، وأن ضمانات الرقابة القضائية المتمثلة في حق القضاء الإداري في رقابته للوائح الضرورة يجب أن يقرأ في إطار الزمن الذي قيلت فيه ، والمتمثل في الحقبة الزمنية التي صاحبت سكوت النظام الدستوري آنذاك عن تنظيمه للرقابة الدستورية على القوانين واللوائح في النظام الدستوري المصري¹.

الفرع الثاني : موقف الفقه الجزائري

اعترف الدستور الجزائري لرئيس الجمهورية بسلطة التشريع بأوامر في غيبة السلطة التشريعية في دستور 1976 بمقتضى المادة 1532 ، ودستور 1989 الحالي

1- حكم محكمة القضاء الإداري في 29/5/1979 لسنة 33ق، أورده الدكتور مصطفى أبوزيد فهمي ، في قضاء الإلغاء، المرجع السابق، ص439.

2- المادة 153 من دستور 22 نوفمبر 1976، والذي قضى بأنه: «لرئيس الجمهورية أن يشرع فيما بين دورة وأخرى للمجلس الشعبي الوطني عن طريق إصدار أوامر تعرض على موافقة المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة»

المعدل سنة 1996 بمقتضى المادة 1241 . وعليه نتناول موقف الفقه الجزائري من الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية في ظل دستور 1976 والدستور الحالي.

أولا : موقف الفقه الجزائري في ظل دستور 1976

ذهب غالبية الفقه الجزائري إلى اعتبار الأوامر الصادرة بمقتضى المادة 153 عملا تشريعا إبتداءا ومقتضى ذلك أن رئيس الجمهورية كان يتقاسم الوظيفة التشريعية مع المجلس الشعبي الوطني .

حيث نجد العميد أحمد محيو ، وسعيد بوشعير يصبغان علي الأوامر التشريعية الصفة التشريعية مما يجعلها في منأى عن الرقابة القضائية².

فقد ذهب الأستاذ الدكتور سعيد بوشعير إلى القول :«لما كانت المؤسسة التنفيذية تتمتع بالاختصاص التشريعي، إلى جانب المجلس بواسطة الأوامر التي تعرض على المجلس الشعبي الوطني في أول دورة مقبلة للموافقة عليها، فإن هذه الأوامر تكتسب الصفة التشريعية بمجرد إصدارها ، وبالتالي فإن المسألة لا تبقى معلقة على موافقة المجلس بعد مناقشتها ، ذلك أن الدستور لا يمنح أية سلطة للمجلس في مراقبة أعمال المؤسسة التنفيذية في مجال التشريع بل إنه يقيد من سلطته من خلال إلزامه بالموافقة

1- فقضت المادة 124 الفقرة الأولى بقولها :« لرئيس الجمهورية أن يشرع بأوامر في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان . ويعرض رئيس الجمهورية النصوص التي اتخذها على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها .

تعد لاغيه الأوامر التي لا يوافق عليها البرلمان.»

2- on prenant des ordonnances pendant la période d'intersession, le chef de l'état exerce la fonction législative et les dites ordonnances ne peuvent , par conséquent avoir la nature réglementaire et êtres soumises au contrôle de la cour suprême ». **ahmed.mahiou.op.cit.addendum,p19**

على تلك النصوص بدون مناقشة وفي أول دورة ، وهذا ما أكده النظام الداخلي للمجلس والتطبيق العملي، مما يقضي على فكرة الاعتماد على أحد المعيارين الشكلي أو المادي للتمييز بين أعمال التشريع وأعمال التنظيم في هذا المجال ، ذلك أن موافقة المجلس لا تضي على الأوامر الصفة التشريعية نظرا لاكتسابها تلك الصفة بموجب النص الدستوري ، وعليه فإن المعيارين يكملان بعضهما البعض، وهذا معناه تمتع المؤسساتين بسلطة التشريع ، وإن كان الاختلاف يبدو في التسمية، حيث يسمى تشريع الرئيس بالأمر، وتشريع المجلس بالقانون إذ أن هذا الأخير لا يمارس سلطة المراقبة بالمصادقة على أوامر الرئيس فينقلها بالتالي من مجال الأعمال الإدارية إلى مجال الأعمال التشريعية ، بل إنها أعمال تشريعية بمجرد صدورها من الرئيس مما يحول الموافقة إلى إجراء شكلي، ذلك أن القاضي يستوحي منها أحكامه ولا يستطيع أن يلغها ولا المجلس أيضا. فالمقصود من عرضها على المجلس هو إخطار النواب فقط، ذلك أن هذه الأوامر تكتسب قوة القانون بمجرد صدورها، المؤكد أن هذه الأعمال التي تصدر عن رئيس الجمهورية هي أعمال تشريعية وليست إدارية «11.

وسار في ذات الاتجاه الأستاذ بورايو محمد بقوله :« أنه في غياب المجلس الشعبي الوطني يتولى رئيس الجمهورية إصدار أوامرها صفة القانون ويتم العمل بها وتنفيذها فتنشئ الالتزامات والمراكز القانونية وتحدث التغيرات في المجتمع على مستوى هيئاته . وفي رده عن موقف بعض الفقه جاء فيه :« ويتساءل بعض الفقه عن الطبيعة القانونية للأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار أحكام المادة 153 من الدستور . إما أنها تعتبر قرارات إلى حين المصادقة عليها من قبل المجلس الشعبي الوطني والذي يكسبها الصفة التشريعية ، أو أنه يجب التمييز داخل الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية عن

1-سعيد بوشعير، علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، الجزء الثاني، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ديسمبر 1984، ص 306-307.

طريق إقامة معيار موضوعي يفرق بين هذه الأوامر، على أساس هذا المعيار كل الأوامر التي يكون موضوعها مواد ومسائل تندرج ضمن اختصاص القانون تكون أوامر ذات طبيعة تشريعية، أما الأوامر التي يكون موضوعها تندرج ضمن المسائل التنظيمية بأنها تكون أوامر ذات طبيعة تنظيمية.

إذا كان هذا المعيار قد يساعد فعلا على التفرقة بين الأوامر التي تصدر عن رئيس الجمهورية فإن هذه التفرقة تبقى نسبية، ومهما يكن من أمر فإن الأوامر التي تصدر عن رئيس الجمهورية في إطار أحكام المادة 153 من الدستور، لا تثير أي إشكال في طبيعتها لأنها تكون عملا تشريعيا لا شك فيه تتوفر فيها جميع خصائص التشريع الشكلية والموضوعية، نظرا لأنها تصدر عن سلطة تمارس اختصاصات السيادة وتتقاسمها مع المجلس الشعبي الوطني بشكل بين، حتى وإن حاول الدستور عدم الإعلان عن ذلك بشكل صريح»¹.

وأيدته فوزية بن باديس فعن الطبيعة القانونية قالت: «بأنه ولو بافتراض بأن هذا النوع من الأوامر يعتبر من قبيل الأعمال الإدارية فإن الإجراءات المطلوبة من أجل الطعن فيها بتجاوز السلطة يستغرق من الناحية الزمنية الأربعة أشهر المطلوبة لعرض هذه الأوامر على المجلس الشعبي الوطني للموافقة عليها وتتحول بذلك إلى قوانين غير قابلة لأي طعن»².

بينما أخذ خالفه معمري بموقف الفقه الفرنسي بشأن الأوامر التفويضية، وانتهى إلى أن تلك الأوامر تكتسب قوة القانون فقط عند موافقة البرلمان عليها، (وهو ما يعني- بمفهوم المخالفة- أنه قبل الموافقة لن تكون لها قوة القانون، وبالتالي تعتبر مجرد قرارات إدارية)³.

1- بورايو محمد، رئيس الجمهورية في دستور 22 نوفمبر 1976، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1984، ص 125.

2--f.benbadis,these,op.cit,p5.

- « il faut et il suffit que les ordonnances prises par lui(par le président de-3 la république) en vertu de ce pouvoir soit approuvées par l'a.p.n des sa plus

في حين لم يحسم j.m.dubois et r.etien المسألة ، واكتفيا بطرح احتمالين : الاحتمال الأول أن تعتبر تلك الأوامر- كما هو الشأن في فرنسا_ مجرد قرارات تنظيمية ما دام لم يوافق عليها البرلمان والاحتمال الثاني، أن تعتبر مثل القوانين بمجرد أن يوقعها رئيس الجمهورية¹.

ويستخلص مما سبق، أن غالبية الفقه الجزائري اعتبرت الأوامر الصادرة بمقتضى المادة 153 في ظل دستور 1976 أعمال تشريعية مكتسبة لصفة القانون منذ صدورها، وهو مذهب يتماشى موقف غالبية الفقه الجزائري الذي كان يعتبر سلطة التشريع بأوامر اختصاص أصيل لرئيس الجمهورية يشارك بواسطته المجلس الوطني الشعبي في ممارسة الوظيفة التشريعية.

ثانيا : موقف الفقه الجزائري في ظل دستور 1989 المعدل سنة 1996

عرف التنظيم الدستوري للسلطات في الجزائر في ظل دستور 1989 بحسب غالبية الفقه الجزائري تغيرا جوهريا في طبيعة النظام والعلاقة بين السلطات، وعليه فقد انقسم الفقه الجزائري بالنظر إلى هذه المعطيات في دراسته للطبيعة للقانونية إلى اتجاهان.الاتجاه الأول وتمثله القلة متأثرة بموقف الفقه الجزائري الذي تم إبدائه في ظل دستور 1976 نجد الدكتور أسود محمد أمين متأثر بموقف الفقه الجزائري المتبنى في دستور 1976 وتمسك بحرفية النص الدستوري جاء فيه:« أما إذا تمعنا في نص المادة 124 من الدستور نجد المؤسس الدستوري يستعمل عبارة «يشرع» أي لا يعتبر رئيس الجمهورية في هذه الحالة هيئة إدارية تصدر قرارات إدارية وإنما يعتبره هيئة تشريعية تمارس عملية التشريع إلى جانب البرلمان بواسطة الأوامر وبالتالي تكتسب هذه الأخيرة الصفة التشريعية بمجرد إصدارها .

prochaine session,ce qui a effet de conférer a ces textes le caractère de force de loi une foie seulement cette approbation » .khalfa mameri,op.cit.p110.

1-j.M.dubois et r.etien, op.cit, p507et508

وتتوفر فيها جميع خصائص التشريع الشكلية والموضوعية نظرا لأنها تصدر عن سلطة تمارس هذا الاختصاص وتتقاسمه مع البرلمان حتى وإن حاول الدستور عدم الإعلان عن ذلك بشكل صريح إلا أنه يفهم من روحه»¹.

أما الاتجاه الثاني ، وتمثله غالبية الفقه الجزائري فقد ذهبوا إلى عكس ذلك تماما، استنادا لقراءة جديدة للمادة 124 في إطار البناء الجديد لتنظيم السلطات والعلاقة فيما بينها في دستور 1989 المعدل سنة 1996 ، فقد اعتبرت سلطة التشريع بأوامر اختصاص تشريعي استثنائي لا يشارك بمقتضاه رئيس الجمهورية السلطة التشريعية، فهي ليست سوى رخصة تشريعية استثنائية عهد بها المؤسس الدستوري خروجاً عن مقتضيات الفصل بين السلطات إلى رئيس الجمهورية في حال ما قد يطرأ في غياب البرلمان من حاجة إلى التشريع.

فقد ذهب الدكتور مراد إلى القول: « بأن المشرع الجزائري لم يبين موقفه تجاه الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي انعقاد البرلمان ، وبالتالي يبقى الأشكال قائما في تحديد طبيعة تلك الأوامر، أي هل تعتبر أعمالا إدارية أم أنها تشريعات ، سواء قبل موافقة البرلمان أو بعد تلك الموافقة».

وفي محاولته لحل ذلك الإشكال قال : « إننا نعتقد أن الرأي الذي يصلح للتطبيق في الجزائر، هو الرأي الراجح في الفقه ، الذي يعتبر أن تلك الأوامر حتى وإن كانت متمتعة في الفترة السابقة على موافقة البرلمان عليها بالطبيعة الإدارية ، ومتمتعة بقوة التشريع، فإنها تتحول بعد موافقة البرلمان عليها إلى تشريعات ، شأنها في ذلك شأن التشريعات الصادرة من البرلمان، بكل ما يترتب عن ذلك من نتائج ، وبما أن الجزائر لا تأخذ بالرقابة القضائية على دستورية القوانين ، فمعنى ذلك أنه لا يجوز الطعن فيها

1-أسود محمد أمين، دور رئيس الجمهورية في عملية التشريع، مجلة الحجة لمنظمة المحامين، ناحية تلمسان، العدد0، ديسمبر 2005، ص36.

قضائيا بعد موافقة البرلمان عليها، وبالتالي ستبقى خاضعة لرقابة المجلس الدستوري عليها إذا ما أخطر طبعاً. ومن خلال كل ما سبق يمكن القول بأن الأوامر المتخذة في غيبة البرلمان يجب أن تعرض على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها. وهذه الأوامر تعتبر قرارات إدارية عند صدورها. أما إذا وافق عليها البرلمان، فإنها تتحول منذ تلك اللحظة إلى تشريعات¹.

وسار في هذا الاتجاه الدكتور نصرالدين بن طيفور- الذي بعد أن عرض موقفه من الطبيعة القانونية للأوامر في ظل دستور 1976 - قال: «واعتقد أن آراء الفقه الجزائري يجب أن تقر في إطار الزمن الذي قيلت فيه أي في ظل دستور 1976. ووقتها لم يكن البرلمان يملك سلطة التشريع، بل كان مكلفاً بالوظيفة التشريعية. فرئيس الجمهورية كان محور النظام الدستوري الجزائري وبيده كل السلطات، ولذلك كان الفقه الجزائري يعلق على الكيفية التي تتم بها عملية التشريع بأنها مقسمة بين المجلس الشعبي الوطني ورئيس الجمهورية. كل منهما يمارسها لمدة ستة أشهر في السنة. ولذلك كان منطقياً أن يعترف أغلبية الفقه الجزائري بالطبيعة التشريعية سواء قبل حصولها على موافقة المجلس الشعبي الوطني أو بعدها. وهو توجه صائب يعكس طبيعة سلطة التشريع بأوامر في دستور 1976 والتي كان يشكل فيها التشريع بأوامر حقا لرئيس الجمهورية².

أما وقد وقع التغيير في النظام الدستوري الجزائري بعد موافقة الشعب الجزائري على دستور 23 فبراير 1989 والتعديلات التي أدخلت عليه سنة 1996، فإن الموقف من طبيعة الأوامر التشريعية ينبغي أن يتغير، فقد كنا انتهينا، إلى أن البرلمان في الجزائر

1-مراد بدران، الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، مجلة الإدارة، المجلد العاشر، العدد 02، 2000، ص25.

2-نصرالدين بن طيفور، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية والضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002/2003، ص244.

صار صاحب السلطة التشريعية ، وأن رئيس الجمهورية عندما يشرع بالأوامر في الأوقات التي حددها الدستور ، لا يشاركه تلك السلطة ، وإنما يمارس الوظيفة التشريعية نيابة عنه . وما دام الدستور قد أوجب عرض تلك الأوامر على البرلمان للموافقة عليها ، فذلك - حسب رأينا - من باب إصباح الصفة التشريعية عليها .

والدليل على ذلك أن البرلمان لا يناقش تلك الأوامر ، وإنما يكتفي بالموافقة عليها كما هي أوقفها . بل أكثر من ذلك ، إن الدستور الحالي اعترف لرئيس الجمهورية بالتشريع بالأوامر في حالتين أخريين - غير حالتي شغور المجلس الشعبي الوطني وبين دورتين البرلمان - هما الحالة الاستثنائية ، والحالة المنصوص عليها في المادة 179 والمتعلقة بالفترة الانتقالية السابقة على انتخاب المجلس الشعبي الوطني في ظل تعديلات 1996 . وفي هاتين الحالتين لم يوجب الدستور عرض تلك الأوامر على البرلمان للموافقة عليها ، وهو ما يفيد بأن المؤسس الدستوري يعامل هذه الطائفة من الأوامر معاملة التشريع ، فيضفي عليها تلك الصفة ابتداء ، بينما الطائفة الأولى من الأوامر فلا تكتسب تلك الصفة إلا بعد موافقة البرلمان عليها ، وقبل ذلك تكون مجرد قرارات إدارية مماثلة لسائر القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في إطار اختصاصاته التنظيمية وتخضع بالتالي لرقابة القضاء»¹.

وحول مدى إمكانية رقابة دستورية الأوامر أمام القاضي الإداري ، ذهب إلى أنه : «ما دام لا يوجد نص يمنع القاضي من رقابة اللوائح المستقلة المنصوص عليها في المادة 125 من الدستور ، وما دامت الأوامر التشريعية تعتبر قرارات إدارية قبل موافقة البرلمان عليها ، ونظرا لتشابهها في هذه الحالة باللوائح المستقلة ، فإننا لا نرى ما يمنع القاضي الإداري من التصدي لرقابة دستورتها متى دفع أمامه بذلك في قضية كانت مطروحة أمامه»²¹.

1- نصر الدين بن طيفور ، المرجع السابق ، ص 284.

2- نصر الدين بن طيفور ، المرجع السابق ، ص 285.

من خلال استعراض موقف الفقه الجزائري نخلص إلى نتيجة مفادها اعتبار الأوامر التشريعية قرارات إدارية تتصف بطبيعة العمل الإداري ومن ثم تمتد يد القضاء الإداري لرقابة مشروعيتها معتبرا إياها تنظيمات ، أما وبعد موافقة البرلمان فإنها تكتسب صفة القانون لتخضع لرقابة القضاء الدستوري ممثلا في المجلس الدستوري.

المطلب الثاني: موقف القضاء المصري من الطبيعة القانونية لأوامر غيبة

البرلمان

يتجلى موقف القضاء المصري من خلال تصدي مجلس الدولة المبكر لرقابة مشروعية لوائح الضرورة في الحقبة الزمنية التي سكت الدستور والنظام القانوني عن تنظيم الرقابة القضائية على القرارات بقوانين المتخذة في غيبة البرلمان ، بحيث كانت رقابة القضاء الإداري تتسع لرقابة مشروعيتها ، أما بعد نشأة المحكمة الدستورية العليا فإن القرارات بقوانين من حيث رقابتها أصبحت تخرج من اختصاص القضاء الإداري ، وتولى القضاء الدستوري رقابة دستوريته.

وبناء على ذلك نستعرض موقف القضاء الإداري المصري قبل وبعد نشأة المحكمة الدستورية العليا من الطبيعة القانونية للقرارات بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الشعب.

الفرع الأول: موقف القضاء الإداري المصري من الطبيعة القانونية لأوامر

غيبة البرلمان

نتناول في هذا الفرع موقف القضاء الإداري المصري من رقابته للوائح الضرورة قبل وبعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا.

أولاً: موقف القضاء الإداري المصري قبل إنشاء المحكمة الدستورية العليا

انتهى قضاء مجلس الدولة المصري إلى نفس المبادئ التي استقر عليها قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، بشأن لوائح الضرورة و اللوائح التفويضية ، معتمدا على المعيار الشكلي فاعتبرها قرارات إدارية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمامه ، فإذا ما عرضت على البرلمان وأقرها فإنها تأخذ حكم القوانين ويمتنع الإلغاء بالنسبة لها .

ونقطة البدء في ذلك، اعتبار مجلس الدولة المصري اللوائح التفويضية ولوائح الضرورة، أعمال ضرورة استنادا لنظرية الضرورة التي أخضع أعمالها لرقابته¹.

وبناء على ذلك نستعرض أبرز أحكام مجلس الدولة المصري في هذا الشأن:

1- جاء في حكم محكمة القضاء الإداري في شأن لوائح الضرورة قولها: «ولما كان

لا نزاع في جواز المطالبة بإلغاء المراسيم بقوانين ، الصادرة من السلطة التنفيذية فيما بين دوري الانعقاد أو في فترة الحل ، باعتبارها قرارات إدارية، أخذاً بالمعيار الشكلي في التفرقة بين القانون والقرارات الإدارية ، ومن ثم كانت هذه المحكمة مختصة بنظر الدعوى وبالتالي يكون هذا الدفع في غير محله متعيينا رفضه..»².

2- وجاء في حكم ثان قولها: «...أما الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية ولو كانت

في مقام التشريع، كاللوائح وغيرها فإنها تخضع لرقابة القضاء، وتكون رقابته عليها من حيث الموضوع هي عين رقابته على سائر القرارات الإدارية ويقبل الطعن عليها بجميع الطعون»².

1- حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوي رقم 587 /5 ق 26/6/1951 س5 ص11021.

حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوي رقم 1508 ق 7 11/11/1965 س11 ص15 .

أورد أحكام محكمة القضاء الإداري ، حمدي ياسين عكاشة، موسوعة القرار الإداري في قضاء مجلس الدولة ، الجزء الأول، ص105 وما بعدها.

2- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى في 22/12/1954 ، مج 9، ص191.

3- وجاء في حكم ثالث قولها: «إن القضاء الإداري قد استقر على أن معيار التفرقة بين العمل التشريعي الذي يخرج عن اختصاصه وبين العمل الإداري الذي يدخل في صميم هذا الاختصاص عدا ما تعلق بأعمال السيادة هو معيار شكلي ، فالأعمال التشريعية هي تلك التي تصدر بهذا الوصف من السلطة التشريعية أو من الجهة القائمة بمقتضى الدستور بشؤون التشريع ، أما القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية وإن تناولت من حيث الموضوع ثمة قواعد لائحية أو تنظيمية ذات صفة عامة فإنها لا تعدو أن تكون قرارات إدارية يجوز الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري»¹³.

4_ وجاء في حكم آخر مايلي: «إن السلطة التشريعية هي التي تقوم بأعمال التشريع أي بتقرير قواعد عامة مجردة لا شأن لها بالحالات الفردية الذاتية ، وأن السلطة التنفيذية هي التي تقوم بأعمال التنفيذ وهي أعمال تقوم على حالات فردية ذاتية لا شأن لها بالقواعد العامة المجردة فالأصل إذا أن طبيعة العمل هي التي تحدد اختصاص كل من السلطتين والخروج على هذا الأصل يقتضي نصا صريحا في الدستور»².

وأكد المجلس نفس المبادئ السابقة بالنسبة للوائح التفويضية معتمدا على المعيار الشكلي فاعتبرها قرارات إدارية قبل موافقة المجلس عليها وقال في ذلك: «إن الأعمال التي تقوم بها السلطة التنفيذية وهي في الأصل من اختصاصات السلطة التشريعية، كاللوائح المستقلة واللوائح التفويضية والتي تتولاها السلطة التنفيذية طبقا لأحكام الدستور والمبادئ الدستورية تعتبر قرارات إدارية.

وقد اتجه شراح القانون العام وقضاء مجلس الدولة في مصر وفرنسا قد اتجهوا إلى إخضاع اللوائح المتقدمة الذكر بأنواعها إلى اختصاص القضاء أخذا بالمعيار الشكلي (أي الجهة التي أصدرت اللائحة أو القرار). في التفرقة بين القرارات التشريعية والقرارات الإدارية ، ومادام أن القرار صادر من السلطة التنفيذية فهو قرار إداري جائز الطعن فيه أمام هذه المحكمة»³.

1- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى في 22/12/1954، مج 9، ص 191.

2- حكم محكمة القضاء الإداري ، جلسة 27/1/1953 1 مجموعة مجلس الدولة، س 7 ، ص 1000.

3- حكم محكمة القضاء الإداري، الدعوى رقم 4081_7 ق 20/12/1954 س 9 ص 1952 .

ثانيا : موقف القضاء الإداري المصري بعد إنشاء المحكمة الدستورية العليا
قررت محكمة القضاء الإداري بشأن رقابة لوائح الضرورة في حكم لها قالت فيه
:«إن القرار المطعون فيه وهو القرار الجمهوري بقانون رقم 23 لسنة 1979 بتعديل بعض
أحكام القانون رقم 38 لسنة 1972 في شأن مجلس الشعب ، هذا القرار الجمهوري
وإن كانت السوابق القضائية تؤيد القول بأن القرارات الجمهورية بقوانين هي قرارات
إدارية يجوز الطعن فيها أمام مجلس الدولة لحين عرضها على البرلمان (وهذا هو القضاء
القديم المستقر قبل إنشاء المحكمة الدستورية) إلا أن هذه القرارات بقوانين تتأبى أن
تبحث في القرار بقانون من وجهة مطابقته أو عدم مطابقته للقوانين العادية الصادرة
من السلطة التشريعية، لأن هذا المرسوم له قوة القانون بنص الدستور فيكون قادرا
على تعديل تلك القوانين ومخالفتها، ومن ثم تمتنع محاسبتها على أساس مكانته التي
زوده بها الدستور لتنحصر الرقابة عليه في التأكد من التزامه بأحكام الدستور ، بمعنى
أن تلك الرقابة هي من قبيل الرقابة الدستورية المباشرة».

ثم عرضت المحكمة للماضي ، فقالت في حكمها :«وقد كان للسوابق القضائية
المشار إليها موقعها من تاريخ القضاء المصري في الحقبة الزمنية التي صاحبت سكوت
الدستور القائم ، آنذاك والنظام القانوني الساري في تنظيم الرقابة القضائية على
دستورية القوانين ، بحيث كانت رقابة القضاء الإداري تتسع لرقابة دستورية القوانين
عن طريق الامتناع عن تطبيق القانون غير الدستورية في القضية المعروضة ، أما بعد
إنشاء محكمة مستقلة تختص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين فإن الطعن
على هذه القرارات بقوانين من حيث دستورتها تخرج من اختصاص محكمة القضاء
الإداري»1.

1- حكم محكمة القضاء الإداري ، في 29/5/1979 في الطعن رقم 1193 لسنة 33ق، أورده مصطفى
أبوزيد فهدى، المرجع السابق، 439.

ونفس المبدأ قررته في حكم آخر جاء فيه أن : «القرارات بقوانين الصادرة استنادا إلى المادة 147 من الدستور لا تختص محكمة القضاء الإداري بنظر الطعن فيها، النظر في الطعن في هذه القرارات بقوانين يكون من اختصاص المحكمة الدستورية العليا. ومن حيث أن القرارين بالقانونين رقمي 154 ، 156 لسنة 1981 تأسيسا على أنهما صدرا مستندين إلى المادة 147 من الدستور وليس المادة 74 منه حسبما قال المدعون وقد تم عرضهما على مجلس الشعب خلال المدة المحددة في المادة 147 من الدستور وأقرهما المجلس وأصبحا قانونين وولاية المحكمة لا تتسع للنظر في الطعن فيهما حيث ينعقد هذا الاختصاص للمحكمة الدستورية العليا طبقا للمادة 25 من القانون رقم 48 لسنة 1979 .

ومن حيث أن القرارين بالقانونين المشار إليهما عرضا على مجلس الشعب خلال المدة المحددة في المادة 147 من الدستور سالفه الذكر وأقرهما المجلس ، وبهذا الإقرار يصبحان قانونين شأنهما شأن القوانين العادية التي يوافق عليها مجلس الشعب طبقا لسلطته الأصلية في التشريع . ومن ثم يدخل النظر في الطعن فيهما في اختصاص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها عملا بحكم المادة 17 من الدستور والمادة 25 من القانون رقم 48 لسنة 1979 بشأن المحكمة المذكورة ولما كان الطعن المائل قد انصب على القرارين بالقانونيين المشار إليهما ذاتهما وليس بمناسبة نزاع ما تختص به محكمة القضاء الإداري يستلزم تطبيقهما فإن الطعن يخرج عن اختصاص هذه المحكمة ويكون الدفع بذلك في محله قانونا متعينا قبوله»¹.

1- حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم 3213 م ، 53 ق ، جلسة 21-22-1891 ، أورد الحكم حمدي ياسين عكاشة، المرجع السابق ، ص 352.

المبحث الثالث : الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية

منحت الدساتير الجزائرية عامة رئيس الجمهورية سلطة إعلان الحالة الاستثنائية، وهو ما جاء في الدستور الحالي بمقتضى المادة 93 منه 1. ونفس الحكم كرسه الدستور الفرنسي في نص المادة 16 الشهيرة، والمادة 74 من دستور 1971 الحالي 2. وقد اختلف الفقه في جملته حول التكييف القانوني للإجراءات المتخذة في الحالة الاستثنائية إلى عدة آراء ، وهو ما سنحاول بحثه في المطلب الأول . لينتقل المطلب الثاني إلى دراسة موقف القضاء من الطبيعة القانونية لها.

المطلب الأول : موقف الفقه من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في الحالة

الاستثنائية

تباينت مواقف الفقه حول الطبيعة القانونية لأوامر الحالة الاستثنائية إلى عدة اتجاهات ، والتي نستعرضها تباعا بدءا بموقف الفقه الفرنسي ، ثم موقف الفقه المصري ، فموقف الفقه الجزائري.

1- « يقرر رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية، إذا كانت البلاد مهددة بخطر داهم يوشك أن يصيب مؤسساتها الدستورية أو استقلالها أو سلامة ترابها.

ولا يتخذ مثل هذه الإجراءات إلا بعد استشارة رئيس المجلس الشعبي الوطني ورئيس مجلس الأمة و المجلس الدستوري والاستماع إلى المجلس الأعلى للأمن ومجلس الوزراء .

تخول الحالة الاستثنائية رئيس الجمهورية الإجراءات الاستثنائية التي تستوجبها المحافظة على استقلال الأمة والمؤسسات الدستورية في الجمهورية .

يجتمع البرلمان وجوبا .

تنتهي الحالة الاستثنائية حسب الأشكال والإجراءات السالفة الذكر التي أوجبت إعلانها .»

2- يراجع بتفصيل أكثر حول سلطات المادة 16 الفرنسية والمادة 74 المصرية، عبد العظيم عبد السلام، المرجع السابق، ص 201.

الفرع الأول: موقف الفقه الفرنسي

انقسم الفقه الفرنسي حول التحديد الطبيعية القانونية للإجراءات المتخذة خلال

سريان الحالة الاستثنائية إلى عدة اتجاهات :

الاتجاه الأول : فقد ذهب رأي إلى اعتبار أن قرارات رئيس الجمهورية الصادرة في

هذا الشأن تعد بمثابة قرارات من نوع خاص ، باعتبارها تنشئ فئة قانونية من الأعمال أعلى من القانون نفسه .

إن هذا الرأي لم يؤيده أحد لأن الأخذ به معناه الاعتراف بوجود سلطة عليا لم ينشئها الدستور ، وهي تسمو على باقي سلطات الدولة التي أنشأها الدستور، وهذا ما يتناقض تماما مع المبادئ العامة الدستورية، والمشروعية¹.

الاتجاه الثاني : لقد ذهب اتجاه آخر إلى اعتبار أن قرارات رئيس الجمهورية

الصادرة في هذا الشأن هي من أعمال الحكومة ، شأنها شأن قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية ، بحيث لا يمكن للقاضي أن يراقبها وذلك على أساس أنه يستحيل لأن نميز بين قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية ، والقرارات الصادرة استنادا لها . وعليه يجب أن تأخذ كل تلك القرارات نفس الحكم، هذا من جهة . ومن جهة أخرى، فإن معظم هذه القرارات تتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية، بالإضافة إلى ذلك فإن رئيس الجمهورية لا يصدرها باعتباره سلطة إدارية بل باعتباره سلطة حكومية، وذلك قصد إعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية².

-**Prelot**, institution politiques et droit constitutionnel.2^{eme}.l.g.d.j.1961.p650-1

J.Rivero.droit administratif.2^{eme}ed.dalloz.1961.p.p63-64-2

L .Hamon,a propos de l'article 16,quelques question juridiques.a.j.da.1961.

.p663

(أورده مراد بدران ، الرقابة القضائية على الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2004 /

2005.ص189)

يمكن للقاضي أن يراقبها وذلك على أساس أنه يستحيل لأن نميزين قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية ، والقرارات الصادرة استنادا لها . وعليه يجب أن تأخذ كل تلك القرارات نفس الحكم ، هذا من جهة.ومن جهة أخرى ، فان معظم هذه القرارات تتصل بالعلاقة بين السلطة التنفيذية و السلطة التشريعية، بالإضافة إلى ذلك فإن رئيس الجمهورية لا يصدرها باعتباره سلطة إدارية بل باعتباره سلطة حكومية ، وذلك قصد إعادة السير المنتظم للسلطات العامة الدستورية . واستندوا في ذلك على الحججتين التاليتين:

أ-وحدة الهدف الذي تسعى إليه هذه القرارات ، سواء التي تقرر اللجوء للمادة 16، أو إنهاء العمل بها، أو التي تصدر استنادا للمادة 16 . فكل هذه القرارات تهدف إلى تحقيق هدف واحد هو تمكين مؤسسات الدولة من القيام بمهامها التي خصها الدستور في اقرب وقت ممكن.ولذلك يكون التناقض إعطاء هذه القرارات طبائع مختلفة.

ب-صعوبة التمييز بين هذه القرارات ، يوجب منحهم طبيعة قانونية واحدة. وإذا كان التمييز ضروريا بين هذه القرارات فإنه لن يكون دقيقا وسيكون مهمة صعبة وشاقة1.

الاتجاه الثالث : أما الاتجاه الأخير فقد ذهب إلى القول بأن القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية في ظل الحالة الاستثنائية تبقى محتفظة بطابعها الإداري مهما كان المجال الذي تتدخل فيه ، وذلك على أساس أن رئيس الجمهورية اتخذها باعتباره هيئة إدارية وليس هيئة تشريعية.فإذا تدخل في المجال المخصص للسلطة التشريعية ، فإن الأعمال التي يقوم بها تكون لها قوة القانون ، أي بإمكانها أن تلغي أو تعدل القانون، ومع ذلك تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية . وبناء على ذلك فإن القوة التي تتمتع بها تلك الأعمال لا تحول بينها وبين قيام القضاء الإداري برقابتها2.

1-عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق ، ص262.

2-Odent.op.cit, pp295etss, g.Burdeau.op.cit, p634, Colliard, liberté publiques,6^{eme} ed Dalloz, p 975, p129. (أورده مراد بدران ، المرجع السابق ، ص190)

الاتجاه الرابع: ولقد ذهب اتجاه آخر إلى التمييز بين نوعين من القرارات التي يقوم بها رئيس الجمهورية. فتلك التي يقوم بها، والتي تعود أصلا للسلطة التشريعية، تعد أعمالا تشريعية وذلك على أساس أن رئيس الجمهورية عندما يقوم بها في الحالة الاستثنائية، فإنه يحل محل البرلمان في ممارسة الوظيفة التشريعية. وبناء على ذلك فإن قراراته تكتسي طابع التشريع، وذلك دون حاجة إلى تصديق البرلمان عليها، أما القرارات التي يقوم بها والتي تدخل في المجال التنظيمي، فإنها تعتبر قرارات إدارية لأنها تصدر عن رئيس الجمهورية باعتباره جهازا تنفيذيا وليس سياسيا، وبناء على ذلك فإنها تخضع لرقابة القضاء¹.

وقد استند أنصار هذا الرأي في هذا التكييف إلى حجج عديدة منها الحججتين التاليتين:

1- تنظيم رئيس الجمهورية للموضوعات التشريعية بطبيعتها والتي تدخل في نطاق المادة 34 عن طريق سلطاته المخولة له بموجب المادة 16، يعد تنظيما صادرا من عضو تشريعي- وليس من عضو تنفيذي- حل محل البرلمان بصفة مؤقتة. ولذلك فإن القرارات التي يصدرها في هذا الصدد تعد قرارات تشريعية، ولا تخضع لرقابة القضاء، بل تخضع لرقابة البرلمان. أما إذا نظم رئيس الجمهورية بموجب هذه السلطات موضوعات لائحية بطبيعتها فلا يغير هذا التنظيم من طبيعة هذه الموضوعات وتبقى أعمالا إدارية وتخضع لرقابة القضاء.

2- إن عدم إخضاع القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية استنادا إلى المادة 16 لأية رقابة على الإطلاق، يؤدي إلى اختصاص الرئيس وحده بممارسة السيادة الوطنية. وهذا يتعارض من ناحية مع المادة الثالثة من الدستور والتي تنص على أن «السيادة الوطنية ملك للشعب، وهو يمارسها بواسطة ممثليه وعن طريق الاستفتاء العام»،

1- g.Lamarque, art,precite,p623,op.cit., Vedel,op.cit,p36-37.

وليس لأي جزء من الشعب ، ولا لأي فرد أن يدعي لنفسه الحق في ممارستها». كما أنه يتعارض من ناحية أخرى مع أسس النظام البرلماني التي يقوم عليها دستور 1958. والتي تتميز بمراقبة كل سلطة من السلطات العامة في الدولة، ورفض فكرة السلطة العامة المطلقة التي تسود وتعلو على السلطات الدستورية الأخرى 1.

الفرع الثاني: موقف الفقه المصري

تساءل الفقه المصري عن موقف القضاء الإداري فيما لو طبقت المادة (74) من دستور 1971 ، فقد ذهب الدكتور محمد فؤاد مهنا ويؤيده في ذلك طعيمة الجرف إلى: «أن القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية استنادا على المادة (74) إنما يصدرها بوصفه سلطة حكومية لا بوصفه سلطة إدارية ومن هنا يبدو إخضاعها لرقابة القضاء الإلغاء محل نظر.

ويرى بأنه يجوز الطعن بعدم الدستورية في قرارات رئيس الجمهورية الصادرة بناء على هذا النص، ولكن لا يجوز الطعن فيها أمام القضاء الإداري بغية إلغائها باعتبارها من أعمال السيادة دون تفرقة بين عمل تشريعي وعمل لائحي» 2.

بينما يتجه جانب من الفقه إلى عدم الموافقة على ما ذهب إليه الدكتور فؤاد مهنا من اعتبار كل قرار من قرارات رئيس الجمهورية في ظل المادة (74) هو عمل من أعمال السيادة لا يجوز الطعن فيه ، ويرى الأستاذ الدكتور يحيى الجمل أنه يجب النظر إلى كل قرار على حدى، لأن القول بغير ذلك يؤدي بنا إلى انعدام الرقابة القضائية طوال فترة العمل بالمادة (74) وهي بطبيعتها فترة حرجة تحتاج إلى نوع من الموازنة الدقيقة بين ما

1- عبد العظيم عبد السلام ، المرجع السابق، ص 264.

2- محمد فؤاد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية ، طبعة 1973، ص 731.

يقتضيه دفع الخطر عن البلاد من ناحية وما تقتضيه ضمانات الحرية ومبدأ سيادة القانون من ناحية أخرى.

ويذهب يحي الجمل إلى تحليل وتصنيف القرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية على النحو التالي:

أولاً: قرار رئيس الجمهورية بإعلان العمل بالمادة (74) من الدستور هو بغير شبهة يدخل في صميم أعمال السيادة لأنه قرار سياسي من ناحية ، ولكونه قرار يغير من التنظيم الدستوري القائم ومن العلاقة بين السلطات من ناحية أخرى ، وبالتالي لا يخضع لأية رقابة

ثانياً: قرارات رئيس الجمهورية التي هي في حكم اللوائح فإنه يجري عليها ما يجري على قرارات السلطة التنفيذية من جواز الطعن فيها أمام القضاء الإداري¹.

الفرع الثالث: موقف الفقه الجزائري

تبنى الفقه الجزائري بشأن تحديد الطبقة القانونية لاجراءات الحالة الاستثنائية آراء مختلفة، فقد ذهب الدكتور مسعود شهبوب إلى اعتبار أن القرارات التي يتخذها رئيس الجمهورية استنادا إلى قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية تعد من أعمال الحكومة التي لا تخضع للرقابة القضائية ، لأن رئيس الجمهورية يمارسها باعتباره صاحب السيادة².

وإضافة إلى الموقف السابق هناك اتجاه آخر يرى إمكانية تطبيق نفس الحل الذي تبناه مجلس الدولة الفرنسي ، والمتمثل في التمييز بين المسائل التي تدخل في مجال التشريع ، والتي تفلت من الرقابة القضائية والمسائل التي تدخل في المجال التنظيمي، والتي تخضع للرقابة القضائية³.

1- يحي الجمل ، المرجع السابق، ص220.

2- مسعود شهبوب، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية، م.ج.ع.س. الإق، العدد الثاني، 1991، ص33.

p5. Etien.op.cit, pp714-715, j.M.Dubois et R.Etien.op.cit.-S-Ghaoui etB-3

فقد ذهب الدكتور نصر الدين بن طيفور إلى : « أن إبداء رأي في هذه المسألة يستدعي التمييز بين فترتين دستوريتين: فترة ما قبل التعديل الدستوري لسنة 1996 والفترة التي تليه.

ففي الفترة الأولى كان البرلمان الجزائري في ظل دستوري 1976 و 1989 يتشكل من مجلس واحد هو المجلس الشعبي الوطني . وكان النص على اجتماعه وجوبا فور إعلان رئيس الجمهورية الحالة الاستثنائية يفهم على أنه بغرض تمكين البرلمان من رقابة الإجراءات التي يتخذها رئيس الجمهورية في المجال المحجوز للتشريع . وفي ظل هذا الفهم كان تبني الحل الذي اعتمده مجلس الدولة الفرنسي في القضية السالفة الذكر ممكنا ، على اعتبار أن المسائل التشريعية-أخذا بقول مفوض الحكومة Henry-ستكون خاضعة لرقابة البرلمان ، الذي يكون له حق تعديلها أو إلغائها ، في حين يتولى القضاء رقابة القرارات المتخذة في مجال التنظيمي.

أما في الفترة الثانية، فقد جاء التعديل الدستوري لسنة 1996 بحكمين جديدين من شأنهما استبعاد العمل بالحل السابق. فمن جهة صار البرلمان الجزائري مشكلا من مجلسين اثنين، المجلس الشعبي الوطني ومجلس الأمة. وبما أن الوظيفة التشريعية- كما بينا سابقا- يمارسها كل مجلس بشكل منفرد عن الآخر، وكانت المادة 93 توجب اجتماع البرلمان بغرفتيه المجتمعين معا عند إعلان الحالة الاستثنائية، فإن الاجتماع بهذه الهيئة لا يسمح للبرلمان بمباشرة العملية التشريعية. وتبعاً لذلك لن يكون في استطاعته تعديل أو إلغاء قرارات رئيس الجمهورية المتخذة في المجال المخصص للتشريع. وبالتالي لن يكون بالإمكان تبني التبريرات التي قال بها Henry وأقام عليها مجلس الدولة الفرنسي حكمه ، والمتمثلة في استبعاد الأعمال التشريعية من رقابة القضاء بسبب خضوعها لرقابة البرلمان¹.

1- نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 278.

ومن جهة أخرى لم توجب المادة 124 من الدستور عرض الأوامر التي يتخذها رئيس الجمهورية أثناء الحالة الاستثنائية على البرلمان لإقرارها كما فعلت مع الأوامر التي يتخذها في فترة شغور المجلس الشعبي الوطني أو بين دورتي البرلمان ، وهو ما جعلنا نستنج بأن المؤسس الدستوري الجزائري بتمييزه بين تلك الأوامر ، إنما رغب في إصباح الصفة التشريعية على الأوامر الأولى دون الثانية التي لا تكتسب تلك الصفة إلا بعد موافقة البرلمان عليها . وبناء على ذلك ، فلن يكون في استطاعة القضاء مراقبتها مادامت تعتبر تشريعاً.

والنتيجة التي نصل إليها ، هي أنه وفقاً لنصوص الدستور الحالي وروحه ، فإن الأوامر التشريعية التي يصدرها رئيس الجمهورية أثناء الحالة الاستثنائية ستكون محصنة اتجاه الرقابتين البرلمانية والقضائية وهو ما يجعل الحريات العامة أثناء الحالة الاستثنائية معرضة لكل أصناف الانتهاكات دون أن يكون في استطاعة البرلمان والقضاء تحريك ساكن»¹ .

بينما ذهب الدكتور مراد بدران إلى القول: «ومع تقديرنا لهذه الآراء، إلا أننا نعتقد بأن الأوامر المتخذة من طرف رئيس الجمهورية تعد بمثابة قرارات إدارية، وذلك نظراً لصدورها من هيئة إدارية.

هذا وتجدر الإشارة إلى أن المؤسس الدستوري الجزائري ، قد ميز من خلال المادة 124 بين نوعين من الأوامر: أوامر تتخذ في ظل الظروف العادية . وهي المتخذة في حالة شغور المجلس الشعبي الوطني ، أو المتخذة فيما بين دورتي البرلمان . وأوامر متخذة في ظل الظروف الاستثنائية ، وهذا الاختلاف في نوعي الأوامر هو الذي قد يؤدي إلى الاعتقاد بوجود اختلاف في الطبيعة القانونية بينهما .

1- نصر الدين بن طيفور، المرجع السابق، ص 279.

فالأوامر الأولى -أي المتخذة في ظل الظروف العادية- يجب أن تعرض على كل غرفة من البرلمان للموافقة عليها أو رفضها. ومعنى ذلك أن المؤسس الدستوري يؤكد هنا على السلطة الأصلية في التشريع هي البرلمان . فرئيس الجمهورية على الرغم من أنه يتمكن من التدخل في المجال التشريعي ، إلا أن الأعمال التي يصدرها بهذه الصفة في ظل الظروف العادية- يجب أن تعرض على البرلمان صاحب الاختصاص الأصيل في هذا المجال- للموافقة عليها أو إلغائها . إن هذا يدل على أن تلك الأوامر تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية لغاية موافقة البرلمان عليها، وهنا تتغير طبيعتها وتتحول إلى تشريعات. أما الأوامر الثانية-أي المتخذة في ظل الحالة الاستثنائية- فإن المؤسس الدستوري لم يتكلم عن ضرورة عرضها على البرلمان للموافقة عليها، كما فعل بالنسبة للنوع الأول من الأوامر. إن هذا الحكم هو الذي قد يؤدي إلى الاعتقاد بأن هذه الأوامر تكتسب منذ البداية طبيعة تشريعية . إلا أن الباحث يذهب إلى عكس ذلك ، ويعتقد بأن اختلاف هذين الحكمين -أي وجوب أو عدم وجوب عرض الأوامر على البرلمان- يكمن أساسا في الشروط التي نص عليها المؤسس الدستوري لتقرير الحالة الاستثنائية ، والتي من بينها وجود خطر داهم وشك أن يصيب المؤسسات الدستورية للدولة ، والتي من بينها البرلمان . فهذا الأخير قد يتعرض إلى خطريستحيل معه أن ينعقد، وهذا ما يبرر إمكانية رئيس الجمهورية في اللجوء إلى تقرير الحالة الاستثنائية. وفي هذه الحالة لا يمكن عرض الأوامر المتخذة هنا على البرلمان، لأن هذا الأخير يستحيل عليه أن يجتمع. بل أكثر من ذلك فإن البرلمان قد يكون منحل قبل تقرير الحالة الاستثنائية. وعليه فإن النص على ضرورة عرض الأوامر المتخذة هنا لا معنى له.

ومن خلال كل ما سبق يمكن القول بأن الأوامر المتخذة في ظل الظروف العادية يجب أن تعرض على كل غرفة من البرلمان في أول دورة له لتوافق عليها . وهذه الأوامر تعتبر قرارات إدارية عند صدورها . أما إذا وافق عليها البرلمان، فإنها تتحول منذ تلك اللحظة إلى تشريعات 1 .

1- مراد بدران ، مراد بدران ، الرقابة القضائية على الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية ،

أما الأوامر المتخذة في ظل الحالة الاستثنائية، فإننا نميز هنا بين حالتين: فإذا كان سبب تقرير الحالة الاستثنائية هو الخطر الذي أصاب البرلمان بحيث منعه من الاجتماع، فإن الأوامر المتخذة هنا يستحيل عرضها على البرلمان للموافقة عليها. وعليه فإن تلك الأوامر تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية ما دام أنها صدرت عن هيئة إدارية. أما إذا تقرررت الحالة الاستثنائية لسبب لا يتعلق بالخطر الذي يصيب البرلمان، فإن هذا الأخير عليه أن يجتمع. وفي هذه الحالة، ونظرا لموقف المؤسس الدستوري الذي التزم جانب الصمت، فإن رئيس الجمهورية يكون مخيرا بين: إما ألا يعرض الأوامر على البرلمان. وفي هذه الحالة تبقى تلك الأوامر محتفظة بطبيعتها الإدارية. وإما أن يعرض تلك الأوامر على البرلمان - وهو احتمال غير وارد من الناحية العملية وذلك نظرا لتفادي الدخول في صراع مع البرلمان- وفي هذه الحالة تصبح تلك الأوامر بمثابة تشريعات منذ موافقة البرلمان عليها»¹.

المطلب الثاني : موقف القضاء من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في

الحالة الاستثنائية

يتجلى موقف القضاء من الطبيعة القانونية للأوامر الصادرة في الحالة الاستثنائية من خلال استعراض موقف القضاء الفرنسي وموقف القضاء المصري، والذي كانت لهما المناسبة في رقابتهما لها.

أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2004/2005 ، ص 190

1- مراد بدران ، المرجع السابق، ص 190.

الفرع الأول: موقف القضاء الفرنسي من القرارات التطبيقية للمادة 16

يتجلى موقف القضاء الفرنسي من خلال استعراض موقف محكمة النقض الفرنسية وموقف مجلس الدولة الفرنسي منها.

أولاً : موقف محكمة النقض الفرنسية من القرارات التطبيقية للمادة 16:

اتخذت محكمة النقض إزاء القرارات المنبثقة عن قرار إعلان العمل بأحكام المادة 16 موقفاً مماثلاً لذلك الذي عبرت عنه بشأن قرار الإعلان ، أي عدم الاختصاص . ففي القرار المؤرخ في 21 أوت 1961 وبمناسبة نظرها في الطعن الموجه ضد القرار الصادر في 3 مايو 1961 المتضمن إنشاء محكمة عسكرية . (والتي أدانت الطاعنين بأحكام متفاوتة لمشاركتهم في حركة التمرد) ، لاحظت الغرفة الجزائية بمحكمة النقض أن الشروط المقررة في المادة 16 لوضع المادة ذاتها موضع التطبيق كانت متوافرة . وبناء على ذلك قررت « أنه في هذه الحالة ، فإن مطابقة القرار السالف الذكر للدستور ، وتبعاً لذلك ، مشروعية المحكمة المنشأة بمقتضى ذلك القرار لا يمكن أن يكون محل اعتراض أمام السلطة القضائية»¹ .

ومن ثم وحسب محكمة النقض ، فإن القرارات المتولدة عن المادة 16 ، سواء تعلق الأمر بالقرار الأصلي المعلن عن تطبيق المادة أو القرارات المتخذة أثناء تطبيقها ، تخرج عن رقابة القضاء العادي . وقد استقرت محكمة النقض على هذا الحل في قرار Dovecar et Piegts² .

août 1961, j.c.p, n363, p695, fohran. Cass.crim, 21 -1

Cass.crim, 10 mai 1962, j.c.p.1962.2.12736, note Michaud (cite par Leroy ; op.cit, p246et-2

(.588p.g.a.j.a1999.أورد الحكم نصرالدين بن طيفور، المرجع السابق، ص.270).

ثانيا: موقف مجلس الدولة الفرنسي من الإجراءات الصادرة خلال الحالة

الاستثنائية

أبان مجلس الدولة عن موقفه من الإجراءات و القرارات التي تتخذ استنادا إلى قرار اللجوء إلى الحالة الاستثنائية ، وقد كان ذلك في حكمه الشهير في قضية Rubin de Servens، فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أن الأعمال التي يقوم بها رئيس الجمهورية والتي تدخل في اختصاص السلطة التشريعية حسب ما حصرته المادة 34 من الدستور، يكون لها طابع التشريع، وبالتالي فهي تفلت من رقابته . أما الأعمال التي تدخل في المجال التنظيمي أو التنفيذي ، والتي تدخل في نطاق المادة 37 من الدستور ، فإنها تبقى محتفظة بطبيعتها الإدارية وبالتالي تخضع لرقابته طبقا للقواعد العامة¹.

ويستفاد من هذا القرار أن مجلس الدولة الذي سارمع الطرح الذي عرضه مفوض الحكومة Henry في تقريره يميز بين طائفتين من القرارات إلى يصدرها رئيس الجمهورية في إطار العمل بأحكام المادة 16 :

-القرارات التي ينظم بها أمور تدرج في الإطار التشريعي المحدد في المادة 34 من الدستور.فهذه الطائفة تخرج عن رقابة القاضي الإداري .

-القرارات التي يعالج بها مسائل ذات طابع تنظيمي والمنصوص عليها في المادة 37 من الدستور. فهذه الطائفة، حتى وإن لم ترد إشارة صريحة إليها في قرار المجلس، إلا انه عملا بالقياس بمفهوم المخالفة واستنادا إلى تقرير Henry فإنها نحتفظ بطبيعتها الإدارية وتخضع بالتالي لرقابة القاضي الإداري.

1- C.E ass.2 mars 1962, rubin de servens et autres, rec 143.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لقرارات رئيس الجمهورية الصادرة استنادا

للمادة (74) من الدستور

وفي مجال تحديد المعيار الواجب الأخذ به في تكييف الطبيعة القانونية لقرارات رئيس الجمهورية الصادرة استنادا للمادة 74 قضت محكمة القضاء الإداري بمايلي: «ومن حيث أنه عن الطبيعة القانونية لما أصدره رئيس الجمهورية من قرارات استنادا إلى المادة 74 من الدستور ، فإنه ينبغي اللجوء في تحديدها إلى المعيار السائد فقها وقضاء في التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة وهو معيار طبيعة العمل المتخذ ، وبحسب هذا المعيار فإن أعمال السيادة هي الأعمال التي تصدر من السلطة التنفيذية باعتبارها سلطة حكم لا سلطة إدارة فإذا كانت صادرة منها باعتبارها حكومة كانت أعمال سيادة، أما إذا كانت صادرة منها باعتبارها إدارة كانت أعمالا إدارية ، في ضوء ذلك ينبغي أن تبحث على حده طبيعة كل قرار مطعون فيه اتخذه رئيس الجمهورية طبقا للمادة 74 من الدستور لتحديد ما إذا كان هذا القرار عملا من أعمال السيادة فيخرج عن اختصاص المحكمة النظر في الطعن فيه أو أنها مجرد قرار إداري مما يدخل النظر في الطعن فيه في اختصاص هذه المحكمة»¹.

وقد عملت محكمة القضاء الإداري المعيار السالف الذكر بالنسبة للقرارات الجمهورية الصادرة استنادا للمادة 74 جاء فيه : ففيما يتعلق بطبيعة قرار رئيس الجمهورية بدعوة الناخبين إلى الاستفتاء على القرارات الصادرة منه استنادا إلى المادة 74 اعتبرته المحكمة قرار سياسي يستهدف مشاركة الشعب لرئيس الجمهورية في تقدير ملائمة إصدار القرار وبالتالي يعتبر من أعمال السيادة.

1- حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم 3123م35ق، جلسة 22/12/1981. أورد الحكم حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص255. 256.

بينما اعتبرت قرارات رئيس الجمهورية بنقل بعض الصحفيين ونقل بعض هيئات التدريس وإلغاء قرار تعيين الأنبا شنودة وبحل بعض الجمعيات وبالتحفظ على بعض الأشخاص وقراراته بإلغاء تراخيص بعض الصحف والمطبوعات وبالتحفظ على أموال بعض الهيئات والمنظمات والجماعات، قرارات إدارية، واستناد رئيس الجمهورية في إصدارها إلى المادة 74 من الدستور لا يغير من طبيعتها حتى ولو كان الباعث عليها سياسيا أساس ذلك.

وعن أثر موافقة الشعب على قرارات الصادرة استنادا للمادة 74 قضت بأن دور الشعب في الاستفتاء دور سياسي لا يغير من الطبيعة القانونية لهذه القرارات كما لا يغير من مشروعيتها وأن الاستفتاء لا يظهر القرارات غير المشروعة من العيوب ، فالشعب في مصر لا يمارس حقه في التشريع مباشرة وإنما بواسطة السلطة التشريعية أو التنفيذية في بعض الأحوال¹

1- حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم 3123م35ق، جلسة 22/12/1981. أورد الحكم حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص255. 256.

خاتمة :

طرحنا في مقدمة هذه الدراسة تساؤلا حول الطبيعة القانونية للأوامر التشريعية ومدى رقابة القضاء عليها وتوصلنا إلى النتائج الآتية:

1- إن الأوامر التشريعية ووفقا لغلبة المعيار الشكلي في القانون العام في التمييز بين الأعمال التشريعية (القانون) والأعمال الإدارية (القرار الإداري) في كل من فرنسا ومصر الجزائر تعتبر قرارات إدارية باعتبارها عملا صادرا من السلطة التنفيذية. بيد أن طبيعتها القانونية تتغير بعد موافقة البرلمان عليها لتكتسب صفة القانون وفقا لما انتهى إليه رأي الفقه وحكم القضاء المقارن.

2- إن الأوامر التفويضية تخضع في كل من فرنسا ومصر لنوعين من الرقابة في مرحلتين مختلفتين. فتعد قرارات إدارية قبل موافقة البرلمان عليها وتخضع لرقابة المشروعية بالنظر إلى قانون التفويض الذي صدرت استنادا إليه ويزوالها القضاء الإداري . أما بعد موافقة البرلمان عليها فتكتسب صفة القانون وتخضع لرقابة الدستورية ويزوالها القضاء الدستوري.

3- أما بالنسبة للأوامر التشريعية الصادرة في غيبة البرلمان فمميزتين وضعين:
-الوضع في مصر: إن الأوامر التشريعية الصادرة في غيبة البرلمان (القرارات بقوانين) كانت تخضع لنفس الطبيعة القانونية للأوامر التفويضية ، فتعد قرارات إدارية قبل موافقة البرلمان عليها وتخضع القرارات بقوانين لرقابة المشروعية باعتبارها لوائح مستقلة ويزوالها القضاء الإداري . أما بعد موافقة البرلمان عليها فتكتسب صفة القانون وتخضع لرقابة الدستورية ويزوالها القضاء الدستوري. وهو ما استقر عليه رأي جمهور الفقه المصري وأحكام القضاء الإداري.

أما وبعد نشأة المحكمة الدستورية العليا ، فقد تغير الوضع وأصبحت القرارات بقوانين الصادرة في غيبة مجلس الشعب المصري تكتسب صفة القانون ابتداء ، وبذلك

تم طي صفحة رقابة المشروعات التي كان يمارسها القضاء الإداري، وعليه فإن الرقابة الوحيدة التي أصبحت تخضع لها القرارات بقوانين هي رقابة الدستورية باعتبارها مكتسبة لصفة القانون، وتزوالها المحكمة الدستورية العليا.

-الوضع في الجزائر:

ذهب غالبية الفقه الجزائري في ظل دستور 22 نوفمبر 1976 إلى اعتبار الأوامر التشريعية الصادرة بمقتضى المادة 153 من دستور 22 نوفمبر 1976 عملا تشريعا إبتداءً ومقتضى ذلك أن رئيس الجمهورية كان يتقاسم الوظيفة التشريعية مع المجلس الشعبي الوطني. بينما يتجه غالبية الفقه الجزائري في ظل دستور 23 فيفري 1989 المعدل سنة 1996 إلى اعتبار الأوامر التشريعية الصادرة بمقتضى المادة 124 من الدستور الحالي قرارات إدارية (تنظيمات) تخضع لرقابة المشروعات التي يمارسها القضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة الجزائري، أما بعد موافقة البرلمان عليها فتكتسب صفة القانون وتخضع لرقابة دستورية القوانين ويزوالها القضاء الدستوري ممثلا في المجلس الدستوري. في ظل غياب حكم القضاء الجزائري في تحديد الطبيعة القانونية لها.

3- أما أوامر الحالة الاستثنائية، وفي ظل سكوت الدستور الفرنسي في تحديد طبيعة الإجراءات التي يمكن أن يتخذها رئيس الجمهورية استنادا لنص المادة 16، فقد انتهى القضاء إلى التمييز بين الإجراءات المتخذة في مجال القانون وتلك المتخذة في مجال التنظيم، فاعتبر القرارات المتخذة في مجال التشريع قانون ابتداء. بينما تبني القضاء المصري معيار التمييز بين أعمال السيادة وأعمال الإدارة في تحديده للطبيعة القانونية للإجراءات المتخذة استنادا لنص المادة 74.

أما في الجزائر وبالنص الصريح الوارد في المادة 124 الفقرة الأخيرة من الدستور الحالي الذي منح لرئيس الجمهورية سلطة التشريع بأوامر في الحالة الاستثنائية استنادا

للمادة 93 ، فإن هذه الأخيرة ووفقا للفقهاء الراجح في الجزائر تعتبر عملا تشريعيا وتكتسب صفة القانون ابتداء ، وتبقى رقابة دستورية القوانين الرقابة الوحيدة التي يمكن أن تمارس عليها.

أولاً: المراجع العامة باللغة العربية

المراجع العامة والمتخصصة

- أحمد مدحت علي ، نظرية الظروف الاستثنائية ، دراسة مقارنة في فرنسا ومصر ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، 1978 ، القاهرة ، مصر.
- أحمد يسري ، أحكام المبادئ في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة العاشرة ، 1995 ، الإسكندرية ، مصر.
- سامي جمال الدين: لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية عليها، منشأة المعارف، طبعة 2003 ، الإسكندرية، مصر.
- عبد العظيم عبد السلام: الدور التشريعي لرئيس الدولة في النظام المختلط، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية ، 2004 ، مصر.
- عمر فهمي حلمي: الوظيفة التشريعية لرئيس الدولة في النظام الرئاسي والبرلماني، دراسة مقارنة، طبعة 1985 ، مصر.
- ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، طبعة 1996 ، الإسكندرية، مصر.

الرسائل الجامعية:

- سعيد بوشعير: علاقة المؤسسة التشريعية بالمؤسسة التنفيذية في النظام القانوني الجزائري، الجزء الثاني، أطروحة دكتوراه دولة في القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، ديسمبر 1984.

- نصر الدين بن طيفور: السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية و الضمانات الدستورية للحقوق والحريات العامة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة سيدي بلعباس، السنة الجامعية 2002/2003.
- محمد بورايو: رئيس الجمهورية في دستور 22 نوفمبر 1976، رسالة ماجستير، معهد العلوم القانونية والإدارية، جامعة الجزائر، 1984.
- مراد بدران ، الرقابة القضائية على الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية ، أطروحة دكتوراه دولة في القانون العام ، كلية الحقوق جامعة سيدي بلعباس ، السنة الجامعية 2004 / 2005.

المقالات القانونية:

- أسود محمد أمين: دور رئيس الجمهورية في عملية التشريع، مجلة الحجة لمنظمة المحامين ، ناحية تلمسان، العدد0 ، ديسمبر 2005.
- سعيد بوشعير: التشريع عن طريق الأوامر وأثره على استقلالية المجلس الشعبي الوطني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، العدد الأول 1989.
- مسعود شهبوب ، الحماية القضائية للحريات الأساسية في الظروف الاستثنائية ، م.ج.ع.ق.س.الإق ، العدد الأول 1998
- مراد بدران: الاختصاص التشريعي لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة 124 من الدستور، مجلة الإدارة، المجلد العاشر ، العدد02، 2000.

-النصوص القانونية:

- دستور الجزائر الصادر في 10 سبتمبر 1963.
- دستور الجزائر الصادر في 22 نوفمبر 1976.
- دستور الجزائر الصادر 23 فبراير 1989 المعدل في 16 نوفمبر 1996.

Ouvrages :

-Marcel Prelot, institutions politiques et droit constitutionnel , Dalloz ,1969 ,paris,France.

-George Burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J 4emeed,1969, paris, France.

-George Burdeau, droit constitutionnel et institutions politiques, L.G.D.J .1988, paris, France.

Maurice Duverger, institutions politiques et droit constitutionnel, P.U.F, 1970,France.