كتلة الضبط الإداري

بين تقصير سلطة المشرع وضرورة اجتهاد القاضي الإداري

*Administrative control block**Between the shortening of the legislature's authority and the necessity of interpreting the administrative judge*

* صالح جابر

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الوادي - الجزائر -

salahdj@yahoo.com

تاريخ النشر: 2022/10/01

تاريخ القبول للنشر: 2022/09/12

تاريخ الاستلام: 2022/07/25

ملخص:

يمثل الضبط الإداري نشاطا أساسيا للإدارة العامة، تمارسه من خلال تدابير قانونية ومادية تقيد وتنظم من خلالها حقوق وحرريات المواطن، متى تحسست بأن هناك تعديا على النظام العام داخل البلاد. وهو نشاط قد يوصف بالقمعي، ان صح الوصف، لمساسه بحريات المواطن وحقوقه، مكرسا لسيادة الدولة من جهة ثانية، لذا كان ولا بد أن يكون موافقا للمشروعية القانونية وخاضعا للرقابة القضائية. وحيث أن من صفات القانون الإداري، عدم التقنين، نجد المشرع في غالب الأحيان مترددا في بناء الكتلة القانونية بصورة متكاملة، ومن ذلك كتلة الضبط الإداري كأحد قواعده الموضوعية، متيحا للقاضي الإداري دورا في بناء ذلك القصور أو تفسير الغموض، من خلال الاجتهاد القضائي. فالقصور التشريعي بخصوص نظرية الضبط الإداري، قد يكون مبررا، لعلاقته بمحددتين أثبتت من الصعب ضبطها تشريعا، وهما الحرية والنظام العام. لذا يكون لتدخل القضاء اجتهادا مبررا كبيرا وأساسيا لبناء الكتلة القانونية للضبط الإداري.

الكلمات المفتاحية: الضبط الإداري، القصور التشريعي، الاجتهاد القضائي الإداري.

Abstract:

Administrative control is an essential activity of the public administration, which is exercised through legal and material measures that restrict and regulate the rights and freedoms of citizens, whenever it senses that there is an infringement on the public order inside the country.

* المؤلف المراسل

It is an activity that may be described as repressive, if the description is correct, as it affects the freedoms and rights of the citizen, and is devoted to the sovereignty of the state on the other hand, so it was and had to be compatible with legal legitimacy and subject to judicial oversight. Since one of the characteristics of administrative law is non-codification, we often find the legislator reluctant to build the legal bloc in an integrated manner, including the administrative control bloc as one of its substantive rules, allowing the administrative judge a role in building that shortcoming or interpreting ambiguity, through jurisprudence. Legislative shortcomings regarding the theory of administrative control may be justified, as it relates to two determinants that are difficult to control legislatively, namely freedom and public order. Therefore, the intervention of the judiciary has a great and basic justification for building the legal bloc for administrative control.

Key words: Administrative control; Legislative Failure; jurisprudence administrative.

مقدمة:

يعد الضبط الإداري نشاطا أساسيا للإدارة العامة، في كل دولة، تتخذ سلطات قانونية بموجب أسانيد قانونية، من خلال إجراءات معينة، تراعي من خلالها غاية حفظ النظام العام. حيث تعمل سلطات الضبط الإداري على تقييد وتنظيم حقوق وحرريات المواطن، متى شعرت وتحسست إمكانية الاخلال بالنظام العام في كامل إقليم الدولة، كل سلطة تبعا للإطار الإقليمي الذي يمكن من خلاله ممارسة اختصاصاتها وصلاحياتها. ولما كانت السلطات الإدارية جوهر وظيفتها في نشاط الضبط الإداري هو "مواجهة حرية المواطن بقصد حفظ النظام العام"، كان ولا بد أن يكون تدخلها بناء على نص قانوني سابق مؤطر ورقابة قاضي مختص، تطبيقا لمبدأ المشروعية القانونية لتدابير الضبط الإداري. ذلك يطرح تساؤلات تتعلق بداية، بكثلة الضبط الإداري، هل هناك ضرورة لتفتنتها؟ وأهمية ذلك في نظرية القانون الإداري؟ أي ما دور المشرع في بناء كثلة الضبط الإداري، في ظل الخاصية الأساسية للقانون الإداري باعتباره غير مقنن؟ ثم دور القاضي الإداري في رقابة تدخل سلطات الضبط في مواجهة حقوق وحرريات المواطن؟ ومدى توخي غاية حفظ النظام العام؟

فإذا كان للمشرع الإداري سلطة "متردة" في تقنية كثلة الضبط الإداري لأسباب متعددة، فما دور القاضي الإداري في "ابتداع وشرعة" ما نقص وغمض من ذلك، في إطار الدور الخلاق للقاضي في بناء نظرية القانون الإداري عموماً؟

● كل تلك التساؤلات، يمكن من خلالها تبني سؤال رئيس في الدراسة وهو التالي:
ما دور القاضي الإداري في مواجهة نشاط الضبط الإداري؟ في ظل العجز التشريعي تجاهه؟ هل هو دور تطبيقي، أم اجتهادي تأصيلي؟

ونقصد بكثلة الضبط الإداري، تلك القواعد القانونية التي تنظم نشاط الضبط الإداري المتعلق بتدابير حفظ النظام العام من خلال تقيد وتنظيم الحقوق والحريات، والتي قد تكون في الدستور أو التشريع البرلماني، أو في التنظيم.

للبحث أهداف علمية، تبين دور القضاء في بناء الكثلة القانونية للقانون الإداري، خاصة الموضوعية وليس فقط الإجرائية، من خلال تعداد الدواعي والأسباب في تبني القاضي الإداري حلولاً تأصيلية لقواعد الضبط الإداري وضرورة ذلك في ظل قصور وعجز تشريعي مقابل.

خاصة وان كثلة الضبط الإداري تهتم أساساً بفروض قانونية تستدعي حذراً شديداً مقارنة بغيرها من موضوعات نظرية القانون الإداري، لمساسها بحقوق وحريات المواطن من جهة، والنظام العام والأمن العام للدولة من جهة ثانية.

فالمشرع قد يتوقى معالجة المقصود بحالة الاعتداء على النظام العام، والتي تستدعي من الإدارة العامة للضبط الإداري التدخل وقاية من خلال مواجهة حرية ما.
ف نجد تدخل القاضي الإداري متدخلاً ضرورياً لمواجهة ما قد يكون قصوراً تشريعياً.

أما عن الأهداف العملية للبحث، فقد نجد من خلال تبين الدور القضائي في تبني الحلول وبناء الكثلة القانونية للقانون الإداري، والمتعلقة بالضبط الإداري، والتي بدأها منذ مراحل التأسيس الأولى ولا يزال لليوم.

● يمكننا معالجة الورقة البحثية من خلال، منهج تحليلي، نبين من خلاله التوجه التشريعي والقضائي، بخصوص قواعد الضبط الإداري، بتحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية والتوجهات القضائية.

● وأما عن خطة الدراسة، فستكون كالتالي:
المبحث الأول: عجز المشرع تجاه تقنية كثلة الضبط الإداري.

المطلب الأول: العجز التشريعي في مواجهة تحديد مدلول الحرية.
المطلب الثاني: العجز التشريعي في مواجهة تحديد مدلول النظام العام.
المبحث الثاني: أولوية القاضي الإداري في تفسير مدلول كثلة للضبط الإداري.
المطلب الأول: ضابط الحماية القضائية للحرية: أولوية القاضي على المشرع.
المطلب الثاني: معيار تحديد النظام العام الإداري: أولوية القاضي على المشرع.
خاتمة، تضم الإجابة عن الإشكالية، وأهم نتائج البحث.

المبحث الأول:

عجز المشرع اتجاه تقنية كثلة الضبط الإداري

هناك دواعي عديدة لتقنية قاعدة الضبط الإداري، وأسباب وجيهة لضرورة ضم نظرية الضبط الإداري في ثنايا النصوص القانونية الإدارية، ارتباطا بهويتها وخصائصها التي تميزها. غير أن المدقق، في مساحات المشرع الإداري ان صح التعبير، يجد عجزا في مواجهة كثلة الضبط الإداري، انطلاقا من الاتجاهين المتقابلين واللذان يمثلان جوهر فكرة الضبط الإداري. فجوهر الفكرة، ما هو الا تقرير لحرية وتنظيم لها وتقييد، بغرض الحفاظ على النظام العام.

فالمشرع يجد نفسه عاجزا أمام مدلول الحرية من جهة (المطلب الأول)، وعاجزا أمام مدلول النظام العام من جهة ثانية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: العجز التشريعي في مواجهة تحديد مدلول الحرية

ان تقرير الحقوق والحريات من صميم عمل المشرع، على اعتبار أنه يمثل إرادة الشعب والحارس الأمين على حقوقه وحرياته، فالدول تقرر الحريات العامة بموجب نصوص مكتوبة سواء أكانت دستورية أو قانونية.

ولئن أقر القانون الحريات لضرورتها في حياة الأفراد والجماعة، الا أن مضمونها يبقى غير ثابت وغير محدد، فهو يختلف من دولة لدولة وفق نظام الحكم فيها والنظام الاقتصادي والاجتماعي. كما قد يختلف مضمون الحرية في ذات الدولة من حين لآخر وفقا للظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية.

حيث حتمية دسترة الحريات ضرورة أكيدة، لا يختلف عليها (أولا)، في ظل قصور المشرع تجاه تقنية الحرية (ثانيا)، لمبررات متعددة (ثالثا).

أولا: حتمية دسترة الحرية.

النظرية الدستورية الحديثة لا تعتبر القاعدة القانونية الدستورية محددة لقانون المؤسسات السياسية و فقط، انما أصبحت كذلك مؤطرة لنظام الحريات والحقوق كذلك. والذي عبر عنه ب"دسترة الحريات والحقوق"، من خلال تكريسها والنص عليها ضمن الدساتير، وذلك يعد بحد ذاته ضمانة مهمة لها.

فسيادة القاعدة القانونية الدستورية موضوعيا متعلقة بضمان احترام الحريات والحقوق للأفراد في مواجهة الغير، فالدستور أداة فعالة لحماية الحريات والحقوق في مواجهة الجميع بما في ذلك السلطة التشريعية¹.

ويمكننا أن نتناول ذلك في ظل الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم، حيث المؤسس الدستوري بداية لم يتفق على مصطلح وحيد للحرية، حيث أطلق أحيانا مصطلح الحرية بصيغة المفرد مع ضمها لنوع معين من الحريات كحرية المعتقد، وحرية الرأي، وحرية ممارسة العبادة. كما أطلق لفظ الحريات بصيغة الجمع وهو في عنوان الفصل الرابع منه فصل: الحقوق والحريات، حيث أضاف لها أحد الحريات حينما مثل: حريات التعبير وانشاء الجمعيات والاجتماع؛ وأضاف لها صنف من الحريات لما قال حريات أساسية وحرية فردية، وحرية جماعية وحرية عمومية.

بالتالي المؤسس الدستوري أطلق عدة تسميات عن الحرية دون أن يعرف مدلولها ومضمونها، وذلك قد يكون طبيعيا حيث يصعب تحديد مقصود المصطلح كما ذكرنا آنفا لنسبيتها وتنوعها وتطورها، تاركا ذلك للفقهاء والاجتهاد القضائي أساسا. والدستور الجزائري عد نفسه ضامنا للحقوق والحريات، سواء أكانت فردية أو جماعية، وذلك في ديباجته والتي تعد جزءا أصيلا من الدستور لا يتجزأ عنه.

كما نص في المادة 164 منه على أنه: "يحمي القضاء المجتمع وحرية وحقوق المواطنين طبقا للدستور"، فهنا يؤكد المؤسس الدستوري على أحد الضمانات الأساسية لحماية حريات المجتمع وهو السلطة القضائية سواء القضاء العادي أو القضاء الاداري على السواء (المادة 164 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم). ولعل التعديل الأخير له بخصوص الدفع بعدم دستورية حكم تشريعي ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور ضمانة أخرى في ذلك.

كما حول الدستور للشعب اختيار مؤسسات، من غايتها حماية الحريات الأساسية للمواطن، أي بناء مؤسسات منتخبة من قبل الشعب من غايتها حماية الحريات الأساسية (المادة 9 منه: "يختار الشعب لنفسه مؤسسات غايتها ما يأتي: - حماية الحريات الأساسية للمواطن..). كما

عنون المشرع الدستوري الباب الثاني الحقوق الأساسية والحريات العامة والواجبات، عنون الفصل الأول منه بعنوان: الحقوق الأساسية والحريات العامة. والذي ضم المادة 34 منه الى المادة 77.

حيث صنف الحريات أحيانا بأنها: حريات فردية وحريات جماعية، وحريات أساسية وحريات عمومية.

فالمؤسس الدستوري غاير بين الحقوق الأساسية والحريات، والحريات العامة، والحريات الفردية والحريات العمومية؛ حيث منح الحريات الأساسية حماية دستورية، في نص المادة 35 منه على أنه: "تضمن الدولة الحقوق الأساسية والحريات". كما استثنائها من أي تعديل بموجب المادة 223 منه، حيث نصت على أنه: "لا يمكن أي تعديل دستوري أن يمس: 7.. الحريات الأساسية وحقوق الانسان والمواطن".

بالتالي يمكن القول، أن دسترة الحرية يمثل وبلا شك أهم ضمانة قانونية للمواطن بالدرجة الأولى من امكانية تعدي الادارة العمومية على أحد منها، وبالمقابل يجد القاضي الاداري أهم ضابط ولو لم يعرف المشرع الدستوري مدلول الحرية بالأساس - يمكن أن يستند عليه عند مراقبة العمل الاداري الماس بحرية معينة.

ثانيا: قصور المشرع تجاه تقننة الحرية.

يتشكل الإطار التشريعي الجزائري الذي ينظم الحريات والحقوق برلمانيا، في كل من القانون العضوي والقانون العادي، فبعض الحريات تخضع للقانون العضوي لاقترابها من البعد الدستوري كمجموع الحريات الواردة في قانون الانتخابات وقانون الأحزاب السياسية وقانون الاعلام، وذلك وفق المادة 140 من دستور 1996 المعدل والمتمم، وذلك بالتأكيد يعزز الضمانات القانونية لهذه الحريات أو الحقوق باعتبار مكانة القانون العضوي ضمن الأطر القانونية خاصة في مجال الرقابة القبلية الوجيهة على مدى دستورتيتها.

وبينت المادة 139 الفقرة الأولى من دستور 1996 المعدل والمتمم، صلاحيات البرلمان في التشريع بموجب القانون العادي في ما يخص الحريات والحقوق، لاسيما الحريات العمومية، والحريات الفردية. حيث نصت على

: " يشرع البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية: حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لاسيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية وواجبات المواطنين".

والمشرع عندما يتدخل لتنظيم الحريات والحقوق وتحديدها، فإنه بالدرجة الأولى يجب عليه احترام القاعدة الدستورية المؤسسة لها ان وجدت، وبالمقابل يضع على عاتق الإدارة العمومية الالتزامات الايجابية وذلك من خلال امكانية التدخل لمحايتها عن طريق سلطات الضبط الاداري، لكن في حدود المشروعية القانونية، فلا يجوز للإدارة التعدي عليها بقرارات ضبطية.

والباحث لو يقوم بدراسة مسح لعديد التشريعات البرلمانية والمتعلقة بتنظيم الحريات العمومية وحماية الحريات الفردية، فإنه لن يجد أي تعريف أو تحديد للمقصود بمصطلح الحرية، وذلك يعبر عن موقف سليم وطبيعي باعتبار هكذا مفهوم هو من صميم عمل الفقه والتحديد القضائي أساسا لما يعرض عليه نزاع بخصوص التعدي على حرية من الحريات العمومية أو الفردية.

وفي هذا السياق، يرى مراد بدران، أنه في دولة القانون على الإدارة العامة الالتزام بحدود القانون، والعمل في اطار المشروعية. وفي حال اعتداء السلطة التنفيذية على حقوق الأفراد وحررياتهم، فإن النصوص القانونية في الجزائر وفرت لهؤلاء وسائل قضائية لحماية الحقوق والحريات، من خلال التأكيد النصوص الدستورية والقانونية على مبدأ استقلالية القضاء. غير أنه من الناحية العملية، السلطة القضائية تتأرجح بين مدلول السلطة ومدلول الوظيفة، لذلك قد تتجاوز المدلولات السياسية على المدلولات القانونية في معالجة بعض القضايا المتعلقة بتجاوز ضد حرية من الحريات²

ويرى الباحث من خلال ما تقدم، أن ذلك قد ينعكس سلبا على " عدم فعالية النص البرلماني في حماية الحرية "، لغل يد القضاء في الرقابة الفاعلة لانتهاك كل حرية أو حق من الحقوق المكرس للأفراد والجماعات.

ثالثا: مبررات عدم تقننة الحرية.

يمكن للباحث أن يتساءل عن مبرر عدم إمكان تحديد المشرع بمفهومه الواسع مدلول الحرية، وعدم تحديده في تعريف يرجع إليه متى كانت الحاجة إلى ذلك؟

إن مصطلح الحرية بداية يتقاطع مفاهميا بين الأخلاق والسياسة والقانون، وعليه نجد اطلاقات عديدة تقارب مفهوم مصطلح الحرية في كل علم من العلوم، وعلى ذلك قد تتشابك بعضها أو كلها في إطار اجتهاد محدد لمدلول هذا المصطلح (ورد لفظ الحرية في لسان العرب لابن منظور باعتبار: " الحر بالضم: نقيض العبد.. والحررة نقيض الأمة.. وحرره أعتقه..". ومن

المتعارف عليه أن طبيعة هذه التعاريف للمصطلح هي تعاريف بالسلب وهو غير مؤهل لتحديد المقصود بدقة. وفيه أيضا جاء كلمة الحر بمعاني ايجابية: الحر من الناس؛ أختيارهم وأفضلهم. وحرية العرب؛ أشرفهم.. وفسر حر؛ أي عتيق. والحر؛ كل شيء فاخر من شعر وغيره). يمكن ان نجد عدة مبررات لعدم تدخل المشرع في تحديد مدلول ثابت أو مدلول مقارب للحرية وهي التالية:

1- عدم الاتفاق الفقهي لتحديد مدلول للحرية:

إن اتجاهها من الفقه يرى تباينا في تحديد مدلول الحرية وتعريفها، نظرا لنسبيتها ولاختلافها من زمان لزمان ومن مكان لمكان، ولاختلافها تبعا للنظام السياسي القائم والنظام الاقتصادي حتى بين النظام الليبرالي والنظام الاشتراكي سابقا، لذلك قال البعض عنها بأنها احدى الكلمات الرديئة التي تملك قيمة أكثر من معناها (Michel Verpeaux, *La liberté*, *l'actualité juridique*, Juillet- Aout 1998, p 144). وقال عنها مونتنسكيو بأنه لا توجد كلمة لقيت أكثر من معنى مختلف، مما لقيته كلمة الحرية³. فتوصل البعض بأن هناك أزمة في تحديد مفهوم الحرية⁴ غير أنه يمكن الاستئناس ببعض المحاولات في تحديد مفهوم للحرية ومن بين ذلك: فقد عرفها Rivero قائلا:

" *La liberté est un pouvoir d'auto - détermination , c'est - à - dire un pouvoir que l'homme exerce sur lui - même*"⁵.

فالحرية هي مجموعة من الحقوق والمعترف بها والتي اعتبرت أساسية في مستوى حضاري معين ووجب بالتالي أن تتمتع بوصفها هذا بحماية قانونية خاصة تكفلها الدولة لها وتضمنها بعدم التعرض لها وبيان وسائل حمايتها⁶

في تعريف آخر للحرية تعتبر تأكيد كيان الفرد تجاه سلطة الجماعة بما يعني الاعتراف للفرد بالإرادة الذاتية والاتجاه في نفس الوقت إلى تدعيم هذه الإرادة وتقويتها بما يحقق للإنسان سيطرة على مصيره⁷، وعرفت الحرية أيضا؛ " انطلاق إرادة الفرد نحو تحقيق غاياته في إطار النظام العام"⁸، ولعل في تعدد تصنيف وتعداد الحريات لدليل على عدم الاتفاق في تحديد مدلول الحرية. حيث صنف بعض الفقه الحريات إلى تقسيمات متعددة وفق معايير ومن أهمها⁹: الحريات من حيث مدى التصاقها بالإنسان؛ مثل حرية الحياة الخاصة، وأمن الفرد، وحرية الفكر، حريات من حيث طبيعة المصلحة التي تحققها؛ مثل حريات الشخص الطبيعي في كل من التنقل والأمن والمسكن، وحرية الانضمام إلى جماعات كحق الاجتماع والانضمام للجمعيات والأحزاب السياسية، وحرية اقتصادية واجتماعية متعلقة بحق الملكية وحرية التجارة

والصناعة. حريات من حيث أثرها على نشاط الحكم؛ ومثالها الحريات الأساسية والاقتصادية الفكرية والمعارضة. حريات تقليدية وحريات مستحدثة.

2- مصدر الحرية خارج عن إرادة الدولة:

ان النظر في مدلول ومضمون الحرية في محايثها لفلسفة تشكل الدولة عامة والقانون خاصة، يجد الأولى سابقة عن الثانية. أي ممارسة الفرد لحرية سابقة عن نشأة الدولة والقانون. على فرض أن الدولة والقانون ما هما الا وعاءان جاءا بالأساس لحاجة الفرد الى تحقيق نوع من الأمان الجماعي في إطار قواعد للضبط الاجتماعي، والتي من بينها قواعد القانون. فالحرية تجد مصدرها خارج الدولة، بحيث لا يكون للمشرع دور في تعريف الحريات، وإنما هو مقيد بإقرارها وتأكيدا، وإذا أجزت تنظيمها فان ذلك يجب ألا يصل إلى درجة تقييدها أو تعطيل ممارستها¹⁰

3- طبيعة النظام الدستوري:

ان لطبيعة النظام الدستوري للدولة أثر واضح في تبني مدلول معين للحرية، سواء من حيث الطبيعة أو الكم. حيث من المتعارف عليه في ظل النظم الدستورية الديمقراطية تنتعش الحريات وتزدهر، على نقيض النظم الدستورية الدكتاتورية، حيث نجد تضيقا عليها ومنعها بدرجات متفاوتة. وفي انتعاش الحريات والتضييق عليها قد تختلف المدلولات لما قد يعد حرية وما يخرج عنها.

4- أثر القضاء الدستوري في الحريات:

ان للقضاء الدستوري أثر بارز في تبرير عدم التحديد التشريعي للحرية، حيث أدى دورا حاسما في تطوير معنى ونطاق الحريات والحقوق التي يجب أن تكفلها الدولة. حيث اتجه القضاء الدستوري ابتداء في تحديد مدلول الحريات الى منهج التفسير الضيق لنصوص الدستور، ومن قبيل ذلك رفض المجلس الدستوري الفرنسي التسليم بحقوق الانسان والحريات التي لم ترد صراحة في نص الدستور¹¹ ثم تبني القضاء الدستوري اتجاه التفسير الواسع في تحديد الحريات والحقوق، بعدم الاعتماد على النص الدستوري و فقط في إقرارها، إنما يجب كذلك الاستناد إلى إعلانات حقوق الإنسان والاتفاقيات والمعاهدات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، إضافة إلى المبادئ العامة للدساتير، فضلا عن المبادئ العامة للقانون والقانون الطبيعي كذلك.¹²

المطلب الثاني: العجز التشريعي في مواجهة تحديد مدلول النظام العام.

يعد النظام العام الهدف الأساسي الذي تسعى من خلاله سلطات الضبط الإداري تنظيم وتقييد حقوق وحرريات المواطن. فمتى اتخذت سلطات البوليس الإداري تدبيرا ضبطيا، كان الأصل في ذلك حماية ووقاية النظام العام، هذا الأخير يطرح تساؤلا ما إذا كان للمشرع الإداري قدرة على ضبطه، وما مبررات العجز التشريعي لعدم تقنينه بصورة صريحة وواضحة؟ فالنظام العام ليس فكرة قانونية خالصة (أولا)، ويتميز بتحولاته المستمرة (ثانيا).

أولا: فكرة النظام العام ليست قانونية خالصة.

النظر في تعريف المشرع للنظام العام للضبط الإداري، لا يجد لذلك سبيلا، ما عدا في بيان عناصره وأركانه، من خلال الصلاحيات التي تمنح لسلطات الضبط بموجب القوانين والتشريع، ومن ذلك في قانون الجماعات المحلية لرئيس المجلس الشعبي البلدي والولاية. ففكرة النظام العام ليست فكرة قانونية خالصة، ابتدعها علم القانون فأنحصرت فيه وتوقعت داخله، بل لها امتدادات خارج محيط القانون تصل حتى علوم السياسة والاقتصاد والاجتماع كذلك، باعتبارها إحدى قوى التأثير داخل المجتمع والدولة¹³

كما لفكرة النظام العام دور رئيسي- في ابراز ما هو ثابت وما هو متغير في الجماعة البشرية، فتكشف ما يعد من أصول وكميات وثوابت لا يجوز مخالفتها، وما لا يعد من الثوابت فيتغير ويتعدل حسب المتطلبات الحضارية للجماعة¹⁴

أي متصلة ولصيقة بواقع المجتمع، لذلك هي ليست ثابتة بل متطورة.

فالأصل العام أن يتدخل المشرع عن طريق القواعد القانونية الآمرة الدستورية أو ما دونها لحماية ما يستجد مما يدخل في ماهية النظام العام، غير أن تدخل المشرع قد يكون متأخرا، أو قاصرا في الإحاطة بمضمون التطور السياسي والاقتصادي والاجتماعي دفعة واحدة¹⁵. لذلك يبرز دور وأثر القاضي في تحديد ماهية النظام العام وتطوره، لاجتماعية فكرة النظام العام.

ثانيا: تحول النظام العام إلى أنظمة عامة.

ان فكرة النظام العام ترتبط بقواعد القانون المختلفة، التي تنتمي إلى القانون الخاص وإلى القانون العام على السواء، لكن النظام العام في قواعد القانون الخاص أضيق تطبيقا من تطبيقها في قواعد القانون الآخر، فالأول يضم قواعد آمرة وهي التي تتعلق بالنظام العام، كالمعاملات المالية المرتبطة بالمصلحة العامة في أحكام القانون المدني والأحكام التي تكفل حماية الغير حسن

النية، وأحكام الحالة المدنية والأهلية، وعلاقة الشخص بأسرته وما له من حقوق وما عليه من واجبات، وقواعد احترام الشكليات و الإجراءات ضمن قواعد قانون الإجراءات المدنية الجهورية، وأخرى مكملة أو مفسرة وهي تخرج عن قاعدة النظام العام. أما قواعد القانون العام كالقانون الدستوري والقانون الإداري والجنائي كذلك كلها تتعلق بالنظام العام لا يجوز مخالفتها¹⁶

1- حركية ونشاط فكرة النظام العام:

تعد فكرة النظام العام في القانون الإداري أشد حركية عنها في باقي أفرع القانون العام والخاص، حيث تنطوي في مجال الحريات العامة على تحديد مزدوج للحرية أحدهما ثابت أو مستقر ويكون ذلك بالمنع والحظر والآخر متحرك أو ديناميكي ويكون عن طريق منح الإدارة سلطات وتغذيتها بامتيازات، فيكون النظام العام مصدرا لها من اجل تزويدها بالوسائل الضرورية للتوصل إلى غاية محددة¹⁷

تبعاً لذلك؛ النظام العام لم يبق في إطار النظرة التقليدية المتعلقة بالمكونات الثلاثة المعروفة، الأمن العام والصحة والسكينة العامة، والتي يؤكد عليها الفقه الإداري دائماً، ويسانده في ذلك اجتهادات القضاء الإداري المقارن قليلاً قبل تدخل المشرع أحياناً، أو بعدياً عند النظر في نزاع معين. إنما تطور وتحول إلى نظام عام مستحدث، بدأه قضاء مجلس الدولة الفرنسي- بعنصر- الآداب والأخلاق العامة وصولاً إلى النظام العام البيئي والعمراني والنظام العام الاقتصادي والاجتماعي. تبعاً لخاصية المرونة والنسبية التي تميز النظام العام. ولما كانت الإدارة العامة عند استهدافها الحفاظ على النظام العام في اتخاذ تدابير الضبط الإداري تقيّد الحقوق والحريات كضمون تقليدي محافظ، ثم انفتحتها إلى تدابير التنظيم بمعية التقييد لحقوق وحريات الأفراد والمواطنين كوجه مستحدث للضبط الإداري. ومعنى أكثر دقة أن النظام العام المراد استهدافه كوجه مستحدث هو نظام عام حقوقي لا نظام عام محافظ.

2- النظام العام المحافظ إلى نظام عام حقوقي:

النظام العام المحافظ؛ ذلك المفهوم المعبر عن النظام العام في صورته الأولى بمعناه التقليدي و الضيق والمرتبط أساساً بالتعدي المادي على الحقوق والحريات، وذلك في المجالات الثلاثة المتداولة في الفقه الإداري وهي والمتمثلة في التعدي على الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة.

حيث يرتبط هذا المفهوم المحافظ للنظام العام بالدولة الحارسة¹⁸ (والدولة البوليسية كذلك، قبل التحول الذي طرأ على وظائف الدولة والذي انعكس إيجاباً على تحول مهم في ماهية النظام العام.

ففي مجال القانون الإداري – التقليدي - يشكل تطبيق فكرة النظام العام في الضبط الإداري – إلى جانب تطبيقها في مجال الإجراءات الإدارية – الجانب السلبي في ما يتعلق بالحقوق والحريات العامة، والفكرة في هذا المجال تمثل قيوداً على ممارسة الحريات العامة وعلى استعمال تلك الحقوق¹⁹. وذلك نلمسه من خلال التعريفات التي جاء بها الفقه في تحديد مضمون النظام العام بداية.

يقصد الباحث بمفهوم النظام العام الحقوقي كهدف وغرض الضبط الإداري المستحدث؛ ذلك الهدف المتعلق بسعي الإدارة العامة في إطار تدابير وإجراءات الضبط الإداري والذي يتعلق بحقوق وحريات الأفراد أساساً تنظيمياً قبل أن يكون تقييداً. من جانب؛ حيث لما كان الضبط الإداري كممارسة وتطبيق مستهدفاً للفرد والجماعة بصورة مباشرة قبل أن يكون مستهدفاً لاستقرار كيان الدولة، فإن النظام العام المستحدث يمس مباشرة الطابع الحقوقي لا الطابع الأمني البوليسي في المفهوم المحافظ التقليدي. خاصة وأن منظومة الحقوق والحريات تتطور باستمرار، يذكر في هذا المقام فقه حقوق الإنسان ظهور جيل ثالث لحقوق الإنسان يسمى بحقوق التضامن يضم أربعة أنواع وهي: الحق في السلام والحق في التنمية والحق في البيئة وفي حماية الثروة العامة للإنسان²⁰.

فالمحافظة على النظام العام الحقوقي هو: اتخاذ تدابير وإجراءات من السلطات الإدارية المختصة في إطار المشروعية القانونية والمشروعية الحقوقية بما يساهم بشكل مباشر في حماية حقوق وحريات الأفراد من جانب، والعمل على ترقيتها وتطويرها بما يحقق الرفاهية والكرامة للإنسان والمواطن والجماعة عموماً.

والباحث ينطلق في وصف النظام العام بالحقوق، من تلك العلاقة الجدلية المثارة بين الحقوق والحريات العامة والخاصة من جهة والنظام العام من جهة ثانية، أي بين سلطة الإدارة العمومية في تقييد الحقوق والحريات وحفظ النظام العام من جهة وتنظيم الحقوق والحريات من جهة ثانية. فإذا كانت التدابير والإجراءات الإدارية الضبطية لم تعد قاصرة على حفظ الأمن والصحة والسكينة بل تعدتها إلى حفظ كرامة الإنسان وتوفير الحياة الكريمة للإنسان وفي العيش في بيئة نظيفة وفق منظومة الجيل الثالث لحقوق الإنسان وما قد يتبعها، ذلك يعني أن هدف

وغير الضبط الإداري تعدى النظام العام إلى تنظيم الحقوق والحريات، وبالتالي يمكن اعتبار النظام العام وسيلة إلى غاية أسمى وهي الغاية الحقيقية.

3- من نظام عام سياسي إلى نظام عام قانوني:

إن هدف وغاية تدابير الضبط الإداري الأولى كان سياسيا في بدايته، على اعتبار أن البوليس الإداري يهدف إلى حفظ الأمن العام أساسا، وهو يخص الوظيفة السياسية للدولة، التي تسعى إلى تحقيق الاستقرار المجتمعي، وأمن الدولة والسلطة الحاكمة والمواطن. وذلك، ينسجم مع الدولة التقليدية، الدولة الحارسة، التي كانت أقصى-وظائفها حفظ النظام العام الأمني، ودرء كل ما يعكر صفو الاستقرار واستتباب الأمن. وذلك قد يتماشى مع النظام الحر الليبرالي، والذي يدعو إلى ترك كل الوظائف خاصة الاقتصادية إلى الخواص ماعدا وظيفة حفظ الأمن العام.

ثم بتحويلات أغراض وأهداف الضبط الإداري إلى متطلبات جديدة لحماية لحقوق المواطن، تبعه تطورا في فكرة النظام العام باعتباره قانوني لا سياسيا فحسب، وذلك بحماية حقوق قانونية، كحق الإنسان في العيش في بيئة نظيفة صحية، وحق العمران، والسياحة وغير ذلك.

المبحث الثاني:

أولوية القاضي الإداري في تفسير مدلول كثلة للضبط الإداري.

من خلال ما سبق، ونظرا لعدم إمكان تحديد مدلول ومضمون الحرية تشريعيًا، مع عدم إنكار ضرورة التنظيم والتقييد كذلك لأنواعها المختلفة في الإطار الزماني الممارسة فيه من قبل المشرع. كانت الحاجة ماسة وضرورية لتدخل القاضي -خاصة القاضي الإداري - اجتهدا في ضمان حماية فعالة للحرية الفردية والحريات العامة على السواء وتحديد مضمونها ومدلولها، مما قد يشكل أولوية في ذلك على سلطة المشرع.

فضابط الحماية القضائية للحرية، يعد أولوية للقاضي الإداري على المشرع في حماية ورعاية الحرية (المطلب الأول).

وفي الجهة المقابلة، من المسؤول عن تحديد ما يدخل في مضمون النظام العام وما يخرج عنه كهدف للضبط الإداري؟ ومتى نكون أمام تهديد للنظام العام حتى تتدخل الإدارة للحفاظ عليه من جهة؟ ويراقب القاضي الإداري لذلك حماية لحقوق الأفراد وحررياتهم. فمعيار تحديد النظام العام الإداري: أولوية القاضي على المشرع (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ضابط الحماية القضائية للحرية: أولوية القاضي على المشرع.

ان الضابط الأساسي لحماية الحقوق والحريات عموما والذي يجب على القاضي الإداري الاستناد إليه، هو ضابط الالتزام بالمشروعية القانونية والذي نعي به ضرورة أن يستند القاضي في حكمه وقراره في نزاع يخص حماية لحق أو حرية، مدى خضوع العمل الضبطي للإدارة العمومية المقيد أو المنظم لحرية ما للقانون بمفهومه الواسع، سواء أكان الدستور أو القانون أو التنظيم، إضافة إلى معيار قواعد القانون الدولي كالاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان. ثم ضابط الالتزام بالمبادئ العامة للقانون.

أولا: الالتزام بالمشروعية القانونية.

يستند القاضي الإداري لحماية الحريات المختلفة من إمكانية تعسف سلطات الضبط الإداري إلى مبدأ مدى الالتزام بالمشروعية القانونية أساسا، والذي قد يكون في صورة الالتزام بقاعدة دستورية أو بقاعدة قانونية دولية أو بقانون برلماني أو بتنظيم.

1- تطبيق القاعدة الدستورية كضابط لحماية الحريات من قبل القاضي الإداري:

غني عن البيان أن القاضي لما يريد إصدار حكمه وقراره بشأن نزاع معين مطروح أمامه يستند إلى تحكيم القواعد القانونية وموقف المشرع عموما في ذلك، فالقاضي لا يخضع إلا للقانون. وبالتالي يمكن أن تؤكد بداية على أولوية سلطة القاضي الإداري في حماية حقوق وحريات الأفراد، جاء من خلال دسترة هذه الحماية في المادة 164 من الدستور الجزائري بقولها: "يحمي القضاء المجتمع وحريات وحقوق المواطنين طبقا للدستور" (الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم).

فليس هناك أي نص قانوني يحرم على القاضي الإداري الجزائري النظر في أي تصرف إداري صادر عن الإدارة بسبب ارتباطه بالحقوق والحريات الدستور الجزائري 1996 المعدل والمتمم، المادة 168.²¹

وضابط خضوع القاضي الإداري للقاعدة الدستورية عند مواجهة التعدي على حرية من الحريات، هو بالأساس ضابط مرتبط بالحماية الدستورية للحريات بشكل عام، ويمكن أن نستدل به بقواعد عديدة من الدستور.

وهو ما أشرنا إليه قبل قليل في موضوع " دسترة الحريات " .

كما أن نص المادة 195 من دستور 1996 الجزائري المعدل والمتمم والتي تطرقت للدفع بعدم الدستورية بخصوص حكم تشريعي ينتهك الحقوق والحريات التي يضمنها الدستور هو كذلك ضابط دستوري أساسي.

وبالرجوع الى نص المادة 198 الفقرة الثالثة من دستور 1996 المعدل والمتمم الجزائري والتي نصت على:

" .. تكون قرارات المحكمة الدستورية نهائية وملزمة لجميع السلطات العمومية والسلطات الإدارية والقضائية "

حيث النص الدستوري أعلاه مؤسس لإلزامية الاجتهاد الدستوري للمجلس الدستوري لجميع السلطات العمومية ومنها السلطة القضائية، ومنها الجهات القضائية الإدارية. فالقاضي الإداري ملزم بتطبيق آراء المجلس الدستوري ومن خلال ذلك القواعد الدستورية.

2-تطبيق الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان كضابط لحماية الحريات من قبل القاضي

الإداري:

الدستور الجزائري لسنة 1996 المعدل والمتمم في نص المادة 154 منه ينص على أن المعاهدات التي يصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها في الدستور تسمو على القانون، وهو ذات النص عند صدور الدستور سنة 1996 في المادة 132، ونفس المبدأ المكرس في دستور 1989 في المادة 123 منه.

بينما الدستور الأول للبلاد لسنة 1963 نص على المعاهدات الدولية دون أن يحدد مكانتها ضمن النظام القانوني الداخلي، في حين دستور 1976 سوى في المكانة بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلي، بحيث أنه في حالة وجود تعارض بينهما فإن النص اللاحق يلغي النص السابق.

وبعد انضمام الجزائر لاتفاقية فينا لقانون المعاهدات، غير المؤسس الدستوري موقفه مانحا للمعاهدات الدولية مركزا أسمى من القانون الداخلي كما جاء في دستوري 1989 و1996 وتعديلاته المتعاقبة. وفي إطار تأكيد سمو المعاهدة الدولية على القانون الداخلي، أدرج قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم: 08-09 نصا مجسدا لذلك. وهو نص المادة 358-07 منه حيث جاء فيها:

" لا ينبغي الطعن بالنقض إلا على وجه واحد أو أكثر من الأوجه التالية:..7- مخالفة الاتفاقيات الدولية ". حيث هذا النص الإجرائي أتاح للمحكمة العليا، وكذا مجلس الدولة بموجب المادة 959 منه والتي أشارت الى تطبيق ذات الأحكام من المادة 358 على الطعن بالنقض أمامه، تطبيقاً لمبدأ سمو المعاهدات الدولية على القانون الداخلي بوصفه وجهاً من أوجه الطعن، وهو ما لم يكن موجوداً في القانون السابق.

كما أن الاجتهاد الدستوري أقر مبدأ سمو الاتفاقيات الدولية على القانون الداخلي، وذلك في القرار المؤرخ في: 20 أغسطس 1989 للمجلس الدستوري الجزائري، حيث ورد في إحدى جزئياته: " ونظراً لكون أي اتفاقية بعد المصادقة عليها ونشرها، تدرج في القانون الوطني، وتكتسب بمقتضى المادة 123 من الدستور سلطة السمو على القوانين، وتحول كل مواطن جزائري أن يتذرع بها أمام الجهات القضائية، وهكذا الشأن بالنسبة لميثاق الأمم المتحدة لسنة 1966 المصادق عليه بقانون رقم 889 المؤرخ في 25 ابريل 1989 الذي انضمت الجزائر اليه بمرسوم رئاسي رقم: 89-67 المؤرخ في: 16 ماي 1989، والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب. فان هذه الأدوات تمنع معنا صريحاً كل تمييز مهما كان نوعه"²²

فالقاضي يلتزم بتطبيق كل قاعدة قانونية دولية متى تمت المصادقة عليها وفق الإجراءات الدستورية.

3- تطبيق القاعدة البرلمانية والتنظيمية كضابط لحماية الحريات من قبل القاضي الإداري:

ان تطبيق القاضي الإداري للقواعد القانونية الصادرة من السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية يمثل احتكاماً لكل من القوانين العضوية والقوانين العادية والتنظيم المتعلقة بحقوق وحرريات الأفراد.

وهو النطاق الأساسي الذي يحتكم إليه القاضي عموماً في نشاطه وعمله القضائي، من خلال البحث في مدى مطابقة أعمال سلطات الضبط الإداري والتي تقيد من خلالها الحريات مع متطلبات التشريعات البرلمانية والتنظيمات التنفيذية. حيث تحتكم الإدارة العامة في ممارسة الضبط الإداري إلى القانون والتنظيم والتي تتعلق بالحقوق والحريات.

ثانياً: المبادئ العامة للقانون.

في مجال التقييد القانوني لسلطات الدولة، خاصة سلطات الضبط الإداري، نجد الإدارة العامة ملزمة بتطبيق المبادئ العامة للقانون في جميع تصرفاتها قانونية كانت أو مادية، على اعتبار أن هذه المبادئ تعد أحد مصادر المشروعية.

وتبعاً لذلك القاضي الإداري وهو يمارس دوره في حماية الحريات بمختلف أنواعها وتصنيفاتها يحتكم أيضاً لضابط المبادئ العامة للقانون متى لم يكن هناك تنظيم تشريعي كامل للحرية، أو كان موجوداً لكنه غير مكتمل²³

فاجتهاد القضاء الإداري الفرنسي مستقر على عدم شرعية التمييز بين المترشحين لتولي الوظائف العمومية استناداً لمعتقداتهم الدينية تطبيقاً واحتراماً لمبدأ قانونياً مهم وهو مبدأ المساواة في تولي الوظائف العمومية²⁴.

ومن بين تطبيقات ذلك في الاجتهاد القضائي الفرنسي- كذلك، انشاء والاستناد إلى مبادئ قانونية عامة بخصوص حرية التعليم، على اعتبار أن هذه الحرية لم تنتج من نص تشريعي وحيد سواء في الدستور أو في القانون البرلماني، إنما تعتبر جزءاً من القواعد العامة التي تهمين على القانون العام والناجئة عن مجموعة من التشريعات المتلاحقة.

كما أكدت المحكمة الإدارية التونسية هذه المسألة بخصوص تطبيق المبادئ العامة للقانون في شركة الطاردي ضد وزير التجارة ووزير المالية ووزير الصحة بتاريخ: 29-11-1999 معتبرة: "وحيث أنه وفي غياب أي نص تشريعي أو ترميني يمنع صراحة تغليب الخمر في أوعية من الورق المقوى، وبما أن الإدارة لم تثبت من خلال المراقبة الصحية خطورة هذه الطريقة المعتمدة في التعبئة على صحة المستهلك، فإن قرار تجريد نشاط الشركة المدعية المتعلق بهذا الصنف من المنتج يغدو فاقداً لكل سند قانوني ومخالف لمبدأ حرية الصناعة والتجارة واتجه بالتالي إلى إلغائه"²⁵.

حيث القاضي الإداري التونسي- ألغى قرار الإدارة العامة المعتدي على حرية غير منصوص عليها قانوناً.

وبخصوص الاجتهاد القضائي الجزائري، وعى سبيل المثال، أكد القاضي الإداري على ذلك في عديد القرارات، ومن بينها:

قرار المجلس الأعلى في: 11-10-1986 في قضية ز- ب ضد م ع أ ووزير الداخلية والجماعات المحلية، مقرراً مبدأً يعتبر فيه أنه من حق السلطة الإدارية رفض الدخول لكل مسافر ترى في دخوله للتراب الجزائري مساساً بالأمن العام، وأن ذلك المنع من حق السفر يعتمد على تقرير من قبل السلطة الإدارية وهو - هذا التقرير - يقبل النقاش أمام قاضي تجاوز السلطة. وبالرجوع إلى فحوى هذا القرار، نجد أن القاضي أيد سلطة الإدارة العمومية في المنع

من السفر وتقييد هذه الحرية، دون الاعتماد الى نص قانوني وتشريعي بخصوص ذلك تطبيقاً للمبادئ العامة للقانون²⁶

ثالثاً: فعالية سلطة القاضي الإداري في حماية الحرية.

يرى عدد من الفقهاء أن فعالية سلطة القاضي الإداري في حماية الحريات عموماً قد تظهر في مظاهر متعددة أهمها، سلطة إصدار الأوامر من القاضي الإداري لسلطات الضبط الإداري، وسلطة فرض الغرامة التهديدية عليها²⁷

بالإضافة إلى تلك السلطات الممنوحة للقاضي، والتي تكلم عليها الفقه عموماً. يمكن للباحث أن يدعم فعالية سلطة القاضي الإداري اجتهاداً في حماية الحريات في الآتي:

1- رقابة حسن تطبيق القاعدة القانونية في مجال حماية الحرية:

يتمتع المشرع باختصاص أصيل في تحديد النظام القانوني للحريات، حيث لا يمكن لسلطات الضبط الإداري على هذا الأساس وفي إطار الحفاظ على النظام العام اتخاذ إجراءات أو تدابير عامة من شأنها المساس بالنظام القانوني لحرية ما مثلاً حدده القانون.

فإذا ما اتخذت سلطة من سلطات الضبط الإداري قراراً ضابطاً في مواجهة ممارسة حرية منصوصاً عليها تشريعياً، وأضافت شرطاً جديداً لم يأت به النص التشريعي المنظم لتلك الحرية، مما يؤدي إلى تقييد ممارسة تلك الحرية متشبثة بغاية الحفاظ على النظام العام كقرار ضبط إداري، يجوز للقاضي الإداري في هذا المقام ردع سلطة الضبط عن ذلك، وإعدام عملها ذلك، صوناً للحرية وحق الفرد في تمتعه بها كما نص عليها القانون. وذلك في إطار رقابته حسن تطبيق القاعدة القانونية.

2- رقابة الجدوى من قرار الضبط الإداري:

القاضي الإداري لا يكتفي عند نظره في شرعية قرارات الضبط الإداري بالتمعن في صحة تطبيق القاعدة القانونية، وإنما يتجاوزها للبحث عن الجدوى من اتخاذ القرار فهو يمارس رقابة قانونية ورقابة واقعية على القرار الضبطي كما يخضعه لرقابة موضوعية ورقابة ذاتية²⁸.

حيث يمكن للقاضي الإداري عند فحص مشروعية قرار إداري متعلق بحرية ما في إطار الضبط الإداري، التثبت من صحة الوقائع ورقابة مدى الملائمة له.

فإذا كان للسلطة التنفيذية سلطة التقدير في إصدار قرارات الضبط الإداري للحفاظ على النظام العام، فإنه للقاضي رقابة الجدوى من سلطة التقدير سواء سلباً أم إيجاباً، وهي من صميم عمل القضاء الإداري بالأساس.

3- الدفع بعدم دستورية قاعدة قانونية أمام القاضي الإداري:

يعتبر التعديل الدستوري لسنة 2016 مهما جدا في إطار تعزيز سلطات القاضي الإداري في رقابة قرارات سلطات الضبط الإداري المقيدة لحقوق الأفراد خاصة في مجال الحقوق والحريات بحسب المادة 188 من الدستور. حيث يمكن لكل طرف بمناسبة ادعاء قضائي أن يدعي أن الحكم التشريعي الذي يتوقف عليه مآل النزاع ينتهك حقا أو حرية يضمنها الدستور.

حيث صدر القانون العضوي رقم: 18-16 في 2 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية (القانون العضوي: 18-16 المؤرخ في: 02 سبتمبر 2018 يحدد شروط وكيفيات تطبيق الدفع بعدم الدستورية، الصادر في ج ر، ع 54، المؤرخة في: 05 سبتمبر 2018).

المطلب الثاني: معيار تحديد النظام العام الإداري: أولوية القاضي على المشرع.

إن النظر في تحديد معيار النظام العام وأساسه يبرر ضرورة تولي القاضي الإداري مهمة تحديد مضمون ومدلول النظام العام بداية، وبالتالي تحديد متى نكون أمام تعدي حقيقي على النظام العام، وعليه يمكن لسلطات الضبط الإداري اتخاذ تدابير وقرارات تحد وتقيّد وتنظم من خلالها حقوق وحريات الأفراد والجماعات.

فسلطات الضبط الإداري لما تقدر اتخاذ تدبير ضبطي متعلق بحق أو حرية معينة، فهي تستهدف غاية أساسية وهي الحفاظ على النظام العام، وهنا يطرح التساؤل الأساسي: ما هو معيار وضابط تحديد النظام العام الذي تؤسس عليه الإدارة العمومية الضبطية تقييدها وتنظيمها للحقوق والحريات؟

أولا: المصلحة العامة كمعيار محدد للنظام العام للضبط الإداري.

يمكن القول إن الضابط والمعيار المحدد لذلك هو بالأساس الأول الخضوع للمشروعية القانونية المتعلقة بالنظام العام. فحيث يكون هناك نص قانوني يحدد مضامين النظام العام فإن الإدارة العامة تتدخل تبعا لذلك.

المشرع بمفهومه الواسع عمد إلى تحديد عناصر تقليدية للنظام العام متمثلة في الأمن والصحة والسكينة العامة بداية، ثم بموجب الاجتهاد القضائي الإداري دخلت عناصر أخرى لمدلول النظام العام ولكن دون إحاطة بالمعيار الأساسي له.

بالتالي فإن القاضي الإداري هو الذي يتكفل عند نظر المنازعات المعروضة عليه بتحديد مضمون النظام العام. من واقع الخصومة تبعا لمعيار غير جامد متوافق مع روح وضمير الجماعة المنتهي إليها، وملبيا المصلحة العامة.

حيث ابتداء؛ القاضي وسع من عناصر النظام العام بما له من سلطة الابتداع في نظرية القانون الإداري عامة، كما يعد انتهاء الضامن الحيادي لحقوق وحرية الأفراد وترقيتها وتنميتها متى خرجت الإدارة العمومية عن المشروعية القانونية حال اتخاذ تدابير الضبط الإداري أو سكتت وسكنت عما يجب أن تقوم به.

وفي ذلك يرى عبد الرزاق السنهوري أن "المصلحة العامة" هي الأساس في كل ذلك، وهي الضابط في تحديد ما يدخل في مدلول ومضمون النظام العام، فما يعد من المصلحة العامة دخل في ماهية النظام العام وما لا يعد من المصلحة العامة خرج عن ماهية النظام العام.²⁹

وهو يؤكد على: "عدم إمكان حصر مدلول النظام العام في دائرة دون أخرى، فهو شيء متغير يضيق ويتسع حسب ما يعده الناس في حضارة معينة " مصلحة عامة "، ولا توجد قاعدة ثابتة تحدد " النظام العام " تحديدا مطلقا يتمشى - مع الزمان والمكان، لأن النظام العام شيء نسبي، وكل ما يستطيعه هو أن يضع معيارا مرنا يكون معيار المصلحة العامة، وتطبيق هذا المعيار في حضارة معينة يؤدي الى نتائج غير التي نصل إليها في حضارة أخرى.. فالنظام العام يؤثر في القانون وروابطه، ويجعله يتمشى مع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والخلفية في الجيل والبيئة، وتتسع دائرته أو تضيق تبعا لهذه التطورات، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم، وتبعا لتقدم العلوم الاجتماعية. كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره. فالقاضي يكاد يكون مشرعا في هذه الدائرة المرنة، بل هو مشرع يتقيد بأداب عصره ونظم أمته الأساسية ومصالحها العامة، فمعيار النظام العام هو المصلحة العامة"³⁰.

وفي نفس السياق يؤكد حسن كيرة على ضابط المصلحة العامة كمحدد للنظام العام في تعريفه له، معتبرا اياه:

" مجموع المصالح الأساسية والدعامات التي يقوم عليها بناء الجماعة وكيانها بحيث لا يتصور بقاء هذا الكيان سليما دون استقراره عليها "³¹. وذات الرأي قال به سمير تناغو معتبرا النظام العام يخص مصالح أساسية قد تكون سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية"³².

ولما تكون المصلحة العامة معيارا محدد للنظام العام، فإن القاضي الإداري يكون بداية أمام ضرورة تحديد مضمون المصلحة العامة والكشف عنها في قرار الضبط الإداري وهو في

ذلك يبحث في مفهوم غير محدد في إطار ثابت كما رأينا في الباب الأول من الدراسة عندما تطرقنا للمصلحة العامة ...

ومن جهة ثانية؛ يكون القاضي الإداري أمام تحدي الموازنة بين مصالح متقابلة، المصلحة العمومية التي تتوخاها سلطات الضبط الإداري في اتخاذها لتدابير الضبط الإداري من جهة، ومن جهة ثانية ضرورة حماية حقوق وحرية الأفراد والجماعات.

ففكرة المصلحة العامة كعيار ضابط للنظام العام، لا تقتصر على المسائل المتعلقة بمصالح الدولة العليا فحسب بل تتعداها الى حماية الحياة الاقتصادية والاجتماعية للأفراد والفئات الضعيفة، وبدون شك حماية حقوق وحرية الأفراد الفردية والجماعية.

ثانيا: اجتهاد القاضي الإداري الجزائري في تحديد النظام العام للضبط الإداري:

للاجتهاد القضائي الإداري دور لا ينكر في تحديد مدلول ومضمون النظام العام في عدد من القرارات القضائية الجزائرية، ومن بين ذلك قرار للجنة الإدارية بمجلس قضاء الجزائر بتاريخ: 17-01-1982 والذي قال فيه القاضي الإداري:

"لفظ النظام العام يعني مجموع القواعد اللازمة لحماية السلم الاجتماعي والواجب توافرها كي يستطيع كل ساكن من ممارسة جميع حقوقه الأساسية عبر التراب الوطني في إطار حقوقه المشروعة..."³³

حيث هذا التوصيف القضائي للنظام العام، جاء على لسان وصف بعض الفقه قبل ذلك، معتبرا اياه " السير الحسن للمؤسسات الضرورية للجماعة " ³⁴.

أو هو: " مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تعلق على المصلحة الفردية وتهم الجميع، سواء أدخلت تلك المصالح في المجال السياسي أو الاجتماعي أو الاقتصادي أو الأخلاقي، ولو لم يرد بهذه القواعد نص تشريعي " ³⁵.

ولقد ذكر رشيد خلوفي معلقا على قرار قضائي متعلق بموضوع الحفاظ على النظام العام في قضية السيد عثمان محمد ضد وزير الداخلية والفلاحة، أنه قرار جريء ومفاجئة قانونية سارة كذلك، لما لها من أبعاد قانونية وتأصيلية لفكرة النظام العام في نظرية الضبط الإداري والقانون الإداري عموما، حيث يتجاوز القرار القضائي مجرد الغاء لقرار إداري الى اجتهاد قضائي مبدئي مؤصل لنظرية النظام العام كغاية للضبط الإداري في القانون الإداري ³⁶.

ونظرا لأهمية هذا الاجتهاد القضائي، نورد حيثياته في الآتي:

كان السيد محمد عثمان مالكا لقطعة أرض فلاحية، وقد تم حبسه بتاريخ: 30-05-1964 الى غاية تاريخ: 08-07-1965 بسبب انتماؤه نشاطه بحزب جبهة القوى الاشتراكية وأطلق سراحه دون محاكمة، وفي أثناء حبسه أصدر والي ولاية الجزائر قرارا في تاريخ: 30-05-1964 يضع القطعة الأرضية الفلاحية المملوكة للسيد عثمان محمد تحت الحماية. وبتاريخ: 03-06-1990، رفع السيد محمد عثمان دعوى قضائية يطعن فيها بإلغاء قرار الوالي السابق، المؤرخ بتاريخ: 30-05-1964.

حيث أجابت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بقبول الدعوى شكلا، وإلغاء قرار الوالي. فالقاضي الإداري في هذا القرار عرف مفهوم النظام العام باعتباره: " مفهوم نسبي ويتطور تاريخيا في الزمان والمكان، وأنه من الواضح أن المساس بالنظام العام يقدر بالمعايير السائدة في 1963 ".

وقول: " أنه في قضية الحال، ان الانتماء لحزب سياسي لا يعد مساسا بالنظام العام ..استرجاع الملك يعد حقا وفقا للنظام العام الجديد".

هذا القرار القضائي يحدد مفاهيم قوية ويعلن عن ميلاد " نظام عام جديد "، على أساس دستوري جديد، دستور 1989 متجاوزا دستور 1963، كأنه يقول أن هناك قطيعة بين النظام العام القديم الذي كان سائدا في تطبيق دستور 1963، مع النظام العام الجديد الذي أتى به دستور 1989³⁷.

وفي قرار لمجلس الدولة الجزائري في: 16-09-2003 جاء فيه: "... يستخلص من معطيات الملف أن القرار المراد ابطاله يدخل في صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في إطار أعمال الضبط الإداري المخولة له من أجل المحافظة على النظام العام والأمن العام والصحة العامة بموجب مداولاته"³⁸

حيث الملاحظ أن هذا القرار القضائي، يبين هدف أعمال الضبط الإداري باعتبارها تتعلق بالحفاظ على النظام العام والأمن العام والصحة العامة.

غير أن استعمال القاضي حرف العطف الواو بين النظام العام والأمن والصحة العامة، كأن هناك تقابل بينها واختلاف بين النظام والأمن والصحة. والحال أن النظام العام فقها وقضاء يتشكل من العناصر الثلاثة المعروفة مع العناصر المستحدثة.

رغم ذلك يبقى الاجتهاد القضائي السابق من قبل قضاء الجهات القضائية الادارية المذكور أعلاه، دليلا على تبني القاضي دوره الأساسي في بناء نظرية للنظام العام في مجال الضبط الاداري، وفي نظرية القانون الاداري عموما.

من خلال ما سبق، وأخيرا يصدق القول أن القاضي الإداري قد تكون له أولوية في مواجهة كتلة الضبط الإداري مقارنة بالمشرع، للدواعي والأسباب التي ذكرت في ثنايا هذا البحث.

الخاتمة:

بعد استعراضنا لموضوع الدراسة، والذي كان مهتما بأحد موضوعات القانون الإداري المتعلق بنشاط الإدارة العامة، المتمثل في كتلة الضبط الإداري، ومجموع القواعد القانونية الموضوعية المتعلقة به، حيث كان السؤال البحثي مرتبطا ببناء تلك الكتلة القانونية بين إرادة المشرع وسلطة القاضي؟ وفي دور القاضي الإداري في مواجهة نشاط الضبط الإداري، في ظل العجز التشريعي تجاهه.

تبين وجود تبريرات موضوعية لعجز المشرع في بناء القواعد القانونية المتعلقة بمادة الضبط الإداري، متعلقة بعنصري الحرية والنظام العام. وذلك قد يتماشى وطبيعة القاعدة القانونية الإدارية الغير مقننة في النظرية العامة للقانون الإداري من جهة.

وطبيعة فكري الحرية والنظام العام من جهة ثانية، واللذان يستحيل ضبطها تشريعيًا، وبالتالي يكون لاجتهاد القاضي دور أساسي تأصيلي لضبطها وضبط كتلة الضبط الإداري.

فالنتيجة الأساسية التي يمكن الوصول إليها من خلال هذا البحث؛ هو بقاء الدور الخلاق للقاضي الإداري في بناء القاعدة القانونية الإدارية، وعدم وجود ما يبرر إزاحة مكانة القاضي في التفسير والتأويل والإنشاء متى كانت هناك ضرورة.

والضرورة أؤكد في كتلة الضبط الإداري لاتصالها بمحددات وعناصر غير قانونية بحتة من جهة، وإمكانية تعدي سلطات الضبط الإداري اختصاصاتها الضبطية بما تتمتع به من سلطات قمع، وسلطاتها التقديرية، حيث يكون للقاضي الإداري كسلطة رقابة في مواجهة تقدير الإدارة العامة في تقييدها للحرية، وإمكانية خروجها على هدف وغاية حفظ النظام العام.

فإذا كان للإدارة العامة سلطة التقدير في قراءة كتلة الضبط الإداري، وتأويلها تبعًا لمتطلبات حفظ النظام العام، وحماية الحقوق والحرية من جهة ثانية، غير أنها قد تتحلل من المشروعية القانونية، فيكون للقاضي الإداري دور أساسي في مواجهة شطط الإدارة العامة.

هذا الأخير، هو تطبيقي بالأساس للنص القانوني لكثلة الضبط الإداري، متى كان واضحاً، ومؤسسا له ومدلولات النظام العام وحالات التعدي عن الحقوق والحريات من جهة ثانية، حالة القصور في شأنه.

حيث نقترح، ضرورة الاعتناء بفقهاء الاجتهاد القضاء الإداري عامة، والجزائري على الخصوص، وذلك من خلال الأطر القانونية الناطمة له في مادة الضبط الإداري، على مستوى التأسيس الدستوري والتشريعي من جهة، وعلى مستوى قضاء مجلس الدولة الجزائري. نقترح تعاون مشترك بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية مجسدة في وزارة الداخلية في بناء تصور يخص مادة الضبط الإداري المتعلق بحماية الحقوق والحريات والحفاظ على النظام العام. وذلك بتفعيل دائرة تفكير واقتراح حلول ذات صلة بالموضوع.

التأكيد مرة أخرى على تخصص السادة القضاة في المادة الإدارية، بجوار المواد القانونية الأخرى، لعلمية هذا التوجه وعمليته من جهة، وتبني هذا النموذج التخصصي- على مستوى القضاء المقارن.

الهوامش:

- 1 - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، ط 2، مصر، 2000، ص 22.
- 2 - مراد بدران، حماية الحريات العامة ضد السلطة التنفيذية، مجلة الحقيقة، ع 36، جامعة أدرار، ص 218.
- 3 - مونتسكيو، روح الشرائع، ترجمة زعير، د دن، القاهرة، 1953.
- 4 - عبد الحميد متولي، الحريات العامة نظرات في تطورها وضماناتها ومستقبلها، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص 109.
- 5- Jean Rivero, *Les Libertés publiques*, PUF, Paris, 1973, p 15
- 6 - Horiou H, *Droit constitutionnel et les institutions politiques* éd, 1972, p 170)
- 7 - طعيمة الجرف، نظرية الدولة والأسس العامة للتنظيم السياسي، القاهرة، مكتبة القاهرة الحديثة، 1964، ص 470.
- 8 - ايهاب طارق عبد العظيم، علاقة الفرد بالسلطة في ظل الظروف الاستثنائية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الزقازيق، مصر، 2003، ص 14.

- 9 - مُجَّد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة وحقوق الانسان، الكتاب الأول، ص 63 وما بعدها).
- 10 - عمرو أحمد حسبو، حرية الاجتماع، ص 36. نقلا عن: مُجَّد رحموني، "تنظيم ممارسة حرية التجمع في القانون الجزائري. الجمعيات والأحزاب السياسية نموذجين، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابو بكر بقايد تلمسان، 2014-2015، ص 34.
- 11 - أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مرجع سابق، ص 58 وما بعدها.
- 12 - أحمد فتحي سرور، المرجع نفسه، ص 58 وما بعدها.
- 13 - مُجَّد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة، الكتاب الأول، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2013، ص 167.
- 14 - حمد ماهر أبو العينين، الحقوق والحريات العامة، الكتاب الأول، مرجع سابق، ص 169.
- 15 - مُجَّد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 171.
- 16 - دايم بلقاسم، "النظام العام الوضعي والشرعي وحماية البيئة"، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بقايد تلمسان، 2003/2004، ص 12 وما بعدها.
- 17 - مُجَّد ماهر أبو العينين، المرجع نفسه، ص 42.
- 18 - Gilles Lebreton, *Droit administratif générale, 3 (ème édition 2004, Dalloz, Paris, p 160*
- 19 - سامح مُجَّد كامل، ذاتية القانون الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، 2006، ص 42.
- 20 - مُجَّد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، سنة 1993، ص 411.
- 21 - أنظر: نصر الدين بن طيفور، "الطبيعة القانونية لمجلس الدولة وأثر ذلك على حماية الحقوق والحريات"، مجلة مجلس الدولة، العدد 09، سنة 2009، ص 31.
- 22 - المجلس الدستوري، قرار رقم 1 ق ق مد، مؤرخ في: 20 غشت 1989 يتعلق بقانون الانتخابات.
- 23 - موسى مصطفى شحادة، "المبادئ العامة للقانون المتصلة بفكرة الحرية العامة في أحكام القضاء الاداري"، مجلة الشريعة والقانون، ع 18، يونيو 2003، ص 90.
- 24 - المرجع نفسه.
- 25 - قرار المحكمة الادارية في 29 ديسمبر 1999، شركة الطاردي ضد وزير التجارة والمالية والصحة، قرار غير منشور، أشار اليه: هاجر الغري، "الرقابة القضائية على مقررات الضبط الاداري" تقرير تريض للمحاماة، www.Tribunale.administratif.tn أُطلع عليه في: 15-06-2019، الساعة 00.00 ليلا).
- 26 - (نشرة القضاة، 1988، ع 44، ص 79).

27 - عبد القادر عدو، ضمانات تنفيذ الأحكام الادارية ضد الادارة العامة، دار هومة، ط 02، الجزائر، 2010.

شفيقة بن صاولة، اشكالية تنفيذ الادارة للقرارات القضائية الادارية، دار هومة الجزائر، 2010.

28 - هاجر الغري، الرقابة القضائية على مقررات الضبط الإداري.....

29- السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام، مصادر الالتزام، سنة 1981، دار النهضة العربية، ص 537.

30 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان، د س ن، ص 399-400-401.

31- حسن كيرة، المدخل للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون تاريخ نشر ص 47.

32 - سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون تاريخ نشر، ص 91.

33 - أشارت اليه: وردة مراح، الحسبة ودورها في حفظ النظام العام، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والفقه الوضعي، رسالة ماجستير، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة باتنة، 2004، ص 169.

34 - MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, URSS)*, thèse de doctorat, Paris, Matot-Braine, 1953, p. 69.

35 توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الأول، النظرية العامة للقانون، الدار الجامعية، القاهرة، 1993، ص 79.

سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف الاسكندرية، د ت ن، ص 91.

حسن كيرة، المدخل الى القانون، القانون بوجه عام، النظرية العامة للقاعدة القانونية، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف الاسكندرية، 1993، ص 48-49.

36- Rachid Khaloufi, *La notion dorde public et le contrôle du juge déxcés de povoire, la lettre juridique, année 1994.*

37 - أحمد دخينيسية، مرجع سابق، ص 164.

38 - قرار مجلس الدولة رقم: 11642 المؤرخ في: 16-09-2003، قضية رع ضد بلدية العلمة ومن معها.