

جدلية العلاقة بين السلطات الدستورية في حماية الحقوق والحريات

د. بودة محمد

كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة وهران

ملخص المداخلة :

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

مكانة كل من الحقوق والحريات سواء الدستورية أو العامة في النظام القانوني لا يمكن أن ندرك مراتبها وواقعيتها الا من خلال اجراء مقارنة لمستوى التكفل القانوني والقضائي معا بتوفير الاجراءات الضرورية لتمكين الأفراد من الدفاع عن حقوقهم وحرياتهم بإتاحة آلية الطعن وتنويع قنوات التقاضي سواء الدستوري، الاداري أو أمام القضاء العادي.

لهذا فان رقابة نشاط السلطة العامة تحصل من خلال فتح باب التقاضي في مواجهة تجاوزات السلطة عند المساس بحقوق المرتفقين وحرياتهم لما للطعن من أهمية بالغة، وهذا ما يستدعي الإشارة إلى جوانب هامة منها:

- ضرورة رفع الحواجز في وجه الأفراد المتضررين من عمل الادارة العامة.

- رفع الحواجز التقنية والمالية في حال الطعن بتجاوز السلطة وتسهيل إجراءات الطعن، فلا بد من اصباغه بالبساطة بعيدا عن التعقيد، والمجانبة بتخفيض حقوق التسجيل.

أما عن السلطة التي يكون من حقها مراقبة التجاوزات تكون في نفس الوقت ضمن واجبات القاضي، بما أنها سلطة تفصل في خلاف، كما أنها هيئة أسمى لها دراية بالحقوق المنصوص عليها قانونا وتسعى إلى تصحيح خطأ أو تقرير عدم شرعية وتعسف حاصل، فان لم تكن هناك رقابة إدارية، فليتدخل القضاء العادي حتى لا يبقى النشاط بدون رقابة.

ضمن جدلية العلاقة بين السلطات الثلاث والهيئات ذات الطابع القضائي التي قد تكون فعاليتها الرقابية محدودة عند افتقادها للميكانزمات العملية، كما أن نفس الهيئات ذات الطابع السياسي على نحو المجلس الدستوري قد تفتقر للخصائص القضائية وتعجز عن تأمين الحماية الكافية لحقوق الأفراد وحرياتهم المنصوص عليها في الدستور بالنظر إلى محدودية صلاحياتها الممنوحة لها وطريقة تعيين أعضائها والتنظيم المركزي للدولة.

تمهيد

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

فالدراسة تقتضي البحث عن الضمانات المقررة قانونا ووسائل حمايتها معياريا وإجرائيا، وقبل ذلك ضرورة التمييز بين مواضيع الحقوق الفردية والجماعية والتي تؤدي الى تباين القيمة القانونية ودرجة الحماية كذلك بين تلك الأساسية والعامة.

كما أن مكانة الحقوق والحريات ومساحتها في الحياة القانونية لا يمكن أن ندركها الا بوضع ميادين اختصاص واضحة وضوابط محدّدة بين كل من مجالي التشريع والتنظيم وضرورة وضع آليات حامية للسلطة المختصة بتكريس الحقوق والحريات المنصوص عليها.

لكن هذه الضمانات لزلت ناقصة وان تعلق الأمر بمواضيع حقوقية ذات طبيعة دستورية لأنها لم تصل الى المستوى الذي يجعلها في مأمن من التجاوز والاعتداء.

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

بذلك فان أحسن حماية للحقوق اضافة الى الميكنزمات الدستورية التي سيأتي التفصيل فيها تكمن في تمكين السلطة القضائية من الوسائل الضرورية في مواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية ومن ورائها الادارة العامة بالسهر على التطبيق الصحيح للقواعد التشريعية.

لهذا نجد بأن المشرع الدستوري استعمل تعبير القانون بمعناه العام 99 مرة وأظهر من خلاله حماية الحقوق والحريات، لأنه غالبا ما نصطدم بالعبارة التالية: "تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون". أما التشريع فقد ذكر فقط 15 مرة بالإشارة الى السلطة التشريعية والانتخابات التشريعية فحسب دون ذكر للمعنى الذي يقصد الشرعية، كما تناولته المادة 162 دون غيرها من نفس الدستور.

حتى المبدأ الشهير تم تحويره: وفق ما جاء في المادة 60 : لا يعذر بجهل القانون.

ومبدأ الشرعية لم تذكر الا بشكل عابر 04 مرات بالمقدمة وفي المادتين 140 و 142.

فكيف لنا اجراء المطابقة بين التنفيذي والدستوري وقد محونا قاعدة التدرج القيمي للقواعد وأسلمنا عملية الرقابة لنفس الهيئة حتى وان افتقرت بدورها للاختصاص القانوني بعيدا عن المعايير السياسية ؟ أما الحقوق فقد أتى ذكرها 16 مرة والحريات أشير لها فقط في 09 مواضع من الدستور، أما عدد المرات التي تلازمت فيها الحقوق والحريات مرتين فقط.

الارتباط بذلك جدّ وطيد بين كل من الحق، الحرية، القواعد القانونية، اجراءات الممارسة، الضمانات المقررة وموقف السلطة القضائية في تكريس ما نصّ عليه المشرع من حقوق للأفراد.

بل أن مفهوم الحرية أمكن تطبيقه في النظم القانونية المقارنة حتى على الأشخاص القانونية العامة من ذلك مبدأ حرية الادارة.

Principe de libre administration

فمن منطلق قاعدة الإدارة الحرة المعترف بها دستوريا، تمّ الانتقال الى فكرة مجتمع المواطنين المشكلين للجماعات المحلية:

La société des citoyens

اجتهاد يتوافق مع ما وصل اليه مجلس الدولة في نفس الموضوع، انتهى الى محور التمييز الذي أقرته المادة المحددة للاختصاص التشريعي دستوريا، وهذا بين "القواعد والمبادئ"، وساهم في وضع الإدارة الحرة في مأمن من محاولات التحديد الصادرة عن السلطة التنظيمية الوطنية.

وبعد ائاحة الحرية للإدارة وتخليصها من هيمنة السلطة التنظيمية الوطنية، المجلس الدستوري سعى الى تخليص الجماعة المحلية في مرحلة ثانية لحمايتها من تعدي السلطة التشريعية. تكريس الضمانات كان من نتائج الانتقال من "حرية الوجود الى "حرية التصرف".

De la liberté d'être à la liberté d'agir

وهذا ما مكّن الجماعة المحلية من قدرة حقيقية لتسيير شئونها بإتاحة مجال واسع من الاختصاصات وامكانيات مالية وقانونية كافية.

لذلك يتطلب تكريس الحقوق والحريات توفير وسائل وأدوات عملية لأصحاب الحقوق وللمنقاضين في الطعن وقدرة للسلطة القضائية بالتصدي للطعون المرفوعة أمامها دفاعا عن الشرعية.

لهذا نسعى بعد تعريف الحقوق والحريات وتحديد الفرق بينهما الى طرح نماذج منها ومدى تكريسها في الحياة العملية بالاستعانة بالميكانيزمات القانونية والقضائية وان كان في النظم المقارنة، وهذا من خلال التساؤل بدهاء عن المقصود بالحقوق والحريات الأساسية والعامّة؟

أولا: المقصود بالحقوق والحريات:

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

أما ان بحثنا في لفظ الحرية نجد القصد منها التخلص من القيد الذي يحول دون التمكن من ممارسة الحق لأن الحرية نقيض العبودية. كما يقصد به القدرة على التصرف من عدمه بمقتضى النصوص التي تحمي الفرد دون المساس بالغير أو النظام العام، كما أنها عبارة تتضمن حالة الشخص الذي لا يكون موضع ازعاج في نشاطه الفكري أو المادي بانشغالات أو بعوارض أي كانت تحول دون مباشرة فعله الارادي.

أما الحقوق والحريات الأساسية فهي تلك المحمية دستوريا أو دوليا والتي ترتبط بدولة القانون وتستمد من حقوق الجيل الأول والثاني الى الثالث أي من الحقوق المرتبطة بالحرية.

Les Droits –libertés

اشكالية الحقوق المرتبطة بالحرريات الأساسية تتواجد على المستوى الدستوري ولها بعدين لأنها أداة حماية مدعمة من جهة لصالح الفرد ومن جهة ثانية أداة اكرامية في مواجهة الدولة وتقييد لصلاحيات السلطات المؤسسة بفتح السين المعنبرة والتي لا يمكنها تجاوز الضوابط الدستورية.

فئة تندرج ضمن حقوق الجيل الأول الكلاسيكية وتختلف عن باقي الحقوق في ضرورة امتناع من الدولة عن التدخل لتكريس فئة من الحقوق من مثل الحق في الحياة، الملكية، المساواة.
في حين الحقوق التشاركية أو ما يصطلح عليها ب:

Les Droits–participations

تقتضي تدخل الدولة وتحركها لتفعيل الحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية مثل تكريس الحق في التعليم والعلاج عن طريق بناء المدارس والمستشفيات.
في حين يقصد بحقوق الجيل الثالث أو التضامنية المرتبطة بالحق في البيئة والسلم وتعتبر أكثر عن أمني مستقبلية في السعي الى الرفاه الاجتماعي والانساني.

Les Droits –solidarités

أما الحرريات العامة تكون محمية من التشريع العادي وتعتبر عن الدولة الشرعية في ظل النظام الاداري.
أ- مميزات الحقوق والحرريات الأساسية :

القواعد التي تتجاوز المستوى التشريعي والتي تحمي الحرريات الأساسية تنتج أثارا في العلاقات الأفقية بين الهيئات والأفراد، كما يمكن اثارها من الأشخاص المعنوية العامة والخاصة.

أما الحرريات العامة لا تكون مضمونة الا في العلاقات العمودية بين السلطات العامة والأفراد.

أغلب الحرريات العامة اليوم في ظل تصاعد ظاهرة الدسترة أصبحت حريات أساسية، وكل منهما تتميز

عن الأخرى في المسائل التالية:

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

- الحرريات الأساسية تتطلب تدخل القاضي الدستوري والدولي أما الحرريات العامة تتطلب تدخل القاضي الاداري والعادي في مواجهة تصرفات السلطة الادارية بالارتكاز على التشريع والمبادئ العامة للقانون.

ب- مجال الحقوق والحرريات وحدود السلطة التنفيذية تقليديا :

في جدلية العلاقة بين السلطة التنفيذية وقضاء مجلس الدولة في حماية الحقوق والحرريات العامة يستوجب الإشارة الى ضرورة تقييد سلطة التنفيذ في المسائل الحقوقية بضوابط قانونية. وعند مناقشة موضوع هذه الضوابط أمكن طرح التساؤل التالي:

هل هنالك إمكانية أن تفرض الأحكام التي تتجاوز مجرد تتميم التشريع وتنفيذه أحكام مستجدة والتزامات

أخرى غير تلك المتواجدة في التشريع نفسه في مواجهة المواطنين ؟

النظرية التي كانت سائدة بحسب ما طرحه الأستاذ ك. "ديمالبارغ" عند غالبية الكتاب تتفق في القول بأن

السلطة التنظيمية تتضمن بعض التقييدات منها:

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

2-الضريبة لا يمكن أن تنشأ بتنظيم، وهي قاعدة عامة في القانون العام منذ وثيقة الميثاق الأعظم الإنجليزي ثم الثورة الفرنسية، وقد نص المشرع في الفقرة الثالثة من المادة 64 من الدستور "لا يجوز أن تُحدث أية ضريبة إلا بمقتضى القانون". في حين أن المشرع الفرنسي يختتم سنوياً نص قانون المالية بمادة عبارتها تنص: "أي ضريبة أو رسم لا يتم فرضهما إلا بتشريع".

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

4- بشكل بديهي السلطة التنظيمية لا يمكن ممارستها في مواضيع يفرض فيها الدستور تدخل السلطة التشريعية، أو تلك التي خصصت صراحة للسلطة التشريعية من المصدر نفسه، أو من تلك التي هي محل تشريع، بمعنى التقيّد بالاختصاص التخصصي ورفض التخلي عن ممارسته، كما أكد ذلك المجلس الدستوري الفرنسي في قراراته وأسماء بالاختصاص السلبي¹.

وكما ذكر كل من الأستاذة "بارتلمي ودياز" فإن هناك قيود ناتجة عن التقليد لا يكون فيها للتنظيم القوة القانونية الكافية التي للتشريع تخص عموماً كل المسائل المرتبطة بشكل مباشر أو غير مباشر بالالتزامات المفروضة على المواطنين دون صلة تعاقدية ويقصد بذلك أن بعض القواعد التشريعية بالنظر لأهميتها وارتباطها بمسائل حقوقية وضع عليها المشرع الأساسي قيوداً حمائية للأفراد، كما جاء في قرار "بابان"². نتيجة ذلك يتبين التركيز على فكرتين فاعلتين وأساسيتين :

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

-خضوع أحكام التنظيم لرقابة قضائية فاعلة عكس التشريع، القيد القائم في مواجهة التنظيم لم يترك فيه التقدير الحر والسيد للسلطة التنظيمية تحت الرقابة السياسية للبرلمان³.

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

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

² Barthélemy. Joseph,Duez. Paul :Traité de droit constitutionnel, éd Panthéon,2004op.cit,p774 et s.

³ بودة محمد :سلطة الوزير الأول التنظيمية، دراسة قانونية مقارنة، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد بن أحمد 2، سنة 2014، ص350 وما يليها.

Ne vaudra pas déjuger.

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

1- طريق الدعوى بتجاوز السلطة لإلغاء التنظيم غير الشرعي، ميدانه واسع لأن كل تنظيم قابل للطعن ومحل رقابة من قاضي مستقل ومحايد ضد التعسف الإداري.

2- بطريق الدفع بعدم الشرعية، يقوم الطاعن بإثارة تنظيم أمام القاضي ويطلب منه رفض تطبيقه على النزاع المطروح بدعوى أن التنظيم غير شرعي. لكن قاعدة الفصل بين السلطات تضع حدا لصلاحيات القاضي العادي، وإذا ما كان القاضي الإداري مختص لتقدير شرعية التنظيم فان المحاكم العادية ليس بإمكانها إلا فيما يتعلق بتنظيمات الضبط، أما التنظيمات الأخرى فان القاضي العادي ملزم بإحالة فحص الشرعية أمام القضاء الإداري بألية أولية النظر، يكون له اختصاص تفسير التنظيم دون البث في عدم شرعيته، كما ورد في قرار "سات فون" الصادر عن محكمة التنازع.¹

فالسلطة التنظيمية تعدّ أداة لهيمنة السلطة التنفيذية على مجال التشريع، وبالتالي التقليل من مجال الإرادة العامة لوجود إنتاج تنظيمي نتج عنه تضيق من مجال الحقوق والحريات الفردية، فهي سلطة لا يمكنها أن تتدخل في المجال الحقوقي الا بشكل تكميلي.

فمن فوائد التمييز بين ميداني كل من التشريع والتنفيذ حسب الاتجاه الفقهي المذكور وعلى رأسه الأستاذ "ديمالبارغ، نجدها بإظهار اختلافات أساسية في ثلاثة مسائل:

المسألة الأولى: ان كان لهما نفس الموضوع، فانه ليس لهما نفس قوة الأثر، فالتشريع يتميز بأنه نظامي "ستاتيتار"، بمعنى يتضمن قواعد ذات مصدر أسمى، يفرض نفسه على كل هيئات الدولة غير المشرع. والتنظيم الذي يجد مصدره في السلطة التنفيذية ليس له هذه القيمة النظامية أو الأساسية لأنه لا يعد إلا مصدر قانوني أدنى، ليس بإمكانه أن يفرض نفسه في مواجهة المشرع، لأن البديهي اعتبار القانون التأسيسي يهيمن ويلغي القانون الذي هو مجرد تنظيمي.

المسألة الثانية: التنظيم ليس له نفس قوة المبادرة وحرية التصرف، كما هو شأن التشريع. التنظيم كحال كل تصرف إداري يعد تصرف ثانوي، مبدئيا وبالنظر لتعريفه لا يستطيع أن يتدخل إلا تنفيذا لتشريع. فالتنظيم لا يستطيع التنافي مع التشريع أو الفصل في مسألة هي من اختصاص هذا الأخير.

المسألة الثالثة: التنظيم خلاف التشريع يكون محل طعن كباقي التصرفات الإدارية، بما يجعله تحت طائلة رقابة الشرعية بطريق قضائي. فحص تقيده حدود التشريع الذي يسعى إلى تنفيذه.²

¹ Barthélemy.J,Duez.P :Idem, p774 et s.

² Carre-Demalberg.R: Ibid,p564 a 574.

أما عن دواعي التمييز بين التشريع والتنظيم، فقد جاء على لسان الأستاذ "أمون.ل"، بأن التحديد المادي والإلزامي المكّرس دستوريا بين ميداني كل من التشريع والتنظيم، قد يلقي إشكالات في التطبيق، ان لم تتواجد الأليات المناسبة لطرح الحلول.

فكما ذكر مقرر مجلس الجمهورية "هوريو.ا" في جلسة 12-08-1958 بأن ميدان الحريات الفردية يبقى في كل الأحوال بعيدا عن تدخل الإدارة، وأن المراسيم الواردة في الميادين الجديدة بالإمكان أن تكون موضوع طعن بتجاوز السلطة.

إضافة إلى إمكان تعديلها في أي وقت من المشرع، البرلمان بذلك يخصّص بدون تأخر حق العودة إلى الحدّ الذي وضعه بنفسه.

ج- الحقوق والحريات الاساسية في الدستور الجزائري:

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

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

1- الحق في المساواة:

نص المشرع الجزائري في الفصل الرابع من الباب الأول من الدستور على جملة حقوق وحريات دستورية، منها ما جاء في نص المادة 29 منه: "كل المواطنين سواسية أمام القانون". ولا يمكن أن يُتدرّع بأي تمييز يعود سببه إلى المولد، أو العرق، أو الجنس، أو الرأي، أو أي شرط أو ظرف شخصي أو اجتماعي.

على نفس المنوال وردت المادة 51 من نفس الدستور: "يتساوى جميع المواطنين في تقلد المهام والوظائف في الدولة دون أية شروط أخرى غير الشروط التي يحددها القانون".

لكنها قواعد قد يصعب تطبيقها بفعل النصوص والارادة التشريعية نفسها، لأنه ان كان تجسيد الحق يقتضي بالضرورة طرح اجراءات عملية لتكريس ما تم النص عليه قانونا، لكن في الاتجاه الصحيح وليس لترسيخ التفاوت وهذا ما شهدته المادة 31 مكرر، المدرجة بالتعديل الدستوري 08-19 الصادر بتاريخ 15-11-2008، دون المادة الأصلية 31.

تضمنت المادة التزام الدولة بالعمل على ترقية الحقوق السياسية للمرأة بتوسيع نصيب تمثيلها في المجالس المنتخبة". ومن ضرورة اصدار قانون عضوي يحدّد كفاءات تطبيقها.

بقراءة مضمون المادة 31 مكرّر نجدها في تناقض مع ما طرحته نصوص أخرى سابقة ولاحقة والتي نصت بدورها بأنه لا يمكن أن يتدرّع بأي تمييز يعود سببه الى المولد، او العرق، او الجنس أو أي شرط أو ظرف آخر شخصي أو اجتماعي.

2- الحق في التعليم :

التمكن من الحق في التعليم يتكرس أكثر من منطلق مبدأ المساواة، واحدى المرجعيات الأساسية في تكريس هذا الحق تستند على المادة 53 :

"الحق في التعليم مضمون.

التعليم مجاني حسب الشروط التي يحددها القانون.

التعليم الأساسي إجباري.

تنظم الدولة المنظومة التعليمية.

تسهر الدولة على التساوي في الالتحاق بالتعليم، والتكوين المهني".

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

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

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

والحق الآخر يتقرّر في انشاء الأحزاب السياسية المعترف بهما دستوريا وفق المادة 42 والعوارض التنفيذية التي تحول دون ذلك برفض منح الاعتماد ضمن الأفق الممدّد الى حدّ افراغ الحق من مضمونه في سياق استعمال السلطة الادارية لاختصاصاتها التقديرية الموسّعة بإثارة التذرع بالحدّ من هذا الحق بمبرر ضرب الحريات الأساسية، والقيم والمكونات الأساسية للهوية الوطنية، والوحدة الوطنية، وأمن التراب الوطني وسلامته، واستقلال البلاد، وسيادة الشعب، وكذا الطابع الديمقراطي والجمهوري للدولة. وفي ظل احترام أحكام هذا الدستور، لا يجوز تأسيس الأحزاب السياسية على أساس ديني أو لغوي أو عرقي أو جنسي أو مهني أو جهوي. ولا يجوز للأحزاب السياسية اللجوء إلى الدعاية الحزبية التي تقوم على العناصر المبيّنة في الفقرة السابقة.

يُحظر على الأحزاب السياسية كل شكل من أشكال التبعية للمصالح أو الجهات الأجنبية.

لا يجوز أن يلجأ أي حزب سياسي إلى استعمال العنف أو الإكراه مهما كانت طبيعتهما أو شكلهما.

تحدد التزامات وواجبات أخرى بموجب قانون قد يأخذ شكلا تنظيميا.

3- الحق في الملكية :

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

حماية لهذا الحق وتكريسا له أقر القضاء بأن الاعتداء على الملكية يشكل اغتصاب غير نظامي عندما
تقوم الإدارة دون سند قانوني صحيح بسلب مواطن ملكية عقارية خاصة. وليتحقق هذا لا بد من توافر جملة
شروط مجتمعة:

- حدوث سلب حقيقي جزئي أو مؤقت يمس ملكية عقارية بطريقة غير نظامية، بمعنى دون سند شرعي
مثلا عند صدور قرار بنزع ملكية. نتيجة ذلك يكون القاضي العادي المختص لإصلاح جملة الأضرار الناشئة
عن السلب. بهذا الإدارة عندما تكون خارج القانون فإنها تفقد مزية القاضي الإداري.

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

Une voie de fait et non de droit.

ثانيا : الضمانات القانونية والقضائية الحمائية في مواجهة السلطة التنفيذية :

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

أ- ضمانات الحقوق والحريات الدستورية والحمائية :

ضمانات تكريس الحقوق تنقرر بمقتضى ما ورد في مواد الدستور الجزائري التالية: المادة 122 : "يشرع
البرلمان في الميادين التي يخصصها له الدستور، وكذلك في المجالات الآتية:

1- حقوق الأشخاص وواجباتهم الأساسية، لا سيما نظام الحريات العمومية، وحماية الحريات الفردية،
وواجبات المواطنين. كما نصت المادة 139 : " تحمي السلطة القضائية المجتمع والحريات، وتضمن للجميع
ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية". ونصت المادة 176 : إذا إرتأى المجلس الدستوري أن مشروع أي
تعديل دستوري لا يمس البتة المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري، وحقوق الإنسان والمواطن وحريتهما،
ولا يمس بأي كيفية التوازنات الأساسية للسلطات والمؤسسات الدستورية، وعلل رأيه، أمكن رئيس الجمهورية أن
يصدر القانون الذي يتضمن التعديل الدستوري مباشرة دون أن يعرضه على الاستفتاء الشعبي، متى أحرز ثلاثة
أرباع (4/3) أصوات أعضاء غرفتي البرلمان. أو بحسب نص المادة 178: "لا يمكن أي تعديل دستوري أن
يمس: 5- الحريات الأساسية وحقوق الإنسان والمواطن".

ب- ضمانات الحقوق الأساسية في القانون الدستوري المقارن :

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

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

هي عبارة عن شروط تواجد الحقوق مع مجموعة أليات، من ذلك أن الحقوق الأساسية تتمتع بضمانات عامة تضمنها العدالة الدستورية من خلال الرقابة القضائية على التشريع التي يجريها المجلس الدستوري سواء من خلال الرقابة المجردة سواء مسبقاً أو لاحقة، أو من خلال الرقابة المجسدة بعد احالة من القاضي العادي.

1- قابلية التطبيق المباشر للقواعد الدستورية المرتبطة بالحقوق الأساسية :

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

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

.Ce, Picard: 09-07-1997

كما سعى الى تطبيق مباشر اعلان حقوق الانسان والمواطن في قضية الحجاب :27-11-1989، بمقتضى رأيه الاستشاري¹.

على نفس منوال التطور المسجل في القانون الفرنسي عند اقرار مبدأ المساواة في دعم موقف ارساء الحق في التعليم للطفل المعاق فانه قد تمّ اللجوء الى تحقيق نفس الهدف لكن بمبدأ مخالف قائم على أساس دسترة مبدأ التمييز الايجابي وقد تحقق ذلك في توجهات قرارات المجلس الدستوري الفرنسي، كما كان نفس شأن المشرع الذي سار على خطاه من ذلك صدور تشريع 11 فبراير 2005، والذي أحدث تغيير مهم بحيث توجب تمكين الطفل المعاق كمبدأ عام من تعليم في بيئة عادية في المستوى الابتدائي والثانوي وحتى المستوى العالي، واستثناء توجيهه نحو المراكز المتخصصة، وهذا ما يعطي لأسر المعاقين ضمانات مؤسساتية. تعليم الطفل المعاق في الوسط العادي لم يعد يفهم منه أنه مبدأ ذو قيمة رمزية ولكن باعتباره حق ذو قيمة تنازعية وقابل للاعتراض "un véritable droit opposable".

لهذا لم يعد بإمكان الدولة الاختباء خلف نقص الامكانيات المالية أو تقصير الهيئات العامة أو الخاصة،

بحسب ما جاء في قرار مجلس الاستئناف الاداري بباريس:

¹ Louis Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Jean- Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux, Guy Scoffoni :Droit constitutionnel, Dalloz, 3éd, 2000, p 890 et s.

CAA Paris, 11 juillet 2007.

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

- تمكين الطفل المعاق من مساعد تربوي يعينه في حياته الدراسية "AVS".
- قيام نظام من المساعدات للتخفيف من الأعباء التعليمية للطفل المعاق تسمى بـ"الاعانة التعليمية للطفل المعاق" والتي تمنح لأولياء المعاقين :

Une allocation d'éducation de l'enfant handicapé (AEEH).

هذه الاعانة تتباين بحسب حجم الإعاقة وتندرج ضمن الاعتراف المؤسساتي بالإعاقة، والأعباء الأخرى يتم تحملها من آليات تعويض الإعاقة.

فالتعويض عن الإعاقة مقرر كحق أساسي معترف به لكل شخص معاق حسب نص المادة 56 من تشريع 18-01-2002 المرتبط بعملية "التحديث الاجتماعي"

هذا في الجانب التشريعي أما في الجانب الآخر فقد ساهم الاجتهاد القضائي الفرنسي بدوره في تكريس هذا الحق ومن أهم الاجتهادات القضائية الصادرة بالخصوص عن القضاء الاداري نجد القرارات التالية:

- قرار "Guillaumette. Laruelle"، بتاريخ : 08-04-2009.
- قضية وزير التربية ضد السيد والسيدة "ب"، عن قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2010.

ب-2- الطبيعة القضائية للحقوق والحريات الأساسية:

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

Des Droits justiciables

فالحقوق الأساسية قد تكون شخصية بضمانات موضوعية، لهذا استقر القضاء الألماني في بنائه على أن هذه الحقوق موجهة لحماية مصالح فردية قابلة للطعن فيها أمام القضاء العادي للدفاع عن حقوق دستورية عند غياب تلك السلطة أمام القضاء الدستوري بسبب الاخطار المؤسساتي. فهي حقوق أساسية معبرة عن مطالب شخصية ومتضمنة عناصر موضوعية في النظام القانوني، كما جاء في قرار "لوث" بتاريخ 15-01-1998. بذلك فان الحق الشخصي لحرية الصحافة مثلاً يفترض ضمانة موضوعية لإقرار صحافة حرة.

3- التحفظ التشريعي :

La réserve de la loi

تحفظ السلطة التشريعية دستورياً بميدان مخصص ومحمي لا يمكن تجاهل مضمونه، وهذا بإعطاء التشريع وضع الآليات التنفيذية دون السماح بتفويض هذه السلطة. لقد ورد مفهوم تحفظ القانون في بعض التشريعات دون أخرى، فان كانت مسألة مستحدثة في النظام الفرنسي الا أن النظم المقارنة على اطلاع بذلك ونقصد بها النظام الاسباني، الألماني والإيطالي.

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

تحفظ القانون أو التحفظ الدستوري لاختصاص المشرع يمنع كل تفويض أو احوالة موسعة لاختصاص المشرع الرئيسي الى السلطة التنظيمية أو ما يسمى ب"عدم الاختصاص السلبي"، المثال البارز في هذا الجانب يخص المجال الجزائي لحماية حريات الأفراد نجد مبدأ الشرعية الجزائية: "لا جريمة ولا عقوبة الا بنص تشريعي صادر قبل حدوث الفعل ومطبق بشكل شرعي"¹.

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

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

5-الطابع الاستثنائي والمشروط لإلغاء الضمانات²:

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

ولقد نظمت العديد من النظم والدساتير بشكل دقيق حالات المساس بالحقوق الأساسية بالأخص منها الحقوق المرتبطة بالحريات عند الأزمة الخطيرة وعلان حالة الاستثناء. النظم مثل ايطاليا وألمانيا واسبانيا وان عرفت حالات ارباب فقد جابهته بوسائل مناسبة دون الاضطرار الى اعلان حالات الاستثناء برغم النص عليها في الدستور.

أما الدستور الفرنسي فقد طرح مادتين الأولى هي 16، تخص حالة الاستثناء وقد استعملت مرة واحدة بعد محاولة الانقلاب سنة 1961، أما الثانية في المادة 36 وتخص حالة الحصار التي لم يتم تفعيلها. مع ذلك

¹ Tremeau Jérôme: La réserve de la loi, compétence législatif et la constitution, Thèse de Doctorat, Economica pu.aix.Marseille, pp 24 et 248.

² من ذلك حالة الحصار والتي يترتب عنها النتائج التالية :

-تولي الهيئة العسكرية سلطات الضبط بدلا عن الهيئات المدنية.

-اتساع صلاحيات السلطة العسكرية التي تصبح غير مألوفة بالنفثيش ليلا ونهارا، وضع الأشخاص بالإقامة الجبرية، منع الاجتماعات وحجز المنشورات.

-محاكمة المدنيين أمام المحاكم العسكرية التي تتسع صلاحياتها.

حالة الطوارئ : وهي حالة تخص جزء أو كل اقليم الدولة عند حدوث تهديد خطير يمس السير العادي للنظام العام يقتضي اتخاذ سلطات خاصة ممارسة من الهيئات المدنية من مثل : منع الإقامة ببعض المناطق، منع الاجتماع والنشر واجراء الحجز الاداري لكل شخص يشتبه في تهديده للنظام العام.

ممارسة هذه السلطات تتم على حساب حقوق وحريات الأفراد بممارسة الاعتقال والتعذيب والاختفاء القسري للأشخاص.

عند هذا الوضع يكتفي القاضي الاداري بملاحظة اتساع سلطات الضبط ويضفي الشرعية على الاجراءات المتخذة استنادا على الضرف الاستثنائي. لم يستطع القاضي في غالب الأحيان القيام الا بمراقبة متراجعة وغير فعالة، وكما ذكر الأستاذ "أوشاك.د": "يظهر القاضي بمناسبة هذه الظروف ليس كمراتب للسلطة التنفيذية بل كمتعاون معها بتسوية اجراءاتها التي تتجاوز بها الحريات." عن أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الادارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2009، ص419.

ورغم خطورة الأوضاع فان ضمانات الحقوق الأساسية تبقى قائمة ومضمونة وقد تصدى مجلس الدولة في قرار "كنال" 19-10-1962 بإلغاء أمره رئيس الجمهورية حول التفويض الممنوح باستفتاء.

6- تهيئة اجراء مراجعة الدستور:

اجراء تعديل الدستور يجب أن يهيئ بشكل خاص لتوفير أحسن الضمانات للحريات وأحيانا لجعلها ثابتة وفي مأمّن من كل تعديل أو تشويه عند اصدار نصوص قانونية أو تدابير تنفيذية¹.

ج- الضمانات الاجرائية في مواجهة تجاوزات السلطة التنفيذية:

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

ان إنكار الطعن القضائي ضد أعمال السلطة التنفيذية الأساسية وعلى رأسها التنظيم بمثابة إنكار للعدالة، وكما جاء على لسان الأستاذ "قالين.ج" في مقدمة أطروحة الأستاذ "فافورول" تعريف إنكار العدالة طرح باعتباره: "رفض شيء مستحق، رفضا ظالما".

وصف غير كاف في تعريف الظلم أو سوء القضاء، بل أكثر من ذلك قد يعدّ أنه حكم بسوء نية أو عجز عن اتخاذ القرار أو رفض القاضي الحكم في المسألة.

ويكون من جهة أخرى، إنكار للعدالة حينما لا يجد المتقاضي هيئة قضائية تقبل الفصل في قضيته. مع العلم أن الرفض المذكور لا يرتبط بفوات أجال أو غياب مصلحة أو عذر يخص تصرفات قانونية أو أعمال سيادية واضحة أو لوجود تعقيدات إجرائية تحول دون ذلك.

كما يحصل الإنكار حينما يرفض القاضي الفصل أو يفصل لكن بعدم القبول حتى قبل البث في الموضوع. ان الإنكار فكرة موضوعية وليست شخصية، لا يتعلق الأمر بالضرورة على الأقل بتوجيه اللوم للقاضي على موقف خاطئ أو غير صحيح، بل أن السبب قد يعود إلى خلل في التنظيم القضائي، أو وجود طريقة تشريعية سيئة في توزيع الاختصاصات بين مختلف الهيئات تترك فجوات يصعب تغطيتها.

البحث الجيد عن فكرة إنكار العدالة يكشف أنها تعيش في شبه سرية وعلى هامش التشريعات، حالة لا يتم التصدي لها إلا بإدانتها ووصفها بالجريمة، لأن بقائها فيه إهانة للقانون، وضع لا يعفى منه رجل القانون ولا يخضع له في مجتمع يرغب في سيادة القانون.

واجب الدولة أن لا تضع المعوّقات وأن لا تستثنى نفسها من التدخل السريع لرفعها بوضع تنظيم محكم لمرفق العدالة تجنباً للثغرات في الاختصاصات التنزعية، وتجنباً كذلك لإفلاس القضاء.

أما في الحالة التي ترفض فيها هيئة قضائية الحكم في قضية مدرجة أمامها بشكل نظامي في الأجال المقررة ويتوافر باقي الشروط من صفة ومصلحة، عندها يتم استبعاد عبارات استعمالها مجلس الدولة في تبرير إدانته للمرفق العام، بحسب قرار:

¹ Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires :Premier Ministre, conseil d'état, 2édition,mise ajour 2007,la documentation française, p32.

في سرده ذكر المجلس بأن إنكار العدالة يعبر عن تنظيم سيئ للمرفق، حتى ولو لم يسجل أدنى خطأ محدد، فإن هذا التنظيم أو السير المعيب قد يكون أساسا كافيا لقيام مسؤولية الدولة.

لكن من سخرية الأشياء أن يحدث ادراج قبول المسؤولية في الوسط القانوني، بل وتكريسها في النصوص، إلا أننا قد نجد عدم تجاوب القضاء، بما قد يشكل في حد ذاته إنكار إضافي للعدالة.

الدولة يقع على عاتقها الزام سياسي في إقرار العدالة وتكريسها عمليا، لأن ذلك أحد أسباب وجودها، كما أنها من المحاسن التي تؤسس لفكرة المواطنة.

ولأنه في المقابل كذلك حدوث نتيجة بأثر خطير يكون في رفض الدولة تكريس العدالة، القبول بتأييد الظلم في مواجهة حقوق الأفراد وحررياتهم وتتصل مخالفيها وممثليها عن تصرفاتهم ببقائها دون جزاء، قد ينتج عنه التهوين من القانون الذي تضعه بنفسها¹.

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

أما في اسبانيا يوجد اجراء "المبارو" ضد تصرفات ادارية وقضائية، وهذا بإتاحة امكانية الفرد الطعن بعدم الدستورية لتضرره مباشرة من تنظيم ينتهي إلى الغائه. والإلغاء يتم النطق به من القاضي الدستوري، شرط أن يتعلق الموضوع بمساس بحق أساسي، وهو ما يحد بعض الشيء من ميدان رقابة الشرعية أو الدستورية².

إجراء مفتوح أمام الأفراد يسمح بمنازعة كل تصرف صادر عن السلطات العمومية دونما تضيق.

هذه الآلية عبارة عن إجراء حمائي تدرج ضمن اختصاصات المحكمة الدستورية والتي تهدف في أهمها الى حماية الحقوق الأساسية للأفراد المصنفة من الدرجة الأولى من المواد 14 إلى 30 من الدستور، بعد إخطار من الأشخاص القانونية سواء طبيعية أو معنوية للقانون العام أو الخاص، المتضررة من تصرف صادر عن السلطات العمومية، سواء إدارية أو قضائية، بل يندرج ضمنها حتى التصرف البرلماني الذي يخلو من الطابع التشريعي. تصرفات تكون قابلة للطعن فيها أمام المحكمة الدستورية، عقب الطعن المرفوع أمام القاضي العادي ان لم يكن منصفا³.

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

¹ Favoreu.L :Du Déni de justice en Droit public français, LGDJ, 1964,p02 et s.

² Ziller. Jacques : Le contrôle du pouvoir réglementaire en Europe, AJDA n09,20 septembre1999, p640.

³ Bon.Pierre: La question d'inconstitutionnalité en Espagne, Revue Pouvoirs,137,2011,p123.

Le défenseur du peuple, Ombudsman en Espagne ou Le Provedor de justice au Portugal.

1- رقابة المجلس الدستوري :

القاضي الدستوري يكون المختص بشكل فيه الكثير من المآخذ بالرقابة على دستورية التشريع دونما اشكال والذي قد يثور باستعراض نص المادة 165 التي تشير الى صنف من التصرفات الادارية الأكثر أهمية والمقصود بها التنظيمية، مع ذلك قد تقلت من الرقابة حال اتصافها بالعمل الحكومي، لأنه يمكن ربطها وان بصعوبة بالتصرفات الإدارية، مثلا كما فعل الأستاذ "شابي.ر" عند استبعاد النظر في تصرفات الجهاز التنفيذي ذات الصلة بالتشريع، كطرح مشروع قانون مع أنها تصرفات قابلة للطعن فيها أمام القاضي الدستوري في باقي النظم في اطار دولة القانون، خصوصا عند مساسها بمصالح الأفراد. عكس المعمول به في النظام الفرنسي الذي يحوي زوايا مبيتة ومناطق سوداء تلحق بالأذى بحقوق وحرية الأفراد.

اذا ما حصل هذا في بدايات التطبيق الدستوري، واذا ما تم إحصاء بهذا الفعل نوع من "إنكار للعدالة" فان الأمور قد تغيرت عند قيام القاضي الإداري بالتصدي بجرأة تدريجيا للوضعيات الأكثر وضوحا، منها أساسا مسألة إنكار حق الأفراد في اللجوء إلى قاض.

Du droit au juge des individus.

القضاة، هم من يحدّد اذا ما كان تصرف ما قابل للنقاضي من عدمه، بتصريحهم باختصاصهم أو اعفاء أنفسهم من البت فيه. القاضي الدستوري وحتى الإداري لا يشير بالمرجعية لفكرة أعمال الحكومة، كما نعلم فان الفقه هو من أسس للنظرية من خلال قرارات القاضي الذي لا يستعمل إلا عبارات حيادية¹. ففي النظم المقارنة يوجد دور واسع للمجلس الدستوري في رقابة التشريع في مدى تطابقه مع الدستور، ولا يوجد اشكال مع التنظيم بما أنه مراقب من قضاء مجلس الدولة والذي له كذلك دور في رقابة مشاريع النصوص بالنظر الى مهامه الاستشارية.

وفي اطار دوره الحمائي ذكر المجلس بأن الدستور يرخص للمشرع أن يمدد اختصاصه دون أن يكون له الحق في التقليص من هذا الاختصاص، ويتعلق هنا برفض الاختصاص السلبي، عيب يؤدي للتصريح بأن القواعد التشريعية قد تكون مخالفة للدستور، كما جاء في قراره المؤرخ في 26-01-1967².

Conseillers référendaires.

2- رقابة القضاء الإداري:

تجب الاشارة الى أن إسهام القضاء الإداري الواسع في تكريس دولة القانون تطور مع مرور الوقت، لم يعد فقط وسيلة لتصحيح النشاط الإداري أو معاقبة التعسف الإداري، بل أضحي عاملا لحماية حقوق المرتفقين، عمل أنجز خلال المسار الطويل للاجتهادات القضائية على حركتين:
-تشكيل قواعد شكل وإجراء، موجّهة في الأصل إلى جعل النشاط الإداري أكثر فاعلية.

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

² Haquet. Arnaud : La loi et le règlement, LGDJ 2007, p 88.

-قواعد تشكلت تدريجيا في قانون يرمي الى حماية حقوق المرتفقين¹.

يتطلب الأمر تفسير قضاء كل من "ليون ودهان" بشكل مناسب لأن الحدّ من الحريات العامة يعد اختصاص تنظيمي مشروط والذي لا يتدخل إلا "لتكريس" القواعد المحددة مسبقا من المشرع، لكن ضرورات سير المرافق العمومية أو النظام العام تجعل منه اختصاصا غير مشروط وان جرت ممارسته تحت رقابة القاضي².

ومن أوجه حماية حقوق الأفراد اسهامات نفس القضاء من خلال "اجراء استعجال-الحرية".

اجراء ورد في نص المادة 521-2 من تشريع العدالة الادارية: "بإمكان قاضي الاستعجال خلال أجل 24 ساعة اصدار أمر باتخاذ التدابير الضرورية لحماية حرية أساسية يتم المساس بها بشكل خطير وغير شرعي ظاهر من شخص معنوي عام أو خاص مكلف بتسيير مرفق عام في ممارسته لسلطاته، اجراء يتم اتخاذه بعد أن يعرض عليه طلب مبرر بحالة الاستعجال.

مبدأ "العجلة-الحرية"

Le Référé-liberté

مبدأ تمّ اعداده من اجل حماية الحريات الاساسية، عندما تخرقها الادارة بشكل خطير. والنيل من الحرية الأساسية يكون نتاج سلوك عملي كما يكون نتاج قرار.

بحسب القرار تمّ الاعتراف بعدة حريات جماعية على أنها اساسية بمقتضى الاستعجال، من مثل: "حرية التعبير في الاقتراع، حرية المنتخبين المحليين في ممارسة وکالتهم، حرية الاجتماع، الحرية النقابية، حق الاضراب".

كما أدخل المشرع الدستوري تعديلا بنص المادة 71-1 بتاريخ : 23-07-2008 والذي في ظل وجود قواعد حمائية للفرد بشكل مكثف، أورد آلية أخرى ممثلة في هيئة دستورية مستقلة أخذت تسمية محامي الحقوق للدفاع عن المواطن وحرياته عند التعرض الى تعسف صادر عن المرافق العامة للدولة والجماعات المحلية³.

أ-تحديد اختصاص مجلس الدولة التنازعي:

يتضح موقع مجلس الدولة والدور المنوط به جليا في كل من فرنسا والجزائر، بالنظر إلى الصلاحيات المخولة له، بما يدفع إلى جعله مبدئيا حصنا منيعا للحريات العامة تصديا لتجاوزات السلطة الإدارية المركزية. لو رجعنا تاريخيا إلى الوراء لوجدنا أن نص المادة 09 تحدّد اختصاص مجلس الدولة بتشريع 24-06-1872

¹ Soler conteaux- pierre :Réflexions sur le thème de l'insécurité du droit administratif ou la dualité moderne du droit administratif, Mél Waline.J, 2002,p377.

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

³ Le défenseur des droits veille aux respects des droits et des libertés par les administrations de l'état, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi par tout organisme investit d'une mission de service public...il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa.il peut se saisir d'office.

بقولها: "مجلس الدولة يفصل بسيادة في الطعون في مجال التنازع الإداري وفي طلبات الإلغاء بتجاوز السلطة الموجهة ضد التصرفات المختلفة للهيئات الإدارية".

نص قد يقترب بعض الشيء من نفس مضمون المادة 09 ان وجد جرأة كافية من قضاة مجلس الدولة الجزائري، يتعلق الأمر بالقانون العضوي 98-01 المنظم لمجلس الدولة، الصادر في 30 ماي 1998-، ج.ر، رقم 37.

فإرادة فتح ميدان الطعن بتجاوز السلطة لكل تصرفات السلطة التنفيذية يناسب بشكل غير قابل للنقاش نيّة واضعي تشريع 1872، مثلا تقرير "باتبي" والذي ذكر: "في المستقبل، الأفراد المتعسف في حقوقهم من قبل السلطات، لا يمكنهم التزام الصمت، بل يجب على العكس تسليحهم بالطعون لتجاوز السلطة أمام مجلس الدولة تحت الأنظمة التي نعيش فيها وأي كانت تسمية رئيس السلطة التنفيذية". لكن هذا الشكل قد ينفيه تبني نظرية ذات بعد عضوي فقط¹.

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

في سياق انتقادات عدالة مجلس الدولة الإدارية، كان القضاء الإداري منذ بداياته محل اتهام بانحيازه وميله للإدارة، انتقاد وان لم يختفى كلية إلا أن التطور القضائي الحاصل والاجتهاد على مرّ السنين تدارك النقائص بالنظر إلى عديد القضايا الصادرة عنه أو التي فصلت فيها المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، والتي تستند إلى الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية.

ففي المادة السادسة من الاتفاقية جاء النص على النحو التالي: "كل شخص له الحق في أن تسمع شكواه بإنصاف، علنيا وفي أجل معقول، وهذا من محكمة مستقلة وحيادية يقرّها التشريع، والحكم يجب أن يصدر بشكل علني".

كما أن الحكم بإدانة الهيئة التي يلجأ إليها من الطاعن يكون بعد استنفاد الطعون في دولته، والذي إضافة إلى استنفادته والحكم له بالتعويض في مواجهة دولته العضو في المجلس الأوروبي، فان المنطوق قد يكون له صدى إعلامي وسياسي واسع على الدولة المعنية لتعديل تطبيقاتها المنافية للقواعد.

والإجراء الإداري المعمول به كان محل انتقاد عديد المرات بوجود رؤية نظرية لمسألة حقوق الإنسان، وتجاهل حقائق الواقع رغم التقدم المسجل. كما وجهت المحكمة الأوروبية دعوات إلى ضرورة وضع توازن في الوسائل بين الفرد والإدارة، ومن أن يكون مجرى النزاع منصفًا، وبأن لا يكون القضاة خاضعين للسلطة السياسية. كما ذكّرت نفس المحكمة بضرورة أن توحى المحاكم للأفراد بالثقة ومن أن يتم تكريس قواعد وأليات،

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

من ضمن ذلك الحق في قاض، وضرورة استيفاء الحقوق بطريق قضائي، دون اهمال الحق في طعن فاعل أمام هيئة قضائية¹.

ب- علاقة الادعاء القضائي بحقوق الأفراد:

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

التحرك القضائي يكون حال المساس الحال والمباشر بمصالح الأفراد، عندما ينتفي التوازن بين سلطة الحكام وحرية المحكومين، قطيعة تخدم دائما مقاصد الأقوياء على حساب الإضرار بالضعفاء.

أما وسيلة احترام حقوق الأفراد وحررياتهم المعترف بها، هي الرقابة بنوعيتها الدعوى المباشرة والدفع الفرعي أو الدفع بالامتناع عن تنفيذ النص المخالف للقواعد القانونية.

لكن رفض إتاحة الرقابة قد تعود إلى دوافع سياسية، كما قد يعود الأمر إلى موانع تقليدية بتوالي التطبيق على نهج حظر الرقابة على بعض التصرفات.

ج- حق الأفراد في الطعن القضائي:

قد طرح الأستاذ "جاز.ق" تساؤلا بإمكانه أن يلخص أزمة القواعد القانونية والهيئات القضائية في فترة زمنية بعيدة نسبيا، لم يكن فيه الانتشار الواسع لمسألة حقوق الأفراد والحماية القانونية التي سعت التشريعات جاهدة إلى تضمينها في المدونات القانونية والإجرائية، وجاء هذا التساؤل بالتعبير التالي: هل هناك تصرفات تكون بطبيعتها غير قابلة للطعن القضائي؟

فأجاب بأن كل تصرف يعبر عن إرادة الحكام أو الأعوان يتوجب أن يخضع للرقابة القضائية. المرتفقين والمحكومين يجب تمكينهم دائما من الحق في الطعن، والذي يسمح لهم برقابة صحة تصرفات الحكام والأعوان، من هيئات منظمة قضائيا وتفصل وفق الأشكال القضائية. رقابة في طابعها القضائي تعدّ الكيفية الوحيدة التي تمنح ضمانات حقيقية².

جاء على لسان الفقيه "فافورول" بأن الاعتقاد القضائي السائد ينفي كل محاولة فقهية للتمييز بين تصرفات السلطة الادارية لأن كل التنظيمات محل رقابة في مواجهة التشريع، كما في مواجهة الدستور³. واستمر في شرحه قائلاً، بأنه يجب أن نضع في أذهاننا وببساطة بأن كل تصرف إداري من الأكثر سموا في الهرمية ويقصد بذلك المرسوم إلى الأدنى درجة، سواء القرارات أو المناشير التنظيمية أو الفردية، يمكن أن تجابه بالقواعد الدستورية، عملاً بمبدأ القابلية للرقابة *La contrôlabilité*. مثلاً قرار بلدي يمكن أن يطرح للنظر بحجة مخالفته للمادة الثانية من الدستور، والتي تمنع كل تمييز بسبب الأصل، العرق أو الدين، أو بناء على

¹ Truchet D, Odent B :ibid,p107.

² Jeze.Gaston: Les principes généraux du droit administratif. techniques juridiques du droit public francais, principes, T3, op. cit, p340 ; Chapus.R : Droit administratif general, T1, 15éd, Montchrestien 2001, p262 ; Chapus.R : de la soumission au droit des reglements, Dalloz 1960, chron, p119.

³ Favoreu.L, Renoux.S :Contentieux constitutionnel des actes administratifs, Dalloz 1992, p20 et s.

المادة 11 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن والتي تنص على حرية التعبير. بمعنى إمكان الرقابة بقلب العملية، فإن كان التصرف الأدنى درجة مع إمكانية الطعن بعدم شرعيته، فإنه قابل لأن يطعن من قبل نفس القضاء في دستوريته.

ليبقى التساؤل مطروحا على المرسوم بالأخص التنظيمي والذي يفلت صراحة من رقابة قضاء الشرعية موضوعا ومن رقابة الدستورية إجراءً.

بما يدفعنا بالتالي إلى ذكر محاولة التمييز المثارة بين التنظيم المستقل، والتنظيم التطبيقي للتشريع، وهذا بحجة أن الأول يكون خاضع مباشرة للدستور، ومن أن الثاني لا يكون له ذلك، في الحالة التي يقوم بتطبيق التشريع، لأن الأخير يكون بمثابة حاجز بينه وبين الدستور.

القطيعة مع القانون الدستوري تظهر هنا أنها يقينية، لكنها تبدو في النهاية تكميلية مقارنة مع استمرارية القانون الإداري. إخضاع التنظيمات المستقلة للمبادئ العامة للقانون يؤكد التأثير الضعيف للنصوص الدستورية ويذكر مجدداً بالمشاركة الأساسية للقاضي الإداري في النظام القانوني للسلطة التنظيمية¹.

أما الضمانات المقررة من القضاء العادي فقد كرس بعض الدساتير سلطة تمكين القاضي العادي من صلاحيات في هذا الشأن، مثلاً في إسبانيا عندما يتعلق الأمر بحق أساسي من المصاف الأول فان نص المادة 2-53 أقرت بأن الأفراد بإمكانهم التقدم من القاضي العادي طلباً للحماية باستعمال إجراء خاص مؤسس على مبادئ الأولوية والاستعجال².

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

² Favoreu.L :Droit Constitutionnel, op.cit,p807.

خاتمة:

حماية حقوق الأفراد وحرّياتهم لا تنكسر الا بالتأكيد على مبدأ الأمان القانوني الذي لا يتحقق إلا بمبدأ آخر أساسي نص فيه الدستور على الحق في التقاضي في مواجهة كافة تصرفات السلطة التنفيذية، لأن كل تاريخ الطعون القضائية، بالأخص طعون تجاوز السلطة ظهرت بقصد الحد المتدرّج من هيمنة الإدارة. فالمواطن في كافة النظم مركز القواعد القانونية ومحور السلطة القضائية، يعتبر جزء رئيسي من علاج إشكالية تراجع الشرعية وحالات انعدام المسؤولية، بتعزيز دوره المواطناتي بالانتظام للدفاع عن حقوقه القانونية.

ولا يتحقق هذا الا في ظل وجود استقلالية حقيقية للسلطة القضائية التي كرستها نصوص الدستور، فالقواعد القانونية موجودة على مستوى النص الأساسي، من ذلك ما جاء في نص المادة 138 وما يليها، أكد فيها المشرع الدستوري على استقلالية السلطة القضائية وأنها تضمن للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية. لكنه مجهود لم يكتمل لوجود عوارض قانونية تضاف إليها موانع عملية وإجرائية، من ذلك أن رقابة المجلس الدستوري يغلب عليها الطابع السياسي في تركيبته ومهامه وعجز الهيئة تقنيا من تمكين الأفراد من الدفاع عن حقوقهم الدستورية. كما قد تعود الأسباب الى المنع المتوارث والناجم عن سلطة سياسية وادارية مركزية منغلقة على نفسها ومتوجسة من سلطة قضائية مستقلة.

تقليد لم يخضع للتحريض والدراسة الدقيقة والنقدية، يعد من بين القواعد الكلاسيكية في القانون العام، قبل أن يتم صياغته في تشريعات أو في أوامر، وبرغم اختلاف جهود هذه القواعد، إلا أننا نجد في هذه الموانع نفس الأفكار المعبر عنها بشكل متشابه منذ أن تمّ تكريس المركزية الحكومية والإدارية.

ومن الاستنتاجات التي يمكن أن نخلص إليها تأتي عقب استطلاع ثقل التقاليد التي يخضع لها النظام القيمي للقواعد، بما يسمح بالقول أن هذا الأخير يبقى محكوما بنفس المعتقدات المتوارثة.

فهناك ارتباط وطيد بين الشرعية والعدالة فالسلطة والمؤسسات تكون شرعية اذا ما عدت تصرفاتها عادلة، وتكون غير شرعية عند تواجد امتيازات وريوع ووضعيات تفضيلية داخل المجتمع الواحد.

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

أما المعيار الثالث يتحدّد في الاعتراف، الديمقراطية الحديثة تساهم في انشاء مطلب للشفافية والتفهم، لأنه عندما يكون سير المؤسسات الدستورية غامضا وفي ظل تواجد فاصل بين المبدأ والواقع فان الشرعية لا يمكنها الظهور، بما أن الشكوك تنشأ من غياب الوضوح والعجز من تقدير ما يجري في المجتمع والصعوبة المتزايدة من التحكم في الواقع¹.

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

¹ Tanger. Nicolas :Le dictionnaire de la république, la légitimité et la légalité p209.

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

اذا ما كان الأفراد والمصالح والسلطات السياسية على استعداد للتواجد بشكل متجاور والبقاء الواحدة الى جانب الأخرى بعيدا عن منطق المواجهة والصراع، فان القواعد القانونية على العكس من ذلك لها منطقتها واستعدادها المجهول على "الهزيمة"، انها تعمل بالتخاضع الواحدة للأخرى بمقتضى الهام طبيعي للنظام.¹ ليبقى أهم جانب في إرساء دعائم دولة القانون حماية لحقوق الأفراد تكريس قواعد شرعية أعمال السلطة الإدارية ومسؤولية القائمين عليها القانونية والقضائية، وهذا بتفعيل تعديلات في النظام القانوني والقضائي على مستويين موضوعي مؤسساتي وإجرائي حقوقي :

-المستوى الأول الموضوعي والمؤسساتي يكمن في ضرورة طرح اجراءات عملية لتكريس الحقوق المنصوص عليها دستورا، فان ذكرت النصوص بأن الحقوق والحريات الأساسية مضمونة، نتساءل عن نوع الضمانات الواجب توفيرها سواء اجرائية وقضائية، وهذا بالنص على قانون عضوي يحدّد كفاءات تطبيقها. أما المستوى الثاني الإجرائي والحقوقي، يتحدّد في ضرورة إقرار رقابة الإلغاء اتجاه كافة التصرفات ذات الطابع الإداري، أي كان مصدرها أو مستوى القائم عليها، مع تثبيت مبدأ الأمان القانوني للأفراد في الادعاء والاعتراف بحق التقاضي في مواجهة أعمال السلطة الإدارية، والاعتراف على أقل تقدير بحقهم في الدفع الفرعي إزاء قرارات إدارية تستمد بدورها وجودها كما انعدام شرعيتها من تصرفات تنظيمية مركزية، وهذا ما يساعد على توسيع دائرة اختصاص مجلس الدولة التنازعي واستعادة القضاء الإداري لاختصاصاته كاملة دون اجتزاء في رقابة شرعية كافة تصرفات السلطة التنفيذية والتي تمس بحقوق الأفراد وحرياتهم الأساسية أو العامة.

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