مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

خضوع الرخص الإدارية لمبدأ المشروعية

The applicability of administrative licences to the principle of legality

بوكرش بلقاسم [1]*، بركات محمد [2]،

[1] جامعة محمد بوضياف المسيلة ، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق،الجزائر،

belkacem.boukerch@univ-msila.dz مخبر الدراسات و البحوث في القانون و الأسرة و التنمية الإدارية .

[2] جامعة محمد بوضياف المسيلة الجزائر، كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق،الجزائر،

mohamed.barkat@univ-msila.dz مخبر الدراسات و البحوث في القانون و الأسرة و التنمية الإدارية .

تاريخ ارسال المقال: 2021/12/06	تاريخ القبول: 2022/01/15	تاريخ النشر: 2022/03/01

* المؤلف المرسل

الملخص:

لقد اختلف فقه القانون الاداري حول تحديد مفهوم العمل الإداري الذي ينطلق بطلب من الأفراد وهذا من أجل ممارسة نشاط أو حرية كفلهما الدستور، وهنا تظهر الإدارة بصفة الضبط قصد حماية النظام العام.

وتأتي دراستنا هذه لتوضيح هذا النوع من التصرفات الإدارية ومدى خضوعها لمبدأ المشروعية.

الكلمات المفتاحية: الرخص الإدارية ؛ مبدأ المشروعية ؛ النظام العام ؛ الرقابة القضائية

Abstract :

The jurisprudence of the Administrative Code is different in defining the concept of administrative work, which is initiated at the request of individuals, in order to exercise the activity or freedom guaranteed by the Constitution, Here, the administrative shows precisely the purpose of protecting public order.

Our study is to clarify this type of administrative conduct and the extent to which it is subject to the principle of legality.

Keywords Administrative licences ; principle of legality ; public order ; Judicial control.

مقدّمة:

إن فرض نظام التراخيص يرجع إلى ضرورة تمكين الإدارة من التدخل في كيفية القيام ببعض الأنشطة والتي تعتبر حريات يضمنها الدستور وهذا من أجل حماية النظام العام، وذلك لتمكين الجهات الإدارية من اتخاذ الاحتياطات الوقائية للمجتمع من الخطر الذي قد يترتب على ممارستها في كل حالة تبعا لظروفها من حيث الزمان والمكان، وخاصة عندما نتكلم عن ممارسة الأنشطة الاستراتيجية للدولة والمتعلقة بالاقتصاد الوطني كالاستثمار، التجارة والتي يجب حمايتها.

وباعتبار الرخص الإدارية وسيلة من وسائل ممارسة سلطة الضبط الإداري بهدف حماية النظام العام وهذا سواء على المستوى المركزي أو اللامركزي، تكون هذه الممارسة عن طريق قرار إداري (منح الرخصة) في مجال الضبط وبالتالي لابد لخضوعه لمبدأ المشروعية وهذا حماية لحقوق الأفراد انطلاقا من مبدأ سيادة القانون.

وتهدف دراستنا لتوضيح هذا النوع من الأعمال الإدارية ضمن اختلاف مفاهيم فقهية، وتبيين مدى خضوعها للرقابة القضائية ضمن احترام مبدأ المشروعية.

ومن هذا المنطلق نصوغ الإشكالية التالية:

ماهي المعطيات المتعلقة بالرخص الإدارية وهذا اعتبارا من كونها عمل إداري يجب خضوعه لمبدأ المشروعية؟

وللإجابة على هذا الاشكال نقترح الخطة التالية:

المبحث الأول: الرخص الإدارية كعمل إداري

المطلب الأول: إشكالية الرخص الإدارية كقرار اداري يتوقف صدوره على إرادة المخاطب بالقرار

المطلب الثاني: الرخص الإدارية كقرار اداري بصفة عامة.

المبحث الثاني: ا لرخص الإدارية ومبدأ المشروعية

المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرار الترخيص

المطلب الثاني: قرار الترخيص الصادر كعمل من أعمال السيادة (أعمال الحكومة)

المبحث الأول: الرخص الإدارية كعمل إداري

إن الترخيص الإداري باعتباره عملا –أو تصرفا– قانونيا صادرا عن السلطة الإدارية يعتبر كوسيلة قانونية تمارس بها الإدارة رقابتها على الحربات و النشاطات الفردية[1].

وبالتالي سوف نعالج هذا المبحث من حيث إشكالية الرخص الإدارية في منظور الفقه.

المطلب الأول: إشكالية الرخص الإدارية كقرار اداري يتوقف صدوره على إرادة المخاطب بالقرار

لقد ورد في الفقه الفرنسي وربما يكون مأخوذا منه ، والذي يتجه برأيه أن أصل القرار الإداري تعبير عن إرادة منفردة أي يفرض على الغير دون رضاه ، ولكن توجد قرارات فردية يتوقف صدورها على إرادة الأفراد[2] ، وذلك يتحقق تحت صيغتين : **إما أن** يقوم المخاطب بالقرار بتقديم طلب إلى الإدارة لتعمل على استصداره، ومثال ذلك الترخيص بالبناء، أو ممارسة نشاط منظم الصادر بناءا على طلب المعني **أو أن تصدر** الإدارة قرار ستلزم القانون لصحة القانون قيامه شرعا رضا أو قبول المخاطب به ومثال ذلك قبول المترشح لوظيفة عامة لقرار تعينيه.[3]

ولقد اختلف الفقه حول تكييف القرار الصادر بناء على رضا المخاطب به ، ففي ألمانيا انقسم الفقه إلى عدة تيارات فمنهم من رأى هذه التصرفات علاقة تعاقدية ، ومنهم من رأى أن هذه التصرفات لا يمكن أن تكيف إلا على أساس اعتبارها من قبيل التصرفات الإدارية الانفرادية ، وهذا الأمر لا يهمنا في دراستنا لأننا إذا غصنا في هذا الجانب سوف نغرق في ما يعرف بحدود العمل الإداري المركب والمزدوج[4] .

أما في فرنسا لم يحلل الفقه الفرنسي هذه المشكلة بعمق كبير ، فالأستاذ jeze أطلق على هذا النوع من التصرفات القانونية الإدارية تسمية القرار الإداري المثار"provoqué " [5] إذا كان صدور هذا القرار متوقفا عل طلب المخاطب به ، وتسمية القرار الإداري المقبول accepté إذا كان صدوره متوقفا على رضا المخاطب به ، ولكنه أكد في نفس الوقت أنه لا توجد علاقة بين مثل هذه التصرفات القانونية الإدارية التي تبقى انفرادية و التصرفات الاتفاقية [6] .

أما في مصر فأكد سليمان الطماوي على أن هذا النوع من القرارات يستلزم موافقة صاحب المصلحة أي المخاطب به وهذا من أجل صدور القرار الإداري ، وهنا اختصاص الإدارة يصبح مقيد أي عدم استطاعة الإدارة إصدار القرار إلا إذا قام سببه الذي حدده المشرع [7] ، وهو طلب صاحب المصلحة ، وخلاف ذلك فإن الأحكام العامة للقرارات تطبق على هذا الصنف من التصرفات التي تشترط رضا المخاطب به ، ويرتب العميد **سليمان الطماوي** على ذلك نتائج غاية في الأهمية:

– إن طلب الفرد أو رضاه بالقرار الصادر لا ينشئ المركز القانوني بل يكون مجرد شرط لنفاذة.

– إذا قدم الفرد طلبا باستصدار قرار معين، فله أن يعدل عن هذا الطلب في أي وقت ما دامت الإدارة لم تصدر قرارا بشأنه، وحينئذ لا تستطيع الإدارة أن تصدر القرار المطلوب، ومثال ذلك أن يقدم موظف استقالته ثم يسحبها قبل قبولها من جانب الإدارة.

– إن القبول اللاحق للقرارات التي من هذا القبيل يساوي الطلب السابق، فإذا ما عينت الإدارة أحد المواطنين في منصب معين دون طلب منه، فإن قبوله للقرار يجعله سليمًا.

– يكون لعيوب الرضا التي تشوب إرادة مقدم الطلب أثرها على سلامة القرارات الإدارية التي تصدر إسنادا إلى الطلب المعيب[8] .

وقد تطرق الدكتور محمود حلمي إلى هذه المشكلة أيضا ، فأكد أن اقتران القرار برضا المخاطب به لا يغير من طبيعته كقرار فردي، حيث يرى أن قرار تعيين موظف ما ليس إلا قرارا فرديا ،مقترنا بشرط واقف ، وهو قبول الموظف المعين[9] .

أما موقف مجلس الدولة الفرنسي فكان ثابتا و قاطعا حول هذه المشكلة ، حيث رأى أن كون القرار مرتبطا بموافقة المخاطب به لا يغير شيئا في تكييفه القانوني واعتمد مجلس الدولة في موقفه على حجتين الأولى رضا المخاطب بالقرار يعتبر شرطا يعلق عليه القرار الإداري ، والثانية رضا المخاطب بالقرار تهيئة إجرائية له ولا يؤدي إلى إيجاد رابطة تعاقدية[10] .

أما الوضع في القانون الإداري الجزائري وعلى اعتبار أن الإدارة تقوم بتسيير الشأن العام انطلاقا من امتيازات السلطة العامة ، وأهم امتياز هو إصدار قرارات إدارية من جانب واحد فلا يظهر أننا أمام رضا الأفراد بل إذعان الأفراد والظاهر أن القرار الإداري لا ينشئ علاقة تعاقدية انطلاقا من إذعان وخضوع الأفراد لهم ، لكن ومن جهة أخرى كيف نفسر بعض القرارات الإدارية المتمثلة في رخص البناء مثلا ، او اعتماد او ترخيص وهي قرارات إدارية منصوص عليها في شتى القوانين العامة الجزائرية إلا أنها لا تصدر إلا بناء على طلب المخاطب به أفلا تحقق هذه القرارات جانب من المراكز الشخصية رغم أنها تمثل لائحة إدارية ؟ ام أنه يمكن القول أن العمل الإداري الانفرادي في هذا الشأن أنشأ علاقة تعاقدية داخلية[11] ؟

إن المشكل يظهر بعدم الاعتراف لا فقهيا ولا قضائيا بالحقوق والمراكز الشخصية المكتسبة من القرارات إلا فيما يتعلق بالقرارات الإدارية الفردية التي تكسب حقوق شخصية انفرادية كقرارات التعيين في وظيفة معينة.

وهذا ما يؤكد أن القانون الإداري الجزائري لا يعترف بأركان القرار الإداري بل يعترف بعناصر القرار الإداري وهي انه صادر من سلطة إدارية مفيد لمركز قانوني و نافذ[12] .

ولكن التركيبات الحاصلة في ممارسة بعض الأنشطة عندما ينشأ العمل الإداري منفردا (بناء على طلب المخاطب به، أي الرخصة الادارية) ثم يتلاحم مع عقد يثير الجدل والبحث عن طبيعته القانونية والناتجة عن تصرف إداري انفرادي أو بمفهوم يدخل ضمن مفهوم جديد إشكالية العقد المدني أو التجاري ذو نشوء تصرف إداري انفرادي وهنا تدخل الدولة في التسويق عن طريق الشراكة سواء وطنية أو أجنبية، وهنا المؤشر الاقتصادي له

تأثير على هذه العملية،أو العكس عندما ينشأ التصرف ثنائي في إطار اتفاق على شروط تنظيمية مسبقة – دفتر الشروط– من الإدارة تتمتع بامتياز السلطة العامة (عقد تنظيمي ذو آثار تنظيمية) ثم يتلاحم مع قرار إداري انفرادي خاضع لمبدأ العقد شريعة المرفق العام وهنا المتعامل مع الإدارة يكون امام خيار القبول بمحتوى دفتر الشروط أي في حالة إذعان كما ذكرناه سابقا[13].

المطلب الثاني: الرخص الإدارية كقرار اداري بصفة عامة.

حسب تعريف **Pierre livet** وقد يكون من المقبول فعلا فيه أن يكون ذلك عملا إداريا يتخذ شكل قرار انفرادي ذي طابع فردي ، وتصدر من حيث المبدأ بعد إذن صريح من المشرع ، أو من السلطات الإدارية الصرفة ، أو من جانب الهيئات التي تعتمد على هذه الأخيرة والتي تكون ممارسة نشاط ما أو إنشاء هيئة مشروطة بها ، ولا تعتبر أي حرية ، إن لم تكن محتملة ، قائمة قبل اتخاذ ذلك القرار "[14]

لقد اختلفت تعاريف الرخص الإدارية سواء ضمن الفقه الفرنسي أو العربي، ولكنها لم تخرج عن فكرة أن الرخصة الإدارية وسيلة قانونية إدارية تمارس بواسطتها السلطة الإدارية رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط الفردي. فهو إجراء إداري له دور وقائي، يعطي الإدارة إمكانية المحافظة على النظام العام لدى ممارسة الأفراد حقوقهم وحرياتهم ووقاية المجتمع من أخطار النشاط الفردي أو تنظيم مزاولته بهدف توقي الاضطرابات في المجتمع ومنع الإضرارَ به وحماية النظام العام به [15].

ومنه قرار الترخيص له جملة من الخصائص كغيره من القرارات الإدارية الفردية، فهو عمل إداري قانوني من جانب واحد صادر من جهة إدارية مختصة قانونًا بإصدار الرخصة ومنحها بناء على طلب المخاطب بالقرار متى توفرت الشروط القانونية والتنظيمية المحددة. أي أنه عمل شرطي.

وبالتالي الترخيص عمل اداري من جانب واحد بعيدا عن الاتفاق و التعاقد كما ذهب اليه بعض الفقهاء و إن وجود ارادتين ، إرادة طالب الترخيص و مانحه لا يضفي على هذا العمل أي عنصر اتفاقي أو تعاقدي، و طلب الفرد أو رضاه بالقرار الصادر لا ينشئ المركز القانوني بل يكون مجرد شرط لنفاذة[16] .

وقد يكون قرار الترخيص **غير منشئ** للحقوق ومثال ذلك في رخص البناء التي تعتبر قيد على استعمال حق الملكية العقارية وهنا الرخصة لا تكشف لنا حقوق للأفراد كون هذه الحقوق قائمة مسبقا سواء بالاستفادة أو الملكية وتلعب الرخصة الإدارية هنا الدور الوقائي الذي تمارسه سلطة الضبط الإداري المختصة سواء بإجراء تحقيق أو ابداء رأي من جهات معنية.

كما يعتبر قرار الترخيص مستند قانوني يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير أو الإدارة مانحة الترخيص أو حتى الجهات الرقابية وهذا حسب طبيعة كل ترخيص سواء تعلق بممارسة حرية أو نشاط مكفولين دستوريا، وهنا السؤال الذي يطرح نفسه عن **سلطة الإدارة** في مجال منح قرار الترخيص فهل هي سلطة تقديرية أم سلطة مقيدة؟

إن الإدارة من أجل ممارسة نشاطها لابد من اصدار قرارات الترخيص المختلفة لممارسة بعض النشاطات التي تمثل في الأصل حريات كفلها الدستور كحرية التجارة والاستثمار والمقاولة[17]، ، وهنا إذا منحنا للإدارة سلطة تقديرية في اتخاذ قراراتها الخاصة بالرخص الادارية قد تضيع حقوق الأفراد وذلك عند إساءة استعمال السلطة الذي

يختلف مع المبادئ العامة لسيادة القانون كون التقدير هو منح قدر من الحرية للإدارة لمباشرة وظيفتها على أحسن وجه، بالإضافة إلى كون ممارسة النشاطات يعتمد إلى نصوص وشروط تنظيمية مسبقة يجب على الإدارة احترمها وبالتالي هنا نكون امام مبدأ " لا اجتهاد مع نص " ،وهنا نكون امام تقيد الإدارة إزاء منح

الترخيص كقاعدة عامة و الاستثناء يكون هو التقدير في بعض التراخيص كون القانون في بعض الفترات يكون عاجز على احتواء بعض الأزمات ولكن هنا الاشكال الذي نكون أمامه في السلطة التقديرية للإدارة اللامركزية على عكس الإدارة المركزية التي تتمتع بسلطة أكبر.

ولا يمكن القول بأن سلطة الإدارة تقديرية في حال ما إذا تعلق الأمر بتهديد النظام العام في عناصره سواء الأمن العام، الآداب العامة، الصحة العامة والسكينة، ومثال ذلك النشاطات المصنفة كخطر على البيئة وصحة الانسان، أو بعض الأنشطة التي يستعمل فيها المتفجرات والتي تهدد الأمن العام إن لم تضبط جيدا بنصوص وإجراءات صارمة قبل منح ترخيص استعمال متفجر وهذا تحت رقابة سلطة الضبط وكذا السلطات الأمنية.

إن فكرة السلطة التقديرية للإدارة سلكت العديد من المراحل، حيث أن هذا التقدير مداه لم يكن مصدره تشريعيا بقدر ما كان قضائيا. و بالتالي الأعمال التي كانت تقوم بها الإدارة بحرية التقدير دون خضوعها إلى رقابة قضائية وعدم مسائلتها عن التزامها بحدود شرعية أعمالها، لم يكن هذا الأمر نتيجة لنصوص تشريعية، بل كان نتيجة لدور السلطة القضائية في فرض رقابتها على السلطة التقديرية للإدارة، وذلك ما أقره مجلس الدولة الفرنسي وهذا من أجل حماية حقوق وحريات الأفراد، كون تقدير الادرة قد يتعدى حدوده عند تتعسف الإدارة في استعمال سلطاتها[18].

حيث أكد الفقه المصري عن طرق الأستاذ العميد سليمان محمد الطماوي على أن القرار المبني عل سلطة تقديرية يعتمد على أساسين: فالأساس الأول يتضمن عدم وجود قرار تقديري بشكل كلي والتي كانت تسمى سابقا بطائفة الأعمال التقديرية فلم يبقى هذا النوع من القرارات سوى أعمال السيادة، أما الأساس الثاني فالتقدير في القرارات الإدارية، يرد على عنصر بذاته من عناصر تكوين القرار الإداري.

ورأي العميد الطماوي يتفق إلى حد أما الأساس الثاني فالتقدير في القرارات الإدارية، يرد على كبير مع رأي **Bonnard** وكذا قرارات مجلس الدولة الفرنسي[19].

وبالتالي يبقى دور قرار الترخيص وقائي يسبق كل ممارسة نشاط حتى و إن كان هذا الأخير حرية مضمونة دستوريا ، وهنا يجب على سلطات الضبط الاداري المختصة مراقبة الشروط المسبقة والإجراءات اللازم اتباعها من أجل منح قرار الترخيص المستند على نصوص قانونية ، مما يتطلب إعطاء توازن بين مقتضيات حفظ النظام العام و احترام الحريات الفردية التي كفلها الدستور ومنه فالرخصة الإدارية تؤثر على ممارسات الأنشطة وخاصة الاستثمار مما يكون لها حدين ، حد إيجابي متعلق بالدور الوقائي و الرقابي للرخص الإدارية ،والحد الثاني منح الترخيص والذي يمكن ان تتعسف فيه الإدارة وهذا ما سوف نعاجه لاحقا.

المبحث الثاني: ا لرخص الإدارية ومبدأ المشروعية

إن الرخص الإدارية كغيرها من القرارات الإدارية باعتبارها عمل اداري صادر عن جهة إدارية مختصة وبالأحرى سلطة ضبط فلابد من خضوعها لمبدأ المشروعية، أي احترام مبدأ سيادة القانون ويعني خضوع الدولة وسلطاتها وهيئاتها لأحكام ونصوص الدستور والقانون فيما تصدره من أعمال وقرارات تماما مثلما يخضع لها الأفراد[20].

وبالتالي سوف نعالج هذا المبحث من حيث الرقابة القضائية على اعمال الإدارة من حيث قرارت الترخيص.

المطلب الأول: الرقابة القضائية على قرار الترخيص

إذا كان الأمر كذلك بالنسبة لحالة قرار رفض السلطة الإدارية طلب الترخيص أين تتمتع بسلطة تقديرية أوسع ومع ذلك تخضع لرقابة القاضي الإداري، وحيث يكون الحصول على الرخصة مجرد أمل وفي مرحلة الاحتمال لم يتحقق بعد، وقد لا يتحقق، وإذا كانت الحال كذلك في ربط العلاقة لأول مرة مع الإدارة طلبًا للترخيص بالممارسة، فيجب أن تخضع لذات الرقابة وأشد ومن ذات القاضي من باب أولى وأجدى وأحق إذا تعلق قرارها ذاك بإلغاء الرخصة أو سحبها بعد منحها واكتسابها بكل ما تكون قد رتَّبته للمستفيد وأسندت له من مزايا ومنافع مالية وحتى حقوق قِبَلَ الغير وفي مواجهته على ما أوضحناه سابقا، سواء تم ذلك الإلغاء للمصلحة العامة أو نتيجة لعقوبة إدارية لمخالفة إدارية ارتكبها المرخص له أو لسلوك أو تصرفٍ أتاه كيّفْته السلطة الإدارية بكونه مخالفة تنظيمية فيها اعتداء على النظم الإدارية، فينازعها في قانونية قرارها ذاك من حيث مشروعيته لأحد العيوب التي قد تصيب القرار الإداري، فيطلب إلغاءه والتعويض عما يكون قد سببه له من ضرر إن كان له محل[21] .

إن القرار المتعلق بالرخصة الإدارية قد يصيبه ما يصيب القرارات الإدارية عمومًا من عيوب عدم المشروعية، من حيث الشكل والموضوع، وهي العيوب التي تنصبُّ عليها الرقابة العامة للقضاء الإداري[22].

و المشرع الجزائري واحتراما لمبدأ المشروعية أعطى للأفراد حق اللجوء للقضاء الإداري وهذا كضمان دستوري للحقوق من تعسف الإدارة[23] ، وبالرجوع للقواعد العامة ضمن نصوص قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أكد المشرع على اختصاص المحاكم الإدارية وكذا مجلس الدولة في الفصل في دعاوى الإلغاء و الدعاوى التفسيرية و دعاوى فحص المشروعية كل حسب اختصاصه [24]، وبالتالي على كل متضرر اللجوء للقضاء.

وبالتالي عندما نتكلم على قرار الترخيص الإداري بممارسة نشاط أو حرية فإننا نكون أمام رفض طلب الترخيص، سحب قرار الترخيص قبل انتهاء أوانه وهذا راجع لعدة أسباب تكون مبررة قانونا.

ومنه فرقابة القاضي الإداري على قرار الترخيص تكون على المشروعية الداخلية و الخارجية له[25] ، وما يمكن الإشارة إليه هنا أن عيب عدم الاختصاص حالة نادرة الوقوع في هذا المجال[26].

وبالتالي فالرقابة القضائية " تعبير عن القاعدة التي تقتضي بأن على الإدارة أن تتصرف طبقاً للقانون" [27].

والاشكال المطروح هنا كما أكده الدكتور عزاوي عبد الرحمان هل إلغاء القرار الإداري برفض الترخيص يؤدي إلى إمكانية ممارسة النشاط المطلوب الترخيص به والذي يتطلب عادة قرارًا صريحًا من الإدارة؟

يُطرحُ مثل هذا التساؤل بإلحاح عندما ترفض الإدارة منح الترخيص وتؤسس رفضها على أسباب تتعلق بالملاءمة، وبخاصة في المجالات الاقتصادية والسياسية، أو في مجال السلطة التقديرية المعترف لها بها في تعاملها مع طلبات التراخيص المرفوعة إليها، وهي سلطة قد تضيق أو تتسع على نحو ما سبق ففي هذه الحالة يُمتنع على القاضي الإداري قاضي (الإلغاء) التدخل، إذ الأمر مرتبط حسب أحد الاتجاهات الفقهية بالملائمة وليس بالمشروعية بينما يرى اتجاه فقهي آخر أن القاضي بإمكانه التدخل وإعطاء أوامر للإدارة لتنفيذ أحكامه النهائية الحائزة على قوة الشيء المقضي به[28].

و للحد منُ غُلوّ موقف كل من الإدارة بالتمسك بموقفها في عدم قبول تلقيها أوامر من القاضي الإداري، وكذا رأي الاتجاه الفقهي المدعّم لموقفها ذاك في كل من فرنسا ومصر بالتمسك الحرفي لمبدأ الفصل بين السلطات كما فهمه ذات الاتجاه وكذا الفصل بين الهيئات الإدارية النشيطة والقضائية، ثم الاتجاه الفقهي الداعي إلى ذلك، ولأجل إعطاء الأحكام الصادرة عن القاضي الإداري ضد قرارات الإدارة غير المشروعة معناها وأثرها العمليين في الواقع القانوني وفي حياة الأفراد في دولة القانون التي لا يختلف حول بنائها وحمايتها كل من القضاء والإدارة، من اجل ذلك كله صاغ الفقه ومن ورائه المشرع أحيانًا عدة حلول وتدابير تتخذ ضد الإدارة لحملها وحمل موظفيها على احترام أحكام القضاء وقراراته وتنفيذها، وتتمثل في التدابير التالية[29]:

– ترتيب تعويض في ذمتها عن الأضرار الناجمة عن رفضها تنفيذ الأحكام والقرارات القضائية النهائية الصادرة ضدها.

– المساءلة الجنائية للموظف المكلف بتنفيذ الحكم القضائي الحائز لقوة الشيء المقضي به الذي يرفض تنفيذه أو التقاعس في ذلك .

– توقيع غرامة مالية تهديدية ضد الإدارة لجبرها على اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ منطوق الحكم القضائي الصادر ضدها.

المطلب الثاني: قرار الترخيص الصادر كعمل من أعمال السيادة (أعمال الحكومة)

الأصل أن القضاء يختص بنظر كل المنازعات التي يمكن أن تنشأ في المجتمع، أيا كان سببه وأطرافها وموضوعها، إلا أن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، حيث توجد قضايا تكون بمعزل عن رقابة القضاء، وهي ما يعبر عنها بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة. وهي على كل مختلفة عن الأعمال الإدارية وتحكمها اعتبارات أكثر منها قانونية[30].

وتعد أعمال السيادة من أهم المفاهيم في العالم المعاصر التي تتناقض إلى حد كبير مع مبدأ المشروعية أو خضوع الدولة للقانون، حيث نجد مع هذا المصطلح تراجع خضوع الدولة لرقابة القضاء من خلال نزع صلاحيته أو اختصاصه بالنظر في المنازعات المتعلقة بها، ويرى الكثير من الفقه أن فكرة أعمال السيادة هي مجر د حيلة ابتدعها القضاء في فرنسا لتجنب التصادم مع السلطة الحاكمة، خاصة في المرحلة التي كان فيها مجلس الدولة تابعا للملك ومجرد هيئة استشارية له، إذ كان أول حكم طبق هذه الفكرة هو قرار المجلس الفرنسي الصادر في أول ماي 1822 .

أما في الجزائر هناك حالات نادرة تعرض فيها القضاء الجزائري لفكرة اعمال السيادة ، وقد أكدت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا أخذها بهذه النظرية وذلك في قضية القرار الصادر عن وزير المالية المتضمن سحب الورقة المالية من فئة 500دج من التداول، والذي أكدت فيه أنه قرار سيادي غير قابل للطعن[31].

الأمر الذي جعلنا نفكر في نوع من الرخص الإدارية والتي **تمنح بموجب مرسوم تنفيذي**[32] حول استغلال مرفق عام والتي تكون خاضعة لدفتر شروط مسبق ، هذا النوع من الاعمال الإدارية الذي يبعث الى التساؤل عن طبيعتها ، كونها تنطلق من شروط تنظيمية لتصل الى قرار منح الرخصة ، وعند المنازعة الإدارية مثلا في حال سحب او إلغاء الترخيص من طرف السلطة المانحة له والمتمثلة في الحكومة فهنا قد نصطدم بعمل من أعمال الحكومة والذي لا يقبل الطعن امام الجهات القضائية المختصة كونه من أعمال السيادة ولا يخضع للرقابة القضائية ، وهنا نقع في اشكال كبير عالجه الفقه المتعلق بالقانون الاداري سابقا خلال القرن 19 ضمن مدرسة السلطة العامة وخصوصا الفقيه **لافريير** و الفقيهين **لبرتملي و دكروك** واعتمدوا في بناء القانون الاداري كله على أساس التمييز بين أعمال السلطة والأعمال المادية والتسييرية.

كما لم يعد من المستطاع التمييز بين اعمال السيادة والسلطة واعمال الادارة والتسيير(العنصر الإيجابي و السلبي) [33] ، وبالتالي تحديد مجال اختصاص القانونين العام والخاص وكلا من القضاء الاداري والقضاء العادي فأصبح فقهاء مدرسة السلطة العامة يضعون بدورهم بعض التحفظات فالأستاذ **هوريو** يرى أن ثمة قيود مفروضة على حقوق السلطة العامة ليست قيودا خاضعة لإرادتها وحدها ولكنها قيود موضوعية أضحت معه هذه القيود نظاما مفروضا على السلطة العامة وهذا النظام المفروض هو نظام المرافق العامة[34].

وبالتالي الرقابة القضائية على قرار الترخيص في جانبيه (رفض منح الرخصة الإدارية وإلغاء منح الترخيص)، أو حتى توقيف ممارسة بعض الأنشطة التي تحتاج إلى ترخيص استنادا إلى قرارات مركزية يشوبها بعض الغموض والتي تمنح في ذات الوقت برخصة مبررها الاستثناء أي الرخص الاستثنائية الأمر الذي يفتح الباب أمام مشروعية هذا التصرف كون بعض هذه الرخص تطرح اشكالا كبيرا.

وهنا في حال النزاع، القاضي المختص سوف يكون على المحك ،لأننا عندما نتكلم عن ازدواجية قضائية محرومة من مراقبة كاملة على أعمال السلطة التنفيذية وخاصة عندما تكيف على أساس أعمال السيادة والتي تخرج عن دائرة المشروعية، وهنا العمل الإداري عندما يتعلق بقرار الترخيص (عدم منح الترخيص إلغاء الترخيص، عدم التمديد للترخيص) و الممنوح من طرف سلطة مركزية – قرار مركزي- فهو قرار خاضع لرقابة مجلس الدولة والذي يعتبر في هذا الجانب قضاء درجة أولى وأخيرة في دعاوى الإلغاء و التفسير و تقدير المشروعية في القرارات الصادرة عن السلطات الإدارية المركزية ،فكيف يعقل لنفس الجهة القضائية أن تنظر أو تقوم القرارات الصادرة عنها .

وبالتالي خضوع اعمال الإدارة لمبدأ المشروعية متى تعلق الأمر بقرارات الترخيص الممنوحة وخاصة إذا تعلق الأمر بالأعمال السيادية سوف يخرج عن هذا المبدأ وهذا لحتمية لا بد منها سواء لاعتبارات سياسية أو اعتبارات اقتصادية أو ...

وهنا القضاء ليس له صلاحية تفسير أو إلغاء أو قف تنفيذ او التعويض عن أعمال السيادة، وتبقى هنا سلطته الإعلان بعد الاختصاص القضائي.

ولكن الاشكال هنا أن أعمال السيادة غير محددة والقاضي يكون أمام تحد ي كبير في تحديد طبيعة العمل وما إذا كان يندرج في إطار أعمال السيادة أو لا.

ومنه على أي أساس سوف يكيف القاضي هذا العمل الإداري؟ أم أنه سوف يعتمد في تكييف هذا العمل بالرجوع إلى المعايير الفقهية والقضائية، وفي حالة ثبوت أنها أعمال غير سيادية أصبحت خاضعة لاختصاصه ونظر فيها طبقا للقانون، وفي حال عدم ثبوتها بأنها ذات طبيعة سيادية استبعد النظر في موضوعها وأعلن عدم اختصاصه.

خاتمة:

حسب تحليل ما سبق وبالرغم من الاختلافات الفقهية حول مفهوم التصرف الإداري الذي يكون بناء على طلب المعني حول اتجاه البعض منهم إلى كون هذا النوع من التصرفات الإدارية ينشئ علاقة تعاقدية، حتى وإننا نرى أنها بعيدة عن المفهوم التعاقدي كما أكده الفقه الفرنس والعربي سابقا وكذا مجلس الدولة الفرنسي الذي اعتبر رضا المخاطب بالقرار يعتبر شرطا يعلق عليه القرار الإداري من جهة، ومن جهة ثانية تهيئة إجرائية له ولا يؤدي إلى إيجاد رابطة تعاقدية.

الأمر الذي لا يدعو للشك أبدا أن هذا النوع من التصرفات الإدارية يعطي توازن بين حماية النظام العام وممارسة خاصة الأنشطة التي تعتبر حرية مضمونة دستوريا، مما جعل لها حد متعلق بالدور الوقائي والرقابي للرخص الإدارية، حد آخر هو منح الترخيص والذي يمكن ان تتعسف فيه الإدارة، وبالتالي هنا ومن أجل احترام مبدأ سيادة القانون لابد من خضوع هذا النوع من التصرفات للرقابة القضائية ضمن خضوع أعمال الإدارة لمبدأ المشروعية.

النتائج

- قرار الترخيص الإداري عمل اداري من جانب واحد بعيد عن الرابطة التعاقدية، ورضا المخاطب بالقرار يعتبر شرط يعلق عليه القرار الإداري واجراء سابق له.
- قرار الترخيص الإداري صورة من صور القرار الإداري الانفرادي وبالتالي لا يخرج عن مفهومه العام.
- خضوع الرخص الإدارية لمبدأ المشروعية ضمانة للأفراد من تعسف السلطة الإدارية كون الرخص الإدارية في مجال ممارس الأنشطة والحريات مرهونة بحماية النظام العام ويمكن للإدارة أن تتحجج به.
- الرخص الإدارية بموجب مرسوم تنفيذي قد تدخل ضمن أعمال الحكومة (أعمال السيادة) ، وهنا القاضي الإداري سكون على المحك في حال النزاع بهذا الشأن.

التوصيات

- بما أن مجالات الرخص الإدارية واسعة النطاق لا يمكن حصرها في دراسة واحدة، ندعو إلى إعادة ضبط الشروط والإجراءات المتعلقة في هذا الجانب وذلك للحد من تعسف الإدارة.

– بالرغم من أن المؤسس الدستوري أعطى ضمانات تعكس احترام مبدأ سيادة القانون وذلك في مشروعية العمل الإداري الذي تنطوي تحته الرخصة الإدارية، وجسد ذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي حدد اختصاص القاضي الإداري في المنازعة الإدارية لما تكون الإدارة حاضرة كطرف في النزاع، ولكن الاشكال في الرخص التي تمنح من طرف سلطة مركزية ومتعلقة بمجال اقتصادي يدخل ضمن الاستثمار ، فهنا يجب الفصل بما هو عمل سيادي وما هو عمل اداري كي نخرج من دائرة اللبس كون القاضي الإداري يكون على المحك في الرقابة على هذا النوع من الأعمال الإدارية ،لأننا نتكلم عن ازدواجية قضائية محرومة من مراقبة كاملة على أعمال السلطة التنفيذية وخاصة عندما تكيف على أساس أعمال السيادة والتي تخرج عن دائرة المشروعية.

– طبيعة بعض الأنواع من التراخيص تدعو إلى إعادة التفكير، كون تلاحم بعض التصرفات الإدارية يثير الكثير من الجدل حول طبيعة هذا العمل والذي ينطلق اعتمادا على دفتر الشروط الذي يحتوي على شروط تنظيمية وكأننا نتجه نحو اتفاق ينتهي بقرار منح الترخيص، وهنا ندخل في إطار ما يعرف بالقرارات المتصلة والمنفصلة عن العقد والتي سوف تطرح اشكال كبير على مستوى المنازعة الإدارية، كوننا لم نحدد بعد طبعة هذا النوع من الأعمال الإدارية.

. قائمة المراجع:

الكتب :

الكتب باللغة العربية:

1. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ط6 ،1999 .
2. سليماني هندون، الضبط الإداري (سلطات وضوابط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017.
3. شنطاوي على خطار، القضاء الإداري المركز العربي للخدمات الطلابية، الأردن، 1996.
4. عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007.
5. عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999.
6. عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008، ص146.
7. محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارت الإدارية ،مطبعة عاطف ،القاهرة ، 1974 .

الكتب باللغة الأجنبية:

8. Pierre livet : L’autorisation administrative préalable et les libertés publiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1974.

الأطروحات و المذكرات

9. حميد بن علية، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري (تحول النشاط الإداري في الجزائر)، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2006.

10. عزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007.

11. زيداني شريفة، دور الترخيص الإداري في المحافظة على النظام العام، مذكرة لنبل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم، السياسية ،جامعة جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016 – 2017.

المحاضرات

12. مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء، ورقة بحثية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2012 -2013 .

النصوص القانونية

13. الدستور الجزائري المعدل بموجب المرسوم الرئاسي 20 – 442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 والمصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020 .

14. [35]القانون 08 – 09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008 .

15. القانون 14 – 05 المؤرخ في 24 فيفري والمتضمن قانون المناجم.

16. المرسوم التنفيذي 18 – 202 المؤرخ في 5 أوت 2018 ، يحدد كيفيات و إجراءات منح الرخص المنجمية .

17. المرسوم التنفيذي 21 – 35 المؤرخ في 4 جانفي 2021 و المتضمن الموافقة على تجديد رخصة لإقامة و استغلال شبكة الاتصالات الالكترونية الثابتة المفتوحة للجمهور ، الممنوحة " لشركة اتصالات الجزائر ، شركة ذات أسهم " .

القرارات القضائية:

18. قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 07 /1984/01، ملف رقم 36473، منشور بالمجلة القضائية، سنة 1995، العدد الثاني.

الهوامش:

[1] زيداني شريفة، دور الترخيص الإداري في المحافظة على النظام العام، مذكرة لنبل شهادة الماستر، تخصص قانون اداري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2016 – 2017،

[2] حميد بن علية، مفهوم العمل الإداري المركب في القانون الجزائري (تحول النشاط الإداري في الجزائر)، رسالة نيل شهادة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2006، ص 192.

[3] حميد بن علية، نفس المرجع، ص 193.

[4] حميد بن علية، نفس المرجع السابق، ص193.

1

[5] حميد بن علية، المرجع السابق، ص 194.

[6] حميد بن علية، نفس المرجع السابق، ص 194

[7] سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، ط6 ،1999، ص 236.

[8] حميد بن علية، نفس المرجع السابق ، ص196 .

[9] لتفاصيل أكثر حول الفكرة راجع حميد بن علية، المرجع السابق، ص 196

[10] لتفاصيل أكثر حول الفكرة راجع حميد بن علية، نفس المرجع السابق، ص 196.

[11] لتفاصيل أكثر حول الفكرة في القانون الجزائري راجع حميد بن علية، نفس المرجع السابق، ص 200

[12] حميد بن علية، نفس المرجع السابق، ص 201

[13] راجع المادة 70 من القانون 14 – 05 المؤرخ في 24 فيفري والمتضمن قانون المناجم.

– راجع كذلك المادتين 3 و 4 من المرسوم التنفيذي 18 – 202 المؤرخ في 5 أوت 2018 ، يحدد كيفيات و إجراءات منح الرخص المنجمية .

[14] Pierre livet : L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1974, p 188.

"On peut en effet admettre qu'il s'agit d'un acte administratif revêtant la forme d'une decision unilatérale de caractère individuel, émis en principe après habilitation expresse du législateur, soit par des autorités strictement administratives, soit par des organes dépendant de ces dernières, et à la délivrance duquel sont conditionnés l'exercice d'une activité ou la création d'un organisme, aucune liberté, sinon potentielle, n'étant réputée exister avant cette decision "

[15] عزاوي عبد الرحمان، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة دكتوراه دولة في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2007، ص 157.

[16] لتفاصيل أكثر حول الفكرة راجع، عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 166.

[17] المادة 61 من المادة 168 من الدستور الجزائري المعدل بموجب المرسوم الرئاسي 20 – 442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 والمصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020.

" حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون "

[18] محمد مصطفى حسن، السلطة التقديرية في القرارت الإدارية ،مطبعة عاطف ،القاهرة ، 1974 ،ص 88 .

[19] سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ،ص 4 .

[20] سليماني هندون، الضبط الإداري ،(سلطات وضوابط)، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص 94

[21] عزاوي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 362

[22] عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 352.

[23] المادة 168 من الدستور الجزائري، المرجع السابق.

" ينظر القضاء في الطعون في قرارات السلطة الإدارية "

[24] المواد، 800، 801، 901 ،902، 903، من القانون 08 – 09 المتعلق بالإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 25 فيفري 2008.

[25] عمار عوابدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة والقانون الإداري، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 1999، ص 192

[26] سليماني هندون، المرجع السابق، ص 125.

[27] شنطاوي على خطار، القضاء الإداري المركز العربي للخدمات الطلابية، الأردن، 1996، ص 27.

[28] عزاوي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 370.

[29] عزاوي عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص 379 .

[30] مقني بن عمار، أعمال السيادة كاستثناء عن اختصاص القضاء، ورقة بحثية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، الجزائر، 2012 -2013، ص 2 .

[31] قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 07 /1984/01، ملف رقم 36473، منشور بالمجلة القضائية، سنة 1995، العدد الثاني، ص 143،

[32] ومثال ذالك راجع الموافقة على تجديد الرخصة الممنوحة لشركة اتصالات الجزائر فيما يتعلق بمرفق الاتصارت المفتوحة للجمهور ، والممنوحة بموجب المرسوم التنفيذي 21 – 35 المؤرخ في 4 جانفي 2021 و المتضمن الموافقة على تجديد رخصة لإقامة و استغلال شبكة الاتصالات الالكترونية الثابتة المفتوحة للجمهور ، الممنوحة " لشركة اتصالات الجزائر ، شركة ذات أسهم " .

[33] عمار عوابدي، القانون الإداري، الجزء الأول، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2008، ص146.

[34] عمار بوضياف، الوجيز في القانون الإداري لطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر،2007، ص124.