

# دور القاضي الإداري في حماية الحقوق والحريات الأساسية

قاسم العيد عبد القادر (\*)

مقدمة :

1- تعريف الحقوق الأساسية

2- العناصر الثلاثة المكونة للحقوق الأساسية

3- الحقوق الأساسية في الجمهورية الجزائرية الديمقراطية  
الشعبية

المبحث الأول :

الجانب النظري للحقوق والحريات الأساسية

المطلب الثاني :

الحقوق والحريات الأساسية في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث :

الحقوق والحريات الأساسية في القانون الجزائري

المبحث الثاني :

الجانب الواقعي للحقوق والحريات الأساسية

المطلب الأول :

دور القاضي الإداري في تسجيل الحقوق والحريات الأساسية

المطلب الثاني :

مدى فعالية الرقابة القضائية في إحترام الحقوق والحريات  
الأساسية.

خاتمة

---

(\*) أستاذ مساعد مكلف بالدروس. كلية الحقوق. جامعة سيدي بلعباس

## مقدمة

إن أول ما يصطدم به القانون الإداري عند تطبيق قواعده التي تحكم سير المرافق العامة هو الحقوق والحريات الأساسية للأفراد. والعلة في ذلك، أن السير العادي والمنتظم للمرافق العامة، وتحقيق المصلحة العامة للدولة لا يمكن أن يتحقق إلا بالتضحية ولو بجزء من الحقوق والحريات الأساسية المعترف بها للأفراد بمقتضى الدستور والقوانين العادية في البلاد.

ويبقى الإشكال قائماً، والحل غير متيسر، وذلك منذ حكم محكمة التنازع في القضية الشهيرة "بلانكو" في 8 فبراير 1873، التي حاول من خلالها القضاء الإداري أي وضع ضوابط لتحقيق التوازن والتكافؤ بين ما يعتبر من الحقوق الأساسية للأفراد، وبين ما يعتبر من مستلزمات تحقيق الصالح العام (1).

وعلى الرغم من الإنتقادات، فإن قواعد القانون الإداري يمكن إعتبارها سلاحاً في يد الأفراد للدفاع عن حقوقهم وحرياتهم الأساسية أكثر من إعتبارها قواعد تقلص من مجال ممارسة هذه الحقوق والحريات (2). وعلى ذلك، فإننا نقف في مواجهة الإتجاه الذي يعتقد بأن القانون الإداري أصبح لا يتمتع بهذه الميزة أو بهذا الوصف كالدرع الواقعي من خروقات حقوق الإنسان والمواطن (3). اللهم إلا إذا كنا نريد أن نجرد هذا القانون، من قواعده التي تقرر الإمتيازات والحقوق غير المألوفة لصالح الإدارة في تكفلها بتحقيق مقتضيات الصالح العام،

- 
- (1) الحقوق الأساسية والقانون الإداري - جون فرانسوا لاشوم - المجلة القضائية للقانون الإداري - 20 جويلية 1998 - باريس صفحة 92.
  - (2) كريستان دوبيوي - القانون الإداري: الإتجاهات الحديثة - الإعلانات الصغرى - 1997 - رقم 146، صفحة 04.
  - (3) بيار دفولفي: - القانون الإداري - دالوز - صفحة 01.

وإذا كنا نسلم بهذا الرأي الأخير، فإننا نلغي أساس فكرة علة وجود القانون الإداري.

فقواعد القانون الإداري لها عدة نقاط تلاقي وتطابق مع القواعد التي تقرر الحقوق والحريات الأساسية، ولها كذلك عدة تناقض وتنافر، فإن الأشخاص المعنوية التي من أجلها سنت أغلبية قواعد القانون الإداري، فإنها ليست هي الوحيدة التي يخشى أن يقع منها الخرق للحقوق والحريات الأساسية. فالأشخاص الخاصة هي كذلك غالبا ما يقع منها الإنتهاكات لهذه الحقوق والحريات.

ويجب أن نلاحظ أن القانون الإداري لا يضع قائمة محددة للحقوق والحريات الأساسية، وبالرجوع إلى المراجع المتعلقة بالقانون الإداري ونجد هذه الأخيرة غالبا ما تخفي في هذا المجال بالإحالة إلى إستشارة الدساتير والإتفاقيات الدولية التي تبرمها في هذا المجال، وبدرجة أقل موثيق الأمم المتحدة والمنظمات الجهوية كمنظمة الوحدة الإفريقية والجامعة العربية وإلى غير ذلك من المنظمات الأخرى.

وبالنسبة لهذه المراجع الأخيرة، نجد أن هذه المنظمات مازالت في أطوارها الأولى في مجال حماية الحقوق والحريات الأساسية، وأن مساعيها لا تزال محتشمة، لا تتعدى في غالب الأحيان مكاتب مقراتها. وذلك عكس ما وصل إليه الغرب، خاصة الدول الأوروبية التي إستطاعت أن توحد جهودها، وتوحد قوانينها بحيث أصبحت الإتفاقيات المنعقدة بينها تسمو على قوانينها الداخلية. فأصبح الأوروبي ينتقل عبر حدود قارته بدون تأشيرة، هو وأمواله وأولاده. بل الأمر وصل إلى أن أصبحت العملة موحدة، وتحولت بذلك أوروبا من قارة شاسعة إلى دولة صغيرة، الشيء الذي نحبّذه نحن في الدول العربية أو على الأقل في المغرب العربي ونأمل أن نصل إليه في يوم من الأيام.

ولنرجع إلى موضوعنا، ونقول أن القانون الإداري لا يخلق هذه الحقوق والحريات الأساسية للمواطن، ولكنه يقرها. فتعداد هذه الحقوق وارد كما سبق القول في الدساتير والمواثيق الدولية والجهوية، وكذا الإتفاقيات التي ترتبط بها الدول. فالقانون الإداري عندما يقر هذه الحقوق، فهو غالبا ما يقيدتها ويجعلها سارية في نطاق أضيق، وذلك بسبب الوضع الخاص بكل الدول الذي يختلف بحسب الفلسفة والإيديولوجية السائدة، وعلى ذلك، فإن السؤال الذي يمكن طرحه من هذه المقدمة، يتعلق بما هو تعريف هذه الحقوق والحريات الأساسية في القانون الجزائري؟

### أولا : تعريف الحقوق والحريات الأساسية

بادئ ذي بدء، نقول أن كل المحاولات التي قام بها الفقه لوضع تعريف جامع شامل للحقوق والحريات الأساسية قد فشلت (1)، نفس المحاولات فشلت عندما أريد وضع قائمة تشمل هذه الحقوق والحريات. الأمر الذي دفع المسؤولين على قطاع التعليم العالي في الجزائر إلى إلغاء مادة الحريات العامة من برنامج تحضير شهادة الليسانس على مستوى معهد الحقوق في الجامعات الجزائرية. وفي فرنسا غير قرار 30 أفريل 1997 تسمية مادة الحريات الأساسية بالحريات العامة، وإن كان المحتوى لم يتغير.

- جرد آخر للحقوق الأساسية سائد في فرنسا، لا يعتبر الحق أساسيا إلا إذا كان منصوص عليه في الوثائق الدولية (الإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، الإتفاقية المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية). هذه الحقوق لا يمكن لها الحد منها حتى ولو كنا في ظل

---

(1) جون مورنج حقوق الإنسان والحريات العامة - المنشورات الجامعية الفرنسية الطبعة الرابعة 1997 صفحة 15.

الظروف الإستثنائية التي تتمتع فيها الإدارة ببعض السلطات لا يمكن لها أن تمارسها في الظروف العادية، وتتمثل هذه الحقوق الأساسية في الحق في الحياة، الحق في سلامة الجسد، والحق في عدم إسترقاق الإنسان، عدم رجعية قانون العقوبات، حق الشخص الموقوف في معرفة أسباب إيقافه والتهم الموجهة إليه، عدم حبس الشخص لمجرد إخلاله بالالتزام تعاقدية، حقه في الشخصية القانونية، حقه في التفكير وإعتناق الديانة التي يشاء (1).

لاشك أن هذه الحقوق أساسية، ولكننا لا نصادف أية حقوق معتبرة هي الأخرى أساسية كحق إنشاء الجمعيات، حرية الصحافة، حرية التنقل، التعليم، حق الملكية إلخ .... وعلى ذلك تبقى القائمة التي جاءت بها الإتفاقيات الأوروبية لحقوق الإنسان، وتلك المتعلقة بالحقوق المدنية والسياسية ضيقة وناقصة. ولكنها أدت على حقوق يجب إعتبارها أساسية. وفي كتابه (حقوق وواجبات الإنسان (2)، يؤكد العميد ماديو (Madiot) على سبعة حقوق يعتبرها أساسية وهي : الحق في الحياة منذ الولادة، الحق في سلامة الجسد، الحق في عدم إسترقاق الإنسان، الحق في الأمن، المساواة أمام القانون، الحق في العرق أو الجنس، وأخيرا حرية التعبير.

والملاحظ على كل ذلك، أن الفقه لم يجتمع على قائمة يكون فيها جرد جامع بكل الحقوق والحريات الأساسية، الأمر الذي يجعل المسألة صعبة أمام القاضي الإداري الذي يعتبره البعض الدرع الواقعي لممارسة الأفراد لحقوقهم السياسية في مواجهة الإدارة بما تحمله هذه الأخيرة من

---

(1) لورون ريتشر حقوق الإنسان والمواطن - الإقتصاد 1982 صفحة 82.

(2) العميد ماديو : ملاحظات حول حقوق وواجبات المواطن بريالانت 1998 -  
صفحة 67.

إمтиازات وسلطات إستثنائية خولت لها تحت ستار حماية المصلحة العامة وضمنان السير الحسن للمرافق العامة للدولة.

لذلك إعتبر مجلس الدولة في فرنسا الباب مفتوحا لإعتبار بعض الحقوق أساسية على الرغم من عدم النص عليها في المواثيق السالفة الذكر، فلقد إعتبر في 2 جويلية 1993 (1) من حقوق الإنسان الأساسية المبادئ الأخلاقية المتعلقة بالشخصية الأدمية. كما أنه إعتبر منذ 1956 (2) وذلك بالإحالة إلى ديباجة دستور 1946 حق إنشاء الجمعيات من الحقوق الأساسية، وذلك قبل تكريسه بصفة رسمية بقضاء المجلس الدستوري لاحقا.

ولقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك، فإعتبر مبدأ إستمرار سير المرافق العامة من الحقوق الأساسية (3) وذلك إستنادا إلى المادة 34 من دستور الجمهورية الخامسة لسنة 1958.

### ثانيا : العناصر الثلاثة المكونة للحقوق الأساسية :

لإعتبار الحق أساسيا، يجب أن يتحدد وفق شروط ثلاثة هي : الإطار القانوني أو النصوص القانونية التي تقره، الشخص المقصود أي المعني بممارسة الحق، وأخير النظام القانوني الذي يخضع له ممارسة الحق.

---

(1) مجلس الدولة الفرنسي في 02 جويلية 1993، ميلاو -ليون صفحة 194.

(2) مجلس الدولة الفرنسي في 11 جويلية 1956 ليون صفحة 317.

(3) مجلس الدولة الفرنسي في 13 جوان 1980 السيدة بوجون ليون صفحة

ففيما يخص الإطار القانوني، فلكي يعتبر الحق أساسيا يجب أن ينص عليه في الإتفاقيات الدولية أو الدساتير والنصوص ذات القيمة القانونية المساوية كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن، وديباجة دستور 27 أكتوبر 1946 في فرنسا.

أما فيما يخص الشخص الذي يمارس هذه الحقوق، فهو كأصل عام الشخص الطبيعي، ولكنه إستثناء تخول مثل هذه الحقوق لبعض الأشخاص المعنوية، فلقد إعتبر دستور 4 أكتوبر 1958 مبدأ إستقلال تسيير الوحدات المحلية من المبادئ الأساسية.

أما الشرط الثالث، فلا يعتبر من الحقوق الأساسية إلا الحقوق غير الخاضعة للإذن المسبق لكي يمكن ممارستها، كما أن هذه الحقوق لا يمكن الحد منها إلا عن طريق التشريع، فالمرجع وحده يمكنه أن يتدخل من أجل تنظيمها حتى يضمن التوازن ما بين ممارستها وما بين تحقيق الإنسجام والتنسيق بينها، وبين بعض القواعد الدستورية خاصة تلك التي تحافظ على النظام العام في الدولة (1).

إنطلاقا من هذه الشروط الثالث، الإطار القانوني والشخص صاحب الحق، والنظام القانوني يمكن إعتبار بعض الحقوق أساسية وهي حرية التنقل، الرأي، الديانة، المعتقد، إنشاء الجمعيات، حرية الصحافة، التعليم، المبادرة، إضافة إلى حقوق أخرى مكرسة بقوانين دولية كالحق في الحياة، والمساواة، وعدم الإسترقاق، وحق الإنسان في الكرامة وعدم رجعية قانون العقوبات إلخ....

---

(1) المرسوم رقم 85-187 الصادر في 25 يناير 1985 حالة الطوارئ في كاليدونيا الجديدة الأحكام الكبرى للمجلس الدستوري صفحة 608.

هذا ونشير إلى أن بعض النواب في البرلمان الفرنسي أو دعوا بمكتب الجمعية العمومية وبمجلس الشيوخ في ديسمبر 1997 إقتراحات إعلان حقوق الإنسان لسنة 1789.

وجاء في هذه الإقتراحات، وجوب إضافة عنوان ثان للإعلان ضمنوه بعض الحقوق الأخرى لإعتبارها أساسية وهي : الحق في السلم، الحق في سلامة الجسد والعقل والتركيب البيولوجي للإنسان.

ويلاحظ على هذه الحقوق المكرسة في فرنسا بمقتضى قوانينها الأساسية لا نجد حق الملكية الذي هو دعامة الإقتصاد الفرنسي، ولكن هذا لم يمنع المجلس الدستوري (1) في إعتباره من الحقوق الأساسية، على الرغم من أن القوانين الفرنسية تخضعه في بعض الحالات للإذن المسبق (2)، كما أن للبلدية في فرنسا أن تمسه بإجراءات مسح الأراضي ووضع الحدود مع البلديات الأخرى. كما أن هذا الحق يمكن أن يخضع لنزع الملكية من أجل المنفعة العامة. فالمادة 544 من القانون المدني، تعرف الملكية بالحق المطلق، إلا أنه يخضع لبعض القيود تتعلق بالمنفعة العامة.

وفي الجزائر، حق الملكية معترف به، ولكن يجوز نزع الملكية للمنفعة العامة، وذلك بعد تعويض قبلي وعادل.

---

(1) المرسوم رقم 81-132 الصادر في 12 يناير 1992 قانون التأميمات الأحكام الكبرى للمجلس الدستوري صفحة 451.

(2) المرسوم رقم 85-189 الصادر في 7 جويلية 1985 التهيئة العمرانية مجلة القانون العام 1986 صفحة 1395 تعليق لويس فافورو.



ثالثا : الحقوق الأساسية في الجمهورية الجزائرية  
الديمقراطية الشعبية :

أفرد واضعوا الدستور الجزائري لسنة 1989 فصلا رابعا من الباب الأول أطلقوا عليه عنوان الحقوق والحريات (1)، هذه الحقوق والحريات هي :

- مبدأ المساواة (المادة 28) و(المادة 30)
- الحق في الجنسية الجزائرية (المادة 29)
- الحق في إنشاء الجمعيات (المادة 32)
- الحق في سلامة الجسد والعقل (المادة 33، 34)
- حرية المعتقد (المادة 35)
- حرية الرأي (المادة 35)
- حق المؤلف (المادة 36)
- حرمة المسكن (المادة 38)
- حرية التعبير (المادة 39)
- حرية الإجتماع (المادة 39)
- التعددية الحزبية (المادة 40)
- حق التنقل داخل وخارج التراب الوطني (المادة 41)
- ضمانات المتهم (المواد 42، 43، 44، 45، 46)
- حق تولي الوظائف النيابة (المادة 47)
- حق تولي الوظائف العامة (المادة 48)
- حق الملكية (المادة 49)
- حق الإرث (المادة 49)
- الحق في التعليم (المادة 50)

---

(1) المود من 28 إلى 56 من دستور 1989 الجزائر.

- الحق في الصحة (المادة 51)
- الحق في العمل (المادة 52)
- الحق النقابي (المادة 53)
- الحق في الإضراب (المادة 54)

أ- هذه الحقوق التي طالما أرهقت المواطن والفقه والقضاء، لما تضمنته من حساسية، فهي أساسية بالنسبة للمواطن الذي يصعب عليه أن تقلص سلطاته في مباشرتها، وعلى الدولة التي عليها أن تراعي ذلك، وفي نفس الوقت تتطلع ألا تكون مباشرة هذه الحقوق تهديدا لعمل مرافقها باستمرار وإنتظام لذلك سوف ندرس على التوالي في مبحثين مستقلين :

الجانب النظري للحقوق والحريات الأساسية في مبحث أول.  
والجانب الواقعي أو العملي لممارسة هذه الحقوق والحريات في مبحث ثان.

## المبحث الأول : الجانب النظري للحقوق والحريات الأساسية :

لعل أول ما يجب أن يفعله الباحث القانوني في هذا المجال هو الإلمام بمصدر نشوء الحقوق والحريات الأساسية للفرد. فيجب أن يعرف أين يعتر على القاعدة القانونية التي أنشأت هذه الحقوق سواء أكانت تشريعا أو عرفا أو قاعدة مستمدة من مبادئ الدين أو القواعد العامة للعدالة.

ترتبط هذه الدراسة شأن القانون بوجه عام بالنظام الإقتصادي والإجتماعي والسياسي للمجتمع، وبمراحل التطور التاريخي التي بلورت القانون الحالي. فالمصادر الرسمية للقانون تتصل إتصالا وثيقا

بالمصادر المادية والتاريخية. لذا تختلف نظرية المصادر من نظام قانوني إلى آخر، وفقا لإختلاف النظام الإقتصادي والإجتماعي والسياسي أو لتباين مراحل التطور التاريخي.

وهذا ما يدفعنا إلى دراسة الجانب النظري للحقوق والحريات الأساسية، سواء في الفه التقليدي بإعتبار أننا ما زلنا إلى حد الآن، نتأرجح في تشريعاتنا بين القوانين الفرنسية. وسواء في الشريعة الإسلامية، بإعتبار أن دين الدولة في الجزائر هو الإسلام، وأن المصدر الثاني للقانون هو مبادئ الشريعة الإسلامية. ونختم في الأخير مبحثنا هذا بمحاولة تعداد الحقوق والحريات الأساسية التي تنص عليها القوانين الجزائرية.

## المطلب الأول : الحقوق والحريات الأساسية في الفقه

الغربي :

شهد العصر الحديث منذ مطلع القرن التاسع عشر حركة للتقنين، أي صياغة القواعد القانونية في شكل نصوص تتضمنها مجموعات. ولعل أبرز قانونين صدرا في العالم الغربي هما القانون المدني الفرنسي (قانون نابليون) سنة 1804، والقانون المدني الألماني سنة 1900، وما بينهما قرن من الزمن، ولكل منهما قصته.

هذه القوانين كانت نتاجا لصراعات طبقية. فالقانون صدر على إثر الثورة الفرنسية، توجت هذه الثورة صراعا بين الرأسمالية والإقطاع دام عدة قرون، إستعان فيه الإقطاع بالكنيسة، وجندت الرأسمالية الجماهير. فكانت القوانين الأقطاعية القديمة تقر للإقطاعيين سلطات تعسفية تجاه البرجوازية. فمثلا، كان الإقطاعي يجبر التجار على سلوك طرق معينة، ليحصل منهم في هذه الطرق على رسم مرور، وأعطى لنفسه

حق الجنوح، أي حق الإستيلاء على سفن التجار الجانحة على شواطئ الأنهار أما تجاه الفلاحين من رقيق الأرض فلقد تمتع الإقطاعي بحقوق كثيرة على عبده، منها حق الملجأ، وهو إلزام أهل القرية بأن يوفرؤا المأوى المريح، ويقدموا ما لذ وطاب من الطعام والشراب، لسيدهم الإقطاعي ولصحبه وخيله. ومنها حق الإستيلاء بموجبه يحصل الإقطاعي على ما يروقه من غلال وأسمك ومواشي. ومنهم إحتكار الطاحونة، وضريبة الرؤوس، ثم إرث الفلاحين في حالة وفاتهم دون أولاد يعيشون معهم.

لدا أصدرت الثورة الفرنسية قانون 30 فانتوز في العام الثاني عشر من الثورة يمسح أي أثر باق من الماضي، ويلغي الأعراف العامة والمحلية التي كانت سارية من قبل. وكان قد تراءى لنابليون أن يستخدم الرأسمالية؛ الملكية حق مطلق، العقد شريعة المتعاقدين، لا مسؤولية بدون خطأ. هذه المبادئ الثلاثة كانت بمثابة السور العظيم لثالث محكم تعيش بداخله برجوازية القرن التاسع عشر، تطمئننا على ملكها من القيود، وعلى عقودها من التدخل، وعلى مالها من التفرير، حتى تستمتع بالإستقرار والثبات اللذين يحتاج إليهما رجال الأعمال.

أما في ألمانيا، فلقد تأخرت حركة التقنين إلى نهاية القرن الماضي، نظرا لسيطرة الإقطاع خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر، ومعاداته لحركة التقنين على شاكلة القانون الفرنسي البرجوازي، وإنتهج حاكم ألمانيا ما بين 1860 و1870، بسمارك، تأبيد الإقطاع، إذيمد النبلاء لبروسيا. كان قادة الجيش من الملاك الإقطاعيين. ومع ذلك فقد تمكنت البرجوازية الصاعدة في وقت مبكر من تدوين إحتياجاتها القانونية في مجموعة تشريعية، إذا تكونت سنة 1857 لجنة لم يستقل بها علماء القانون. بل إشتراك فيها رجال الأعمال، عملت عدة سنوات على وضع مشروع أصبح منذ 1861 القانون التجاري العمومي لألمانيا، تميزت

سياسته العامة بإعتماد الإقتصاد الليبرالي، ودعامته حرية التعاقد  
المطلب القانوني الرئيسي لطبقة رجال الأعمال.

وصدر القانون المدني الألماني سنة 1896، وعمل به إبتداء من أول  
يناير 1900، وتضمن القواعد التي تهم الرأسمالية الصاعدة في ألمانيا،  
تماما كما إحتوى قانون نابليون من قبل على إحتياجاتها البرجوازية،  
فكما أن قانون نابليون ذكر أن الملكية حق مطلق، وأن العقد شريعة  
المتعاقدين، حرص القانون الألماني على قواعد مماثلة، لحماية الطبقات  
المالكة.

فقررت المادة 903 من القانون المدني الألماني، في مستهل باب  
الملكية، أنه يجوز لمالك الشيء أن يفعل به ما يحلو له، وأن يمنع الغير  
من أي تأثير على ملكه. كما خلال القانون المدني تحت تأثير البرجوازية من  
أي نص يشير إلى إمكان القاضي التدخل في العقود، حتى يصدر العقد  
شريعة المتعاقدين، تلبية لحاجة البرجوازية الصاعدة إلى القدرة على  
توقع الحلول القضائية وإلزام الطرف الآخر بتنفيذ العقد، لإجراء  
المضاربات في هددء، هكذا تبنى التقنين الخاص الألماني بفرعيه، المدني  
والتجاري، المطلبين الأساسيين للطبقة الرأسمالية، وهما الملكية حق  
مطلق، وأن العقد شريعة المتعاقدين.

كما صاحب حركة التقنين في العصر الحديث ظهور الدساتير  
المكتوبة، وهي كانت سجالا لصراعات إجتماعية في بلاد التي ظهرت  
فيها، ولفهم جذورها يجب أن تعود بالذاكرة إلى ظروف القرنين السابع  
عشر والثامن عشر وإنتصار فكرة القانون الطبيعي ومفهوم العقد  
الإجتماعي.

إن الرأسمالية في صراعها ضد الإقطاع إبان مرحلتها النضالية

تبنت فكرة القانون الطبيعي، ونادى فقهاؤها بأن هنالك مبادئ معينة للعقل السديد بين الخير والشر وفقا لإنسجام الأفعال أوتنافرها مع الطبيعة العاقلة الإجتماعية. وأن هذا القانون الطبيعي يتضمن قواعد للعدالة سابقة على كل تشريع، تحمى مصالح الطبقة الرأسمالية، وتتمتع بصفة الإطلاق وتلزم الناس جميعا في كل الأحوال ولا يحول دونها نظام الحكام.

كما روج الفلاسفة لوك وروسو لمفهوم العقد الإجتماعي. فقال روسو أن المجتمع وليد عقد إجتماعي يبرم ما بين الأفراد بقصد الدخول في الجماعة، وأن غاية الدخول في الجماعة هو تمكين الأفراد من التمتع بملكيتهم في سلام وأمان، ويعني لوك بالملكية الحق في الحياة والحرية والمال.

تبنت الثورات الإجتماعية التي إندلعت في أواخر القرن الثامن عشر فكرة القانون الطبيعي ونظرية العقد الإجتماعي، للدفاع عن حقوق الإنسان ضد طغيان الحكام، على الأخص الثورة الأمريكية للتحرر من عبودية المستعمر البريطاني، والثورة الفرنسية للقضاء على سلطان الإقطاع والملكية. وحرص القائمون على تثبيت حقوق الإنسان ونظام الحكم في شكل مكتوب، فعلت ذلك الثورة الأمريكية في وثيقة إعلان الإستقلال سنة 1776، والثورة الفرنسية في إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة 1789. ثم صدرت بعد ذلك الدساتير في شكل مكتوب مثل الدستور الأمريكي سنة 1779، والدستور الفرنسي سنة 1791. وتبعتها دساتير أخرى، وكلها تتضمن بيانا لحقوق الأفراد ونظام الحكم والعلاقة بين أجهزة الدولة، وغير ذلك من الأمور المتعلقة بالكيان الأساسي لها.

بيد أن هذه الثورات في نهاية القرن الثامن عشر كانت قد إعتقدت مبادئ المذهب الفردي وهي تتناسب الطبقة الرأسمالية

الصاعدة إذ ذاك، كما هو واضح من تركيز لوك في نظرية العقد الإجتماعي على حماية الملكية، لصيانة أموال الطبقة المالكة، الجالسة في الهيآت النيابية، القادرة على إصدار التشريعات باسم الإدارة العامة كما كان يزعم روسو. أما جماهير الشعب الكادح من غير الملاك، فلا شأن للقانون بها نظر لوك، اللهم إلا إستخدام القهر والردع لمنعها من الإعتداء على أموال الطبقة المالكة.

## المطلب الثاني : الحقوق والحريات الأساسية في الشريعة الإسلامية :

قد يطرح التساؤل في هذا المجال عن السبب في دراسة هذه الحقوق والحريات الأساسية في ظل الشريعة الإسلامية. والإجابة على هذا السؤال تكمن في نص الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني الجزائري (الأمر 75-58 الصادر في 26 سبتمبر 1975). فالشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون فيما لا نص فيه. فالتشريع الصادر في الدولة هو المصدر الأول للقانون، وإن بقيت الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً فيما لا نص فيه، خارج نظام الأسرة، كعلاقات الملكية أو علاقات الإلزام.

وتهدف الشريعة الإسلامية إلى تحقيق مصالح العباد، فالمصلحة العامة هي المبدأ المهيمن والموجه للقواعد الشرعية. لذا تحظر الشريعة الإسلامية إستغلال الإنسان للإنسان في كافة مظاهره، من أجل هذا أقامت المساواة بين البشر، وقررت تشريك وسائل الإنتاج، وتدخلت في علاقات التداول.

فتعد المساواة بين البشر المطلب الرئيسي للعدالة، وفي سبيل تحقيق هذا المطلب قام الإسلام بتحرير العبيد وتحرير المرأة والقضاء

فحسن الإسلام مركز المرأة، فحظر وأذ البنات، وأفرد للمرأة نصيبا في الميراث، وأجاز شهادتها أمام القضاء وخفض مدة الحداد على وفاة الزوج من سنة إلى أربعة أشهر وعشرة أيام. كما أوجب الإسلام حسن معاملة اليتامى، وحصر التعدد في أربع بعد أن كان لا حدود له، وأوجب المساواة في المعاملة شرطا لإباحة التعدد، ثم أضاف الله تعالى: "ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء..." فإقترنت إباحة التعدد بشرط يستحيل تحقيقه عملا، تمهيدا للقضاء على التعدد كلية، وأصبح الزواج يتم برضاء المرأة، وتمتعت المرأة بالحقوق السياسية مثل الرجل.

قضى الإسلام على الطبقة ونبذ العنصرية وأقام المساواة بين الحر والعبد، الشريف والوضيع العربي والعجمي، ويقول الله تعالى: "يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا، إن أكرمكم عند الله أتقاكم، إن الله عليم خبير".

غير أن المساواة لا يكفي أن تكون شكلية، بل يلزم أن تصير فعلية، فما معنى المساواة بين غني يكنز الذهب وبين فقير يطويه الجوع، إن المساواة الفعلية هي المساواة الإقتصادية، فكيف يمكن تحقيقها، مع تفاوت قدر البشر من المال.

فلقد كانت وسيلة الإنتاج الأساسية في المجتمع الإسلامي، بعد فتح العراق والشام ومصر هي الأراضي الزراعية، أرض السواد. فجمع عمر بن الخطاب كبار الصحابة، وصدر قرار بالإجماع بإعتبار الأرض ملكا لعامة المسلمين. إن وسائل الإنتاج الأساسية يجب أن تبقى ملكا للشعب، لإقامة قاعدة إقتصادية متينة تدوم على مدى الأجيال. فشكل الملكية في وسائل الإنتاج غير الأساسية، ومثلها تجارة التجزئة، كقوله تعالى: ((يا



أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فأكتبوه ... إلا إن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم}.

كما تدخلت الشريعة الإسلامية أيضا في عملية التداول، لمنع إستغلال الإنسان للإنسان، ليس لأحد أن يستغل آخر من أجل ذلك، أخذت الشريعة الإسلامية بمبدأ الإيجاب القانوني على التعاقد، فيجبر الشخص على إبرام العقد، درءا للضرر الناجم عن العنت. من ذلك تحريم الإحتكار الإيجاب على البيع.

كذلك تدخلت الشريعة الإسلامية لتحديد مضمون العقد بطريقة آمنة، إستمرارا لسياسة الإسلام في محاربة الإستغلال، بالذات في أهم عقدين في تلك الفترة، البيع والقرض.

من هنا جواز التسعير الجبري للسلع، عند الملكية والحنفية وبعض الشافعية، بل يرى جانب من الملكية أن التسعير في أزمنا الغلاء. فالتسعير فيه دفع الضرر عن العامة. ومن أصول الشريعة، لا ضرر ولا ضرار. من هنا كذلك تنظيم القرض وحظر الربا منذ فجر الإسلام، بنصوص قرآنية مباشرة، تتوعد المرابين بالنار الأبدية.

هذه هي مبادئ الشريعة الإسلامية، نقطة الإنطلاق هي المساواة بين البشر، إقتضت تحقيق المساواة الإقتصادية والقضاء على إستغلال الإنسان للإنسان. لذا أخذت الشريعة في نطاق الملكية يكشل الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج الأساسية، وفي مجال الإلتزامات بالتدخل في التداول والإيجاب على التعاقد وتنظيم العقود.

هذه هي المبادئ التي يتقيد بها القاضي طبقا للمادة الأولى من القانون المدني.

كما هذب الإسلام العادات الجاهلية من عدة نواح، الأمر الذي يجعل العرف العشائري الحالي مخالفا لأحكام الشريعة الغراء، فالمرأة غير المتزوجة إذا زنت، والشريك الأعزب للزوجة الخائنة، جزاؤها فقط مائة جلدة والنفي مدة عام. ويقول تعالى: "والزانية لا ينكحها إلا زان مشرك" وهذا يعني أنها تستمر على قيد الحياة ويباح لها الزواج ويخفف الجزاء بالنسبة للأمة فيصير نصف عقوبة الحرة، أي خمسين جلدة والنفي ستة أشهر، مراعاة لضعف الأمة، وعدم قدرتها على المقاومة.

أما المرأة المتزوجة، فلم يكن الإسلام بشأنها راغبا في مسايرة الأعراف الجاهلية، لذا جاء في القرآن الكريم: "واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فأشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سييلا." فالجزاء المقرر في هذه الآية هو فقط الحبس، ويجري ذلك في البيت، ولا يوجد أي نص في كتاب الله يأمر بجرم الزانية، ولم يرد ذلك الحكم إلا في السنة كما دونت في عصر التجمع.

وإشترط القرآن شروطا محدودة يتعين توافرها لإثبات واقعة الزنا بغيرها تظل المرأة بريئة، وخطى الإسلام بذلك خطى هائلة إلى الأمام، بالمقارنة إلى ما كانت عليه القبائل البدائية.

فالقبائل البدائية يقر بعضها للرجل سلطات كاملة في شأن إدانة المرأة أو تبرأتها. من ذلك الرومان، يبت رب الأسرة في الأمر بنفسه ويقرر مباشرة الإدانة أو البراءة، وفقا لمتراي له حسب إنفعال اللحظة عند أدنى شك في المرأة. والحال كذلك عند الجرمان، الكلمة النهائية للرجل، يكفي توجيه إتهام إلى المرأة تلتزم هي بإثبات براءتها، فإذا فشلت في إقامة الدليل في وضع السيف حدا لحاجياتها.

إن الإثبات بالتعذيب معروف لدى قبائل بدائية كثيرة. يقدم السم إلى المتهم ليجرعه، فإذا أصيب بالقيء عد بريئاً، وإذا إحتفظ بالسم إعتبر مديناً، وإذا مات كانت وفاته أكبر دليل على إدانته.

وهكذا لدى بني إسرائيل. فإذا إشتبه الرجل في خيانة إمرأته ولم يستطع التأكد من مسلكها تعرضت لتجربة التعذيب بالماء المر. ولا يختلف الأمر كثيراً بالنسبة لعرب الجاهلية. فعندهم إذا شك الرجل في زوجته، دون أن تتوافر لديه أدلة، فإنه يطلقها ويعيدها إلى أهلها، فيشعر أبوها أن ما حدث يتعلق بكرامته ويتصل بعشيرته، فيسعى حينها إلى إنقاذ شرفه، لا بقتل إبنته، وإنما بإثبات عفتها.

أما في ظل الإسلام، فرفضت الطرق البدائية في الإثبات، وتطلب الإسلام أربعة شهود لإقامة الدليل على واقعة الزنا. فيقول تعالى : "فإستشهدوا عليهن بأربعة منكم" ويقول كذلك : "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهدء". ويراعى أن هذا العدد الكبير من الشهود ينذر أن يتوافر في الحياة العملية. فإذا لم يوجد شهود، فلا يجوز قتل المرأة، وإنما يلجأ الطرفان إلى إجراءات اللعان، وهي كلمة تعني الانفصال وإبتعاد كل من الزوجين يقسم أنه لا يقول سوى الحق، ثم ينفصلان ويذهب كل طرف في سبيله. فقد ورد في القرآن الكريم "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين. ويدرأوا عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه من الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ولو لا فضل الله عليكم ورحمته وأن الله تواب حكيم".

هذه هي أحكام الزني في الإسلام، لا تبيح للرجل أن ينصب نفسه قاضيا على المرأة، وهي توضح في جلاء أن العرف العشائري أبعد ما يكون من روح الإسلام.

## المطلب الثالث : الحقوق والحريات الأساسية في القانون

### الجزائري

كما سبق لنا القول في مقدمة هذا البحث، أن الحقوق والحريات الأساسية في الجزائر جاء تعدادها في الفصل الرابع من الباب الأول لدستور 1989، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المجال هو أنه هل جاءت هذه الحقوق منصوصا عليها على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟

الإجابة على هذا السؤال هو أن هذه الحقوق جاء بها الدستور الجزائري على سبيل المثال، لأن القوانين العادية السائدة في الدولة تضمنت حقوقا تعتبر أساسية ولكنه غير منصوص عليها في الدستور، كتلك الموجودة في قانون العقوبات والقانون المدني وقانون الانتخابات وإلى غيرها.

ونكتفي في هذا الصدد بتسليط الضوء على واقع بعض هذه الحقوق كحق المرأة في المساواة مع الرجل، وحق الملكية وحرية التعاقد.

إن وضع المرأة الذي طالما أضرت به الأفكار الإقطاعية والتقاليد المضادة لروح الإسلام التحررية، قد تحسن كثيرا منذ حرب التحرير، بعدما كانت المرأة محرومة من حقوقها عرضة لسلوك تمييزي لجنسها، حظها الجهل، والأعمال الشاقة باختلاف البيئات التي كانت تعيش فيها.

وبالرغم من تحسن حالها الملحوظ، فإن ترقيتها المشروعة تتطلب المزيد من الجهود المستمرة والمبادرات الجريئة. وهي ليست مرهونة بالدور الوطني، والإجتماعي الذي أدته المرأة بجانب رفيقها الرجل، أثناء الثورة المسلحة، بل هي مطلب تستلزمه روح العدالة والإنصاف.

وهناك عدة أعمال تعد مساسا بحقوق المرأة في الجزائر تمس أمنها المادي والمعنوي.

وهكذا يجب فيما يخصها كما ينص على ذلك الميثاق الوطني لعام 1976، منع المهر الباهظ، وإهمال أولادها الصغار من طرف أزواج لا خلق لهم، يتركون الزوجات بدون موارد ولا رعاية لأطفالهم. ويجب أيضا، أن يوضع حدا لإنتزاع الأطفال، بدون مبرر شرعي من حضانة أمهاتهم وحنانهن، وأن يمنع علاوة على ذلك الطلاق بدون سبب والدي لا يضمن للزوجة المطلقة أية منحة شرعية، ولا عناية بما تحتاج إليه من أسباب الصحة وغيرها، وأن يجعل حدا لأساليب العنف والعدوان التي تتعرض لها النساء. ومهما يكن من أمر، فإن المرأة هي الأجدر بنفسها، وأحسن محام عن حقوقها وكرامتها.

أما الدولة التي إعترفت لها بكل حقوقها السياسية، فإنها لا تزال ملتزمة بالنهوض بتربية المرأة الجزائرية، ومصرة على متابعة الجهود في سبيل ترقيتها اللازمة (1).

أما عن حق الملكية، فالقاعدة العامة في الجزائر هي الملكية الإشتراكية لوسائل الإنتاج. أما الملكية الخاصة، فمباحة بالنسبة للمشروعات الصغيرة، وهي غير إستغلالية، وذات منفعة إجتماعية، وهذا لا يزال يحتفظ بصحته حتى وإن كنا في الوقت الحاضر نشهد عملية لخصوصة بعض القطاعات في مجال الصناعات الخفيفة، وهياكل السياحة كالفنادق والمؤسسات الأثرية، إلا أن الإقبال لا يزال محتشما من قبل

---

(1) الميثاق الوطني - صفحة 104 و 105-1976.

المستثمرين الجزائريين والأجانب لظروف مرت بها البلاد على صعيد الوضع الأمني من جهة، وإنعدام الإطار القانوني الذي يضمن أكبر قدر من الأمان لتوظيف رؤوس أموال المستثمرين.

أما عن حرية التعاقد، فإن فكرة العدالة لا تزال تهيمن على كافة الإلتزامات، وهي تقتضي التعادل بين حقوق وواجبات كل من الطرفين، عند إنشاء الإلتزام، وفي مرحلة تنفيذه.

وللإلتزام جوهر إشتراكي، يقوم على المفهوم التعاوني، والإرتباط بما له من غاية إقتصادية وإجتماعية، مع إفساح دور إيجابي للقاضي في صياغة مضمون العلاقة القانونية.

كل هذا يسري على التصرف القانوني والعلاقات العقدية. كما يولد أساسا جديدة لنظرية العقد، فيحل علو الخطة محل سلطان الإرادة، وعقد الخطة محل العقد الإداري، والعقد النموذجي محل عقد الإذعان، والعقد الموجه محل العقد الحر.

فلقد إتجهت الثورة في الجزائر نحو التخطيط في سنينها الأولى. ويقوم التخطيط على مبدئين جوهريين : شمول التخطيط، وإلزامية المخطط، وما دام المخطط الوطني هو المنظم لعلاقات التداول، وجب أن يعلو المخطط ما يرد من أحكام في التشريع، حتى لا يتعطل تنفيذ المخطط بحجة وجود قواعد قانونية متعارضة معه. من هنا مبدأ علو الخطة، وإرتفاع التخطيط إلى مستوى القاعدة الدستورية، فإذا قام تعارض بين قانون المخطط وبين القانون المدني أو القوانين الأخرى، إعتبر القانون المدني يحتوي على قاعدة عامة، وقانون المخطط على قاعدة خاصة والخاص يقيد العام. فمتى صدر قانون المخطط الوطني تعين تنفيذه، وهذا يكون نشوء علاقات قانونية بين الأطراف المعنية، موضوعها تداول الأموال

وتبادل الخدمات، أي علاقات إلتزام غالبا ما تتخذ شكل العقود.

## المبحث الثاني : الجانب الواقعي للحقوق والحريات الأساسية

بعد أن تطرقنا في المبحث السابق للجانب النظري للحقوق والحريات الأساسية، يتعين علينا في هذا المبحث الثاني أن نتطرق للجانب الواقعي أو العلمي لهذه الحقوق والحريات الأساسية.

فالمهم، هو ليس أن تكون لنا قواعد قانونية مكتوبة، منسجمة من الناحية النظرية، تأتي في قممها الدساتير، ونعقد الإتفاقيات مع الدول لتنظيم الحياة الدولية الخاصة للأفراد، ومجالس تشريعية منتخبة تتكفل بوضع التشريعات، ولكن الأهم من كل ذلك، هو أن نرى هذه القوانين والأنظمة والإتفاقيات مجسدة في الواقع، يمكن لكل مواطن الإستناد إليها إذا ما رأى حقا من حقوقه أو حرياته الأساسية تخرق يوميا، كما هو حال بلادنا وحال جل بلاد العالم الثالث.

كل ذلك يدفعنا إلى التساؤل عن الدور الذي يقوم به القاضي الإداري في تجسيد هذه الحقوق والحريات الأساسية، بإعتباره قاضيا يفصل في تظلمات المواطنين تجاه أعمال الإدارة التي غالبا ما تخرق حقوقه وحرياته تارة بحجة أنها تسعى لتحقيق الصالح العام وبذلك فهي طرف مميز في النزاع، وتارة بحجج أخرى أهمها حالة الطوارئ وتطبيقات إستثناء مبدأ المشروعية.

## المطلب الأول : دور القاضي الإداري في تجسيد الحقوق والحريات الأساسية :

يستند القاضي الإداري في حمايته للحقوق والحريات الأساسية لقواعد القانون الإداري. وفي بعض الحالات، وعند خلو النص، يقوم هو بنفسه بخلق القواعد التي يستند عليها، وهذا بديهي بإعتبار أن القانون الإداري هو قانون قضائي من إبتداع القضاء نفسه. لذا ندرس على التوالي قواعد القانون الإداري التي تحمي الحقوق والحريات الأساسية، ثم عند عدم وجود هذه القواعد، فإن القاضي هو الذي يبتدع هذه القواعد.

### أولا : قواعد القانون الإداري :

الهدف من قواعد القانون الإداري هو تغليب أحد المصالح المتعارضة على الأخرى، ويصاغ ذلك في صورة نصوص، وتغليب المصالح يحتاج إلى معايير يحكمها مبدأ الشرعية.

فجاء في إعلان حقوق الإنسان والمواطن عقب الثورة الفرنسية، أن الغاية من كل تجمع سياسي هو حفظ حقوق الإنسان الطبيعية وغير القابلة للتقادم. هذه الحقوق هي الحريات والملكية والأمن.

ففي فرنسا، تراءى لنابليون أن يستخدم البرجوازية ركيزة لنظامه، لحاجته إلى الصناعات الرأسمالية لتمويل فتوحاته العسكرية، فأعلن أنه حامي حمى حق الملكية. وصدر القانون المدني سنة 1804 يؤكد إحتياجات الرأسمالية المتلخصة في الملكية حق مطلق والعقد شريعة المتعاقدين.



كما صدر قانون العقاوبات سنة 1810 يعبر عن رغبة حاكم مستند في حفظ النظام، ومشيدة طبقة مالكة في حفظ المال. هكذا ركز أئمة المذهب الفردي في العالم الرأسمالي على المصالح البورجوازية، وإعتبروا حق الملكية محور العقد الإجتماعي، ثم راح فقهاء الرأسمالية يجردون الشكل عن الواقع، ويفصلون القانون عن الحياة، لإظهار قواعده بمظهر الحقيقة المطلقة التي لا تحتاج إلى بيان، والعدالة غير محدودة بالمكان والزمان.

كانت الثورة الفرنسية تتويجا لأمال البرجوازية، بإعلانها أن الحق الفردي على الملكية أساس التشريع وغاية السياسة.

وما دامت الطبقة البرجوازية هي الغاية في المجالس التشريعية، القابضة على زمام الإدارة الجالسة على منصة القضاء، فإن مفهوم الشرعية إتخذ في العالم العربي طابعا شكليا بحتا، هو البحث عن حدود ظاهرية لسلطان الدولة على الأفراد. هذا ما يعرف حديثا بإسم الدولة القانونية وهو تعبير يترجم الإصطلاح الألماني (ريتشتسات) أي الدولة التي تخضع للقانون وتلتزم به في سائر أعمالها، سواء كانت هذه الأعمال تشريعا أم لائحة قرارا إداريا. ذلك ما يسمى سيادة القانون، حيث يتعين في أعمال الدولة أن تراعى الشرعية، أي أن تكون مطابقة للقانون، وحيث تصبح القوة في خدمة القانون تسهر على تنفيذه. والمقصود هنا القانون بمعناه الواسع، أي كافة القواعد التي تتمتع بصفة الإلزام، مع نراعاة التدرج بينها، إبتداء من القانون الأساسي وهو الدستور، ثم القانون العادي وهو التشريع، ثم القرار الإداري وهو اللائحة أو النظام أو كما يسمى في الجزائر القرار الإداري التنظيمي. فتخضع كافة أجهزة الدولة للقانون : الأجهزة التشريعية للدستور، والأجهزة التنفيذية للدستور والتشريع، والموظفون والمواطنون لدستور والتشريع واللوائح.

ويلاحظ أن الفقه العربي يفهم من الشرعية جانبها الشكلي فحسب، حين يراعي توافر الشروط المتطلبية قانونا للقيام بأي عمل من أعمال الدولة، تشريعا أو نظاما أو قرارا، بصرف النظر عن المضمون الإجتماعي لهذه الأعمال، أي سواء كانت في صالح الجماهير الشعبية أم لم تكن كذلك.

ولقد إصطلح الفقه الغربي على مظاهر معينة للدولة القانونية، أهمها الفصل بين السلطات، والإعتراف بحقوق دستورية للأفراد، وتمثيل الشعب في السلطة التشريعية، وخضوع الإدارة للقانون، وإستناد الأحكام إلى التشريع وإستقلال رجال القضاء، وشرعية الجرائم والعقوبات.

وبرز في البلاد الغربية نظامان أساسيان للتأكد من الشرعية الشكلية وهما : مراقبة دستورية القوانين، ومراقبة أعمال الإداريين.

ففيما يخص رقابة دستورية القوانين، شكلت بعض الدول هيئة عليا مهمتها التحقق من سلامة القوانين الصادرة من الأجهزة التشريعية ومطابقتها للأسس العامة الثانية في الدستور، يذكر التاريخ الحديث جيدا نزاع قضاة المحكمة العليا في واشنطن مع الرئيس الأمريكي روزفلت، خلال الثلاثينات عقب الأزمة الإقتصادية العالمية. كانت الرأسمالية الصناعية إذ ذاك على المجتمع الأمريكي، وكان يهم الرأسماليين أن يتمتعوا بحرية التصرف إتجاه العمال الضعفاء، ليفرضوا عليهم ما يشاؤون من شروط مجحفة، متعلقة بعدد ساعات العمل أو الحد الأدنى للأجور.

وكان القضاة يختارون من بين المحامين، أي يبدؤون حياتهم خدما لطبقة رجال الأعمال، يدافعون عن مصالحهم وعن مطالبهم في حرية

التعاقد. فإذا ما ترك المحامون مهنتهم وتولوا مناصب القضاء، ظلوا بعقليتهم الأولى. عقلية للطبقة الرأسمالية.

أصدرت بعض الولايات المتحدة تشريعات لحماية العمال، فأصرت المحكمة العليا منذ 1905 إلى 1936 على إعتبار هذه التشريعات غير عادلة، بدعوى مخالفتها لحرية التعاقد، وهي إمتداد للحرية الشخصية التي يكفلها الدستور، وقضت من ثم بعدم دستورية هذه التشريعات (قضية لوخنز ضد / نيوويورك، 17 أفريل 1905، مجموعة أحكام المحكمة العليا، عدد 108 صفحة 45، وكذلك قضية أدكيز ضد / مستشفى الأطفال، في 09 أفريل 1923، مجموعة أحكام المحكمة العليا، عدد 261 صفحة 525).

وكان قضاة المحكمة العليا يدعون أنهم يحمون، - لا الرأسمالي - بل العامل نفسه. فمادام العامل يرغب في العمل ستة عشرة ساعة في اليوم بأجر معين، فلما نجبره قانونا على أن لا يعمل بالأجر نفسه سوى عشر ساعات.

ولما إحتدمت الأزمة الإقتصادية العالمية منذ 1929 إلى 1932، وكانت شديدة الوطأة على الطبقات الكادحة، لجأ الرئيس روزفلت إلى إستصدار عدة قوانين لتنفيذ بعض الإصلاحات الإقتصادية والإجتماعية. ولكن قضاة المحكمة العليا ظلوا مرة بعد أخرى يحكمون بعدم دستورية هذه القوانين، أي بإعتبارها غير عادلة، وضاق الرئيس الأمريكي روزفلت بتدخل القضاة، ونصحهم بالتماشي مع روح العصر، ثم هدهم بإعادة تشكيل المحكمة إذ إستمروا في غيهم.

فإفتعل الرأسماليون ضجة كبيرة، وإتهموا روزفلت بالإلتجاء إلى الأساليب الإستبدادية ومخالفة أسس الحياة الديمقراطية في الولايات

المتحدة، غير أن المحكمة تراجعت عن موقفها السابق وقضت بعدالة قوانين الإصلاح. فقالت المحكمة أن السلطة التشريعية ذات صفة في إتخاذ الإجراءات الكفيلة بالتقليل من أضرار إستنزاف طاقة العمال، واستغلالهم بأجور دون حد الكافية، وإتخاذ ضعفهم مراعاة لمنافسة قاتلة بينهم تدفعهم إلى قبول أكثر الشروط ظلما.

هكذا أخر تدخل القضاة في أمريكا الإصلاح الإجتماعي قرابة ثلث قرن من الزمن، بدعوى حماية الشرعية الدستورية، وإتهام التدابير الإصلاحية بأنها قوانين ظالمة. فمنذ سنة 1905 على ما تقدم، قضت المحكمة العليا بعدم دستورية تشريع يضع حدا أقصى لساعات العمل في المخابز، بدعوى مخالفته لحرية التعاقد. ثم صدر حكم آخر سنة 1923 بأغلبية خمسة على ثلاثة، يقضي بعدم دستورية تشريع يضع حدا أدنى للأجور بالنسبة للنساء البالغات. وأصدرت المحكمة العليا على موقفها في سنة 1936، فقررت بأغلبية ضد أربعة عدم دستورية تشريع يضع حد أدنى للأجور. وهكذا كانت المحكمة العليا في أمريكا خادما أميننا لسيد مضى، لا تراعى الرؤية السياسية للسيد الجديد، تدافع عن مبادئ ليبرالية بعد أن فقدت شعبيتها لفترة طويلة. كأن الشعب يطلب بإجراء إصلاحات جذرية، وإنتخب الرئيس روزفلت خصيصا لهذا الغرض، وإستحت الشعب الرئيس إلى إنقاذه من طغيان المحكمة العليا. وإجتمعت أخيرا المحكمة سنة 1937.

وقررت بأغلبية خمسة ضد أربعة دستورية قوانين الإصلاح، هكذا توقف مصير أمة بأسرها، على موقف قاضي واحد ينتقل من هذا الفريق إلى ذلك، فتتغير الأغلبية داخل المحكمة، وتصبح القوانين الإصلاحية فجأة دستورية.

أما في فرنسا، فيراقب القضاء الإداري أعمال الإدارة للتأكد من

شرعيتها. هذه الشرعية التي تستمد أحكامها من مصادر شتى أهمها : الدستور. الإتفاقيات الدولية والأوروبية، تشريع القضاء الإداري ، وأخيرا القرارات الإدارية. فإذا ما سلمنا، بأن الحقوق والحريات الأساسية هي تلك المنصوص عليها في الدساتير والإتفاقيات الدولية، فما يبقى أمام المصادر الأخرى غير الإقرار والتكريس، دون الإبداع والخلق. وهذا ما سوف نتطرق له الآن، لنعرف ما إذا كان القضاء مصدر تكميلي يخلق الحقوق والحريات الأساسية، أم أن وظيفته تكمن ككل وظائف المصادر الأخرى عدا الدستور والإتفاقيات الدولية على الإقرار والتجسيد فقط.

## ثانيا : دور القضاء الإداري في تكملة قواعد القانون الإداري :

يراقب القضاء الإداري (الفرنسي خاصة) أعمال الإدارة للتأكد من شرعيتها، فيفحص ما إذا كان القرار أو الإجراء المتخذ مشروعاً يجيزه القانون، والمقصود هو القانون بالمعنى الواسع، أي التشريع والنظام والقواعد القضائية والمبادئ العامة (1).

يتعقب القضاء ما إصطلح على تسميته "تجاوز السلطة" أو ما يسمى الآن قضاء الإلغاء ويندرج تحت هذه العبارة عيوب خمسة هي : عدم الإختصاص، عيب الشكل، وخرق القانون، وعدم صحة الأسباب والانحراف بالسلطة، فالقرار يجب أن يصدر من جهة إدارية داخل إختصاصها، كما يجب أن يصدر في الشكل المحدد له. ومتى كان القرار داخلاً في إختصاص الجهة الإدارية، ومستوفياً الشكل المتطلب قانوناً، تعين أن لا ينطوي على خرق للقواعد القانونية ثم أنه يجب في القرار أن يستند إلى أسباب صحيحة، كتأديب الموظف لخطأ ارتكبه، فواقعة الخطأ

(1) برينو جنيقوا. في إستعمال المبادئ العامة للقانون -المجلة الفرنسية للقانون الإداري 1988 صفحة 498.

هي السبب الذي يركز إليه قرار التأديب. وأخيراً، قد ينحرف الموظف بالسلطة، فيصدر القرار لأغراض شخصية، بل حتى إذا توخى المصلحة العامة يلزم ألا يخرج عن الغاية المحددة.

بيد أن مدة الرقابة، وإن هي كبيرة من حيث المظهر، إلا أنها ضئيلة من حيث الجوهر. فهناك قيود ثلاثة ترد عليها، تشل قدرتها على الفعالية، فأولاً، إن هذه الرقابة تنحصر إذا شبت ظروف إستثنائية، كالحرب أو التهديد بخطر الحرب أو إضطراب الأمن، بل حتى ظهور الأوبئة أو حدوث الكوارث، كل ذلك وغيره من الأوضاع العادية يؤدي إلى وقف العمل بالقواعد العادية لتحل محلها شرعية خاصة بالأزمات، شرعية إستثنائية يزيد من خطورتها كونها غير محدودة المعالم.

ومن أبرز تطبيقات الظروف الإستثنائية إعلان حالة الضرورة العاجلة. ففي فرنسا، يخول (قانون 3 أفريل 1955 والمعدل في 15 أفريل 1960) الولاية سلطة تقرير منع التجول، وحظر الإقامة في أماكن معينة، وطرده الأشخاص المناوئين للسلطة، وتحديد الإقامة، وغلق قاعات الملاهي ودور السينما وأماكن الإجتماعات، وحظر التجمع والأمر بتسليم الأسلحة والتفتيش ليلاً وفرض الرقابة على الصحافة والإذاعة والملاهي وإناطة الإختصاص القضائي بالمحاكم الخاصة.

إن نظرية الظروف الإستثنائية تؤدي إلى إضمحلال مبدأ الشرعية، وهي كما قبل بحق قطعة هائلة من الإسفننج تغسل كافة حالات عدم المشروعية وكافة الأخطاء، وتذيب كافة المسؤوليات.

وحتى في الظروف العادية، لا يراقب القضاء ما يسمى بأعمال السيادة أو أعمال الحكومة، إذ يرفض القضاء الدعوى المرفوعة أمامه لعدم ولايته، قيل يكفي أن يكون العمل ذا باعث سياسي حتى يفلت من

الرقابة، ثم قيل، يتعين النظر إلى طبيعة العمل بإعتباره من أعمال السلطة أو السيادة. والواقع، أن عمل السيادة هو كل عمل يقرر له القضاء هذه الصفة، كدعوة الناخبين أو البرلمان، وسير التمثيل الدبلوماسي المتعلقة بالحرب، وبعض تدابير الأمن.

ويقول الفقيه الفرنسي مارسيل فالين، أن السلطة تعتبر تعسفية، إذا أمكن أن تتخذ قراراتها دون نظر لإحترام القانون أو توخي المصلحة العامة. إن السلطة التعسفية هي سلطة المستبد يحكم في سبيل مصلحته الشخصية ويستغل شعبه دون مراعاة للمصلحة العامة. مثل هذه السلطة تقوم من الناحية الفعلية بالنسبة إلى أعمال السيادة، فهي لا تخضع لأية رقابة قضائية.

لذا يقال أن نظرية أعمال السيادة هي نقطة سوداء في جبين القانون العام.

ثم أن القضاء لا يراقب ما تتمتع به الإدارة من سلطة تقديرية، هنا يتبين بوضوح أن القضاء يقتصر على رقابة أعمال الإدارة من الناحية الشكلية، فيكفي أن يجيز القانون إتخاذ القرار، وأن لا يفرض على الإدارة إتخاذه حتى يتصرف هذا الأخير وفقاً لتقديره، يأذن أو يرفض، يقدم أو يحجم، يعطي أو يمسك، فيصير الإداري كآلة، يغير من يشاء ويدل من يشاء بغير حساب.

ولسداد النقص أو الفراغ في القانون، يلجأ في بعض الأحيان إلى مصادر أخرى لإقرار بعض الحقوق والحريات يعتبرها أساسية. لأن القانون المكتوب سواء تعلق الأمر بالدستور أو القانون العادي (التشريع) أو القانون الفرعي (اللائحة أو النظام أو القرار الإداري) فإنه لم يصل لحد الآن إلى تعداد للحقوق والحريات. فليست لدينا، على الرغم

من أن هذا الموضوع ليس حديثاً قائمة موحدة نجدها حتى في الدول التي تتبع نفس النظام السياسي والقانوني والإيديولوجي. وحيلة القاضي الإداري في ذلك لتدارك الوضع، هو اللجوء إلى المبادئ العامة للقانون التي تعتبر في كل الدول مصدراً إحتياطياً يلجأ إليه لتبرير موقف ما (1).

في هذا الصدد أورد مجلس الدولة الفرنسي عدة حقوق إعتبرها أساسية، وفرضها على الإدارة نذكر على سبيل المثال، ضمان حقوق الدفاع (2).

وفي حكم ميلهو Milhoud في 02 جويلية 1993، إعتبر مجلس الدولة الفرنسي إحترام الطبيب لأخلاقيات المهنة أمر يتعلق بإحترام كرامة الإنسان حتى ولو توفي المريض فتحترم جثته.

وهكذا توصل محافظ الحكومة كيسلر إلى أن المريض المتوفى لا يمكن أن تشرح جثته إلا بموافقة أهله.

في حالات أخرى، إلتجأ القضاء عند غياب النص إلى ديباجة الدستور ليقر بأن حق من الحقوق يعتبر أساسياً على الرغم من عدم ذكره في النصوص القانونية فأقر حق الفرد في كرامته، وذلك إستناداً إلى ديباجة دستور 4 أكتوبر 1958 (3).

---

(1) برينو جنيفوا في إستعمال المبادئ العامة للقانون المجلة الفرنسية للقانون الإداري 1988 صفحة 498.

(2) المجلس الدستوري الفرنسي في 27 جويلية 1994 بيوتيتيك المجلة الفرنسية للقانون الإداري 1994، صفحة 1019.

(3) مجلس الدولة الفرنسي 27 أكتوبر 1995 دالوز 1995 صفحة 283.



كما إستطاع القضاء الإداري أن يتسلل إلى ميادين هي من إختصاص المجلس الدستوري في فرنسا. ففي حكمه المؤرخ في 3 جويلية 1996، إعتبر مجلس الدولة أنه لا يحق للدولة أن تسلم أي لاجئ سياسي (1). وأن هذا الحق هو من الحقوق الأساسية للإنسان ولا يمكن أن يحد منه، لا بالقانون ولا بأية إتفاقية دولية.

## المطلب الثاني : مدى فعالية الرقابة القضائية في إحترام الحقوق والحريات الأساسي :

نقتصر في هذا المطلب بذكر بعض مواقف القضاء الفرنسي، وكيف تعامل مع بعض الحقوق والحريات الأساسية. ولنبدأ بقضايا تتعلق بحرية العقيدة، وهي محك لحريات في عالم يفتقر إلى التسامح. فكانت البرجوازية الفرنسية ولا تزال إلى اليوم (2) تضرب بشدة الإتجاه الديني، وإنتهى الأمر إلى إصدار قانون 1905 يفصل ما بين الكنيسة والدولة، وبلغه العصر الحاضر تكريس فكرة الدولة اللائكية. فتقدم القس بوتير سنة 1911 للإشتراك في مسابقة التأهيل للتعليم الثانوي العام في مادة الفلسفة، فأعلمه وزير التعليم الكهنوت التي كرس نفسه لها تتنافى مع قبوله في هيئة التدريس، إذ هي ذات علمانية، فلا محل للإذن بالإشتراك في المسابقة.

طعن القس بوتير في هذا القرار متعللاً بأنه يفرض نوعاً من نقص الأهلية على رجال الدين. فتمسكت الإدارة بسلطتها التقديرية، تحقيقاً

- 
- (1) مجلس الدولة الفرنسي في 3 جويلية 1996 حكم كوني ليون صفحة 255  
المجلة القضائية للقانون الإداري 1996 صفحة 722.  
(2) مجلس الدولة الفرنسي في 10 مايو 1912 قضية بوتير سيوري 1912  
صفحة 145.

لمصلحة المرفق، ففضى مجلس الدولة سنة 1912 بأن مسابقة التأهيل أقيمت خصيصا لتجنيد أساتذة للتعليم الثانوي العام، فهي لا تمنح المتقدمين درجة جامعية بل تضيف عليها صفة مهنية توفر المعلمين الحاصلين عليها بعد المسابقة بعض المزايا الخاصة في سلك التعليم العام. فاللوائح الصادرة راعت هذه الطبيعة للتأهيل، يجوز لها قانونيا ألا تجعلها في متناول الجميع، بل أن تحصرها في المتقدمين المقبولين من الوزير، بإعتباره الرئيس المسؤول عن مرفق التعليم الثانوي العام.

إن الوزير برفضه قبول أحد المتقدمين، إنما يستعمل حقه في التقدير المخول له في الأنظمة، من أجل صالح المرفق الموضوع تحت سلطته، فالقرار الصادر لا يشوبه لا تجاوز السلطة ولا إنحراف بالسلة (مجلس الدولة الفرنسي في 10 مايو 1912، قضية القس بوتير، سيري 1912 -3-145، تعليق موريس هوريو). وهكذا شرع القضاء (مجلس الدولة) في فرنسا يطأطئ الرأس أمام تقدير الإدارة لطريقة تسيير مرافق الدولة، يمهر بخاتمة ما تتخذه من قرارات وإجراءات، مادام يتماشى مع سياسة البرجوازية وإيديولوجيتها العلمانية. مثل هذه الممارسات ما تزال قائمة في فرنسا، وما قضية منع الفتيات المسلمات من إرتداء الحجاب للذهاب إلى المدرسة خير دليل على ذلك.

وهكذا إنحنى مجلس الدولة أمام الإدارة في خشوع، وجر خلفه جهاز الموظفين.

موقف آخر من مواقف القضاء، فبعد غضه النظر عن خرق حرمة المعتقد في المثال السابق، نجده كذلك يغض الطرف مرة أخرى عن خرق حرية الرأي. فلقد كان الأستاذ تيسييه مدير للمركز الوطني للبحث العلمي، وفي الوقت ذاته رئيس شرفي للإتحاد الفرنسي الجامعي.

وكانت الحكومة في نهاية سنة 1949 قد أبعدت بعض الأساتذة البولونيين العاملين في فرنسا. نشر الإتحاد الفرنسي الجامعي إحتجاجا عنيف اللهجة على قرار الحكومة في شكل خطاب مفتوح موجه إلى وزير التربية، وتصدر الإحتجاج قائمة بأسماء رؤساء الشرف بالإتحاد من بينهم الأستاذ تيسييه. فطلب وزير التربية من هذا الأخير أن يفصح عما إذا كان متضامنا مع هذه التظاهرة.

فرفض الأستاذ تيسييه الإدلاء بأية معلومات، وقال أن رأيه في شأن الإحتجاج المنشور هو المسألة تتعلق بضميره، يحتفظ بها لنفسه. فإتخذ الوزير قرارا بإنهاء خدمة الأستاذ تيسييه. فطعن هذا الأخير في القرار أمام مجلس الدولة.

أعلن مندوب الحكومة أثناء نظر القضية، أن الخطاب المفتوح المنشور من الأستاذ تيسييه، إنما يحتوي على "هذا الحرص على الإستقلال والكرامة الذي تتميز به تقاليد الجامعة الفرنسية".

ومع ذلك فإنه ينطوي على خطأ تأديبي، لأن الخطاب يتمخض عن مظاهرات عامة وعنيفة ضد الحكومة. فقرر مجلس الدولة سنة 1953 أن السيد تيسييه، حتى إذ لم يكن قد إشتراك في إعداد الخطاب المفتوح أو التوقيع عليه، فإن مجرد رفضه الإجابة على أسئلة الوزير إنما يعني تضامنه مع الموقعين على الخطاب، فقرر الوزير بإنهاء خدمة السيد تيسييه لا يشوبه لا عدم توافر الأساس القانوني، ولا إنحراف السلطة (مجلس الدولة الفرنسي في 13 مارس 1953، قضية تيسييه دالوز 1953-735). وهكذا صارت الجامعات إذن ملتزمة بالولاء للحكومة، وجند العلم لصالح الطبقة الحاكمة. نفس المثال في الجزائر، في قضية إضراب أساتذة التعليم العالي لمدة أربعة أشهر، فكان قرار لجنة التحكيم مستمدا من قضاء مجلس الدولة الفرنسي.

ولم يقتصر الأمر على كبار الموظفين الشاغلين للمراكز الرئيسية للدولة، بل إمتد أيضا إلى صغار الموظفين جعلهم مجلس الدولة جميعا على الخضوع والرضوخ والإمتثال والإنحاء.

فقامت تظاهرات في فرنسا في 24 يناير 1951 ضد إعادة تسليح ألمانيا، بمناسبة زيارة الجنرال إيزنهارو لباريس. فكانت الحكومة الفرنسية قد منعت هذه التظاهرات ودعى الوزراء الموظفين الخاضعين لهم إلى الإمتناع عن الإشتراك فيها وإلا تعرضوا للجزاء. وكانت السيدة كوفاليفسكي موظفه في البريد، إشتراك في التظاهرة على الساعة السادسة مساء، أي بعد إنتهاء وقت العمل، في وفد إتحاد النساء الفرنسيات، وألقت خطابا في الجموع الحاشدة، ومضت المظاهرة في أمان وسلام. فأوقفت السيدة كوفاليفسكي عن العمل وأحيلت إلى مجلس التأديب، ثم فصلت من العمل مع حرمانها من المعاش، ثم رفعت عليها دعوى جنائية وقضت عليها المحكمة بعقوبة الغرامة.

فطعنت السيدة كوفاليفسكي في قرار فصلها أمام مجلس الدولة، فقرر هذا الأخير في سنة 1955 أن السيدة كوفاليفسكي بإشتراكها في تظاهرة محظورة قد أخلت بواجب التحفظ الذي يقع على عاتق كل موظف، وإرتكبت خطأ يبرر توقيع الجزاء التأديبي (مجلس الدولة الفرنسي في 27 مايو 1955، قضية كوفاليفسكي دالوز 1955 صفحة 687).

وتكرر موقف مجلس الدولة في حمل جميع الموظفين على الولاء، فإعتبر خطأ تأديبيا قيام أحد رجال الشرطة وهو بالملابس المدنية وخارج مواعيد العمل، بتوزيع منشورات تحتوي على نقد لما فعلته الشرطة أثناء إضراب من الإضرابات (مجلس الدولة الفرنسي في 20 فبراير 1952، قضية ميلان مجموعة أحكام الدولة، 117، صفحة 319).

ولم يعفي مجلس الدولة الموظف من المسؤولية إلا إذا كان ما أتاحه يتمشى مع سياسة الحكومة، كأن يوقع مفتش جمارك موفد إلى المغرب سنة 1959، على عريضة تدعو رئيس الجمهورية إلى إنهاء الحرب في الجزائر، وهو حكم صدر في سنة 1966 (مجلس الدولة الفرنسي في 23 يوليو 1966، قضية وزارة المالية ضد / ليبلان مجموعة أحكام مجلس الدولة، صفحة 391).

ويختلف الأمر، ويتغير قضاء مجلس الدولة، عندما يتعلق الأمر بحرية الرأي، فتخرج مجلس الدولة من مساندة الإدارة في غيرها وبطشها مثلما فعل في حرية التعبير، فإن الإعتداء على حرية الرأي أمر أكثر إرهاباً من مصادرة حرية التعبير، ويصدم بشدة إحساس المواطنين ويراقبه عن كثب الرأي العام. فكان الأمين العام لمجلس الوزراء في فرنسا قد رفض سنة 1953 السماح لبعض الفرنسيين بالإشتراك في مسابقة الإلتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، إستناداً إلى آرائهم السياسية. فطلب مجلس الوزراء من الأمين العام المذكور إبراز مستندات القضية، فرفض تسليمها. ونشرت جريدة لموند بياناً على لسان أحد أعضاء مكتب سكرتير الدولة بأن الحكومة تنوي عدم قبول أي شيوعي في المدرسة الوطنية للإدارة، وذلك لإقصاء الشيوعيين من المناصب الإدارية في فرنسا، فآثار هذا البيان إنفعالا شديداً في الرأي العام، وتلاه إستجواب البرلمان، فكان مسك الحكومة يخالف مبدأ المساواة بين المواطنين في تولى الوظائف العامة، دون تمييز بين الأصل أو الرأي أو العقيدة، أحد المبادئ الأساسية التي كرسها إعلان حقوق الإنسان لسنة 1789، وتبناها دستور الجمهورية الرابعة في سنة 1946. وهكذا إستند مجلس الدولة في 28 ماي 1954 إلى وجود خطأ في القانون يوجب إبطال القرار لتجاوز السلطة.

وفي حكمه الصادر في 01 أكتوبر 1954، إستند مجلس الدولة إلى حرية الرأي المكفولة للموظفين وأبطل ما صدر من قرار وزاري. في هذه القضية كان قد أعفي أحد المفتشين من منصبه لكونه عضوا شيوعيا في المجلس البلدي، فرفض مجلس الدولة ذلك، بإعتبار أن وظيفة المفتش من الوظائف السياسية الموضوعة تحت تصرف الحكومة.

والخلاصة في كل ذلك، أن مجلس الدولة أقر حرية الرأي تحت ضغط الرأي العام، لكنه ظل ضنينا بحرية التعبير، يحرم منها جهاز الموظفين، يجبرهم على الولاء للوزراء.

وختام بحثنا هذا، أن الحقوق والحريات الأساسية للمواطن في فرنسا، وإن كنا نسجل في كل مرة بعض الخروق فهذا لا ينفي أن فرنسا تعتبر رائدة في هذا الموضوع.

أما عن حالنا في الجزائر، فلا نعتبر أن الوقت قد حان لكي نضع تقييم عن الجهود المبذولة في هذا المجال.